

Id. Cendoj: 48020370042009100403
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Bilbao
Sección: 4
Nº de Resolución: 583/2009
Fecha de Resolución: 22/07/2009
Nº de Recurso: 341/2007
Jurisdicción: Civil
Ponente: FERNANDO VALDES-SOLIS CECCHINI
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Acción de nulidad de contrato de abanderamiento y suministro en exclusiva de estación de servicio. Adquisición por petrolera del derecho de superficie o usufructo sobre la estación de servicio y arrendamiento de industria de la estación de servicio a sociedad relacionada íntimamente con la propietaria del suelo: alegación de fraude de ley para burlar el límite máximo de 10 años de la exclusiva de suministro de art. 12.1 de Reglamento 1984/83. Inexistencia de dicho fraude. Titular del derecho de superficie es propietario temporal de lo edificado en suelo ajeno. Sucesión de normas: Reglamentos comunitarios 1984/83 y 2790/99. La entrada en vigor de éste último no determina necesariamente la nulidad radical del contrato por exceder su duración de los 5 años previstos en art. 5. Fijación vertical de precio de venta al público. Admisibilidad de precio de venta máximo o recomendado, salvo que conduzcan directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA

Sección 4ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ªplanta-

C.P. 48001

Tfno.: 94-4016665

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.04.2-06/013089

R.apela.merca.L2 341/07

O.Judicial Origen: Jdo. de lo Mercantil nº 2 (Bilbao)

Autos de Pro.ordinario L2 124/06

|
|
|
|

Recurrente: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. , ZESENA S.L. y BIDE BARRI S.L.

Procurador/a: JAIME GOYENECHEA PRADO, MARIA ROSA SANMIGUEL ADALID y ROSA SAN MIGUEL ADALID

Recurrido:

Procurador/a:

SENTENCIA N° 583/09

ILMOS/AS. SRES/AS.

D. FERNANDO VALDES SOLIS CECCHINI

D. IGNACIO OLASO AZPIROZ

Dña. LOURDES ARRANZ FREIJO

En Bilbao, a 22 de julio de dos mil nueve.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, los presentes autos de juicio ordinario n° 124/06 , procedentes del Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Bilbao y seguidos entre partes:

-Como parte apelante-demandante las mercantiles ZESENA, S.L., y BIDE BARRI, S.L., representadas por la Procuradora Sra. Rosa San Miguel Adalid y defendidas por el Letrado Sr. Mariano Aguayo.

-Y como parte apelante-demandada, REPSOL COMERCIAL PRODUCTOS PETROLIFEROS , representada por el Procurador Sr. Jaime Goyenechea Prado y defendido por la Letrada Sra. María Díez Aldao.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 22 de febrero de 2007 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: "Con estimación parcial de la demanda formulada por BIDE BARRI S.L. y

ZESENA S.L. , representadas por la Procuradora de los Tribunales ROSA SANMIGUEL ADALID, frente a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. , representada por el Procuradora de los Tribunales JAIME GOYENECHEA PRADO:

1.- Debo declarar como declaro la nulidad de las cláusulas de duración de los contratos de compraventa de usufructo y de cesión de explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, celebrados en la misma fecha de 28 de abril de 1992, entre las partes litigantes, objeto del juicio, los cuales se declaran extinguidos desde el 1 de julio de 1997, con la consecuente cancelación de los asientos registrales contradictorios en el Registro de la Propiedad nº 10 de Bilbao.

2.- Debo condenar como condeno a la mercantil demandada a que esté y pase por la anterior declaración a todos los efectos, sin nada que reclamar ni entregar por los dichos contratos, absolviéndola de todo lo demás que se le pedía en el presente juicio.

3.- No se hace especial pronunciamiento de reembolso de costas procesales ".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante y demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 341/07 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento, la vista del recurso se celebró ante la Sala el pasado día 22 de abril de 2009 , con asistencia del letrado Sr. Fernando Lorente Hurtado en sustitución de la Sra. María Díaz Aldao por la parte apelante-demandada y del letrado Sr. José Ángel Castillo Cano-Cortes en sustitución del Sr. Mariano Aguayo de por la parte apelante demandante, quienes informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones.

