

**Id. Cendoj:** 28079470052011100009  
**Órgano:** Juzgado de lo Mercantil  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 5  
**Nº de Resolución:** 38/2011  
**Fecha de Resolución:** 21/02/2011  
**Nº de Recurso:** 394/2008  
**Jurisdicción:** Mercantil  
**Ponente:** JAVIER JESUS GARCIA MARRERO  
**Procedimiento:** Apelación, Concurso de acreedores  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

JUZGADO MERCANTIL N° 5

DE MADRID

Autos: Juicio ordinario nº 394/08

SENTENCIA N° 38/11

En Madrid, a 21 de febrero de 2011.

Vistos por mí, D. Javier García Marrero, Magistrado- Juez del Juzgado Mercantil nº 5 de esta localidad, los presentes autos de juicio ordinario nº 394/08, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Socorro , representada por el procurador D. Roberto Sastre Moyano, asistida por el letrado D. Alfredo Hernández Pardo contra CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO SA representada por el procurador D. Jorge Deleito García, asistida por la letrada D<sup>a</sup> Marta Milán Cuesta, sobre derecho comunitario de la competencia, he procedido a dictar la presente resolución, EN NOMBRE DE S.M., EL REY. teniendo en cuenta los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Que por el procurador de la parte actora, en la representación que ostenta y mediante escrito que por el turno de reparto correspondió a este Juzgado, se interpuso demanda de juicio ordinario en la que en síntesis manifestaba que la exclusiva de suministro estaba extinguida desde el 1 de enero de 2007 por expiración del plazo legal conforme a lo previsto en el Reglamento 2790/99 . En apoyo de estos hechos alegó los fundamentos de derecho que consideró oportuno y terminó solicitando que se admitiera la demanda y que tras los trámites oportunos se dictara sentencia por la que se estimaran sus pretensiones

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada que contestó en tiempo y forma invocando la excepción de cosa juzgada y de preclusión de acciones, y en cuanto al fondo señaló que no había transcurrido el plazo porque le era aplicable las excepciones previstas en el Reglamento 2790/1999. Terminó solicitando que se desestimara la demanda

TERCERO: Se celebró la audiencia previa al juicio, en la que se precisaron los puntos objeto de discusión, se resolvió sobre las excepciones invocadas desestimándolas, se solicitaron los medios de prueba siendo admitidos los pertinentes.

Se resolvió el recurso interpuesto contra el rechazo de las excepciones y al haberse admitido solo la prueba documental ya aportada en autos se acordó que quedaran los autos conclusos para sentencia.

CUARTO: Que en la substanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de los plazos procesales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Señala la actora que la exclusiva de suministro prevista en el contrato suscrito con la demandada había finalizado el 1 de enero de 2007 por aplicación del Reglamento 2790/99

La demandada CEPESA se opuso a la demanda señalando que la duración de la exclusiva se encuentra amparada por la excepción prevista en el art 5 a del Reglamento 2790 /99

A la hora de la resolución del presente procedimiento es necesario tener en cuenta dos cuestiones. La primera se refiere a que con anterioridad a este procedimiento se siguió otro entre las mismas partes, ante el juzgado de Instancia nº 43 de Madrid en el que se rechazó que la actora fuera revendedora y que tuviera la consideración de agente no genuino al no asumir riesgos significativos, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid, por resolución de 18 de septiembre de 2003. Esta cuestión tiene importancia, porque hemos de partir de este dato para la resolución de la controversia planteada, sin que pueda entrarse nuevamente a analizar si el actor es o no agente no genuino.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que la competencia objetiva de este juzgado, es art 86 ter 2 LOPJ atribuye a los jueces de lo mercantil la competencia para conocer los procedimientos de aplicación de los arts 81 y 82 del TCE(en la actualidad arts 101 y 102 TUE) y su derecho derivado, lo que tiene una importancia esencial, en la medida que a la hora de resolver la cuestión debatida solo se podrá acudir a la normativa comunitaria.

Pues bien, la actora entiende que la exclusiva de suministro está extinguida desde el 1 de enero de 2007, porque se trataba de un contrato suscrito con proveedor que no tenía una cuota de mercado superior al 30%, con una duración que excedía de los 5 años, por lo que al entrar en vigor el Reglamento 2790/99 se limitaba el periodo máximo de vigencia de la cláusula a los 5 años desde la entrada en vigor, que se produjo el 1 de enero de 2002 , en virtud del régimen transitorio.

