

Roj: STS 2009/2011
Id Cendoj: 28079110012011100193
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 75/2007
Nº de Resolución: 202/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: Contratos de abanderamiento en régimen de comisión. Imprudencia de renegociación impuesta a las partes para adecuar los contratos al régimen de venta en firme cumpliendo la normativa europea y nacional de defensa de la competencia, porque la consecuencia imperativa de incurrir en las correspondientes prohibiciones es la nulidad, nunca planteada en el litigio (SSTS 23-6-09, 29-6-09, 24-2-10, 22-3-10, 6-9-10 y 18-2-11). **RECURSO DE CASACIÓN:** Imperfección técnica que no impide su estimación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil demandada REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, contra la sentencia dictada con fecha 14 de septiembre de 2006 por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 350/04 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 236/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid, sobre cumplimiento de contrato de suministro en exclusiva de carburantes y combustibles e indemnización de daños y perjuicios. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil demandante ESTACIONES DE SERVICIO GARCÍA SANCHÍS S.L., representada ante esta Sala por el procurador D. Roberto Sastre Moyano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de marzo de 2002 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil ESTACIONES DE SERVICIO GARCÍA SANCHÍS S.L. contra la compañía mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. solicitando se dictara sentencia *"por la que:*

1. Se declare la condición de revendedor/comprador de mi mandante en aplicación del Reglamento CE nº 2790/99, de 22 de Diciembre .

2. Se condene a la demandada REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. al cumplimiento estricto de los contratos que a continuación se relacionan de acuerdo con el régimen de compra en firme o reventa:

- Contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento de fecha 9 de mayo de 1988, relativo a la Estación de Servicio nº 33.452, sita en Ctra. N-237, P.K. 3,300 1, Puerto de Sagunto (Valencia) y

- Contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento de fecha 9 de Mayo de 1988, relativo a la Estación de Servicio nº 33.453, sita en Ctra. VV-7014, P.K. 3,800 1, Sagunto (Valencia).

3. Se condene a la demandada REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. a indemnizar a esta parte, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad resultante de aplicar las

bases determinadas en el Hecho Décimo Tercero 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 las Estaciones de Servicio que gestiona EE.SS. GARCIA SANCHÍS S.L. a REPSOL, en cumplimiento de los Contratos de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Venta antedichos, de traídas comisiones, y la medida de los precios semanales que se acredite fueran ofrecidos y /o abonados 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 EE.SS. GARCIA SANCHÍS, S.L., SA. por el número de litros vendidos en cada una de las Estaciones de Servicio, desde el 1 de Junio de 2.000 (fecha en que entró vigor el Reglamento CE nº 2790/99 de 22 de Diciembre), hasta el momento efectivo de cumplimiento de la Sentencia.

4. Se condene expresamente a la demandada al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento."

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 236/02 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, ésta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 4 de diciembre de 2003 con el siguiente fallo: "*Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don Roberto Sastre Moyano, en nombre y representación de Estaciones de Servicio García Sanchís S.A. contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., debo declarar y declaro la condición de revendedor/comprador de la demandante, derivada de los contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento de fecha 9 de mayo de 1988, relativos a las estaciones de servicio núms. 33.452 y 33.453; y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la citada demandada a que, previa negociación llevada a cabo con la actora, en un plazo no superior a noventa días, adecue el contenido contractual al régimen de venta en firme por el mayorista al minorista, sin variar sustancialmente el contenido económico de la relación, lo que necesariamente supone, por virtud del carácter imperativo de sus normas, la perfecta adecuación del contrato de distribución al Derecho de la competencia (tanto al comunitario como al interno), de manera que en ningún caso la fórmula de distribución acordada sirva para encubrir pactos o prácticas anticompetitivas, prohibidos a tenor de lo expuesto en los fundamentos jurídicos, en particular la fijación de precios máximos sin posibilidad real del distribuidor de variarlos; desestimando en lo demás la demanda presentada, declarando no haber lugar al resto de los pedimentos en ella contenidos; sin expresa condena en costas.*"

CUARTO.- Interpuestos por ambas partes contra dicha sentencia sendos recursos de apelación, que se tramitaron con el nº 350/04 de la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid , el tribunal dictó sentencia el 14 de septiembre de 2006 desestimando ambos recursos, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a las recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos.