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la deliberación y resolución.

CUARTO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. FERNANDO VALDES SOLIS CECCHINI .

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida en lo que no se oponga a lo que se dirá.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Recurso articulado por Repsol.

La primera de las cuestiones que vamos a analizar hace referencia a las relaciones contractuales mantenidas entre demandante y demandada que determinan que la Sentencia de primera instancia decreta "la nulidad de las cláusulas de duración de los contratos de compraventa de usufructo y de cesión de explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, celebrados en la misma fecha de 28 de abril de 1992, entre las partes litigantes, objeto del juicio, los cuales se declaran extinguidos desde el 1 de julio de 1997, con la consecuente

cancelación de los asientos registrales contradictorios en el Registro de la Propiedad nº 10 de Bilbao"

Los antecedentes necesarios, a los efectos, se obtienen de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, que en este punto no es objetada por ninguna de las partes recurrentes; y la conclusión la establece en el Fundamento 6º de la misma.

En cuanto a los antecedentes de hecho, tenemos los siguientes, siguiendo la sentencia recurrida:

"José Miguel explotaba de antiguo la estación de servicio nº 4272 en La Avanzada, Leioa, carretera. Bilbao Getxo km 11, denominada Bide-Ona, de su propiedad, teniendo concertado, durante el monopolio de petróleos, con la Empresa Nacional de Petróleos, S.A., un contrato de abanderamiento y suministro de 1 de julio de 1987".

" Como sucesión del predicho contrato, la demandante Zesena, S.L., en adelante Zesena, constituida en julio de 1990 y cuyo administrador social único es el citado Sr. José Miguel, suscribió con la demandada Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., en adelante Repsol, el 28 de abril de 1992, escritura pública de compraventa de usufructo en favor de ésta, sobre las fincas en que se halla la estación de servicio mencionada, todos sus elementos y pertenencias, y la concesión administrativa misma, por precio percibido de 340 millones de pesetas (2.043.441,15 euros), y duración de veinte años, según la cláusula adicional 1ª".

"La propiedad de la estación de servicio, suelo, vuelo y todos sus elementos, se habla aportado por el Sr. José Miguel al capital a Zesena el 28 de noviembre de 1991, y cedido su usufructo a Repsol".

"En la misma fecha de 28 de abril de 1992 se suscribió, en una unidad de operación económica con la compraventa de usufructo, un contrato-tipo para cesión de explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento entre Repsol y Bide Barri,S.L., en adelante Bidebarri, a quien representaba su administrador social, el mismo José Miguel, cuyo objeto es la propia estación de servicio".

"El objeto de dicho contrato privado se articuló como de comisión mercantil, con una duración no expresamente definida, en cuya virtud Repsol suministra carburantes y combustibles líquidos a Bidebarri, le proporciona asistencia técnica, colabora en acciones conjuntas tendentes a una mejor prestación de servicios ante el consumidor, y compromete la conservación, reparación y periódica reposición de elementos publicitarios, obligándose Bidebarri a destinar la estación de servicio exclusivamente a la venta de los productos de Repsol, incluidos aquellos de automoción y servicio del automovilista que sean autorizados, actuando como empresario independiente y titular del negocio establecido a todos los efectos, administrativos, fiscales y laborales, contratando en nombre propio al personal, pagando una renta por mensualidades adelantadas que, partiendo de originales 10.000 pesetas, se ha ido actualizando, y por supuesto, pagando los suministros en la forma que determina Repsol".

"El indicado pago de suministros viene consistiendo en que Bidebarri recibe en exclusiva de Repsol, a cambio de una comisión, la totalidad de gasolinas, gasóleos, supercarburantes y lubricantes, asumiendo aquélla el riesgo sobre tales productos, desde el momento mismo en el que los recibe por introducción en los depósitos de la estación, y respondiendo ante el consumidor por medición, calidad e identidad de los

productos. Asimismo asume el riesgo derivado de los pagos por los consumidores mediante tarjetas de crédito u otros sistemas análogos."