Establecía el artículo 81.1 del TCE (actual art 101 TFUE ) que:

"1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas

concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

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

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

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

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

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar al competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. "

El apartado 3º permite establecer exenciones a las conductas prohibidas en el n° 1, de manera que la Comisión Europea podía aplicar mediante reglamento el apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 (considerando 1 del reglamento 2790/99).

En principio, puede sostenerse que solo cabría aplicar el reglamento de exención a aquellos acuerdos entre empresas que entraran dentro de la órbita del art 81.1 TCE(actual 101 TFUE) y ello ocurrirá solo cuando el titular es un operador económico independiente y existe, en consecuencia, un acuerdo entre dos empresas( STJCE, sala 3ª, de 11 de septiembre de 2008 asunto C-279/06 , considerando 35, y STJCE, sala 3ª, de 14 de

diciembre de 2006 asunto C-217/05 , considerando 38). siendo el elemento decisivo para saber si el titular de la estación de servicio es un operador económico independiente la asunción de riesgos financieros, de manera que no lo sería si solo soportara una parte insignificante de los riesgos, lo que supondría que no le sería aplicable el art 81 TCE( STJCE , sala 3ª, de 11 de septiembre de 2008 asunto C-279/06 , considerandos 36 y 40)

Ya hemos visto que la actora no asumía una parte significativa de los riesgos, según se estableció en el procedimiento seguido ante el juzgado de Instancia nº 43, por lo que no tenía la consideración de agente no genuino, tal como indicó la sentencia de la sección 18, de la Audiencia provincial de Madrid, y en realidad estábamos ante un agente.

Por lo tanto, si se trataba de un contrato de agencia, no resulta de aplicación el art 81 TCE , porque estaríamos ante un comportamiento unilateral(en este sentido SSAP de Madrid de 15 y 23 de enero de 2009 , recursos 119/06 y 98/08 ), porque el agente actúa integrado en la empresa comitente, concurrirían las notas de la dependencia respecto del suministrador en cuyo sistema de distribución se integra el agente y la sumisión a sus instrucciones. En este sentido, la STPI, sala 5ª, de 15 de septiembre de 2005 ha venido a señalar que cuando el 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 y por lo tanto no le es aplicable el mencionado precepto. No lleva a cabo una actividad económica propia( SSTJCE 13 de julio de 1966 ), porque actúa bajo las instrucciones del comitente, de manera que no limita su autonomía de comportamiento comercial ya que la decisión sobre los parámetros de actuación en el mercado corresponde al principal, siendo el agente su ejecutor( SSTJCE de 24 de octubre de 1996 ; de 16 de septiembre de 1999 y de 24 de octubre de 1995, Volkswagen y VAG Leasing, C-266/93, apartado 17.). También, aparece, por último, recogido en la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices sobre restricciones verticales, apartado 13, estableciéndose que en caso de acuerdos genuinos de agencia, las obligaciones impuestas al agente en lo que respecta a los contratos negociados o suscritos por cuenta del principal no se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 .

No estaríamos, por tanto, ante un operador económico independiente y no le sería aplicable la prohibición del art 81 del TCE , que alude a acuerdos entre empresa, y ya hemos visto que en los supuestos de agencia genuino no habría acuerdo al no ser el agente un operador económico independiente. Esta conclusión nos llevaría a rechazar la extinción de la cláusula de exclusiva por no serle aplicable las limitación temporal del Reglamento.

Sin embargo, es posible efectuar otra interpretación diferente, que nos obligaría a examinar si le es aplicable el límite temporal. En este sentido, parece desprenderse de la doctrina del TJCE que la necesaria existencia de operador económico independiente y correlativa asunción de riesgos financieros y comerciales se refiere solo a la venta de productos a terceros, ya que las cláusulas de exclusividad y de no competencia que se incluyan en los contratos de agencia(genuino) pueden vulnerar las normas sobre competencia.

