

Id. Cendoj: 28079420592009100001
Órgano: Juzgado de Primera Instancia
Sede: Madrid
Sección: 59
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 27/07/2009
Nº de Recurso: 401/2003
Jurisdicción: Civil
Ponente: MARIA BEGOÑA ALVAREZ GARCIA
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA N°

En MADRID a veintisiete de julio de dos mil nueve.

D/ña BEGOÑA ALVAREZ GARCÍA, MAGISTRADO de Primera Instancia de MADRID nº 59, habiendo visto los autos seguidos en este Juzgado al número 401 /2003 a instancia de D/ña REPSOL SA. representado por el Procurador JOSÉ PEDRO VILA RODRÍGUEZ y asistido de Letrado contra CATALANA DE CARBURANTES SL. representado/a por el/la Procurador/a MARÍA DEL VALLE GILÍ RUIZ asistido por Letrado Y CONTRA ESLORA MECO SL. en rebeldía procesal, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD ha procedido a dictar la presente resolución en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador D./Dª JOSÉ PEDRO VILA RODRÍGUEZ en la representación que ostenta de la parte actora, se formuló demanda de Juicio Ordinario que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la cual, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que, previos los trámites legales, se dictase en su día sentencia por la que estimando la demanda se declarase el incumplimiento por Eslora Meco SL. del Contrato de Exclusiva de Suministro de 31 de Diciembre de 1996 tanto por incumplimiento del pacto de exclusiva como por el impago de las cantidades adeudadas a la actora en virtud de los suministros realizados, declarando el mismo resuelto y se condenase a la parte demandada a pagar la cantidad de 340.782,63 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios, mas la cantidad de 62.546,57 euros por los daños y perjuicios irrogados por el impago de suministros por la contraparte, intereses legales incrementado en cuatro puntos porcentuales desde la fecha en que la demandada incurrió en mora, todo ello con expresa imposición de costas procesales a la parte demandada.

SEGUNDO.- Reuniendo el escrito de demanda los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil para su admisión a trámite, se emplazó a la parte demandada dándole traslado de la demanda y documentos a ella acompañados para que en veinte días, compareciera y contestara a la demanda. Dentro del plazo legal otorgado al efecto, compareció la demandada CATALANA DE CARBURANTES, en legal forma,

oponiéndose a la demanda mediante escrito en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba con la súplica al Juzgado de que, previos los trámites legales, se dictase en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta de contrario en lo relativo a su representada y se dictase sentencia de fondo por la que se le absuelva de todos los pedimentos que se han formulado en su contra con expresa condena en costas a la actora. Asimismo se presentó demanda RECONVENCIONAL solicitando la estimación íntegra de la misma y en consecuencia declarar nulo de pleno derecho el contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos a estaciones de servicio firmado entre Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA. y Eslora Meco SL. en fecha 31 de diciembre de 1996 por contravenir las normas imperativas de Derecho comunitario y de Derecho interno, con la consecuencia prevista en el número 2º del art. 1.306 del Código Civil y por tanto con derecho de su representada a ser indemnizada en la suma que se determine en periodo probatorio o en ejecución de sentencia, con imposición de costas.

De dicha demanda reconvencional se dio traslado a la parte actora, quien mediante el oportuno escrito se opuso totalmente a la misma, solicitando su desestimación.

TERCERO.- Por la entidad ESLORA MECO SL. se dejó pasar el plazo concedido para la contestación a la demanda por lo que fue declarada en rebeldía procesal.

Por providencia de este Juzgado se señaló para la celebración de Audiencia Previa.

CUARTO.- En el día señalado para la celebración de la Audiencia Previa, comparecieron la parte actora y demandada en legal forma; en dicho acto, y previamente a ser instadas las partes a fin de que llegaran a un acuerdo, lo que no fue posible, tras concederles la palabra para que manifestaran si impugnaban los documentos que habían sido aportados de contrario, las partes se ratificaron en los escritos presentados, y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Propuestas las pruebas por ambas partes, y previa la admisión por el Juez de aquéllas que fueron consideradas y declaradas pertinentes, se señaló día para la celebración del juicio. Todo ello como consta en el medio audiovisual unido a los autos.

QUINTO.- En el día señalado para la celebración del juicio, comparecieron ambas partes en legal forma. Practicadas las pruebas propuestas, y declaradas pertinentes, y previo traslado a las partes a fin de que realizaran las conclusiones que estimaron, se declararon los autos conclusos para sentencia, todo ello como consta en el medio audiovisual unido a los autos.

SEXTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado y cumplido todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora REPSOL SA. interpone demanda contra ESLORA MECO SL., arrendataria de la estación de servicio nº 7464 sita en Llica DAMunt, Barcelona, que posteriormente amplía contra CATALANA DE CARBURANTES SL. con el fin de que se declare resuelto el contrato de exclusiva de suministro de 31 de diciembre de 1996 por incumplimiento del pacto de exclusiva como por el impago de las cantidades adeudadas en virtud de los suministros realizados y se les condene al pago de la cantidad de 340.782,63 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más la cantidad de 62.546,57 euros en concepto de impago de suministros, si bien

esta última cifra la actora la redujo en la audiencia previa, a raíz de la contestación efectuada por CATALANA CARBURANTES, a la suma de 26.485,84 euros al haber sido ejecutado un aval otorgado por ESLORA en garantía del cumplimiento de sus obligaciones por importe de 36.060,730 euros; CATALANA CARBURANTES se opuso a la demanda alegando en primer lugar que había sucedido a ESLORA MECO en la explotación de la estación dando cuenta a la propietaria de la misma, GASOLINERA EL PINAR SL., que el contrato suscrito en fecha 31 de diciembre de 1996, no podía ser calificado, como pretende la actora, de comisión de venta en garantía, si no de reventa en el cual ESLORA asume los riesgos propios de un revendedor y ajenos a un comisionista, inexistencia de los incumplimientos que alega la actora e impugnación de las cantidades reclamadas, tanto por suministro de combustible como por lucro cesante y que había denunciado a la actora la nulidad del contrato, lo cual reitera, al formular demanda reconventional, solicitando que se declare la nulidad del contrato suscrito por incompatibilidad con el derecho comunitario e interno por indeterminación y fijación unilateral de los precios de venta del producto a terceros y precio a percibir por el industrial (cláusula quinta) y por ausencia de causa o causa torpe imputable a REPSOL.

SEGUNDO.- La actora suscribió con la mercantil "ESLORA MECO SL.", con fecha 31 de diciembre de 1996, un contrato denominado "Contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos a estaciones de servicio", que se acompaña como documento nº 2 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.- "OBJETO".

El presente contrato tiene por objeto regular las relaciones mercantiles entre el industrial y REPSOL COMERCIAL, encaminadas al objetivo común de conseguir un mejor servicio y explotación de la estación de servicio reflejada en el citado anexo I. Para el cumplimiento de dicho objetivo las partes convienen lo siguiente a) La implantación, promoción y difusión de la imagen comercial y marcas de REPSOL COMERCIAL. B) El abastecimiento en exclusiva por REPSOL COMERCIAL de la totalidad de los carburantes y combustibles líquidos que se expenden en la Estación de servicio, Asimismo, el industrial adquirirá a REPSOL COMERCIAL, los lubricantes y productos afines de apoyo a la automoción, en los términos previstos en el presente contrato.

SEGUNDO.- "RÉGIMEN JURÍDICO"

El abastecimiento de los productos a que alcanza la exclusiva prevista en la estipulación anterior y su posterior venta al público consumidor se llevarán a cabo con sujeción a los términos y condiciones que se recogen en el presente contrato, a las disposiciones generales que sean de obligada aplicación a esta materia y en todo caso a los buenos usos mercantiles.

TERCERA.- "IMPLANTACIÓN, PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN DE LA IMAGEN COMERCIAL Y MARCAS REPSOL".

(...)

CUARTA.- "ABASTECIMIENTO DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES"

1.- En virtud del presente Contrato, el INDUSTRIAL se obliga a recibir en exclusiva de REPSOL COMERCIAL, o de la entidad que a tal efecto designe, la totalidad de los carburantes y combustibles líquidos que se expendan en la E. S.

2.- Igualmente, la exclusiva de abastecimiento se extiende, en los términos y condiciones establecidos reglamentariamente y en los que en este Contrato se especifican, a los lubricantes, grasas y demás productos petrolíferos afines de apoyo para la automoción, como aditivos, líquidos de frenos y similares que se utilicen en el recinto de la ES. y en los equipos e instalaciones anejas que posea el titular de la misma... En todo caso, el INDUSTRIAL se obliga a tener un stock suficiente de productos de la marca o marcas del Grupo REPSOL para atender la demanda.

QUINTA.- "COMISIONES Y VENTA DE PRODUCTOS"

1.- El INDUSTRIAL como comisionista, comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de REPSOL COMERCIAL en el precio y demás condiciones por la misma señalados, dentro de los límites legalmente autorizados. Cualquier descuento que pudiere aplicar será con cargo a su comisión. Las ventas a los clientes serán al contado. El crédito que pueda eventualmente conceder el INDUSTRIAL será por su cuenta y riesgo.

2.- El INDUSTRIAL percibirá de REPSOL COMERCIAL, las comisiones últimamente determinadas en el ámbito del Monopolio de Petróleos, que permanecerán aplicables en tanto no se acuerde una comisión distinta, que se documentará se documentará como Anexo del presente contrato, firmado por ambas partes y formando parte integrante del mismo.