Como aportaciones económicas efectuadas por Repsol durante toda la relación, podemos indicar las siguientes:

- 1.Compra del usufructo por 2.043.441,15 euros.
- 2.Remodelación de la estación, 913.538,40 euros.
- 3.Remodelación de las tiendas, 308.560 euros.
- 4.Revisión de presión y estanqueidad de los tanques, 44.600 euros.
- 5.Obras en 2005 por importe de 36.609,50 euros.

Totalizan las aportaciones de Repsol la suma de 3.038.497,61 euros.

"La Decisión de la Comisión Europea recaída en el asunto COMP/B-1/38348-RCPP CPP., de 12 de abril de 2006, por la que se termina el expediente iniciado por la demandada a que se ha hecho referencia, contempla específicamente como uno de los tipos contractuales sometidos a estudio el integrado por el usufructo y la agencia impropia, denominado "usufructo-agente", y relaciona a Bidebarri en página 38; se aceptan los compromisos ofrecidos por Repsol que, en cuanto a contratos actuales del género del caso, consisten en imponer un sistema obligatorio de precios máximos de venta al público, y en ofrecer el rescate, una vez transcurrida una parte sustancial de la vigencia y aplicación de dichos contratos, del derecho real, a un precio tasado conforme a la fórmula aprobada en la Decisión.

"En ejecución de la obligatoriedad de los compromisos aceptado por la Comisión Europea, Repsol se ha dirigido por burofax de 28 de julio de 2006 a Bidebarri, comunicando la indicada Decisión, y ofreciendo el rescate del derecho de usufructo mediante el pago de un canon anual de 303.046,97 euros, o un único canon de 1.337.347,29 euros, conforme al documento nº 74, y ofertando un nuevo contrato de arrendamiento de la explotación conforme al documento nº 75, ambos aportados por las actoras a la audiencia previa, a los que se hace expresa remisión".

De estos antecedentes, la Sentencia recurrida llega a la conclusión de que estamos en presencia de un contrato otorgado en fraude de Ley en base a la argumentación que transcribimos:

"Al amparo de la inconsistencia literal del precepto de art. 12.2 Rgto 83 , las petroleras, o por lo que aquí interesa, Repsol, idearon esas construcciones artificiosas para colocarse como arrendadores de las estaciones de servicio sin ser propietarios originarios, a través de la adquisición del derecho de superficie o usufructo. En ambos casos, el objetivo era interferir el mercado con una exclusiva de venta del producto durante un lapso temporal superior a diez años. El fraude de ley, desde el prisma de art. 6.4 CCiv , utiliza como norma de cobertura el arrendamiento de lo que es previamente ajeno, a fin de burlar el plazo máximo de la exención, como norma defraudada, seleccionando unas maneras extravagantes de invertir en una actividad, con la compra de un derecho real por espacio de muchos años para contratar un arriendo de explotación, con unas características elusivas patentes".

"En nuestro asunto las características fraudulentas son muy marcadas:

2.1. Se adquiere el usufructo a una sociedad, y el arrendamiento se concede a otra, aunque son una misma unidad de decisión e imputación patrimonial.

2.2. La operación resulta sucesión de una relación contractual previa, de 1987, insostenible con la desaparición del monopolio de petróleos, al punto que del plazo modélico de 25 años se descuentan cinco.

2.3. La renta del contrato en exclusiva resulta simbólica e incluso no se fija expresamente un plazo para el arriendo de la explotación, por cuanto el contrato jurídico-real era el cimiento de aquél, sólo a los efectos de extralimitar el plazo".

"Pues bien, nada puede evitar en autos que los contratos vinculados se entiendan enfrentados al plazo máximo de exención, porque no se justifica de cara a una lectura del art. 12.2 Rgto 83 diferente de su "ratio", y porque supone un fraude legal".

"No se dice con ello que Repsol haya acometido en 1992 un negocio compuesto, con dos contratos vinculados, sin causa, causa simulada, o ingenio meramente artificial, sin contraprestaciones económicas reales o con algunas solapadas, sino que, como acuerdo vertical prohibido, y exclusivamente amparado por excepción singular de art. 10 Rgto. 83, se convino por un tiempo superior al máximo tolerado de diez años. Ni más, ni menos. Debe tenerse en cuenta que el art. 81.1 TCE dispone la nulidad del acuerdo vertical de exclusiva, pero se excepciona ex art. 8.3 TCE, y lo que ocurre es que se excepciona la proscripción conforme al Rgto. 83 por diez años como tope. La consecuencia, por ende, es la nulidad "ex tunc" del contrato, pero no desde su firma, sino desde que expiró el plazo máximo de duración de la validez excepcionada o salvada, que coherentes con la sucesión del abanderamiento previo, implica la expiración de la validez de los contratos desde el 1 de julio de 1997."

