

Id. Cendoj: 28079370282011100025
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 28
Nº de Resolución: 50/2011
Fecha de Resolución: 25/02/2011
Nº de Recurso: 264/2010
Jurisdicción: Civil
Ponente: PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ
Procedimiento: Recurso de apelación
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00050/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28

MADRID

t6

C/GRAL. MARTINEZ CAMPOS 27

Tfno : 914931988/9 Fax : 914931996

Rollo : RECURSO DE APELACION 264/2010

Proc. Origen : Procedimiento Ordinario nº 87/09

Organo Procedencia : Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid

Recurrente : E. S. COPECELT, S.A.

Procurador : Don David García Riquelme

Abogado : Doña Susana Beltrán Ruíz

Recurrida: CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.

Procurador : Don Jorge Deleito García

Abogado : Doña María C. Gil Carcedo De Morales

SENTENCIA Nº 50/2011

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ANGEL GALGO PECO

D. ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ

D. PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ

En Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil once.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ANGEL GALGO PECO, Don ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ y Don PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 264/2010, interpuesto contra la Sentencia de fecha 1 de marzo de 2010, dictado en el proceso ordinario número 87/2009, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, E.S. COPECELT, S.A., siendo apelada CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda de juicio declarativo ordinario presentada con fecha 12 de febrero de 2009, por la representación de E.S. COPECELT, S.A. contra la mercantil CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase Sentencia por la que se resolviese:

"1. Declarar de aplicación a la relación contractual litigiosa los apartados 1º y 2º del Art. 81 del Tratado de Ámsterdam.

2. Declarar que el Acuerdo de Suministro en Exclusiva contenido en el Contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento de 2 de Marzo de 1990, suscrito por las partes, no podía gozar de la exención del artículo 81 por no cumplir las condiciones de exención exigidas por los Reglamentos CE 1984/83 y 2790/99, con la consecuente nulidad de dicho pacto de suministro en exclusiva al ser igualmente imposible una exención individual.

3. Condene a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. a pagas a E.S. COPECELT, S.A., una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, cuyo importe resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados desde el año 1993 hasta el total cumplimiento de la Sentencia, por CEPSA a E.S. COPECELT, S.A., por la diferencia media anual existente para cada periodo entre el precio medio anual de los suministros fijados por CEPSA a E.S. COPECELT, S.A., es decir, PVP, deducidos tanto los impuestos como la comisión y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados por otros proveedores a estaciones de servicio ubicadas en la Comunidad Autónoma de Vizcaya a las que sus proveedores han respetado su condición de distribuidores

independientes y, por tanto, no les ha fijado el PVP ni de modo directo ni indirecto.

4. Condenar expresamente a CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado número 9 de Madrid dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 2010 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Con desestimación de la demanda promovida por E.S. Cocepelt, S.A. , representado por el procurador Sr. García Riquelme y asistido del letrado, contra Cepsa Estaciones de Servicio S.A., representada por el procurador Sr. Deleito García y asistido del letrado Sra. Gil Caicedo de Morales, declaro no haber lugar a la petición de nulidad esgrimida, absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas en la presente litis.

En materia de costas, procede su imposición al actor".

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de E.S. COPECELT, S.A. se interpuso recurso de apelación, que admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se

han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Encontrándose la mercantil COPECELT S.A. (en adelante COPECELT) vinculada con CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. (en adelante CEPESA) por un contrato de fecha 2 de marzo de 1990 de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento cuyo objeto era la cesión de la explotación de una estación de servicio propiedad de la antigua CAMPSA (de quien CEPESA trae causa) sita en la localidad de Elorrio, interpuso aquella demanda contra esta con el fin de que se declarase la nulidad de dicho contrato por no cumplir las condiciones de exención exigidas por los Reglamentos CE 1984/83 y 270/99 y se condenase a la demandada a la indemnización de daños y perjuicios.