3.- La futura comisión o retribución del INDUSTRIAL se establecerá de mutuo acuerdo entre las partes, determinándola, entre otros factores, en función del volumen que alcancen las ventas en las ES. y similar a la percibida por otros titulares de EES. en las mismas circunstancias En tanto no se alcance el correspondiente acuerdo, permanecerá aplicable la comisión que se viniere percibiendo, sin perjuicio de las regularizaciones que se establezcan una vez obtenido aquél.

4.- EL importe de los pedidos que se suministren al INDUSTRIAL será abonado por éste a REPSOL COMERCIAL, que a su vez abonará el importe de la comisión correspondiente. Para el cálculo a satisfacer a REPSOL COMERCIAL se tendrá en cuenta en todo caso el volumen integro suministrado y el precio de venta al público fijado por aquélla, sin perjuicio de las oportunas liquidaciones o regularizaciones por las modificaciones de precios que se produzcan, respecto de los productos existentes en la E. S. al tiempo de aquéllas.

5.- A fin de proceder a las correspondientes liquidaciones, cuando por REPSOL COMERCIAL o en virtud de la oportuna disposición administrativa se varíen los precios de venta al público de los productos, el INDUSTRIAL deberá presentar una declaración de existencias de cada producto, referida al momento inmediatamente anterior a aquél en que entren en vigor los nuevos precios. (.)

6.- El importe de los productos suministrados, calculado en los términos del número 4. anterior, se pagará al contado por el INDUSTRIAL al tiempo de efectuarse los distintos pedidos de productos.

No obstante, el INDUSTRIAL podrá optar, prestando previamente garantías suficientes a juicio de REPSOL COMERCIAL, por realizar los pagos en el plazo máximo de nueve días contados a partir de la fecha del suministro o entrega de los productos al INDUSTRIAL. El referido aplazamiento de pago podrá ser suspendido o suprimido

definitivamente al INDUSTRIAL si éste se retrasare en los pagos o incumpliere alguna de las obligaciones derivadas del presente Contrato, bastando por ello la comunicación expresa y suscrita en tal sentido por REPSOL COMERCIAL.

7.- El retraso en los pagos dará lugar al devengo automático de los correspondientes intereses de demora.

8.- REPSOL COMERCIAL podrá optar por modificar el régimen de abastecimiento en exclusiva a la ES., sustituyendo el régimen de comisión (por) el de venta en firme de los productos. En tal caso, los precios de adquisición por el INDUSTRIAL se fijarán de mutuo acuerdo por las partes. En tanto no se establezcan los precios de mutuo acuerdo, el precio aplicable desde que se acuerde el cambio de régimen será el resultante de detracer del precio de venta al público recomendado por el suministrador el importe de la comisión que últimamente viniera percibiéndose por el INDUSTRIAL.

(...)

SÉPTIMA: " ENTREGA DE LOS PRODUCTOS"

(...)

2.- EL INDUSTRIAL se obliga a tener la E. S. permanentemente abastecida de los productos objeto de la exclusiva de suministro, a cuyo efecto deberá formular sus pedidos con la antelación precisa, habida cuenta de las condiciones con que REPSOL COMERCIAL sirva tales pedidos y de las necesidades usuales del punto de venta. 3.- (.)

4.- El INDUSTRIAL asume el riesgo de los productos objeto de la exclusiva desde el momento en que los reciba de

REPSOL COMERCIAL y éstos se introduzcan en los depósitos o almacenes existentes en la E. S., teniendo, desde ese momento, la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y respondiendo, en su caso, tanto frente a REPSOL COMERCIAL como frente a terceros, de cualquier contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar.

(...)

NOVENA: "DURACIÓN"

El presente contrato surtirá efectos desde su firma. Su duración será de 10 años, contados desde la misma."; 2) que CATALANA DE CARBURANTES ha sucedido a ESLORA MECO SL. en la explotación de la estación de servicio.

TERCERO.-Centrada la litis en los términos expuestos es necesario indicar que en primer lugar es necesario determinar la naturaleza jurídica del contrato suscrito el 31 de diciembre de 2006, para la actora, de comisión de venta y por tanto excluido de la aplicación del hoy artículo 81.1 Tratado de Ámsterdam(antes artículo 85.1 del Tratado de Roma), o de operación de compraventa y ulterior reventa, como insta la demandada reconviniente y por tanto de inaplicación del citado Tratado de la CE. Ya este respecto, es necesario traer a colación la sentencia dictada por la Audiencia