Como señala la parte recurrente Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, la solución dada por el Tribunal Supremo, por otras Audiencias, concretamente la Provincial de Madrid en la sentencia que analizaremos, y por el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad en su Sentencia de 2 de abril de 2009, es exactamente contraria a la postulada por la Sentencia recurrida.

En el supuesto enjuiciado se ha producido una sucesión normativa representada por el Reglamento número 1984/83 de 22 de junio, al que sucedió el reglamento 2790/99, que hoy se encuentra en vigor y de cuya aplicación se ha derivado la oferta efectuada por Repsol al demandante, que ha sido homologada por la Decisión de la Comisión Europea recaída en el asunto COMP/B-1/38348-RCPP CPP., de 12 de abril de 2006.

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 13 de octubre de 2.008:

"La cláusula de adquisición en exclusiva del contrato de arrendamiento objeto de autos no vulneraba, cuando fue suscrito, la limitación temporal impuesta por la normativa comunitaria para los acuerdos que conllevan la obligación de suministro en exclusiva, pues se ajustaba a lo previsto en el Reglamento nº 1984/83

, que era el vigente al tiempo de su suscripción. Esta norma proporcionaba cobertura, como ya explicó esta sección 28ª de la AP de Madrid, entre otras, en las sentencias de 27 de octubre de 2006 y 8 de marzo de 2007, a acuerdos de exclusiva como el que aquí es objeto de litigio por un período más dilatado incluso que el de 10 años, al amparo del régimen excepcional previsto en dicha normativa (art. 12.2 del Reglamento nº 1984/83), por ser REPSOL la propietaria de las instalaciones de la estación de servicio, al menos mientras durase el derecho de superficie merced al cual la construyó (ya que el titular del derecho de superficie es, siquiera temporalmente, propietario de lo edificado en suelo ajeno). Según la norma comunitaria cuando el acuerdo se refiriese a una estación de servicio que el proveedor hubiese arrendado al revendedor, se le podrían imponer al segundo las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia durante todo el período en el cual explotase efectivamente la estación. Por lo que no se entrevé que en este supuesto hubiese podido mediar el posible fraude de ley, al que debe estar atento según la Comunicación de 28 de abril de 1999 de la Dirección General IV de Competencia de la Comisión Europea, ya que, como se ha dicho, la construcción de la estación de servicio la costeó REPSOL, efectuando una importante inversión económica, por lo que no podía oponerse reparo alguno a su condición de titular dominical de la estación y siendo por tanto legítimo su arriendo a la parte actora, sin que la duración que se estipulaba en el contrato para el suministro en exclusiva supusiera la contravención legal que sostienen los demandantes (en este sentido la sentencia del TS de 15 de marzo de 2001), que merced a ello estuvieron en condiciones de poder operar en el mercado de las gasolinas. La financiación ajena de la construcción de la gasolinera, que ha de revertir a la actora, y la garantía de suministro de combustible durante un período razonable para amortizar la inversión realizada justifican la operación y le proporcionan cobertura bajo la seguridad jurídica de la norma que posibilitaba tal negocio. "

"Subyace en la demanda la idea de que los simultáneos contratos suscritos con REPSOL responden en realidad a un mero artificio cuya finalidad no sería otra que permitir a esta última soslayar la aplicación de las normas europeas sobre la competencia (en concreto para eludir la duración máxima de diez años que establecía el Reglamento nº 1984/83). Pero eso solo podría sostenerse si la inversión de la petrolera hubiese sido insignificante, pero no cuando ésta tiene entidad suficiente"