Desestimada dicha demanda en la instancia precedente, contra dicho pronunciamiento se alza COPECELT a través del presente recurso de apelación que aparece estructurado esencialmente en torno a tres cuestiones: 1.- Fijación por parte de CEPESA del precio de venta al público por medios directos; 2.- Fijación por parte de CEPESA del precio de venta al público por medios indirectos, y 3.- Aplicación de condiciones desiguales. Motivos que pasamos a analizar a través de los tres ordinales subsiguientes.

SEGUNDO.- Fijación por parte de CEPESA del precio de venta al público por medios directos.-

Habiendo examinado esta misma Sala en su sentencia de 15 de enero de 2009 un contrato de arrendamiento y exclusiva practicado por la propia CEPESA con el resultado de haberse apreciado la concurrencia de la causa de nulidad invocada, y, apreciando la sentencia ahora recurrida que no concurre en el contrato

objeto del presente litigio la característica esencial determinante de aquella consecuencia jurídica, parece oportuno proceder a una transcripción parcial del contenido de dicha resolución con el fin de poder comprobar si concurre o no identidad entre los respectivos contratos. En lo que ahora interesa, se razonó en la mencionada sentencia de 15 de enero de 2009 lo siguiente :

"el artículo 11 del Reglamento nº 1984/83 enumeraba, de manera exhaustiva, las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, podían imponerse al revendedor, entre las que no figuraba la fijación del precio de venta al público. A tenor del octavo considerando del mismo Reglamento, «las demás disposiciones restrictivas de la competencia y, en particular, las que limiten la libertad del revendedor de fijar los precios [.], no pueden quedar eximidas con arreglo al presente Reglamento». Por consiguiente, la fijación por CEPSA del precio de venta al público de los productos petrolíferos constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención prevista en el artículo 10 de dicho Reglamento (véase la sentencia CEEES, apartado 64)".

En virtud del contrato litigioso, TOBAR, como titular de la estación de servicio, se obligó a vender exclusivamente carburantes y combustibles del suministrador, CEPSA , "de conformidad con los precios de venta al público, las condiciones y las técnicas de venta y explotación fijadas por CEPSA "(cláusula 6ª-1). El tenor de esta cláusula, así como el tenor de la autorización que CEPSA concedió al titular de la estación de servicio, en su comunicación de fecha 2 de noviembre de 2001 (f. 1145), para que "en consonancia con la nueva normativa" (que no podía ser otra que el Reglamento 2790/1999) y "a partir de esta fecha" pudiera "conceder descuentos con cargo a su comisión", lleva a la Sala a la conclusión de que desde la concertación del contrato y hasta la remisión de la citada comunicación, lo que se fijaba por CEPSA no era el precio máximo o el precio recomendado para la venta del carburante por TOBAR, sino simple y llanamente el precio fijo al que se debía realizar la venta. No existen datos en autos que permitan considerar que pese a la literalidad de la cláusula contractual y a los términos en que fue concedida la autorización en la comunicación de 2 de noviembre de 2001 , con anterioridad TOBAR hubiera estado autorizado, expresa o tácitamente, a rebajar dicho precio con cargo a su comisión.

Considera la Sala que el contrato incurre en una conducta prohibida por el art. 81.1 TCE , como es la de la fijación de precios en un acuerdo vertical entre empresas, que no puede acogerse en momento alguno al ámbito de exención determinado por los Reglamentos 1984/1983 y 2790/1999. Tampoco se han alegado por CEPSA , ni la Sala considera que concurren, razones que justifiquen que en un análisis individualizado del contrato a la luz del art. 81.3 TCE pueda considerarse al contrato exento de la aplicación del art. 81.1 TCE , teniendo en cuenta además la gravedad que el Derecho comunitario sobre competencia atribuye al acuerdo restrictivo de la competencia consistente en la fijación de precios.