Provincial de Madrid, sección 28, de fecha 5 de marzo de 2009 en la cual se indica "El referido planteamiento de la parte demandante no puede, sin embargo, prosperar en cuanto a su pretensión de que se declare su condición de revendedora y correlativas condenas, pues, a tenor de la profusa prueba documental aportada a las actuaciones (contrato de 29 de marzo de 1.990 y anexos al mismo, facturación, correspondencia, etc) no cabe sino concluir que su relación con REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA no es la propia de un contrato de compraventa mercantil, ya que su beneficio no estriba entre la diferencia entre los precios de compra y de posterior reventa de combustibles previamente adquiridos en firme. Por contra, dentro de las peculiaridades del ramo de la distribución de combustibles, que admite, diversas modalidades, tal relación jurídica resulta análoga al contrato de agencia (o comisión de duración), puesto que: 1º) existe una relación duradera por la que ESTACIÓN DE SERVICIO ORENGA, SL. vende al público los productos de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA en la estación de servicio; 2º) los productos que se venden en la gasolinera lo son precisamente bajo la imagen de marca de REPSOL; 3º) en congruencia con ello no hay precio de venta de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA a ESTACIÓN DE SERVICIO ORENGA, SL. y otro posterior al público destinatario del producto, sino un precio del producto del que se beneficia REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA y una comisión que percibe la demandante a cargo de la empresa petrolera sobre el combustible que se despacha en la estación de servicio; así consta expresamente en el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento suscrito por los litigantes con fecha 29 de marzo de 1.990, y en sus anexos, donde se estipula a favor de ESTACIÓN DE SERVICIO ORENGA, SL. el derecho a percibir de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA unas comisiones asignadas por litro de cada tipo de producto, además de unos incentivos en función del cumplimiento de unos objetivos, siendo éste el sistema por el se ha venido desarrollando durante la facturación entre ESTACIÓN DE SERVICIO ORENGA, SL. y REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA; 4º) además, el propio contrato estipulaba como régimen distinto al de "comisión" (comercialización de productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de REPSOL) el de "venta en firme" del producto para su posterior reventa, previendo estipulaciones específicas para el caso de que se utilizara éste, por lo que no puede admitirse que se traten de equiparar ambos sistemas; y 5º) el sistema de regularizaciones por cambio de precio de las existencias de carburantes en el punto de venta es propio de una comisión y no de una compraventa en firme, pues en esta última carecería de sentido. Por todo ello no puede accederse a la pretensión de la demandante de considerar a la misma con la cualidad de revendedora en base a la presencia de una inexistente compraventa mercantil entre los litigantes.

Por más que se invoque la normativa reguladora del Derecho de la competencia, la misma no transforma la naturaleza del contrato, aunque sí sirva para establecer límites a la autonomía de la voluntad derivados de normas de orden público. Cuando se dirime un litigio sobre Derecho de la competencia, en el presente caso sobre comportamientos que pudieran ser contrarios a las previsiones del artículo 81 del Tratado CE, se ha de tener plena conciencia de que lo que dicha normativa pretende garantizar es que se produzca un juego limpio entre competidores en beneficio del mercado y de los consumidores y es en esa medida en la que uno de los contratantes puede denunciar acuerdos colusorios que infrinjan el artículo 81 del Tratado CE para exigir que se declare su nulidad, con sus efectos inherentes; pero ello no autoriza a uno de los contratantes a invocar tal precepto para conseguir consecuencias diferentes como las que se pretenden con la demanda.

TERCERO.- Con todo, la denegación de la calificación del contrato de autos como operación de compraventa y ulterior reventa no implica que esa relación resulte indiferente para el Derecho europeo de la competencia y puesto que nos encontramos ante un acuerdo entre empresarios que incluye una estipulación de suministro en exclusiva y ésta podría, en su caso, implicar posibles restricciones verticales sobre aquélla.

No puede ignorarse que la posible restricción de la competencia consecuencia de los pretendidos actos colusorios podría afectar al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea (Comunicación de la Comisión 2004/C 101/08 sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, DOCE de 27 de abril de 2004), atendiendo a la interpretación flexible de tal requisito, lo que significa admitir que una restricción que se realiza solamente dentro del territorio de un único Estado, como ocurriría en el caso objeto de este litigio, pudiera afectar al comercio entre los Estados miembros porque influyese en la posibilidad de importar un producto o por el riesgo que supone de compartimentar el mercado común; así lo ha estimado la Comisión Europea en relación a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA en el asunto COMP/B-1/38.348. Además, los actos objeto de litigio podrían tener un efecto relevante sobre el mercado, produciendo una restricción sensible en el mismo (Comunicación de 22 de diciembre de 2001, de minimis, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible., DOCE C 368), puesto que la referencia a considerar en este caso (a la luz de los criterios de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. DOC 3 72, de 9 de diciembre de 1997) la proporciona la distribución al por mayor de carburantes y combustibles a través de estaciones de servicio en el territorio peninsular español y la importancia de la cuota de mercado que ocupa REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA en ese ámbito justificaría la relevancia concreta del acuerdo objeto de litigio desde el punto de vista del Derecho Comunitario.

Asimismo, no hay que olvidar que, en la órbita del artículo 81 del Tratado CE, también tienen cabida los acuerdos relativos a los denominados agentes no genuinos, es decir, aquéllos que, aún negociando por cuenta del comitente, asumen relevantes riesgos financieros y comerciales relacionados con la venta a terceros. Se trata, en tal caso, de acuerdos entre empresarios que interesan al Derecho de la competencia. En concreto, dentro de la categoría de agente a la que se asimila la condición de ESTACIÓN DE SERVICIO ORENGA, SL., donde mejor encaja la relación objeto de este litigio, utilizando la terminología acuñada por la Comisión Europea en atención a consideraciones económicas (fundamentalmente al régimen de distribución de riesgo financiero o comercial), es como un "acuerdo de agencia no genuino", que es un tipo de acuerdo vertical que ha de sujetarse al régimen del artículo 81.1 del Tratado CE, por su capacidad para influir en el régimen de libre competencia. La relación objeto de autos se aproxima más, desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia, al acuerdo de agencia no genuino porque el agente, aunque lo asume de modo voluntario y es lícito que al amparo del principio de autonomía de la voluntad así se convenga (artículo 1255 del C Civil EDL1889/1), corre con algunos riesgos relevantes en la relación, como la obligación de liquidar al comitente el combustible en el plazo fijo de nueve días, la responsabilidad asumida sobre el producto una vez rebasado el punto de conexión de la manguera, su participación en el mantenimiento y reposición de instalaciones o su participación en el coste y riesgo

financiero por la utilización del sistema de pago de los carburantes por tercero mediante tarjetas de crédito. Los relacionados se encuentran entre aquéllos que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de diciembre de 2006, asunto C 217/05, ha considerado que justifican considerar que un contrato de agencia relacionado con el abanderamiento de una estación de servicio es "no genuino" a efectos de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE.

La denominada "cuestión de la agencia" ha sido examinada ya en múltiples resoluciones por esta sección de la Audiencia Provincial a propósito de demandas formuladas por las empresas titulares de estaciones de servicio contra el suministrador interesando, previa declaración de su condición de revendedor, la nulidad del contrato por infracción del artículo 81.1 del Tratado (sentencias de 6 de febrero de 2007 -rec. 496/06-, 11 de noviembre de 2008 -rec. 581/07-, 18 de diciembre de 2008 -rec. 56/08- y 15 de enero de 2009 -rec. 119/06 -, entre otras) e incluso la aplicación como en este caso del régimen de reventa en firme (sentencias de 13 de diciembre de 2007-rec. 76/07- y 23 de enero de 2009 -rec. 98/08 -).

La más reciente de estas resoluciones, que seguiremos respecto a esta cuestión, es la dictada con fecha 23 de enero de 2009.

En la citada resolución indicamos que en el ámbito de la distribución comercial, si la relación entre dos sujetos situados en distintos escalones de la distribución era de compraventa, el art. 81.1 del Tratado era de aplicación a las relaciones entre los mismos. Pero si se trataba de un contrato de agencia, no resultaba de aplicación dicho precepto, y así lo entendió ya en 1962 la Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales (Diario Oficial núm. 139 de 24/12/1962 p. 2921 - 2922).

La razón de la inaplicación del art. 81.1 TCE a los auténticos contratos de agencia es que tal precepto es aplicable no a los comportamientos unilaterales de una empresa, sino a "los acuerdos entre empresas" (además de a las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas, cuestión ajena al objeto de autos), y si el contrato que une a las partes es de agencia, puede entenderse que, a efectos del art. 81.1 TCE, no existe "acuerdo entre empresas" sino que el agente actúa integrado en la empresa comitente, sin perjuicio de que aun en este caso puedan entrar dentro del ámbito de la prohibición las obligaciones impuestas al titular en el marco de los servicios de intermediación que éste ofrece al comitente como las cláusulas de exclusividad o no competencia.

La cuestión es abordada de un modo claro en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 5ª), de 15 de septiembre de 2005, caso DaimlerChrysler AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T325/01, cuando, con cita de numerosas sentencias anteriores, afirma en sus apartados 83 a 86:

"83. Del tenor literal de este artículo (el art. 81.1 TCE) resulta que la prohibición establecida se refiere exclusivamente a los comportamientos coordinados bilateral o multilateralmente, en forma de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas. Así

pues, el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 81 CE EDL1978/3879, apartado 1, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000, Bayer/Comisión, T41/96, Rec p. II3383, apartados 64 y 69, confirmada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de enero de 2004, BAI y Comisión/Bayer, asuntos acumulados C2/01 P y C3/01 P, Rec p. 123).

84. Se desprende de lo anterior que cuando una decisión de un fabricante constituye un comportamiento unilateral de la empresa, esta decisión es ajena a la prohibición del artículo 81 CE EDL1978/3879, apartado 1 (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec p. 3151, apartado 38, y de 17 de septiembre de 1985, Ford/Comisión, asuntos acumulados 25/84 y 26/84, Rec p. 2725, apartado 21, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T43/92, Rec p. II441, apartado 56).