"En este sentido, son varias las resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal de Defensa de la Competencia que han estimado que cuando la empresa suministradora ha construido la estación de servicio sobre el solar que originariamente era propiedad de la empresa con la que ha contratado y que le ha otorgado a tal efecto el usufructo o el derecho de superficie sobre tal solar, concertándose posteriormente un arrendamiento de industria por un tiempo superior a 10 años durante el cual la arrendataria ha de comprar a la suministradora con un pacto de exclusiva, no se está en el supuesto del art. 12.1.C del Reglamento 1984/83, sino en el del art. 12.2, por lo que la mayor duración del pacto de exclusiva está justificado (en este sentido las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000, 15 de marzo de 2001 y 23 de diciembre de 2004 y la Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de septiembre de 1997, 30 de mayo y 11 de julio de 2001). "

En el supuesto analizado por la Audiencia Provincial de Madrid Repsol había adquirido, mediante precio, un derecho de superficie sobre el solar y la concesión para el

establecimiento de una estación de servicio de combustible; la inversión efectuada por Repsol alcanzaba la suma de 204.344,12 euros y las recíprocas prestaciones entre las partes (pago de canon por el derecho de superficie y de alquiler por parte del proveedor) se compensaban entre sí de modo y manera que nada debían abonarse los contratantes. Las demás cláusulas sobre suministro, fijación de precios, etc., son en un todo idénticas a las de los contratos suscritos con la aquí demandante; por tanto la única diferencia que media entre un supuesto y otro es que en el que analizamos estamos en presencia de un derecho de usufructo y en el analizado por la Audiencia Provincial de Madrid se está ante un derecho de superficie. En ambos casos dos derechos reales de goce sobre cosa ajena y duración limitada, coincidente en veinticinco años, lo que pone en evidencia las similitudes entre las dos posiciones jurídicas (superficie y usufructo), que buscan la obtención de un resultado idéntico mediante un "nomen iuris" distinto.

Estas consideraciones en absoluto son desvirtuadas por el hecho de que la demandante haya actuado en el tráfico jurídico, otorgando los contratos, mediante dos sociedades que pertenecen a la misma persona física pues es éste un hecho que no consta sea imputable a Repsol, respondiendo en su caso a utilidades no desveladas de la parte demandante.

Esta posición ha sido avalada, más recientemente, por la Sentencia del TJCE de fecha 2 de abril de 2009 , Sentencia en que se analizaba un supuesto idéntico a los analizados aquí y por la Audiencia Provincial de Madrid. Nos remitimos a su contenido, siendo de resaltar sus declaraciones:

"El art. 12, apartado 2, del reglamento nº 1984/83, de 22 de junio de 1983 , relativo a la aplicación del apartado tercero del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, en su versión modificada por el Reglamento nº 1.582/97 de la Comisión, de 30 de julio de 1997 , debe interpretarse en el sentido de que a efectos de la aplicación de la excepción que preveía, no exigía que el proveedor fuera propietario del terreno sobre el que hubiera construido la estación de servicio arrendada al revendedor".

"El art. 5, letra a), del Reglamento nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999 , relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de la aplicación de la excepción que prevé, exige que el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio que arrienda al revendedor como del terreno sobre el que aquella está construido o que, en caso de no ser propietario, los arriende a terceros no vinculados con el revendedor."

Una segunda cuestión, también analizada por la Audiencia Provincial de Madrid, hace referencia a la sucesión temporal de las normas contenidas en los dos Reglamentos que venimos analizando; en tal sentido transcribimos y hacemos nuestros las consideraciones contenidas en la mencionada sentencia que, extractadamente, son las siguientes:

"Sentado que el contrato suscrito por las partes podía entenderse exento de la aplicación del art. 81.1 TCE por acogerse al Reglamento de exención por categorías 1984/83 , ha de analizarse ahora la incidencia de la promulgación del Reglamento 2790/99 , que

sustituyó, entre otros, al citado Reglamento 1984/83
. La nulidad de la relación contractual vendría determinada, según la parte apelante, por exceder la duración de la exclusiva en el suministro del plazo de 5 años previsto en el nuevo Reglamento 2790/99, sin que fuera aplicable la excepción de que "los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador", tal como prevé el art. 5.º de este nuevo Reglamento , y asimismo, porque REPSOL tiene una cuota de mercado superior al 30%, por lo que no le sería aplicable la exención por categorías.