Por tanto, dado que TOBAR estaba obligada a respetar el precio de venta fijo impuesto por CEPSA , y dado que dicho contrato tenía no por objeto (párrafo 43 de la Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2008) pero sí por efecto afectar sensiblemente a la competencia dentro del mercado común y podía afectar al comercio entre los Estados miembros, como se ha razonado anteriormente, el contrato suscrito entre las partes estaba incurso en la prohibición del art. 81.1 TCE

y no podía beneficiarse de la exención por categoría establecida en los Reglamentos de exención 1984/1983 y 2790/1999, sin que el art. 81.1 TCE pueda ser considerado inaplicable al amparo del art. 81.3 TCE, por lo que es aplicable la sanción de nulidad prevista en el art. 81.2 TCE (sobre este particular, párrafo 72 y apartado 3 del fallo de la sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2008)." (énfasis añadido).

Como vemos, por la cláusula 6^o-1 del contrato examinado en aquel proceso el titular de la estación de servicio se obligaba a vender exclusivamente carburantes y combustibles del suministrador, CEPSA, "de conformidad con los precios de venta al público, las condiciones y las técnicas de venta y explotación fijadas por CEPSA (cláusula 6^a-1). Nada parecido a lo que sucede en el contrato objeto del presente litigio cuya cláusula correlativa (6^a-1) dice textualmente lo siguiente:

"A partir del momento en que se extinga la obligación legal de que las estaciones de servicio se abastezcan, exclusivamente, con carburantes y combustibles líquidos suministrados por CAMPSA y en tanto este contrato se mantenga en vigor, el arrendatario se obliga a continuar recibiendo exclusivamente de CAMPSA, en régimen de comisión de venta en garantía, la totalidad de las gasolinas, gasóleos y supercarburantes que se vendan al público en la estación de servicio objeto de este contrato y también de los lubricantes que se utilicen en el recinto de esta última. De común acuerdo, las partes podrán extender dicho abastecimiento, sin necesidad de exclusividad, a cualesquiera otros productos petrolíferos o de automoción que, debiendo venderse al público en el recinto de la estación de servicio, se encuentren entre los que habitualmente distribuya CAMPSA. Queda al arbitrio de esta última proponer, como fórmula jurídica que pudiera sustituir a la inicial de comisión de venta en garantía, la de venta en firme al arrendatario para su posterior reventa al público".

Como se puede apreciar a simple vista, no existe en esta cláusula previsión alguna por cuya virtud pueda entenderse que la apelante contrajera la obligación de establecer como precio de venta al público de los carburantes el que le viniera fijado por CAMPSA (actualmente CEPSA). Por el contrario, el contrato objeto de los presentes autos parece adecuarse, más bien, al examinado recientemente por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2010, también en relación con CEPSA, en la que se rechazó el argumento de la nulidad contractual del siguiente modo:

".En su demanda Don Bernardino alegó que CEPSA Estaciones de Servicio, SA, en ejecución del contrato que a ella le vinculaba, le imponía el precio de venta del carburante al público. Lo que, de ser cierto, constituiría una infracción de las normas sobre la competencia expresamente prevista en el apartado 1, letra a), del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea - si es que se reuniesen los demás requisitos exigidos en dicho precepto.

No hay duda, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2008, de que los acuerdos de compra exclusiva pueden impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

Ello sentado, el artículo 81, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea prohíbe tales acuerdos, entre otros casos, cuando consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta.

El Reglamento 1.984/83 de la Comisión, de 22 de junio, en su considerando octavo, mencionaba como restricciones a la competencia que no pueden quedar eximidas "las que limiten la libertad del revendedor de fijar los precios o las condiciones de reventa"; y, en la enumeración exhaustiva de cláusulas que cabía imponer al revendedor, según su artículo 11, no se incluía la fijación del precio de reventa.

El Reglamento 2790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre, establece, en su artículo 4, letra a), que la exención por categorías no se aplica a los acuerdos verticales que tengan por objeto "la restricción del comprador de determinar el precio de venta".

No obstante, el referido artículo del Reglamento 2790/99 admite que el proveedor imponga precios de venta máximos o recomiende un precio de venta, siempre y cuando "éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes".

