

Id. Cendoj: 28079470052007100005
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Resolución: 88/2007
Fecha de Resolución: 31/07/2007
Nº de Recurso: 343/2005
Jurisdicción: Civil
Ponente: ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores
Tipo de Resolución: Sentencia

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 5

MADRID

GRAN VIA, N° 52

00012

N.I.G. 28079 1 0065452 /2005

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 343 /2005

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña. COMILLAS 2, S.A., ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II, S.L

Procurador/a Sr/a. DAVID GARCÍA RIQUELME, DAVID GARCÍA RIQUELME

Contra D/ña. GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A.

Procurador/a Sr/a. ISIDRO ORQUIN CEDENILLA

En virtud de lo acordado en el procedimiento de referencia, por sentencia de fecha treinta y uno de julio de dos mil siete, se remite copia de la anterior resolución, en aplicación del artículo 15.2 del Reglamento 1/2003 , de la Disposición Adicional Única

de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 8.2 del Real Decreto de 10 de diciembre de 2004 .

En Madrid, a treinta y uno de julio de dos mil siete.

EL MAGISTRADO JUEZ

Ministerio de Economía y Hacienda

REGISTRO AUXILIAR

DE CUZCO

ENTRADA

N° de Registro: 17258 / RG 92362

Fecha: 18/09/2007 11:13:02

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

MINISTERIO DE ECONOMÍA

PASEO DE LA CASTELLANA 162- 20°

MADRID

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 5

MADRID

Procedimiento: Ordinario 343/05

SENTENCIA N° 88

En Madrid, a treinta y uno de julio de dos mil siete.

En nombre de S.M. el Rey, vistos por mí, el Ilmo. Sr. Don Alberto Arribas Hernández, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n° 5 de los de Madrid, los autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado con el número 343/2005 a instancia de las mercantiles "COMILLAS 2, S.A." y "ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II, S.L.", representada por el Procurador don David García Riquelme y defendida por las letradas doña María Gaitán Luján y doña Belén Marín Corral contra la entidad "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.", representada por el Procurador don Isidro Orquín Cedenilla y defendida por el letrado don Antonio Pipó Malgosa, sobre nulidad de contrato privado de cesión de derecho de superficie, de la escritura pública de cesión de derecho de superficie y del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro con las consecuencias establecidas en el artículo 1.306.2° del Código Civil y subsidiariamente en el artículo 1.303 del Código Civil, con indemnización de daños y perjuicios, todo ello por infracción del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea y su derecho derivado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia estimando íntegramente la demanda.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciere en autos asistida de

Abogado y Procurador, y contestara aquélla, lo cual verificó el Procurador don Isidro Orquín Cedenilla, en nombre y representación del demandado, promoviendo declinatoria por falta de competencia objetiva que fue desestimada, tras lo cual la parte demandada se opuso a la demanda formulando hechos, fundamentos de derecho y la súplica de que en su día se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas procesales a la actora,

TERCERO.- Contestada la demanda se convocó a las partes a la preceptiva Audiencia Previa, que se celebró el día señalado con el resultado que obra en autos, sin que se alcanzase acuerdo alguno, ratificándose las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, tras lo cual propusieron la prueba que estimaron oportuna, que fue declarada pertinente en los términos que consta en acta, señalando día y hora para la celebración del acto del juicio.

CUARTO.- El juicio se celebró el día señalado al efecto, practicándose las pruebas propuestas y declaradas pertinentes, a continuación las partes formularon sus conclusiones sobre los hechos e informaron sobre los argumentos jurídicos en que apoyan sus pretensiones, quedando los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- Que en la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las mercantiles "COMILLAS 2, S.A." y "ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II, S.L.", formulan demanda contra la entidad "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.", en lo sucesivo GALP, solicitando que en aplicación del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado (Reglamentos CE n° 1984/83, de 22 de junio y CE n° 2790/1999, de 22 de diciembre, de la Comisión): 1) se declare la nulidad de la relación contractual que vincula a las partes formada por el contrato privado de cesión de derecho de superficie de fecha 7 de noviembre de 1994; la escritura de cesión del derecho de superficie otorgada el 18 de mayo de 1995 y el contrato abanderamiento y de abastecimiento en exclusiva de fecha 19 de junio de 1995; 2) se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el artículo 1306.2° del Código Civil y subsidiariamente el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes minoradas en las cantidades que ya hubieran sido amortizadas; y 3) se condene a la demandada al pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados conforme a las bases especificadas en la demanda, cuantía que se eleva a 603.426,73 euros por lo que se refiere al período comprendido entre el 19 de junio de 1995 y finales de 2005.