"La Sala considera, como ya señaló en la sentencia de esta sección 28ª de
la AP de Madrid de 8 de marzo de 2007 , que la entrada en vigor del Reglamento 2790/99 no determina de modo necesario la
nulidad radical de la relación contractual existente entre las partes. Estando amparada la relación contractual concertada por las partes en la exención prevista en el Reglamento 1984/1983 , vigente cuando tal relación fue concertada, como ya se ha razonado, la pretensión de que la misma se declare radicalmente nula y sin efecto en base al Reglamento 2790/1999 ha de ser analizada con cautela.

".....tampoco es admisible es una aplicación automática y radical de la nulidad prevista en el art. 81.2 TCE una vez que el Reglamento 1984/83 dejó de estar en vigor, con las consecuencias extremas de que los actores adquirirían la titularidad de todas las instalaciones construidas con cargo a los importantes desembolsos realizados por REPSOL.

"..... no pueden aceptarse soluciones contrarias a las exigencias básicas del Derecho de la contratación (como son las relativas al "favor negotii" y a la aplicación de las diversas normas jurídicas a la relación contractual inspirándose en la mayor conmutatividad y equivalencia de las prestaciones) que perjudiquen injustificadamente los derechos individuales de alguno de los contratantes, como sería la de considerar producida de un modo repentino la nulidad de un contrato por contrariar la normativa reguladora de la competencia cuando tal contrato era válido, por ajustarse a tal normativa, cuando se concertó, provocando un quebranto patrimonial difícilmente justificable a una de las partes y, correlativamente, un enriquecimiento también difícilmente justificable de la otra.

"Sobre este particular, esta sección 28ª de la AP de Madrid tuvo ocasión de declarar en su precedente sentencia de 27 de octubre de 2006 lo siguiente: "En cualquier caso, no está de más advertir que si el contrato era válido bajo la normativa al amparo de la cual fue estipulado no puede devenir luego nulo en su integridad, como pretendía la actora, por la modificación normativa posterior (Reglamento 2790/99), aunque ésta endureciese el tratamiento de las cláusulas de exclusiva tanto en lo referente al máximo de su duración (5 años) como al ámbito del régimen excepcional (artículo 5 .a). Si bien es cierto que las partes no deberán ignorar tal cambio normativo, la solución no vendría por la nulidad radical de toda la operación, como interesadamente pretendía la actora, sino por vía de la consensuada adaptación del contrato a la duración máxima que derivaba del nuevo Reglamento (5 años) o en su defecto, si no se aprovechase el plazo para ello previsto (disposición transitoria del propio

Reglamento), por considerar que la duración de la cláusula de exclusiva de suministro quedaría limitada al máximo establecido en la nueva regulación, lo que supondría que expiraría a los cinco años desde la entrada en vigor de la modificación legal, garantizándose así el cumplimiento de la limitación temporal que impone el legislador comunitario, desde que la misma resulta aplicable, de modo compatible con el respeto de la eficacia y conservación del resto de lo pactado. Por otro lado, la imposición de tal terminación anticipada podría justificar el derecho de la petrolera a exigir una compensación según la entidad de su inversión ".

La solución establecida por la Sentencia recurrida, decretando la nulidad del contrato y acordando que la estación de servicio revierta en su integridad a favor de la parte demandante sin indemnización alguna a la demandada entraña un grave perjuicio económico para la demandada la cuál se encuentra con que una parte considerable de su importante inversión no resulta amortizada, a la par que el demandante se lucra de la nulidad de un negocio reduciendo el plazo de duración del usufructo por él constituido a favor de Repsol sin hacer desembolso alguno.

Todas estas consideraciones comportan la estimación del recurso articulado por Repsol y la revocación de la sentencia en cuanto al pronunciamiento que nos ocupa.

2.- Recurso articulado por Zesena SL y Bide Barri SL .

El primero de los motivos del recurso hace referencia a las consecuencias que, según la parte recurrente, deben anudarse a la declaración de nulidad, concretamente a la indemnización de daños y perjuicios. Estima la parte recurrente que el papel desempeñado en la gestación del contrato declarado nulo por parte de Repsol y el suyo propios son muy distintos, por lo que la nulidad declarada debe llevar anudada una indemnización de daños y perjuicios a su favor, distinta y más importante que la reversión de las instalaciones sin abono de precio. Este motivo del recurso debe ser desestimado por el simple motivo de que no consideramos nulo el conjunto de contratos concertados entre las partes y, al no decretar la nulidad ¿ estimando el recurso de Repsol ¿ necesariamente decaen las pretensiones indemnizatorias que la parte aúna a la nulidad cuyo mantenimiento pretende.

El segundo de los motivos del recurso hace referencia a la imposición por Repsol de los precios de venta al público prevaleciéndose de un "supuesto régimen de comisión o agencia". Alega la recurrente que su relación con Repsol no es la de mero comisionista, sino la de "agente no genuino", en que el agente asume riesgos empresariales; en tal relación Repsol, en su tesis, impone precios de venta al público infringiendo con ello una norma esencial de competencia cual es la prohibición de fijación de precios de venta. La imposición viene dada por el hecho de que una gasolinera vecina, establecida en el centro comercial de Eroski, estableció unos precios muy competitivos y, ante tal circunstancia, Repsol se negó a reducir el precio de venta o suministro de su combustible a los demandantes; éstos se vieron abocados a observar una disminución de sus ventas pues, alegan, de reducir su margen comercial en los términos que Repsol venía a indicarles, la gasolinera hubiera sido inviable.

Estima la parte recurrente que la conducta de Repsol es de prepotencia económica, lo que conlleva una situación de dependencia y sumisión de los demandantes que contaría las normas de competencia y de fijación de precios de venta al público; además que Repsol no ha cumplido con la demandante en punto a facilitarle la mercancía con unos precios que la hagan competitiva dentro del marco económico en que se desenvuelve, viniendo a aseverar la recurrente que Repsol concedió a las

restantes estaciones de servicio de la zona un trato diferencial y más favorable que el obtenido por ella. Esta conducta unas veces se incardina dentro de la relación general entre las partes y otras se concreta y agudiza cuando estallan las denominadas "guerras de precios" en el entorno de influencia de la gasolinera propiedad de los demandantes.

Refiriéndonos en primer término a la prescripción, la misma no es de estimar pues como señala la Sentencia del TS de 29 de junio de 2.007 : "Es cierto que la posibilidad de ejercicio de la acción, a que se refiere el artículo 21 de la Ley 3/1.991 para el inicio del cómputo del plazo de prescripción (en necesaria concurrencia con el conocimiento por el legitimado de la persona que cometió la ilicitud concurrencial) se reproduce con cada acto del mismo tipo que el infractor repita. Y, también, que esta Sala ha admitido que esa posibilidad perdura, al renovarse, sin solución de continuidad, el inicio del plazo de prescripción, mientras se mantenga la situación antijurídica generada por un acto desleal continuado (sentencias de 16 de junio de 2.000 : "... no puede olvidarse que la acción ejercitada se basa en una actuación continuada de la demandada persistente al tiempo de interponerse la demanda; no se trata por tanto, como entiende la Sala sentenciadora "a quo", de un supuesto de actuación consumada y agotada cuyos efectos se prolongan en el tiempo, sino de un actuar presente, por lo que, en aras de ese principio restrictivo con que ha de aplicarse el instituto de la prescripción, ha de entenderse ejercitada dentro de cualquiera de los plazos del artículo 21 de la Ley 3/1991"; y de 30 de mayo de 2.005 : "... como muy bien dice la sentencia del Tribunal "a quo", la aplicación en este caso de la prescripción afecta a una situación de hecho que se produce por tractos sucesivos, por lo que, para poder atenderla en lo que ahora se discute, hay que situarla en uno de esos períodos del tracto, y siendo esto así, el último año completo, 1992, atendiendo al momento final del mismo, es claro que, reclamándose dentro del año posterior, el periodo no está prescrito").