QUINTO.- Anunciado por la parte demandada recurso de casación contra dicha sentencia, el tribunal sentenciador lo tuvo por preparado y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal. El recurso se articulaba en cinco motivos: el primero por infracción del *párrafo primero del art. 1281 CC* ; el segundo por infracción de su párrafo segundo en relación con el *art. 1282 del mismo Código* ; el tercero por infracción de la D. Transitoria 12ª de la *Ley 34/1998* ; el cuarto por infracción del *art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo* ; y el quinto por infracción de los *arts. 257, 265 y 266 C.Com* .

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 fue admitido por auto de 27 de enero de 2009, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la íntegra desestimación del recurso con expresa condena en costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 3 de septiembre de 2010 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de octubre siguiente, pero tras suspenderse este señalamiento por licencia oficial del ponente, se dictó providencia el 5 de octubre de 2010 fijándolo para el 12 de enero de 2011, fecha que también se dejó sin efecto por necesidades del servicio mediante providencia de 1 de diciembre de 2010 que, al propio tiempo, señaló la votación y fallo del recurso para el 9 de marzo de 2011, en que efectivamente tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación se inició en virtud de demanda de la compañía mercantil que explotaba en Sagunto dos estaciones de servicio (ESTACIONES DE SERVICIO GARCÍA SANCHÍS S.L.), contra la compañía mercantil propietaria de ambas gasolineras (REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A) pidiendo se declarase *"la condición de revendedor/comprador"* de la demandante, *"en aplicación del Reglamento CE nº 2790/99, de 22 de Diciembre"*, y la condena de la demandada, de un lado, al *"cumplimiento estricto"*, en *"régimen de compra en firme o reventa"*, de los respectivos contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento en virtud de los cuales la demandante explotaba ambas gasolineras; y de otro, a indemnizarla *"por los daños y perjuicios ocasionados"*, que según la demanda consistían en *"la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por las Estaciones de Servicio que gestiona EE.SS. GARCÍA SANCHÍS S.L. a REPSOL, en cumplimiento de los Contratos de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Venta antedichos, de las comisiones y la medida de los precios semanales que se acredite fueran ofrecidos y/o abonados 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 EE.SS. GARCÍA SANCHÍS SL, S.A por el número de litros vendidos en cada una de las Estaciones de Servicio, desde el 1 de Junio de 2000 (fecha en que entró en vigor el Reglamento CE nº 2790/99 de 22 de Diciembre) hasta el momento efectivo de cumplimiento de la Sentencia"*.

REPSOL contestó a la demanda defendiendo la adecuación al Derecho comunitario del régimen de comisión de venta en garantía expresamente pactado en los contratos litigiosos y negando la existencia de obligación legal alguna de *"transformar una relación jurídica en otra"*.

La sentencia de primera instancia, con una minuciosa motivación centrada sobre todo en el Derecho comunitario, especialmente en el *art. 81.1 del Tratado CE* y en el *Reglamento (CE) nº 2790/99*, y considerando que la demandante asumía riesgos comerciales y financieros significativos y carecía de libertad para la *"determinación última de los precios de venta al público"*, dijo estimar parcialmente la demanda y declaró la condición de revendedor/comprador de la demandante. Pero lo acordado a continuación no fue la condena de la demandada a lo pedido en la demanda sino a que *"previa negociación"* con la demandante, *"en un plazo no superior a noventa días adecue el contenido contractual actual al régimen de venta en firme por el mayorista al minorista, sin variar sustancialmente el contenido económico de la relación, lo que necesariamente supone, por virtud del carácter imperativo de sus normas, la perfecta adecuación del contrato de distribución al Derecho de la competencia (tanto al comunitario como al interno), de manera que en ningún caso la fórmula de distribución acordada sirva para encubrir pactos o prácticas anticompetitivas, prohibidos a tenor de lo expuesto en los fundamentos jurídicos, en particular la fijación de precios máximos sin posibilidad real del distribuidor de variarlos; desestimando en lo demás la demanda presentada, declarando no haber lugar al resto de los pedimentos"*.

Recurrida la sentencia en apelación por ambas partes, el tribunal de segunda instancia desestimó los dos recursos razonando, en cuanto al de la demandada, que los contratos litigiosos no podían calificarse como de comisión ni agencia, sino *"como contrato de distribución con pacto de exclusividad"*, por lo que, siendo imperativa *"la observancia de la normativa legal vigente en materia de libre competencia"*, se hacía necesaria *"la adecuación del contenido obligacional de los contratos en cuestión a aquella normativa"*; y en cuanto al recurso de la demandante, que ésta no había probado los daños y perjuicios alegados.