De lo expuesto resulta, como pone de manifiesto la sentencia de 2 de abril de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no pueden acogerse al régimen de exención por categorías establecidos en los Reglamentos 1.984/83 y 2.790/99 los acuerdos por los que el proveedor fije el precio de venta al público o imponga un precio de venta mínimo. Entendiéndose, por el contrario, que el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máxima.

Por otro lado, como la restricción de la competencia puede resultar de medios indirectos, en los casos de recomendación de un precio de venta máximo - que, según la demandada, es el método que aplica al demandante - lo determinante es que se deje al revendedor un margen de libertad para determinar efectivamente el precio de venta, lo que se considera no sucede - como recuerda la citada sentencia de 2 de abril de 2009 -, cuando se impone al revendedor un margen de distribución del que no puede apartarse.

Lo expuesto identifica el tema que estaba necesitado de prueba y, a la vez, impone analizar el contrato litigioso, en averiguación de si su clausulado permite al recurrente vender los productos a un precio inferior al recomendado por la proveedora demandada - en tal sentido, nuestra sentencia de 15 de enero de 2010.

Pues bien, el contrato celebrado en su día por don Bernardino y CAMPSA no contiene ninguna directa imposición de precio de reventa y se refiere, en el apartado seis de su cláusula sexta, a la retribución a que tiene derecho el titular de la estación de servicio, distinguiendo entre dos tipos de contratos: el pactado en régimen "de comisión de venta en garantía" y el pactado en régimen "de reventa".

El litigioso pertenece a la primera categoría de contrato. En él se reconoce al titular de la estación el derecho a una "comisión y/o incentivo", propiamente, unos descuentos sobre el precio, a determinar por semejanza con "las percibidas por otros concesionarios de estaciones de servicio" y teniendo en cuenta, "entre otros factores", el volumen de las ventas.

Por otro lado, no hay prueba de que el margen señalado por la suministradora al recurrente impida, de hecho, a éste determinar con libertad significativa el precio de venta a los terceros. Ello determina la desestimación del recurso ." (énfasis añadido).

Desde otro punto de vista, la apelante reacciona frente a aquella apreciación de la sentencia apelada por la que, al valorar los Documentos 26 y 27 de la contestación a la demanda, entiende que con anterioridad a la recepción por parte de COPECELT de la comunicación de 2 de noviembre de 2001 por la que CEPESA le participaba su libertad para llevar a cabo descuentos con cargo a su comisión, aquella ya venía practicando con anterioridad esa clase de descuentos a los clientes que eran usuarios de la tarjeta CEPESA CARD. Alega ahora la apelante en su recurso que es CEPESA CARD S.A. y no CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. quien emite a COPECELT las facturas de liquidación de operaciones pagadas con tarjeta, por cuyo motivo entiende que los descuentos practicados a través de ese sistema no son verdaderos descuentos. Ahora bien, lo cierto es que, habiendo esgrimido CEPESA en su contestación a la demanda el argumento de la práctica de descuentos pretérita a través de la tarjeta CEPESA CARD y habiendo aportado prueba documental para ilustrar este hecho, llegado el trascendente acto procesal que tiene por objeto la fijación de puntos controvertidos del Art. 428-1 L.E.C