SEGUNDO.- No es discutido por las partes que el día 7 de noviembre de 1994, la entidad "SAN JOSÉ 8, S.A.", de un lado, y "PETROGAL ESPAÑOLA, S.A." (actualmente GALP, a la que se aludirá en lo sucesivo), de otro, suscribieron un contrato privado, en virtud del cual, en lo que aquí interesa, la primera, como propietaria de determinada finca sita en la carretera de Torrejón de Ardoz a Loeches y previa segregación de una superficie de 3.147 metros cuadrados para la que estaba gestionando las licencias oportunas para la instalación de una estación de servicio, se comprometía a constituir a favor de la segunda, un derecho de superficie con una duración de 30 años y GALP a pagar por dicho derecho un canon de 2.450.000 pesetas anuales a abonar de una sola vez (73.500.000 pesetas) a la firma de la escritura pública. Además GALP encargó la construcción de la estación de servicio a "SAN JOSÉ 8, S.A." por importe de

75.000.000 pesetas más IVA, que se abonó en dicho acto anticipadamente. También simultáneamente a la firma de la escritura pública de constitución del derecho de superficie "SAN JOSÉ 8, S.A.", cedería la inscripción provisional de la estación de servicio a GALP por plazo de 30 años y precio anual de 50.000 pesetas, en total 1.500.000 pesetas, que se pagarían anticipadamente en el momento de la firma de la escritura. Por último, se convino que al constituir el derecho de superficie a favor de GALP, ésta se obligaba a ceder la explotación de la estación de servicio a "SAN JOSÉ 8, S.A." o a la persona física o jurídica que ésta designase, suscribiendo el oportuno contrato de arrendamiento de industria por un período igual al del derecho de superficie a constituir, esto es, 30 años, efectuándose la explotación en concepto de comisionista, aunque éste no fue el régimen que finalmente se acordó (documento n° 9 de la demanda).

Al parecer, con igual fecha, 7 de noviembre de 1994 (según figura en el documento n° 10 de la demanda), "SAN JOSÉ 8, S.A.," transmitió a la mercantil "ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II, S.L." (constituida el 20 de diciembre de 1994, según se dice también en el reseñado documento, fechado el 7 de noviembre de 1994), la explotación de la estación de servicio a construir en virtud de los acuerdos alcanzados con GALP, por el precio de 40.000.000 pesetas que sería abonado en la misma forma que "ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II, S.L." acuerde el cobro del abanderamiento que pacte con GALP (documento n° 10 de la demanda).

La mercantil "ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II, S.L." se constituyó mediante escritura pública otorgada el 20 de diciembre de 1994, debidamente inscrita en el Registro Mercantil, por la entidad "SAN JOSÉ 8, S.A." y don Luis Francisco , suscribiendo la primera el 75% del capital social (documento n° 11 de la demanda).

Obtenida la licencia definitiva para el funcionamiento de la estación de servicio (documento n° 16 de la demanda), "SAN JOSÉ 8, S.A." constituyó a favor de GALP el derecho de superficie sobre la finca de referencia, en virtud de escritura pública otorgada el 18 de mayo de 1995 (como resulta del documento n° 2 de la demanda), abonando GALP la cantidad de 73.500.000 pesetas como contraprestación por la constitución del derecho de superficie por un plazo de 30 años.

Construida la estación de servicio, GALP, como titular de la misma, suscribió con la mercantil "ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II, S.L.", con fecha 19 de junio de 1995, un contrato de arrendamiento de industria, abanderamiento y exclusiva de abastecimiento que se acompaña como documento n° 18 de la demanda y que aquí se da íntegramente por reproducido, si bien a los efectos de este pleito conviene destacar ahora las siguientes estipulaciones:

"PRIMERA.- PETROGAL da en explotación a LA GESTORA que por dicho concepto la toma, la estación de servicio a construir, con exclusividad de abanderamiento y abastecimiento de la misma por PETROGAL...

SEGUNDA.- La explotación de este contrato de explotación será de 30 años.

QUINTA.- En lo referente a la adquisición de carburantes y combustibles;

1º LA GESTORA vendrá obligada a:

a) A adquirir la totalidad de los carburantes y combustibles que se expendan en la estación de servicio.

SEXTA.- Respecto al precio de los productos suministrados y pago de los mismos se establecen las siguientes normativas: lo Los precios de los productos suministrados al amparo de este contrato, en lo que a combustibles y carburantes se refiere, y mientras tanto no esté liberalizados, serán los que se determinen por PETROGAL teniendo en consideración los precios máximos fijados por la Administración.

2º Los márgenes asignados a LA GESTORA serán los que se apliquen en la Red de Estaciones de Servicio GALP operando en la zona geográfica en la que se encuentra la estación de servicio.

Independientemente se establece una prima por litro de 1,10 pesetas.

Igualmente, se estipula(n) los siguientes incentivos de venta:

De 5.000 m³ a 6.500 m³/año

De 6.500 m² a 8.000 m³/año

0,10 ptas/l.

0,15 ptas/l.

3º Cuando se produzca la liberalización de precios, PETROGAL procurará que dichos precios sean competitivos con los ofrecidos de buena fe por los operadores de relieve en el mercado sobre los mismos productos (AOP) dentro de la misma área geográfica o comercial

OCTAVA.- La explotación de la estación de servicio o unidad industrial que constituye el presente contrato, se llevará a cabo por LA GESTORA con las siguientes obligaciones:

1º LA GESTORA explotará personalmente con buen sentido comercial, por su cuenta y riesgo y en propio provecho, todas las actividades propias de este negocio, de acuerdo con al legislación vigente sobre las materias realizando un diligente servicio de ventas.

A todos los efectos legales, LA GESTORA constituirá empresa independiente...

10º Que como consecuencia de la aportación por parte de PETROGAL de TRECE MILLONES (13.000.000,-) DE PESETAS para la instalación de los equipos de lavado, así como el pago del 50% de las sondas de control de nivel de tanques, LA GESTORA abonará a PETROGAL QUINIENTAS MIL (500.000,-) PESESTAS/AÑO en mensualidades los cinco de cada mes, durante 10 años y a partir del primer año de funcionamiento.

DÉCIMA.- PETROGAL responderá frente a la GESTORA o a terceros, de daños o perjuicios que se pudieran producir por efecto directo de la falta de calidad del producto suministrado, imputable a PETROGAL en ejecución del presente contrato, extendiéndose esta responsabilidad hasta el momento en que el producto fuera depositado en la instalación de almacenamiento y recibido de conformidad, en cuyo momento la responsabilidad se trasladará a LA GESTORA, de no haberse probado por cualquier medio admitido en derecho la falta de calidad...".

Por último, en el año 2001, la entidad "SAN JOSÉ 8, S.A.", se extinguió en un proceso

de escisión total, con división en dos partes del patrimonio social y transmisión a dos sociedades y, en lo que aquí interesa, el patrimonio afecto a la estación de servicio se transmitió a la mercantil "COMILLAS 2, S.A." (documentos nº 12, 20, 21 y 22 de la demanda).

TERCERO.- El artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, establece que "1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de la transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos pro el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

- cualquier decisión o categoría de decisión de asociaciones de empresa;

- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven el mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar a la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."

La adecuada resolución de la cuestión litigiosa exige determinar si el contrato suscrito por las partes es un acuerdo entre empresas prohibido por el artículo 81.1 del Tratado, lo que implicaría su nulidad en virtud del nº 2 del citado precepto, salvo que fuera inaplicable la prohibición por cumplir las condiciones del nº 3, en virtud de un Reglamento de exención por categorías, concretamente los

Reglamentos 1984/83 y 2790/1999, o tras el examen individual del contrato, al ser directamente aplicable por los órganos Judiciales dicho apartado 3º, tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículo 81 y 82 del Tratado.

CUARTO.- La aplicación del artículo 81 del Tratado y la posible declaración de nulidad del contrato litigioso, viene determinada por el hecho de que el acuerdo entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas "... puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...".

La parte actora, desde el momento en que funda su demanda en la infracción del artículo 81 del Tratado está afirmando que el contrato litigioso puede afectar al comercio entre los Estados miembros, circunstancia que niega la demandada, que entiende que no está acreditado tal hecho recayendo la carga de la prueba en la parte actora (artículo 2 del Reglamento 1/2003), por lo que debe examinarse esta cuestión a la luz de la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículo 81 y 82 del Tratado (DOUE de 27 de abril de 2004).

Ante todo conviene indicar, que el apartado 1 del artículo 81 prohíbe los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, exigiendo la jurisprudencia comunitaria que el efecto sobre el comercio intracomunitario y sobre la competencia sean sensibles.

La infracción del artículo 81.1 del Tratado y la consiguiente sanción de nulidad en aplicación del apartado segundo del citado precepto exige que el acuerdo entre empresas:

1º) Afecte de forma apreciable al comercio intracomunitario, lo que delimita el ámbito de aplicación del artículo 81 frente a las normas nacionales de competencia.

2º) Restrinja de forma sensible la competencia.

Se trata de requisitos distintos, con presupuestos de apreciación también diferentes y que han de analizarse separadamente.

Resulta obvio que un acuerdo puede afectar de manera sensible a la competencia pero si no afecta de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros, no resulta de aplicación el artículo 81 del Tratado, siendo, en su caso, de aplicación las normas nacionales de competencia, en este caso el artículo 1 de la aún hoy vigente Ley de Defensa de la Competencia, pero ésta ni se ha invocado ni podría aplicarse por este órgano judicial (artículo 86 ter 2.f de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Centrándonos en la afectación del comercio intracomunitario ya se ha señalado que la valoración de este requisito exige acudir como guía interpretativa a la Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículo 81 y 82 del Tratado, analizado en la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07.

El apartado 18 de la Comunicación señala que al aplicar el criterio de efecto sobre el comercio, deben tenerse especialmente en cuenta tres elementos:

- a) El concepto de "comercio entre los Estados miembros"
- b) La noción de "pueda afectar".
- c) El concepto de "apreciabilidad".

En lo que aquí interesa, respecto del comercio entre los Estados miembros, debe tenerse en cuenta que si bien, en principio, este requisito implica que debe de haber un impacto en la actividad económica transfronteriza que repercuta, al menos, en dos Estados miembros (apartado 21), la aplicación del criterio del efecto sobre el comercio es independiente de la definición de los mercados geográficos de referencia, pudiendo también verse afectado en caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional (apartado 22).

La noción de "pueda afectar" implica que debe de ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica puede tener una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre los Estados miembros (apartado 23), debiendo valorarse conjuntamente factores como la naturaleza del acuerdo, la de los productos cubiertos por el acuerdo y la posición e importancia de las empresas interesadas (apartado 28).

Por último, el concepto de "apreciabilidad" incorpora un elemento cuantitativo, que limita la aplicación del Derecho comunitario a los acuerdos y a las prácticas que puedan producir efectos de cierta magnitud. La apreciabilidad puede valorarse considerando la posición y la importancia que las correspondientes empresas tengan en el mercado de los productos de que se trate (apartado 44). Para el examen de este requisito tiene especial relevancia el apartado 52, según el cual, la Comisión considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros si la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad afectado por el acuerdo no es superior al 5% y, además, tratándose de acuerdos verticales, cuando el volumen de negocios total anual en la Comunidad (ventas totales) del proveedor de los productos cubiertos por el acuerdo, en toda su red (apartado 56), no sea superior a los 40.000.000 euros. Ahora bien, tratándose de acuerdos verticales que afectan a un solo Estado miembro, "al proceder a la evaluación se debe tener en cuenta no sólo el acuerdo o la red concreta de acuerdos en cuestión, sino también otras redes paralelas de acuerdos que produzcan efectos similares" (apartado 87).

Precisado lo anterior, no cabe duda de la posible afectación del comercio entre los Estados miembros desde el momento en que así lo tiene reconocido la propia Comisión en su decisión de 12 de abril de 2006 (DOCE de 30 de junio de 2006), relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/b-1/38.348 -REPSOL C.P.P.). Por el que se aprueban determinados compromisos ofrecidos por REPSOL, en cuyo apartado 25 señala que: "De conformidad con la jurisprudencia consolidada, los contratos de estas características, al aplicarse al conjunto del territorio de un Estado miembro, pueden surtir, por su naturaleza, el efecto de consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando la interpenetración económica perseguida por el Tratado (sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, asunto C-309/99, Rec. 2002 p-

I-01577, apartado 95). Esto sería tanto más aplicable en el presente caso cuanto que las posibles restricciones de la competencia crearían una barrera de entrada", destacando el apartado 23 la dificultad de acceso, en particular como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, el efecto acumulativo de las redes paralelas de distribución vertical, las dificultades de una red alternativa y de otras condiciones de la competencia, principalmente, la saturación del mercado y la naturaleza del producto, siendo el mercado geográfico el nacional (apartado 19) y el de producto el de venta de combustible, sin necesidad de distinguir ni los canales de venta ni el tipo de combustible, porque los problemas de competencia se presentarían en un mercado en englobara todos los tipos de carburantes y ventas, tanto dentro como fuera de la red (apartado 18), siendo plenamente aplicable todo lo anterior al supuesto de autos, con independencia de que la decisión se refiera a REPSOL, al tenerse en cuenta a los efectos de determinar la afectación del comercio entre los Estados miembros, no solo la cuota de mercado de la demandada sino también la de las redes paralelas incluida la de la propia REPSOL.

Por otra parte, son ya numerosas las sentencias dictadas por la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en que planteándose la nulidad de contratos de suministro en exclusiva de carburantes entre las compañías petroleras y una estación de servicio, se analiza el contrato a la luz del artículo 81 del Tratado y de su derecho derivado por entender que concurre el presupuesto para su aplicación aquí analizado, así sentencias de 27 de octubre de 2006, 16 de noviembre de 2006, 31 de enero de 2007 y 6 de febrero de 2007 , entre otras.

QUINTO.- Justificada la posible afectación del comercio entre los Estados miembros, presupuesto de aplicación del artículo 81 del Tratado y de la competencia objetiva de este Juzgado, la adecuada resolución de la cuestión litigiosa exige examinar ahora si el contrato en cuestión restringe de manera sensible la competencia.

El Tribunal de Justicia en sentencia de 28 de febrero de 1991, Delimitis, C-234/89 , declaró con respecto a un contrato de suministro en exclusiva de cerveza, que para que incurra en la prohibición del artículo 81.1 del Tratado deben cumplirse dos requisitos de forma acumulativa: 1) que habida cuenta del contexto económico y jurídico de dicho contrato, es preciso que el mercado nacional de la distribución de la cerveza, en nuestro caso de combustibles, sea difícilmente accesible para los competidores que podrían implantarse en este mercado o ampliar su cuota de mercado; y 2) que el contrato controvertido contribuya de manera significativa al efecto de bloqueo producido por el conjunto de estos contratos en el contexto económico y jurídico. La importancia de la contribución del contrato concreto depende de la posición de las partes en el mercado concreto y de la duración del contrato (apartado 28).

Dicha sentencia aclara que si el mercado afectado es difícilmente accesible, debe analizarse en qué medida los contratos celebrados por el proveedor contribuyen al efecto acumulativo producido. La responsabilidad de este efecto de cierre del mercado debe imputarse, conforme a las normas sobre competencia comunitarias, al proveedor que contribuya a él de manera significativa. Los contratos de suministro celebrados por los proveedores cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no entran, por tanto, en la prohibición del artículo 81.1 (apartado 24).