Así se desprende de la STJCE de 11 de septiembre de 2008 (considerandos 41 y 44) que establece que "...41 Se desprende igualmente de los apartados 62 y 63 de la sentencia CEEES (TJCE 2006, 370) que, incluso en el caso de un contrato de agencia, únicamente están excluidas del ámbito de aplicación del artículo 81 CE las obligaciones impuestas al intermediario en relación con la venta de productos, a terceros por cuenta del comitente, entre las que figura la fijación del precio de venta al público. En cambio, las cláusulas de exclusividad y de no competencia que afectan a las relaciones entre el agente y el comitente como operadores económicos independientes pueden vulnerar las normas sobre competencia si conducen a la exclusión del mercado de referencia. Por consiguiente, la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, es aplicable a dichas cláusulas.

44 A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda, letras a), que un contrato de suministro exclusivo de productos petrolíferos puede estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, cuando el titular de la estación de servicio asume, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de estos productos a terceros y dicho contrato contiene cláusulas que pueden menoscabar el juego de la competencia, como la referente a la fijación de los precios de venta al público. En el caso de que el titular de la estación de servicio no asuma tales riesgos o asuma únicamente una parte insignificante de éstos, sólo pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición las obligaciones impuestas al titular en el marco de los servicios de intermediario que éste ofrece al comitente, como las cláusulas de exclusividad o de no competencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, además, si el contrato controvertido en el asunto principal tiene por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el sentido del artículo 81 CE.

Por consiguiente, la cláusula de exclusividad inserta en los contratos de agencia genuina puede subsumirse en el ámbito de aplicación del art 81.1 del TCE.

El artículo 5 del Reglamento 2790/99 señala que la exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales: a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida. Estamos ante disposiciones excepcionales de un Reglamento de exención por categorías que no pueden ser objeto de una interpretación extensiva (STJCE de 2 de abril de 2009, apartado 51). La duración del contrato suscrito por las partes (documento nº 2 de la demanda) era hasta el 5 de abril de 2031, por lo que la cláusula de no competencia (exclusiva de suministro) tenía una duración superior a los 30 años, y esto supone que era contraria al art 5 del Reglamento 2790/99, lo que implicaría la extinción de la obligación a los 5 años a partir del 31 de diciembre de 2001, en virtud de las disposiciones transitorias, ya que el contrato si era acorde al Reglamento 1984/83 (, tal como han señalado las partes. Sin embargo, en el propio art 5 del Reglamento se establecía una excepción ya que el límite temporal de cinco años no se aplicaba cuando los bienes o servicios contractuales sean

vendidos por el comprador desde locales y terrenos que eran 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;

La STJCE de 2 de abril de 2009 (apartados 63 a 68) señala que:

63. El artículo 5, letra a), del Reglamento nº 2790/1999 dispone que el límite temporal de cinco años de la cláusula de no competencia no se aplica cuando 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 dicha cláusula no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador.

64. Del tenor de esta última disposición se desprende que la aplicación de la excepción que prevé a los acuerdos de estación de servicio es posible si concurren dos situaciones: cuando el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio que arrienda al revendedor como del terreno en el que esté construida y cuando el proveedor arriende el terreno y la estación de servicio a terceros no vinculados con el revendedor para subarrendarlos a continuación a este último.

66. En una situación como la del litigio principal, los requisitos de aplicación del artículo 5, letra a), del Reglamento nº 2790/1999 parecen no cumplirse. Sin embargo, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar las alegaciones de Total de que el derecho de superficie le concede no sólo la propiedad de la estación de servicio, sino también la del terreno en el que ha sido construida. Dado que el concepto de "derecho de superficie" se inscribe en el régimen de la propiedad del Derecho nacional, corresponde a dicho órgano jurisdiccional determinar su alcance.

67. En el caso de que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión de que los acuerdos celebrados por las partes del litigio principal cumplen los requisitos de exención previstos por el Reglamento nº 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento nº 2790/1999, habrá que considerar que, hasta el 31 de diciembre de 2001, estaban excitados del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento nº 2790/1999.

68. Sin embargo, cuando un acuerdo no cumple todos los requisitos previstos por un reglamento de exención, sólo incurre en la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, si tiene por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros. En este último caso, y a falta de exención individual en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, dicho acuerdo es nulo de pleno Derecho conforme al apartado 2 de este mismo artículo (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 1998, Cabour, C-230/96, Rec p. 1-2055, apartado 48, y CEPSA, antes citada, apartado 72).