Contra la sentencia de apelación ha recurrido en casación únicamente la parte demandada articulando cinco motivos: el primero por infracción del *párrafo primero del art. 1281 CC*; el segundo, subsidiario del anterior, por infracción del párrafo segundo de dicho artículo en relación con el *art. 1282 del mismo Código*; el tercero por infracción de la D. Transitoria 12.^a de la *Ley 34/1998*; el cuarto por infracción del *art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo*; y el quinto por infracción de los *arts. 257, 265 y 266 C.Com.*

SEGUNDO.- Realmente es en el primer motivo del recurso, en relación con el tercero, donde la parte recurrente plantea la cuestión que en primer lugar debe resolver esta Sala por ser determinante de todas las demás planteadas en el litigio: a saber, si las peticiones de la demanda se correspondían con sus fundamentos jurídicos, centrados en el Derecho comunitario (hoy de la Unión) y nacional de la competencia.

El *motivo primero*, fundado como se ha indicado ya en infracción del *párrafo primero del art. 1281 CC*, analiza las peticiones de la demanda, recuerda que la hoy recurrente siempre mantuvo los contratos litigiosos dentro del régimen de comisión y precisa que *"ni el Reglamento (CE) 2790/99, ni la condición de empresario independiente, ni la asunción de riesgos, etc, tienen por objeto determinar cuál es la naturaleza jurídica de una relación jurídica concreta, ni tampoco novar la misma"*, pues tanto dicho Reglamento, fundamento jurídico principal de la demanda, *"como la cuestión relativa a la condición de empresario"*

independiente, o la cuestión relativa a los riesgos, tienen como único objeto que quede determinado si una relación contractual, independientemente de la naturaleza jurídica que tenga, está incluida dentro del ámbito de aplicación del art. 81 del Tratado de Roma y, en consecuencia, determinar las consecuencias que de ello se derivan desde el ámbito del Derecho de la Competencia". De aquí que, habiéndose pactado literalmente por las partes el régimen de comisión, éste deba mantenerse por no ser incompatible con que la demandante actúe en nombre y cuenta propia como considera la sentencia recurrida. En cuanto al motivo tercero, fundado en infracción de la disposición transitoria 12.ª de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, lo que impugna es, en relación con el art. 4.1 CC, su aplicación analógica por la sentencia recurrida en cuanto confirma la de primera instancia porque, de un lado, tanto el art. 43.3 como el párrafo tercero de la disposición adicional 3.ª de dicha ley preveían que las relaciones contractuales pudieran desarrollarse en régimen de comisión o en el de compraventa y, de otro, la propia disposición transitoria 12.ª, que ha sido la aplicada analógicamente al presente caso, no imponía la novación o transformación del régimen de comisión al de venta en firme, sino que únicamente concedía al propietario de la instalación la posibilidad de tal modificación.

Pues bien, ambos motivos deben ser estimados conforme a la jurisprudencia de esta Sala representada por las 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), 22 de marzo de 2010 (rec. 1293/05), 6 de septiembre de 2020 (rec. 484/06) y 18 de febrero de 2011 (rec. 1044/07) que, en esencia, consideran inviables pretensiones idénticas o similares a las de la demanda rectora del presente litigio porque la consecuencia civil o de Derecho privado de que un contrato de suministro en exclusiva de carburantes y combustibles caiga dentro del ámbito de prohibición del art. 81 CE (hoy art. 101 TFUE), por no cumplir las condiciones de los Reglamentos de exención nº 1984/03 y 2790/99, no es la obligación de las partes de transformar el régimen expresamente pactado en el contrato a otro diferente sino muy claramente, según la dicción literal de dicho art. 81 y la propia finalidad de los Reglamentos de exención, la nulidad de pleno derecho de los contratos, que además será por regla general una nulidad total y no parcial (SSTS 15-4-09 en rec. 1016/04, 30-6-09 en rec. 315/04 y 15-1-10 en rec. 1182/04 entre otras), efecto que es el igualmente previsto en el Derecho nacional de defensa de la competencia (art. 1.2 de la Ley 16/1989, aplicable al caso litigioso por razones temporales, y art. 1.2 de la Ley 15/2007 vigente en la actualidad).