La Comisión interpretando los criterios marcados en la materia por la jurisprudencia comunitaria, elaboró la Comunicación (2001/C 368/07) relativa a los acuerdos de

menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis), publicada en el DOCE de 22 de diciembre de 2001 y que sustituye a la Comunicación de la Comisión publicada en el DOCE C 372 de 9 de diciembre de 1997.

En el supuesto enjuiciado resultan de orientación los criterios fijados en el apartado 8 de la Comunicación, según la cual los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros en los supuestos en que se produzca un efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares, no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 81, cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no excede del 5% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo. En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado. Además, se especifica que si el conjunto de redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares no alcanza el 30 %, es improbable que exista un efecto acumulativo.

Esto es, la Comisión entiende que si en el mercado de referencia la competencia está restringida por el efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias en el mercado sean similares, lo que, en principio, debe valorarse cuando éstas cubren más del 30% del mercado, debe examinarse la contribución del concreto operador, de su red, a dicho efecto de exclusión, y se considera que la contribución no es significativa y, en consecuencia, no restringe la competencia a los efectos del artículo 81 del Tratado, si su cuota de mercado no excede del 5%.

En caso de que se trate de un mercado en el que no se produce el efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares, en principio, cuando dichas redes cubran menos del 30% del mercado de referencia, serán de aplicación los límites del apartado 7, esto es, tratándose de acuerdos entre no competidores, como es el caso, si la cuota de mercado de cada una de las partes en el acuerdo no excede del 15% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, se considera que no restringe la competencia de forma sensible y no resulta de aplicación el artículo 81.1 del Tratado.

En el supuesto enjuiciado, ya hemos indicado que sí se produce el efecto de exclusión en el mercado de venta de carburantes nacional (mercado de producto y geográfico), sin que se haya considerado necesario, siguiendo a la propia Comisión en su Decisión de 12 de abril de 2006, establecer mayores segmentaciones del mercado de producto o geográfico (ni se han aportado los imprescindibles elementos de juicio para efectuarlo).

La propia demandada admite que las tres grandes operadoras (REPSOL, CEPSA y BP) copan aproximadamente el 75,2% del mercado (página 25 de la contestación a la demanda con fundamento en el documento nº 3 acompañado a la misma) e incluso de considerarse el mercado nacional de venta al detalle de carburantes, solo REPSOL tiene una cuota de mercado del 35-50%, según la evaluación preliminar que dio lugar a la Decisión de la Comisión antes comentada (DOUE de 20 de octubre 2004). Además, el demandado admite que las tres grandes operadoras abanderan el 68,54% de las estaciones de servicio abiertas en España (página 25 de la contestación a la

demanda).

Acreditado que el mercado de referencia, y así lo tiene expresamente declarado la Comisión en su Decisión de 12 de abril de 2006, es difícilmente accesible para los competidores que deseen instalarse en él o incrementar su cuota de mercado, especialmente, como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, del efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales, de las dificultades para establecer una red alternativa, la saturación del mercado y la naturaleza de los productos, debe examinarse, como enseña la sentencia Delimitis, en qué medida los contratos celebrados por GALP contribuyen al efecto acumulativo producido por el conjunto de contratos similares de todos los proveedores, en tanto que la responsabilidad de este efecto de cierre del mercado debe imputarse a los operadores que contribuyen a él de manera significativa. Los contratos de suministro de carburantes celebrados por los operadores cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no entran, por tanto, dentro de la prohibición del apartado 1 del artículo 81 (transcripción aplicada al supuesto enjuiciado del apartado 24 de la sentencia Delimitis).

Para conocer la contribución de la demandada al efecto de cierre de mercado debe tenerse en cuenta el número de puntos de venta vinculados a la demandada y según resulta de la certificación de la Comisión Nacional de la Energía unida a los autos, el número de estaciones de servicio vinculadas es de 223 frente a un total de algo más de 8,800, lo que supone un 2,5 %, aproximadamente, que es un porcentaje no significativo que pone de manifiesto que más que contribuir al efecto de cierre de mercado puede estar sufriendo el mismo por la dificultad de incrementar su cuota de mercado que solo ha pasado del 2,1% en el año 2000 al 2,5% en el año 2005, según la citada certificación.

En todo caso, de la certificación de la Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos, resulta que el volumen total de ventas de la demandada de productos petrolíferos en el territorio español fue en el año 2004 del 3,5 % y en el concreto mercado de estaciones de servicio en el año 2006 la cuota es de 2,4%, según la certificación de la Comisión Nacional de la Energía.

No superando la cuota de mercado de la demandada el 5 %, en principio, el acuerdo objeto de autos quedaría excluido de la aplicación del artículo 81 del Tratado, al no restringir la competencia de forma sensible, en aplicación del apartado 8 de la Comunicación de minimis.

Desde luego no se comparte la interpretación efectuada por la parte demandante en trámite de conclusiones (2h 02' 00" y ss de la grabación) sobre la necesidad de que la cuota de mercado del conjunto de operadores no exceda del 30% para aplicar minimis y solo en este caso, es cuando procede analizar la incidencia de la red de la demandada, según el actor, pues producido el efecto acumulativo de exclusión de mercado por el conjunto de las redes paralelas de todos los operadores, cualquier contrato contribuye significativamente a dicho efecto de cierre, con independencia de la concreta cuota del demandado.

Dicha conclusión no se obtiene de la Comunicación de minimis, ni de la opinión de la Comisión expresada a petición del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid al amparo del artículo 15.1 del Reglamento 1/2003, de fecha 11 de mayo de 2007, unida a estas actuaciones, y menos aún de la sentencia Delimitis.

Desde luego, ésta última, como ya se ha indicado, exige examinar la concreta contribución de los contratos del demandado al efecto acumulativo de cierre del mercado, cuando el mercado es difícilmente accesible, no cuando no lo sea, y según la Comunicación de minimis, el efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias en el mercado son similares, se produce cuando dichas redes paralelas abarcan al menos un 30% del mercado. Es en este caso, precisamente, y no en el contrario, cuando hay que ver la contribución del demandado y se estima que ésta no es significativa si su cuota no supera el 5%.

De igual forma, como también hemos analizado, la Comunicación de minimis precisa que si se produce el efecto acumulativo de exclusión como consecuencia de redes paralelas de acuerdos, lo que tiene lugar cuando dichas redes abarcan al menos 30 % del mercado, los proveedores con una cuota de mercado que no supere el 5%, se considera que no contribuyen de forma significativa al efecto acumulativo de exclusión de mercado (apartado 8). Si no existe el efecto acumulativo producido por las redes paralelas, lo que es improbable cuando éstas cubren menos del 30% del mercado, serán de aplicación los límites del apartado 7 de la Comunicación (15 % de cuota en acuerdos entre no competidores).

Si no se produce el efecto acumulativo de exclusión por la existencia de redes paralelas, no tiene sentido alguno hablar de contribución a la producción de un efecto inexistente, luego sólo cuando éste se produce, como ocurre en el caso enjuiciado en el que existen redes paralelas de contratos de suministro de carburantes con cláusulas de no competencia que superan el 30% del mercado, debe valorarse la contribución a dicho efecto de la red del operador demandado y el apartado 8 de la reiterada comunicación de minimis, lo cuantifica en un 5%.

Tampoco la opinión de la Comisión recogida en su escrito de 11 de mayo de 2007, a petición del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, dice, ni podía decir, que la aplicación de minimis requiera la concurrencia de dos requisitos acumulativos: a) uno del mercado y, concretamente, que el conjunto de las redes paralelas abarque menos del 30%; y b) otro del operador, que su cuota sea inferior al 5%, tal y como sostiene la demandante en conclusiones, de forma que si no se cumple el primero es irrelevante la cuota del operador, de modo, que cualquiera que sea su cuota, por pequeña que sea, impide aplicar minimis, porque su contribución siempre es significativa.

Comparte este órgano judicial, que la Comisión ha sido especialmente didáctica, pero discrepa de la interpretación del actor.

En dicha opinión, la Comisión, reitera la sentencia Delimitis y la Comunicación de minimis, en los términos antes expuestos.

En lo que afecta a la restricción de la competencia de forma sensible (apartados 16 a 22), que no al efecto sensible sobre el comercio entre los Estados miembros (apartados 9 a 15), señala, concretamente en su apartado 22, "...que la Comisión considera que en el caso de efectos acumulativos de exclusión de mercado de redes paralelas de acuerdos verticales, un efecto acumulativo de cierre no existirá si (redes paralelas de) acuerdos con efectos similares abarcan menos del 30% del mercado en cuestión (luego para que se produzca el efecto acumulativo de exclusión las redes paralelas deben alcanzar al menos el 30%), y que un proveedor cuya cuota de mercado no excede (de) un 5% no contribuye en general de una manera significativa a un efecto acumulativo de bloqueo", que como acaba de indicar requiere que los acuerdos similares del conjunto de operadores abarquen al menos un 30% del

mercado, pues de otra forma no se produce el efecto acumulativo de bloqueo, todo ello tras recordar la sentencia Delimitis (apartado 19), esto es, que cuando el mercado sea difícilmente accesible es cuando tiene sentido valorar la contribución del operador interesado al efecto acumulativo producido por el conjunto de contratos similares observados en el mercado.

Por último, en lo que a esta cuestión respecta, conviene dejar sentado a la vista de las manifestaciones efectuadas por la actora en conclusiones sobre la absoluta vinculación de los órganos judiciales a las decisiones, comunicaciones y opiniones de la Comisión, que los órganos judiciales están vinculados a las decisiones que pronuncie la Comisión relativas a los artículos 81 y 82 del Tratado, sobre acuerdos, prácticas y decisiones que también sean objeto del proceso judicial e incluso los órganos judiciales deben evitar entrar en contradicción con una decisión prevista por la Comisión en procesos que haya incoado (artículo 16 del Reglamento 1/2003) y aun cuando existe dicha vinculación se permite al órgano judicial discrepar de la legalidad de la decisión mediante el planteamiento de la oportuna cuestión prejudicial e incluso debe suspender el proceso si se hubiere promovido un recurso de anulación de conformidad con el artículo 230 CE, cuando de la validez de la decisión depende el fallo.

Por otro lado, las observaciones y opiniones de la Comisión efectuadas al amparo del artículo 15 del Reglamento 1/2003 y la Comunicaciones analizadas no son vinculantes para el órgano judicial, otra cosa es, su inestimable valor como más que cualificada guía interpretativa en la resolución de los asuntos sometidos a los tribunales, como demuestra esta misma resolución y que, en opinión de este órgano judicial, sólo debe apartarse en virtud de una especial y justificada motivación en el asunto de que se trate, fundada, por ejemplo, en la jurisprudencia comunitaria.

SEXTO.- Conforme a lo expuesto, el contrato objeto de autos no restringe la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 81.1 del Tratado, salvo que existiera imposición de precios de reventa por parte del suministrador, en cuyo caso habría que analizar el contrato para valorar si está amparado por algún reglamento de exención por categorías o si cumple las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

De acuerdo con el apartado 11.2.a) de la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia, la regla de minimis no se aplicará, entre otros supuestos, a los acuerdos entre no competidores definidos en el apartado 8, que tengan por objeto la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.

En el supuesto enjuiciado no es discutido que la estación de servicio reúne las características de empresario independiente que ostenta la condición de revendedor. No cabe, en consecuencia, que el suministrador fije los precios de reventa, lo que se considera una infracción tan grave a la competencia que impide, incluso, la exclusión de la aplicación del artículo 81.1 del Tratado al amparo de la regla de minimis, siendo irrelevante a estos efectos la supuesta imposición del precio de compra.

En el supuesto enjuiciado de la interpretación literal de cláusula sexta del

contrato, transcrita en el segundo fundamento de esta resolución, podría entenderse que GALP fija el precio al que la estación de servicio tiene que vender los productos suministrados a los consumidores finales (PVP), sin embargo no ha sido ésta la interpretación que las partes han dado la referida estipulación durante la vida del contrato» operando como PVP recomendado.

Conviene indicar que la cláusula sexta del contrato hace referencia al PVP y no al precio de venía del operador a la estación de servicio (en los sucesivo, precio de adquisición), y aunque en la demanda no se precisa este hecho con claridad, en conclusiones se admite que se trata del PVP (1h 56' y 20" de la grabación).

Ahora bien, aunque la cláusula contempla la forma de calcular el PVP, en realidad, se ha utilizado por las partes para fijar el precio de adquisición.

En esencia, ambas partes están de acuerdo en que el precio de adquisición es igual al precio que señala GALP menos los denominados márgenes, centrándose la discrepancia en que para la actora el precio que señala GALP es un PVP fijo que impone la operadora y la demandada afirma que es un precio recomendado.

Así, hasta la liberalización del PVP (apartado 1º de la cláusula sexta), GALP señalaba un precio teniendo en cuenta el precio máximo fijado por la administración, se deducían los márgenes y el resultado era el precio de adquisición.

Tras la liberalización del PVP (apartado 3º de la cláusula sexta), la estación de servicio, tomaba los PVP de las estaciones de servicio de la competencia en su entorno geográfico o comercial, los comunicaba a GALP que en base a los mismos señalaba un precio PVP recomendado, del que deducía los márgenes y el resultado era el precio de adquisición.

Fijado en la forma indicada el precio de adquisición, la estación de servicio podía establecer el PVP que estimase oportuno sin que GALP impusiera el mismo.

El propio representante legal de la estación de servicio ha reconocido que podía y de hecho hacía descuentos con cargo a los denominados márgenes, que en realidad se integran por tres conceptos, el margen aplicado por GALP a su red de estaciones de servicio en la misma zona geográfica, una prima por litro de combustible y unos incentivos a partir de determinados volúmenes de venta.

Este mecanismo de fijación del precio de adquisición y la libertad para la fijación del PVP se deduce incluso de las facturas aportadas por la parte actora como documento nº 25 y de las comunicaciones acompañadas a la demanda como documentos nº 26 y 26 bis, que siempre se refieren a precios de venta al público recomendados, así como de la pericial aportada por la parte demandada que lo confirma.

La demandante al afirmar que el PVP, detraídos los márgenes, y el de adquisición son idénticos, sin que pueda fijarse un precio superior al quedar fuera de mercado (página 45 de la demanda), lo que en definitiva plantea es que, la suministradora debe garantizarle la percepción de unos márgenes fijos por litro de combustible.

La suministradora fija el precio de adquisición teniendo en cuenta los precios de las estaciones de servicio del entorno y aplica determinados descuentos y la estación de servicio, al revenderlo, como empresario autónomo que es, podrá fijar los precios sumando total o parcialmente dichos descuentos como componente del precio que

libremente fija al público. Como es lógico, si cede al consumidor final una pequeña parte de esos descuentos, el precio será mayor que si se incluye su cuantía íntegramente, y conforme a las más elementales leyes del mercado, venderá más o menos litros de combustible en función del precio que fije, siendo mayores las ventas cuanto menor sea el precio, decisión que corresponde exclusivamente a la Estación de Servicio buscando el punto de mayor beneficio, lo que, desde luego, fomenta la competencia y no la restringe.

Por otra parte, nada impide a la estación de servicio fijar un PVP superior al recomendado (precio de adquisición más márgenes), obteniendo mayor beneficio por litro de combustible, intentando mantener el volumen de ventas con otros mecanismos distintos del precio como la atención al cliente.

La posición de la estación de servicio pretendiendo que el suministrador le garantice la percepción de los descuentos, parece reconducir su posición a la de un mero agente del suministrador, en cuyo caso no operaría la prohibición de fijación de precios, de configurarse la relación como un genuino contrato de agencia, pero no es el caso y precisamente por ello el suministrador no le garantiza margen alguno.

En definitiva, no se aprecia que la demandada fije directa ni indirectamente los PVP de la estación de servicio, que son marcados libremente por la propia actora a partir del precio de adquisición como cualquier otro empresario en cualquier sector.

En todo caso, la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid ya se ha pronunciado en reiteradas sentencias rechazando la nulidad de contratos de suministro en exclusiva por infracción del artículo 81 del Tratado en virtud de cláusulas que permiten a la estación de servicio efectuar descuentos con cargo a su comisión, sentencias de 27 de octubre de 2006, 31 de enero de 2006, 6 de febrero de 2007 y 28 de marzo de 2007, entre otras.

SÉPTIMO.- Al no contener el contrato litigioso ninguna cláusula de las consideradas especialmente graves y, en concreto, la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, procede la desestimación de la demanda al resultar inaplicable el artículo 81.1 del Tratado, por tratarse de un acuerdo de menor importancia, que aun cuando afecte al comercio entre los Estados miembros, no restringe la competencia de forma sensible, sin que sea necesario, en consecuencia, analizar la duración del contrato a la luz de los Reglamentos de exención por categorías 1984/83 y 2790/1999.

Lo expuesto también hace innecesario examinar las alegaciones de la parte demandada sobre la vulneración de la doctrina de los actos propios y del retraso desleal en el ejercicio de los derechos (*verwirkung*) que, en todo caso, no se comparten si consideramos, respecto de la primera, que la nulidad que sanciona el artículo 81.2 del Tratado es una nulidad de pleno derecho (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999, *Eco Swis*, C-126/97) y, en consecuencia, tiene carácter absoluto, carece de efectos entre las partes y afecta a todos los efectos, pasados o futuros del mismo, pudiendo ser invocada la nulidad por cualquiera de las partes en el acuerdo tachado de nulidad (sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Courage*, C-453/99).

En cuanto al retraso desleal en el ejercicio de los derechos debe tenerse en cuenta que a pesar de la claridad de la jurisprudencia comunitaria respecto de la aplicación directa por los órganos judiciales de los artículos 81.1 y 2 y 82 del Tratado -y

desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 , de apartado 3º del artículo 81 - (sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1974, asunto BRT; de 28 de febrero de 1991, asunto Delimitis; de 14 de diciembre de 2000 , asunto Masterfoods Ltd.), lo cierto es que en España la Sala 1ª del Tribunal Supremo se mostró, en principio, contraria a la aplicación de los artículos 81.1 y 2 y 82 del Tratado, de lo que son buena muestra las sentencias de 30 de diciembre de 1993 y 4 de noviembre de 1999 , cambiándose la orientación a partir de la sentencia DISA de 2 de junio de 2000 . Precisado lo anterior, difícilmente, antes de la indicada fecha cabía plantear con éxito una demanda fundada en la infracción del artículo 81 del Tratado, lo que reduce notablemente el retraso que se imputa a la demandante y más cuando al tiempo de la interposición de la demanda aún restaban casi 20 años de vigencia del contrato, por lo que no cabe alegar la existencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas procesales son de preceptiva imposición a la parte demandante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Que desestimando como desestimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales don David García Riquelme en nombre y representación de "COMILLAS 2, S.A." y "ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II, S.L." contra la entidad "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.", representada por el Procurador don Isidro Orquín Cedenilla, debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos de la demanda, con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

Notifíquese esta resolución a las partes, previniéndolas que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, del que conocerá la Iltra. Audiencia Provincial de Madrid, que se preparará por escrito que deberá presentarse en este Juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación, citando la resolución apelada y manifestando su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugnan.

En aplicación del artículo 15.2 del Reglamento 1/2003 , de la Disposición Adicional Única de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 8.2 del Real Decreto de 10 de diciembre de 2004 , remítase al Servicio de Defensa de la Competencia copia de esta resolución, al tiempo de notificarse a las partes.

Así por esta mi sentencia, de la que se deducirá testimonio que se llevará a los autos originales, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.