. en el acto de la audiencia previa, la letrada de COPECELT no hizo la menor alusión a que dichos descuentos constituyeran uno de los puntos objeto de controversia, y, de hecho, tampoco efectuó el menor intento por acotar su punto de vista al respecto después de que la letrada de CEPESA hiciera alusión, dentro del mismo trámite, a la mecánica de los pagos mediante tarjeta CEPESA CARD. El hecho de que el novedoso punto de vista que ahora sostiene COPECELT haya podido venir refrendado por una resolución administrativa (Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, cuya firmeza, por lo demás, no consta) dictada con posterioridad al acto de la audiencia previa no le dispensaba de introducir, al menos, el argumento en cuanto tal en el curso de dicho acto, pues solo de ese modo se posibilitaba a la otra parte conocer de qué tenía que defenderse en lo relativo al alegato de la práctica previa de descuentos, y, consecuentemente, cuáles eran las pruebas que debía de proponer a continuación y cuál el modo de conducirse en el desarrollo de la vista. No habiéndolo hecho así, debemos considerar el referido argumento como extemporáneo y, por lo tanto, inabordable. En todo caso, no es cierto que la CNC exprese en dicha resolución que los descuentos efectuados con el sistema de pago mediante tarjeta no sean verdaderos descuentos, pues se reconoce que, según los casos, el descuento es repercutido sobre el comisionista. En tal sentido, se indica en dicha resolución que ".En los casos en que el descuento es compartido, el operador le factura al titular de la estación comisionista dicho descuento en el importe que corresponda, con su IVA correspondiente ." Cuestión distinta es que a renglón seguido dicho organismo opine que la mecánica del sistema en general implica para el titular de la estación de servicio un ".desincentivo a realizar descuentos adicionales a su cargo .", lo que, desde luego, no equivale en modo alguno a afirmar que los descuentos no sean tales.

TERCERO.- Fijación por parte de CEPESA del precio de venta al público por medios indirectos.-

Descartada la fijación directa de precios, hemos de señalar que en su demanda, después de dar un extenso repaso a la doctrina y a la normativa del Derecho de la competencia que, en efecto, contempla la posibilidad de que la conducta de fijación de precios de venta al público sea llevada a cabo por medios indirectos, lo que hace COPECELT a la hora de concretar el mecanismo indirecto del que en el presente caso se valdría CEPESA para lograr esa imposición, es hacer específica alusión a la problemática concerniente al modo de facturación y a sus implicaciones tributarias,

argumentando que en la práctica son imposibles los descuentos por venir repercutido sobre el precio de venta al público recomendado tanto el IVA como el IVMDH que deben soportar los consumidores finales (pags. 12 y 31 de la demanda). En ningún apartado del escrito rector se argumenta que la práctica de descuentos sea imposible por su falta de viabilidad económica desde la perspectiva de los márgenes y gastos que debe afrontar la empresa.

Pues bien, en esta segunda instancia, COPECELT abandona la línea argumental relativa al sistema de facturación y al IVA, de manera que, alterando por entero el contenido del argumento, comienza por explicarnos el alto grado de elasticidad que caracteriza a la demanda dentro del sector económico en el que opera para, a renglón seguido, acometer una serie de cálculos aritméticos a partir de determinadas variables que ella misma ha seleccionado de entre la multitud de datos numéricos obrantes en el proceso y que solo ahora ha tenido a bien extraer de la documentación incorporada para someterlos a tratamiento matemático. Se trata, por tanto, nuevamente, de una línea argumental enteramente novedosa en la que a este tribunal le está vedado entrar.