85. Se desprende asimismo de una reiterada jurisprudencia que, en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hydroterm, 170/83, Rec p. 2999, apartado 11, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 2000, DSG/Comisión, T234/95, Rec p. II2603, apartado 124). El Tribunal de Justicia ha destacado que, a efectos de la aplicación de las normas sobre competencia, la separación formal entre dos sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, no es determinante y lo importante es la unidad o no de su comportamiento en el mercado. Por consiguiente, puede resultar necesario determinar si dos sociedades que tienen personalidades jurídicas separadas constituyen o forman parte de una misma y única empresa o entidad económica que presenta un comportamiento único en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec p. 619, apartado 140).

86. La jurisprudencia muestra que este tipo de situación no se limita a los casos en los que las sociedades mantengan relaciones de matriz a filial, sino que incluye asimismo, en ciertas circunstancias, las relaciones entre una sociedad y su representante comercial o entre un comitente y su comisionista. En efecto, al aplicar el artículo 81 CE EDL1978/3879, la cuestión de si un comitente y su intermediario o "representante comercial» forman una unidad económica y éste es un órgano auxiliar integrado en la empresa de aquél, es importante para determinar si un comportamiento está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo. Así pues, se ha declarado que "si (un) intermediario ejerce una actividad en beneficio de su comitente, puede en principio considerarse como órgano auxiliar integrado en la empresa de éste, obligado a atenerse a las instrucciones del comitente y formando así con dicha empresa, a semejanza del empleado comercial, una unidad económica» (sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, citada en el apartado 41, apartado 480)".

Por tanto, la consideración de un contrato como de "agencia" llevaba aparejada la inaplicabilidad del artículo 81.1 TCE a las relaciones jurídicas existentes entre las partes en tal contrato, en relación con los terceros, porque faltaba uno de los presupuestos de la prohibición del artículo 81.1 TCE, como es la existencia de un "acuerdo entre empresas" en

relación a las ventas de los productos del principal. La situación de dependencia respecto del suministrador en cuyo sistema de distribución se integra el agente, la sumisión a sus instrucciones, hace que no pueda considerarse que, a efectos de determinadas cláusulas, existan dos empresas, sino sólo una, la suministradora. La posición del agente en sus relaciones, por cuenta del principal, con los terceros compradores del producto es parecida a la de un empleado o a la de una filial, puesto que la actividad económica que ejerce no es la suya propia. Como el empleado o la filial, el agente o representante está vinculado por las instrucciones que recibe de su principal. Dichas instrucciones no son sino la expresión del control que el principal mantiene sobre el contenido de las transacciones que se efectúan por su cuenta. Es por ello que en el apartado 88 de la citada sentencia, el Tribunal declara que: "cuando un agente, aunque con personalidad jurídica propia, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica las instrucciones que le imparte su comitente, las prohibiciones dictadas por el artículo 81 CE EDL1978/3879, apartado 1, no son aplicables a las relaciones entre el agente y su comitente, con el que forma una unidad económica". En parecido sentido, la Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto C 279/06, declara: "35 El Tribunal de Justicia señaló, en el apartado 38 de la sentencia CEEES, que los acuerdos verticales, como los contratos entre CEPSA y los titulares de estaciones de servicio, sólo entran en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado (actual artículo 81) cuando se considera que el titular es un operador económico independiente y existe, en consecuencia, un acuerdo entre dos empresas".

Ahora bien, las instituciones comunitarias fueron muy pronto conscientes de que junto a los contratos de reventa, a los que nominalmente se referían los reglamentos de exención por categorías, y a los contratos de agencia que podrían considerarse como "genuinos", en los que era evidente la integración del agente en la estructura de distribución de la empresa principal, existían otros en los que sin estarse ante una reventa propiamente dicha, la integración no era tan evidente como en los contratos de agencia "genuinos", puesto que la configuración jurídica y, sobre todo, la significación económica del contrato, otorgaban cierta independencia al agente, que asumía ciertos riesgos y corría con ciertos costes distintos de los propios de su actividad de agente. Por ello, junto a la figura del "revendedor", en la terminología usada por los reglamentos de exención, y a la del "agente comercial", en la terminología usada por la Comunicación de 1962 a que se ha hecho referencia, fue apareciendo otra figura intermedia, la del "agente no genuino", al que había que reconocer cierta independencia del principal, por lo que el acuerdo suscrito entre ambos sí entraba dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE.

Para diferenciar entre una y otra figura, lo esencial, más que la calificación del contrato conforme al Derecho interno (que por otra parte no podía ser uniforme dada la diversidad de regímenes jurídicos existente en los Estados miembros), era la significación económica de las obligaciones que contraían las partes y concretamente, como ya declarara la citada comunicación de 1962, "la asunción de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución del contrato".

Sobre este particular, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de diciembre de 2006, asunto C 217/05, declara en sus apartado 43 y siguientes:

"43 Sin embargo, a este respecto se deriva de la jurisprudencia que los intermediarios

sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste (véase, en este sentido, la sentencia Volkswagen y VAG Leasing, antes citada, apartado 19).