El ATJCE, sala 7ª de 3 de septiembre de 2009 asunto C-506/07, apartado 47, señala que "...el artículo 5, letra a), del reglamento nº 2790/99 debe interpretarse en el sentido de que se opone, a efectos de la ejecución de la

excepción que prevé, a que el periodo de aplicación de un acuerdo de exclusividad supere los límites temporales previstos por dicho Reglamento en el caso de que el propietario de un terreno ceda a un proveedor un derecho de superficie por un periodo de veinticinco años, comprometiéndose este último a construir una estación de servicio arrendada al propietario del suelo para su explotación por un período de tiempo equivalente al de la duración de ese derecho."

Pues bien, para saber si le es aplicable la excepción del art 5 a) del reglamento , es necesario acudir nuevamente a lo dispuesto por las resoluciones que desestimaron la primera pretensión del actor. La sentencia de 21 de diciembre de 2001 dictada por el Juzgado de Instancia nº 43 de Madrid señaló en su fundamento jurídico 4º que u...el convenio resultaba amparado por el régimen excepcional del art 5.a del reglamento 2790/99 por ser CEPSA la propietaria de las instalaciones de la estación de servicio, al menos mientras dure el derecho de superficie (pues a ella se ha ceñido la duración del arriendo) merced al cual la construyó (ya que el titular del derecho de superficie es, siquiera temporalmente, propietario de lo edificado en suelo ajeno).. " Esta misma conclusión se alcanzó en la sentencia de apelación. Por lo tanto, partiendo de las conclusiones establecidas en la procedimiento anterior, debemos concluir que a la relación jurídica controvertida le era aplicable la excepción del art 5 a) del reglamento , y por ello aún no cabe apreciar la extinción.

Por último se ha invocado por la actora la aplicación de la cláusula rebús sic stantibus como justificativa de la extinción.

Dice la STS de 25 de enero de 2007 que "...dice la sentencia de 23 de abril de 1999) que "la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual, que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula "rebus sic stantibus" como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones: con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, y 5 de junio de 1945, la de 17 de mayo de 1957 establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula "rebus sic stantibus" no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones». Tal doctrina se ha mantenido en posteriores resoluciones de esta Sala (Sentencias, entre otras, de 29 de mayo de 1996 , 10 de febrero de 1997 , 15 de noviembre de 2000 , 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003 ). "

No puede prosperar su invocación porque no se ha justificado por la actora un cambio extraordinaria de las circunstancias respecto a las existentes en el momento de la

celebración; la desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, y que todo ello ocurra a la aparición de circunstancias radicalmente imprevisible. Además no debemos olvidar el rigor impuesto por la jurisprudencia( STS de 27 de enero de 2007 ) para modificar lo pactado en virtud de circunstancias sobrevenidas, exigiendo que la alteración sea extraordinaria, que el equilibrio de las prestaciones resulte aniquilado, por darse una desproporción exorbitante, y que las circunstancias sobrevenidas sean radicalmente imprevisibles, todo lo cual entraña una evidente excepcionalidad, así como la necesidad de que, quien pretende la modificación de lo acordado, pruebe todos esos requisitos, en forma racionalmente conveniente y decisiva ( STS 17.11.00 ), Por lo tanto se debe rechazar la aplicación de la cláusula invocada por la actora

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se imponen las costas a la parte actora.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLO**

Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por el procurador D. Roberto Sastre Moyano, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Socorro contra CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO SA representada por el procurador D. Jorge Deleito García, ABSOLVIENDO a la demandada de los pedimentos formulados en su contra, con expresa condena en costas a la parte actora

Llévese testimonio de esta resolución a los autos y el original al libro de sentencias de este juzgado.

Notifíquese esta sentencia a los interesados haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Apelación ante la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid, que deberá prepararse en el plazo de cinco días ante este Juzgado.

Para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia Gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local u Organismo autónomo dependiente de alguno de los anteriores.

Remítase al Servicio de Defensa de la Competencia y a la Comisión Europea, al mismo tiempo de su notificación a las partes, copia de la presente sentencia.

Así por esta mi sentencia que decide definitivamente en la instancia, la pronuncio, mando y firmo, Javier García Marrero, Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid y su partido.

PUBLICACIÓN.- Leída y hallada conforme fue la anterior sentencia por el Iltmo. Sr. Juez que la ha suscrito, estando celebrando audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe.