

**Id. Cendoj:** 28079110012010100553  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 1  
**Nº de Resolución:** 566/2010  
**Fecha de Resolución:** 28/09/2010  
**Nº de Recurso:** 1226/2006  
**Jurisdicción:** Civil  
**Ponente:** FRANCISCO MARIN CASTAN  
**Procedimiento:** Casación  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

Acción de cumplimiento de contrato de abastecimiento de hidrocarburos en régimen de compra en firme (no de comisión) -como si la actora no hubiera estado vinculada por pacto de exclusiva-, más indemnización. Aplicación de la doctrina sentada por SSTs de 24 de febrero y 6 de septiembre de 2010. Resulta inviable la pretensión de que tres contratos que se han venido ejecutando pacíficamente durante la vigencia del Reglamento 1984/83 se transformen en contratos diferentes por aplicación del Reglamento 2790/99, sin pedir la nulidad de los celebrados por su incompatibilidad con el artículo 81 CE. Esta conclusión es compatible con la doctrina que permite apreciar de oficio la nulidad, pues tal doctrina no se aplica a los contratos de esta naturaleza. Es improcedente en casación cambiar la acción y pedir ahora una nulidad que no se pidió en la demanda. Pluralidad de defectos en la formulación del recurso.

---

#### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil diez.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil demandante GEBE S.L., representada ante esta Sala por el Procurador D. Roberto Sastre Moyano, contra la sentencia dictada con fecha 22 de febrero de 2006 por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 545/05 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 5/04 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, sobre contrato de cesión de explotación de estación de servicio. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil demandada BP OIL ESPAÑA S.A., representada por la Procuradora Dª Olga Rodríguez Herranz.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 1 de septiembre de 2004 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil GEBE S.L. contra la compañía mercantil BP OIL ESPAÑA S.A. solicitando se dictara sentencia por la que "1.- En aplicación de las Directrices 12 a 20 de la Comunicación de la Comisión (DOCE 13.10.2000) se declare la condición de revendedor o comprador en firme de GEBE SL.,

a los efectos de la aplicación del del Tratado de Roma (hoy del Tratado de Ámsterdam), del de Diciembre de Competencia.

artículo 85  
artículo 81  
Reglamento CE 2790/99 de 22  
y la Ley de Defensa de la

2.- En aplicación del del Tratado de Ámsterdam, del n° 2790/99 y de la Directriz 47 de la Comunicación de la Comisión (DOCE 13.10.200 ), se declare de aplicación el segundo párrafo de la estipulación sexta punto 6° del Contrato para Cesión de la Explotación de Estaciones de Servicio propiedad de CAMPSA, Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento de Julio de 1.988.

artículo 81.1  
artículo 4 a) del Reglamento CE

3.- En aplicación del del Tratado de Ámsterdam, del n° 2790/99 y de la Directriz 47 de la Comunicación de la Comisión (DOCE 13.10.200 ), se condene a la demandada BP OIL ESPAÑA, S.A. al cumplimiento estricto del Contrato de Arrendamiento de Industria de Servicio y Exclusiva de Abastecimiento de fecha Julio de 1.988, según lo previsto en el último párrafo del punto 6° de la Estipulación Sexta del Contrato.

artículo 81.1  
artículo 4 a) del Reglamento CE

4.- Se condene a la demandada, BP OIL ESPAÑA, S.L., a indemnizar a GEBE, S.L., por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad resultante de aplicar las bases determinadas en el Hecho Octavo del presente escrito, y que, en cualquier caso y sin perjuicio de ser fijada en el periodo de Ejecución de Sentencia, deberá concretarse en la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por la Estación de Servicio que gestiona GEBE, S.L. a BL OIL ESPAÑA, SA., en cumplimiento del Contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento, detraídas comisiones, y la medida de los precios mensuales que se acredite fueran ofrecidos y /o abonados por BP OIL ESPAÑA, S.L. a las Estaciones de Servicio de su red abanderada a las que en aplicación del Reglamento CE 2790/99 da tratamiento de "compradores", precios que habrán de ser competitivos con los ofertados por otros Operadores y/o suministradores autorizados, en régimen de compra en firme o reventa, a otras Estaciones de Servicio de similares características a la gestionada por GEBE, S.L. por el número de litros vendidos en la Estación de Servicio, desde el 1 de Junio de 2.000, fecha de entrada en vigor del Reglamento CE 2790/99 , hasta el momento efectivo de cumplimiento de la Sentencia.

5.- Condene a la demandada al pago de las costas."

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado lo Mercantil n° 2 de Madrid, dando lugar a los autos n° 5/04 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, ésta compareció y contestó a la demanda planteando como cuestión previa la excepción procesal de cosa juzgada, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando se dictara auto acogiendo dicha excepción o, en su caso, sentencia íntegramente desestimatoria de las pretensiones de la actora con expresa imposición a ésta de las costas.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, desestimada la excepción de cosa juzgada por auto de 16 de diciembre de 2004 , recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez

del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 2005 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: Que, desestimando íntegramente la demanda formulada por GEBE, S.L. contra BP OIL ESPAÑA, S.L., debo absolver y absuelvo a ésta última de los pedimentos en aquélla contenidos. Todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales."

CUARTO.- Interpuesto por la demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 545/05 de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 22 de febrero de 2006 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la recurrente las costas a la apelación.

QUINTO.- Denegada por auto de 24 de marzo de 2006 la aclaración de dicha sentencia interesada por la parte actora-apelante y anunciado por esta misma parte recurso de casación contra la referida sentencia, el tribunal de apelación tuvo por preparado este recurso al amparo del art. 477.3 LEC y, dentro del plazo legal, la actora-apelante lo interpuso ante el propio tribunal denunciando infracción de los arts. 1124 y 1281 y siguientes del CC, del art. 81 del Tratado CEE, del Reglamento CE nº 2790/99 y de la Ley 7/1998 de Defensa de la Competencia; alegando acto seguido interés casacional en las tres modalidades previstas en el apdo. 3 del art. 477 LEC; aduciendo oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de interpretación de los contratos, teoría de los actos propios y supremacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional; razonando sobre la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la materia litigiosa; razonando también sobre la aplicación de normas que no llevaban más de cinco años en vigor, en concreto el Reglamento comunitario nº 2790/99; pidiendo se casara la sentencia recurrida y se dictara otra de conformidad con lo pedido en su día en la demanda; interesando que con carácter previo se planteara cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre la aplicabilidad de los arts. 10 a 13 del Reglamento CEE 1984/83 a un contrato como el litigioso; y en fin, solicitando subsidiariamente la suspensión del trámite del recurso en tanto se pronunciara el Tribunal de Justicia.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los Procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso de casación fue admitido por auto de 25 de noviembre de 2008.

SÉPTIMO.- Por providencia de 9 de febrero del corriente año se acordó oír al Ministerio Fiscal y a la parte recurrida sobre la propuesta de planteamiento de cuestión prejudicial de la parte recurrente.

OCTAVO.- Tras oponerse tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida al planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se dictó providencia el 8 de julio siguiente acordando resolver el recurso de casación sin celebración de vista, nombrando ponente al que lo es en este trámite y señalando la votación y fallo del recurso para el 8 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación coincide sustancialmente, en sus motivos y en el propio planteamiento del litigio, con los resueltos por esta Sala en sus sentencias de 23 de junio de 2009 (rec. 1904/04), 29 de junio de 2009 (rec. 1048/04), 24 de febrero de 2010 (rec. 1110/05) y 6 de septiembre de 2010 (rec. 484/06), pues tampoco en este caso la parte recurrente, arrendataria de las estaciones de servicio propiedad de la compañía abastecedora recurrida, pidió en su demanda la nulidad de los respectivos contratos, sino su cumplimiento no en régimen de comisión sino en el de compra en firme o reventa y, además, una indemnización como si la actora no hubiera estado vinculada al pacto de exclusiva incluido en tales contratos. Como aquellos otros recursos, también el presente se preparó e interpuso por interés casacional, aunque en realidad su admisión se ha fundado en que la cuantía litigiosa supera el límite establecido en el art. 477.2-2º LEC ya que el litigio se tramitó como juicio ordinario por razón de la cuantía, no de la materia (fundamento de derecho II de la demanda, providencia por la que ésta se admitió a trámite y conformidad de la demandada en su contestación), y es constante y reiterada la doctrina de esta Sala, desde la entrada en vigor de la LEC de 2000, de que las vías de acceso a la casación de los ordinales 2º y 3º de dicho art. 477.2 son distintas y excluyentes entre sí. Y por último, los motivos del presente recurso guardan una semejanza casi total con los de aquellos otros desestimados en su día por esta Sala.

De ahí que, antes de abordar como cuestión previa la propuesta de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formulada por la parte recurrente, convenga transcribir literalmente la motivación de la referida sentencia de 24 de febrero de 2010, reproducida a su vez en la de 6 de septiembre, ya que, además de dar respuesta a la totalidad de lo que el presente recurso plantea, deja prácticamente resuelta esa cuestión previa.

Los fundamentos de derecho de la sentencia de 24 de febrero de 2010 rezan literalmente así: " PRIMERO .- El presente recurso de casación, admitido en su momento por razón de la cuantía litigiosa al amparo del ordinal 2º del art. 477.2 LEC, pese a haberse preparado e interpuesto por interés casacional al amparo del ordinal 3º de esos mismos artículo y apartado, debe ser desestimado por las mismas razones que los recursos nº 1904/04 y 1048/04 por sentencias de esta Sala de 23 y 29 de junio de 2009 respectivamente, ya que también ahora se pretende, en el ámbito de unos contratos de los denominados de "abanderamiento" en los que la parte demandante es arrendataria de las estaciones de servicio propiedad de la compañía abastecedora en exclusiva de productos petrolíferos, percibiendo ésta una comisión por las ventas, la declaración de que dichos contratos están sometidos al régimen de compra en firme o reventa por aplicación del Derecho comunitario (hoy de la Unión) y la condena de la compañía abastecedora demandada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios derivados de la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por las estaciones de servicio gestionadas por la actora y la medida de los precios semanales ofrecidos por otros operadores en régimen de compra en firme o reventa a otras estaciones de servicio de similares características según el número de litros vendidos en cada una de las estaciones de servicio de la demandante desde el 1 de junio de 2000, fecha de entrada en vigor del

Reglamento (CE) nº 2790/99 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999

En definitiva la actora-recurrente, mediante una demanda presentada el 22 de febrero de 2002 y que ha sido desestimada en ambas instancias, pretende que tres contratos consecutivamente celebrados en 9 de mayo de 1989, 1 de agosto de 1989 y 1 de marzo de 1990 sobre otras tantas estaciones de servicio pertenecientes entonces a CAMPSA y hoy a la demandada-recurrida BP OIL ESPAÑA S.A., los cuales se estuvieron ejecutando pacíficamente durante la vigencia del Reglamento CEE nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, se transformen en unos contratos diferentes por aplicación del citado Reglamento nº 2790/99 pero sin pedir la nulidad de los inicialmente celebrados por su incompatibilidad con el art. 81 CE

Semejante pretensión es de todo punto inviable porque, como se señaló en las referidas sentencias de esta Sala, ese cambio de régimen no está previsto en los contratos, hasta el punto que en éstos se configura como facultad exclusivamente de la compañía abastecedora, y tampoco es la consecuencia derivada de una contravención del Derecho comunitario, hoy de la Unión, pues la consecuencia procedente sería la nulidad, nunca pedida en la demanda, y no el cambio de régimen o, con más exactitud, la imposición a la demandada-recurrida de un régimen diferente del pactado.

SEGUNDO .- Lo antedicho no queda desvirtuado ni por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los requisitos para que contratos próximos o similares a los aquí litigiosos queden exentos de la sanción de nulidad prevista en el art. 81 CE (hoy art. 101 TFUE) ni por la jurisprudencia de esta Sala sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, jurisprudencia esta última invocada en el tercer motivo del recurso, pues la doctrina de esta Sala verdaderamente aplicable al caso es la que en litigios sobre contratos similares a los aquí examinados se muestra contraria a la apreciación de oficio de la nulidad al margen de las pretensiones iniciales de las partes y, más todavía, a que en el recurso de casación se plantee un litigio diferente del planteado en primera instancia (STS 30-6-09, en rec. 369/05, FJ 6º, que cita las SSTS de 2-6-00, 15-3-06 y 6-10-06).

La improcedencia de sustituir en este caso lo que la parte actora-recurrente pidió en su demanda por la nulidad que sugiere en su recurso, cierto es que sin mucha convicción puesto que las peticiones del escrito de interposición insisten en la estimación de su demanda, es especialmente manifiesta porque, dado el largo tiempo durante el que se ha mantenido la relación contractual entre ambas partes litigantes, nada excluye que las consecuencias legales de la nulidad de los contratos pudieran resultar insatisfactorias para la parte recurrente, corriéndose el riesgo de infringir tanto el principio de congruencia como el de prohibición de reforma peyorativa o más gravosa para el recurrente.

TERCERO .- Por lo demás, de los motivos de este recurso son predicables los mismos defectos formales detectados por las citadas sentencias de 23 y 29 de junio de 2009 en los recursos que respectivamente desestimaron.

Así, los motivos primero, segundo y tercero, que como todos los demás deben entenderse admitidos por infracción de ley y no por interés casacional según el auto dictado en su momento por esta Sala, incurren en el defecto de citar como infringidos los arts. 1281 "y siguientes" del CC, fórmula genérica constantemente rechazada por la doctrina de esta Sala (SSTS 20-10-04, 5-11-04, 12-7-06 y 30-6-06 entre otras muchas); el motivo cuarto se funda en infracción del art. 81 CE y del Reglamento nº 1984/83 pero para pedir la estimación de la demanda, fundada por demás no en este Reglamento sino en el nº 2790/99, en vez de la nulidad de los contratos, que sería la consecuencia derivada de dicha infracción; otro tanto sucede con el motivo quinto, fundado, este sí, en infracción del Reglamento nº 2790/99; y el motivo sexto y último, en fin, se funda en infracción del Reglamento CE nº 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, que ni siquiera estaba en vigor al iniciarse el litigio y que, además, sólo merecería ser considerado si lo pedido por la hoy recurrente en su demanda hubiera sido la nulidad de los contratos.

En suma, la parte recurrente parece no haber advertido que la técnica de los Reglamentos de exención por categorías, que obedece a las previsiones del apdo. 3 del art. 81 CE para salvar de la prohibición de su apdo. 1 determinadas categorías de acuerdos por los beneficios generales que pueden reportar, determina la nulidad, conforme al apdo. 2 del mismo artículo, de los acuerdos o contratos que no cumplan las condiciones requeridas para su exención, nulidad que a su vez producirá unas determinadas consecuencias pero no autoriza a los contratantes a invocar ni el Tratado ni los Reglamentos a su conveniencia para modificar contratos vigentes únicamente en lo que les favorezca y, por tanto, rompiendo unilateralmente el equilibrio de intereses presente en el momento de la celebración de esos mismos contratos.

CUARTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Toda vez que en el recurso se han citado el art. 81 CE y los Reglamentos nº 1984/83, 2790/99 y 1/2003, procede, conforme al apdo. 3 del art. 212 LEC, que la presente sentencia se comunique a la Comisión Nacional de la Competencia."

SEGUNDO.- Está claro, por tanto, que no procede plantear cuestión prejudicial alguna ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que ni en la demanda se pidió la nulidad de pleno derecho establecida en el apdo. 2 del art. 81 CE para los acuerdos a que se refiere su apdo. 1 ni, desde luego, corresponde a dicho Tribunal decidir sobre todos los aspectos de hecho y de derecho de un concreto litigio, que es lo pretendido mediante la cuestión prejudicial propuesta por la parte recurrente. Además, las cuestiones que podrían interesar al presente litigio ya han sido resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05), 11 de

septiembre de 2008 (asunto C-279/06) y 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), cuya doctrina se ha ido aplicando a su vez por esta Sala como se desprende de su sentencia de Pleno de 15 de enero de 2010 (rec. 1182/04) y las que en ella se citan. Y estas dos últimas razones, es decir la improcedencia de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva directamente el litigio y el que ya haya dictado tres sentencias pronunciándose sobre todas las cuestiones que podrían interesar en relación con este caso, fueron a su vez fundamento de que la sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 2010 (rec. 117/06) denegara el planteamiento de la cuestión prejudicial que también propuso la entonces parte recurrente, del mismo modo que la ya referida sentencia de 6 de septiembre de 2010 deniega asimismo el planteamiento de cuestión prejudicial.

TERCERO.- Finalmente, amén de ser asimismo aplicables a este recurso los fundamentos de la sentencia de 24 de febrero en materia de costas y comunicación de la propia sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia, no puede dejar de señalarse la sinrazón que supone pretender una indemnización fundada en que la hoy recurrente hubiera podido abastecerse, como revendedora, de cualquier operador durante la ejecución de los contratos pero sin tener para nada en cuenta los beneficios que a la misma parte le ha reportado el abanderamiento por una renombrada compañía líder del sector que, además, es la propietaria de la estación de servicio.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la compañía mercantil demandante GEBE S.L., representada ante esta Sala por el Procurador D. Roberto Sastre Moyano, contra la sentencia dictada con fecha 22 de febrero de 2006 por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 545/05.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- Que por el Secretario Judicial se comunique la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

4º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.