44 Por consiguiente, cuando un intermediario, como el titular de una estación de servicio, aunque con personalidad jurídica distinta, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente de su comitente, en este caso un proveedor de carburantes, por el hecho de que éste asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica de que se trata, la prohibición establecida en el artículo 85, apartado 1, del Tratado no es aplicable a las relaciones entre este intermediario y este comitente.

45. Por el contrario, cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada, apartados 541 y 542).

46. Se desprende de lo anterior que el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente reside en el contrato celebrado con el comitente y, concretamente, en las cláusulas, tácitas o expresas, de este contrato relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. Tal como alega en sus observaciones, con razón, la Comisión, la cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno.

47. En estas circunstancias, debe valorarse si, en el marco de los contratos que presentan las características que describe el órgano jurisdiccional remitente, los titulares de estaciones de servicio asumen o no determinados riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de carburantes a terceros.

48 El análisis de la distribución de dichos riesgos debe realizarse a la luz de las circunstancias fácticas del asunto principal."

El concepto de operador económico independiente es recogido en la sentencia del TS en fecha 20-11-2008, ponente, D. Jesús Corval, en la cual se indica "Por otro lado, la labor interpretativa debe contemplar la finalidad a que tiende, pues las expresiones y cláusulas no tienen la misma relevancia según las diversas perspectivas en que pueden ser contempladas. Y esto tiene especial importancia en el caso, pues posiblemente no sería lo mismo examinar el alcance de cláusulas contractuales si se tratara de resolver unos hipotéticos incumplimientos de alguna de las partes, que si se trata de determinar, como es el caso, el ajuste del contrato al Derecho Comunitario., puesto que lo importante es si tal cláusula de asunción de riesgos y otras revelan o no si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente, porque si lo revelan, y contradicen la hipótesis de

mero auxiliar de la empresa, el contrato queda sujeto al art. 85.1 (actual 81.1) del Tratado CE. Lo que importa, como dice la STJCE de 14 de diciembre de 2.006 (C 217-2.005) EDJ2006/318638, es más la realidad económica que la calificación jurídica (ap. 46), y para determinar si debe aplicarse el citado artículo es necesario analizar la distribución de los riesgos financieros y comerciales entre el titular y el proveedor de carburantes, en función de criterios tales como la propiedad de los productos, la contribución a los costes vinculados a su distribución, su conservación, la responsabilidad que puedan sufrir los productos o por los daños que los productos puedan causar a terceros y la realización de inversiones específicas para la venta de dichos productos (ap. 60), y el juez nacional debe tener en cuenta, por una parte, los riesgos vinculados a la venta de los productos, como la financiación de las existencias de carburante, y, por otra parte, los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, a saber, las que son necesarias para que el titular de una estación de servicio pueda negociar o celebrar contrato con terceros (ap. 51). Esta Sala, por lo demás, se ha referido en diversas Sentencias (entre otras, las de 30 de enero EDJ2007/17991 y 3 de octubre de 2.007 EDJ2007/222893) a la aplicación del art. 85 del Tratado a los contratos de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles celebrado entre un suministrador y un titular de una estación de servicio, cuando este titular asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros, que es la doctrina que sienta el TJCE en la Sentencia de 14 de diciembre de 2.006 (ap. 65)", ya la vista de la doctrina expuesta y de las cláusulas contractuales transcritas, la SÉPTIMA, RIESGO DE LOS PRODUCTOS, la QUINTA, RIESGOS FINANCIEROS, apartado sexto, apartado primero, se desprende que la demandada es un operador económico independiente y por tanto el contrato litigioso está sujeto a las prohibiciones establecidas en el artículo 85.1 (actualmente 81.1) del Tratado de CE , con arreglo al que "serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos 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 y en particular, los que consistan en) fijar directa o indirectamente los precios de compra o venta o otras condiciones de transacción. b)...."

CUARTA.- Efectivamente, la polémica que subyace en el litigio radica, en determinar la licitud o no de que REPSOL pueda establecer precios de venta a tercero de los carburantes y combustibles que se despachan en la estación de servicio. La imposición de precios supone, en sede de principio general, una práctica prohibida e inexcusable porque se trataría de una grave quiebra a las leyes de libre competencia (art.81.1 del Tratado de CE) ante la cual no cabría ampararse ni en la regla de minimis (Comunicación de 22 de diciembre de 2001) ni en los Reglamentos de exención por categorías referidos a acuerdos verticales. Alega REPSOL que en lo que en el contrato se establece es un precio máximo o recomendado de venta al público que no equivale a un precio de venta fijo o mínimo, de lo que se puede deducir que no conllevaría efectos apreciables sobre la competencia la fijación de precios máximos de venta al público si se respeta la libertad del agente, para jugando con su comisión, poder bajar el precio que va a pagar el cliente final, sin disminuir los ingresos del suministrador. A este respecto, es necesario traer a colación dos sentencias recientes del TS que se pronuncia sobre la nulidad de un contrato de comisión de venta, abanderamiento y suministro en exclusiva a una estación de servicio entre el proveedor de carburante y el titular de una estación de servicio, una ya mencionada, la de 20-11-2008 y otra, de 15-4-2009, las dos del mismo ponente, Sr. Corbal, en la primera se señala" 3ª. La cláusula relativa a la fijación y control por la