Entrando por ello en la valoración de la prueba practicada por la Sentencia recurrida debemos señalar, primeramente, que el recurrente no cuestiona las afirmaciones fácticas contenidas en la misma; es el caso que la Sentencia de primera instancia afirma que las dificultades comenzaron con la apertura por parte de Eroski de una gasolinera en el centro comercial de Artea, acaecida en el año 1998, en que se siguió una política de precios inicialmente muy agresiva encaminada a operar como reclamo de los consumidores para que éstos acudieran al centro comercial; ante esta situación Repsol y las demandantes (además de otros suministradores de carburantes) entraron en negociaciones para, como dice en juicio el testigo Sr. Calixto , "combatir comercialmente" la agresividad de Eroski; al efecto Repsol propuso a los distribuidores rebajar los precios de los combustibles de modo compartido, de suerte que tanto Repsol como los suministradores o gasolineros participaran en la reducción de sus márgenes para mantener las ventas. Esta política se iba adaptando a los precios, también cambiantes, de la gasolinera de Artea a la que, posteriormente, sucedió otra en La Avanzada, ubicada físicamente en el entorno de la gasolinera de los demandantes. Pues bien, está acreditado en autos (documental y testifical) que los demandantes nunca quisieron participar en esta rebaja compartida del precio de los carburantes, rebaja que fue únicamente asumida por Repsol quien, como consta, efectivamente rebajó el precio del combustible a los demandantes para que pudieran seguir compitiendo en el mercado sin que éstos redujeran su margen comercial y abarataran el precio de venta al público del combustible.

Otras gasolineras si participaron en la rebaja de precios, renunciando a una parte de

sus beneficios, para mantener la competencia frente a las que se iban abriendo en su entorno.

De lo anterior se deducen dos cosas; primero que Repsol propuso y puso en práctica una política de precios que favorecía las ventas de la gasolinera de los demandantes; en segundo lugar, que estos nunca cooperaron, por los motivos que son de su incumbencia, en dicha reducción de precios. Esta situación comportó un descenso de las ventas por parte de la gasolinera que siguió manteniendo sus márgenes comerciales, descenso reflejado en los hechos de la sentencia recurrida y que supuso en su momento más crítico (comparamos los años 1998 y 2000) un 15,70% de descenso, que posteriormente fue recuperado estableciendo la comparativa entre 1998/2001 en un descenso del volumen de ventas de un 5,37%. Carecemos de datos de las restantes estaciones de servicio para comprobar si sufrieron descenso en las ventas y, más aun, de datos que nos proporcionen información sobre los beneficios obtenidos por unos y otros establecimientos atendida la distinta política comercial que aplicaron.

Podemos concluir por tanto que Repsol contribuyó con una rebaja de precios al mantenimiento de la competitividad de la gasolinera (bien que tal rebaja no fuera considerada suficiente por la parte demandante) y la recurrente no disminuyó su margen comercial lo que comportó una merma de sus ventas; pero no cabe concluir que Repsol diera mejores condiciones a otros establecimientos geográficamente cercanos a la zona de influencia de la Gasolinera de La Avanzada ni menos aún que fijara precios de venta, al contrario, pretendía que el demandante los disminuyera para competir con las gasolineras de nueva implantación.

Como señala la sentencia anteriormente mencionada del Tribunal de Justicia de la CE en su conclusión 3, "las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público.... pueden acogerse a la exención por categorías si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor"

Resulta evidente de lo que venimos diciendo que la relación contractual y la conducta de la demandada no ha incurrido en las prácticas prohibidas y anteriormente señaladas, por lo que coincidimos con la sentencia recurrida en este punto, debiendo desestimar el recurso interpuesto por la parte demandante.

3.- Costas

Procede imponer al demandante las costas de primera instancia, sin dictar particular pronunciamiento en las de la presente apelación atendida la circunstancia de estimar el recurso interpuesto por Repsol.

VISTOS los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA contra Sentencia dictada por el Ilmo Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao en autos de procedimiento ordinario nº 124/06, de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma; con desestimación de la demanda interpuesta frente a dicha recurrente por Zesena SL y Bide Barri SL, debemos absolver y libremente absolvemos a la demandada, imponiendo a la demandante las costas de primera instancia.

Con desestimación del recurso interpuesto por Zesena SL y Bide Barri SL contra la mencionada sentencia, debemos confirmar e íntegramente confirmamos la misma en cuanto a los pronunciamientos combatidos por estos recurrentes.

Sin dictar particular pronunciamiento en las costas de esta apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.