De ahí que, no habiéndose pedido en la demanda la nulidad de los contratos litigiosos sino la condena de la demandada a su "cumplimiento estricto" en un régimen diferente del expresamente pactado por las partes; habiendo acordado la sentencia recurrida no ese cumplimiento estricto, ni tampoco la indemnización de daños y perjuicios que constituía la verdadera finalidad de la demanda, sino la adecuación de los contratos al régimen de reventa, "previa negociación" en un plazo de noventa días y con "perfecta adecuación" al Derecho de la competencia; no cabiendo en casos similares acordar de oficio la nulidad de los contratos en cuanto cuestión nueva y dado que la competencia del orden jurisdiccional civil en estos casos no se orienta a la defensa del interés público (SSTS 16-10-06 en rec. 4705/99, 15-3-09 en rec. 1936/99, 30-6-09 en rec. 369/05 y 24-2-10 en rec. 1110/05); y en fin, pudiendo ser incluso la nulidad de los contratos perjudicial para la propia parte demandante, porque el efecto restitutorio la obligaría a devolver las estaciones de servicio a su propietaria y arrendadora, es decir a la propia demandada, la consecuencia no puede ser otra que la estimación de los motivos aquí examinados, toda vez que, como declaran otras sentencias de esta Sala, la renegociación de contratos similares, con supresión de cláusulas contrarias al Derecho de la competencia, lleva consigo una alteración de la economía del contrato (STS 3-10-07 en rec. 3962/00), y no cabe imponer una renegociación automática (SSTS 29-12-03 en rec. 758/98 y 26-3-04 en rec. 1316/98).

Cierto es, por último, que la parte recurrente no ha añadido a su recurso de casación un recurso extraordinario por infracción procesal denunciando incongruencia de la sentencia recurrida, como también lo es que ninguno de los motivos de su recurso de casación se funda, en su encabezamiento o formulación, en infracción del art. 81 del Tratado y de los Reglamentos de exención. Pero no lo es menos que estas normas sí se citan en el alegato del motivo primero, aduciendo además lo que en definitiva se ajusta a la ya indicada jurisprudencia de esta Sala, que el motivo tercero se centra precisamente en la improcedencia de imponer a la hoy recurrente la negociación y modificación contractual acordadas por la sentencia impugnada y, en fin, que esta Sala tiene que velar por la recta aplicación del Derecho de la Unión en el ámbito civil que le corresponde, sin legitimar negociaciones de resultado incierto en virtud de normas imperativas que tan imperativas son al establecer las prohibiciones fundadas en la defensa de la competencia como al establecer las consecuencias de incurrir en tales prohibiciones.

TERCERO.- La estimación de los motivos primero y tercero del recurso determina por sí sola, conforme a todo lo antedicho, la desestimación total de la demanda y, por tanto, que no sea procedente el examen de los restantes motivos del recurso, orientados a defender que la demandante era una verdadera comisionista y los contratos litigiosos respondían materialmente al régimen de comisión expresamente

pactado.

CUARTO.- Conforme al *art. 487.2 LEC* procede casar totalmente la sentencia recurrida, revocando en consecuencia la sentencia de primera instancia para, en su lugar, desestimar totalmente la demanda.

QUINTO.- Conforme a los *arts. 294.1 y 398.1 LEC* procede imponer a la parte demandante las costas de la primera instancia, ya que su demanda se desestima íntegramente, y procede imponerle asimismo las costas causadas por su recurso de apelación, que en cualquier caso tenía que haber sido desestimado. En cambio no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de apelación de la parte demandada, pues tenía que haber sido estimado, ni las causadas por su recurso de casación, dada su estimación.

SEXTO.- Conforme al *art. 212.4 LEC* procede comunicar la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

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

FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la compañía mercantil demandada REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A, representada ante esta Sala por el procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, contra la sentencia dictada con fecha 14 de septiembre de 2006 por la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 350/04 .

2º.- CASAR EN TODO LA SENTENCIA RECURRIDA .

3º.- En su lugar, revocando totalmente la sentencia de primera instancia, **DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA** interpuesta en su día contra dicha recurrente por la compañía mercantil ESTACIONES DE SERVICIO GARCÍA SANCHÍS S.L.

4º.- Imponer a esta demandante las costas de la primera instancia y las causadas por su recurso de apelación.

5º.- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de apelación de la parte demandada ni las causadas por su recurso de casación.

6º.- Y que por el secretario judicial se comunique esta sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

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.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Roman Garcia Varela.-FIRMADA Y RUBRICADA.** 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.