entidad proveedora del precio de venta -reventa- por el intermediario (estación de servicio) de los productos carburantes y combustibles es claramente contraria al art. 85.1, a) del Tratado CE, y no tiene ningún paliativo en el Reglamento CE de exención por categorías núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1.983, relativo a la aplicación del art. 85.3 del Tratado, que es el aplicable al caso por haberse celebrado los contratos con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento CE núm. 2790/1990, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1.999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas que sustituyó al anterior. La nulidad de esta cláusula conforme al art. 85.2 del Tratado es suficiente para acarrear la nulidad de los contratos, habiendo declarado la STJCE 14 de diciembre de 2.006 (ap. 66) EDJ2006/318638 que los arts. 10 a 13 del Reglamento núm. 1984/83 deben interpretarse en el sentido de que el contrato no estará cubierto por el Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio de venta final al público fijado por el suministrador...

Por otro lado, no cabe aplicar la doctrina de la nulidad parcial -"utile por inutile non vitiatur"- por la esencialidad de las cláusulas contrarias a la normativa comunitaria y no tener el carácter de separables. Así lo declara la jurisprudencia de esta Sala (SS. 2 de junio de 2.000 EDJ2000/14305 y 30 de octubre de 2.007, entre otras) que resalta, además, que no sería posible obligar a las partes a renegociar las cláusulas y su supresión altera por completo la economía del contrato." Y en la segunda se ratifica, en el aspecto que estamos examinando, en lo señalado en la primera, añadiendo "...el carácter de mera apariencia de la condición para soslayar el efecto del ilícito, lo que se ratifica, como se verá más adelante, por la carta de 6 de marzo de 2 001, a la que incluso se pretende atribuir una eficacia novatoria.....con independencia de todo ello, la carta de que se trata es reveladora de la verdadera situación contractual, y del temor suscitado, ante la inminencia del planteamiento de la resolución contractual, de que la demandada pudiera invocar aquella circunstancia en protección de su propio interés..., doctrina aplicable totalmente al supuesto de autos, pues si bien el contrato preveía la posibilidad de rebajar la comisión por parte del industrial (cláusula QUINTA. 1), en la práctica dicha posibilidad no existía y de ahí que no exista documental al respecto, pues los precios finales de venta al público venían impuestos por REPSOL, siendo reveladora de la que la cláusula contenida en el contrato era una mera declaración de principio de imposible aplicación a la práctica y que tenía como finalidad, como dice la mencionada sentencia de " soslayar el efecto del ilícito", la carta enviada por aquella a ESLORA el 7 de noviembre de 2001 (doc. 3 de la contestación de CATALANA DE CARBURANTES), en la cual se indica"...en particular, y tal como ya teníamos establecido en nuestra relación contractual efectiva, queda ahora explicitado que podrán Vds, en su actuación como agentes comisionistas., repartir su comisión con los clientes, gozando de plena libertad para reducir, si lo desean, el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir nuestros ingresos como principal.."; consecuentemente, con todo lo expuesto procede decretar la nulidad del contrato celebrado el 31 de diciembre de 2006 y en consecuencia procede desestimar la demanda formulada por REPSOL y estimar la demanda reconvenzional.

QUINTO.- Procede imponer las costas causadas a REPSOL.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en NOMBRE DEL REY,

FALLO

Desestimando la demanda formulada por JOSÉ PEDRO VILA RODRÍGUEZ en nombre y representación de REPSOL SA. contra ESLORA MECO SL. Y CATALANA DE CARBURANTES SL. y estimando la demanda reconvenzional formulada por MARÍA DEL VALLE GILÍ RUIZ en nombre y representación de CATALANA DE CARBURANTES SL. declaro la nulidad del contrato celebrado el día 31 de diciembre de 2006 suscrito entre REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS SA. y ESLORA MECO SL con imposición de las costas a REPSOL SA.

Por la Sra Secretaria de este Juzgado comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia por versar el proceso sobre la aplicación del artículo 81 (antes 85) del Tratado de la Comunidad Europea.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Madrid, (art. 455 LEC). El recurso de preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (art. 457.2 LEC)

Asimismo, firme que sea la presente resolución, se informa a la parte condenada que si, en el término de 20 días a partir de la notificación de la presente resolución (art. 548 LEC) no cumple el fallo de esta sentencia, la parte vencedora en el pleito podrá pedir la ejecución forzosa de la misma, que generará nuevas costas además de las impuestas en sentencia para la parte condenada.

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

Concuera bien y fielmente con su original al que me remito para que conste en cumplimiento a lo mandado expido el presente que firmo en Madrid a 27/7/2009