No está de más advertir, en cualquier caso, que la mutación argumental viene motivada, al parecer, por el intento de que el recurso se resuelva mediante aplicación de determinada conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo en el concreto litigio examinado por la reciente sentencia de 15 de enero de 2010 en aquél particular por el que el Alto Tribunal señala que ".márgenes comerciales entre 5 y 6 ptas. litro para productos que el hoy recurrente debía pagar a entre 67 y 130 ptas., según producto y fase contractual, no permitían una posibilidad real de descuentos con cargo a esos márgenes por parte de quien tenía que correr con los gastos corrientes de la estación de servicio por más que REPSOL pechara con los de abanderamiento.". Como con acierto señala la apelante COPECELT en la página 11 de su recurso (folio 2.202 de las actuaciones), la posibilidad de alcanzar la misma conclusión a la que llega en dicha sentencia el Tribunal Supremo se encuentra condicionada a que el supuesto que ahora nos ocupa resulte coincidente con el allí analizado, o lo que es igual, es algo completamente tributario de las particularidades concurrentes en el caso concreto; solo de ese modo se explica que, a partir de la misma base dogmática, sea el propio Tribunal Supremo quien en la ya referida y más reciente sentencia de 24 de marzo de 2010 indique que ".Por otro lado, no hay prueba de que el margen señalado por la suministradora al recurrente impida, de hecho, a éste determinar con libertad significativa el precio de venta a los terceros. Ello determina la desestimación del recurso.". De igual modo, esta Sala ya ha admitido en precedentes ocasiones la posibilidad de que una mecánica de establecimiento de comisiones que, de hecho, haga económicamente inviable la práctica de descuentos con cargo a las mismas desde el punto de vista de la economía de la empresa que explota la estación de servicio puede ser considerada como un mecanismo indirecto de fijación de los precios de venta al público, habiendo insistido en que lo fundamental es que se aporte por la parte demandante una cumplida prueba de esa inviabilidad, lo cual no constituye sino una derivación lógica del sistema de distribución de la carga probatoria que impone el Art. 2 del Reglamento CE 1/2003. Así, en la sentencia de 11 de noviembre de 2008 indicábamos que ".En definitiva, la asunción de riesgos por parte del agente, que sirve para fundamentar su catalogación como agente "no genuino", catalogación cuya única virtualidad consiste en justificar la apertura de un debate en torno a la concurrencia de prohibición y el posible amparo de la fijación de precios dentro de la exención de carácter general, carece de la menor utilidad para, a su vez, acreditar la inaplicabilidad de dicha exención. Ello, a no ser que en el proceso se hubiera desarrollado una cumplida pericia capaz de avalar con rigor la conclusión de

que los riesgos realmente asumidos por H.R. harían que fuese objetivamente inviable desde el punto de vista económico cualquier empresa que, en tales condiciones, pretendiese practicar la ya aludida flexibilización de precios mediante el reparto de la comisión con los clientes. Pero lo cierto es que la apelante no ha adoptado iniciativa probatoria alguna en esa dirección ." . Lo que se deduce de la S.T.S. de 15 de enero de 2010 que la apelante invoca es que en el caso allí examinado, tal y como se desprende de su línea argumental, existía en el proceso una base probatoria sólida que permitió

conocer los gastos corrientes del titular de la estación de servicio y los gastos de abanderamiento del proveedor, para, cruzando esos datos con el importe de las comisiones percibidas por el primero, poder alcanzar la conclusión de que no gozaba este de una posibilidad real de reducir los precios con cargo a su comisión. Sin embargo, en el caso ahora examinado el argumento de la inviabilidad económica de los descuentos no solamente es novedoso sino que se construye exclusivamente -como si de un informe pericial se tratase- en torno a los datos que la dirección letrada de la apelante ha tenido a bien aislar y manejar en esta segunda instancia, y ello sin tomar en consideración la totalidad de las variables que desde el punto de vista técnico-económico determinan la rentabilidad de una empresa en su conjunto y la posibilidad o imposibilidad real de llevar a cabo ese tipo de operaciones.

Así pues, tampoco resulta atendible este segundo motivo de apelación.

CUARTO.- Aplicación de condiciones desiguales.-

Se invocó también en la demanda la concurrencia de la conducta prohibida que contempla el Art. 81-1 del Tratado en su apartado d) y que consiste en ".aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a estos una desventaja competitiva." en relación con el Art. 14, c)-2 del Reglamento CE 1984/83 que impedía la aplicación, respecto de un revendedor ligado por el compromiso del compra exclusiva, de precios o condiciones de venta menos favorables con relación a los que se apliquen a otros revendedores que se hallen en la misma fase de distribución.

Toda conducta discriminatoria exige, por definición, dos elementos esenciales: a) Que se someta a varias personas a un trato desigual y b) Que las circunstancias de esas personas en relación con quien les brinda esa clase de trato sean las mismas, siendo este segundo factor el que, en definitiva y en la terminología del Art. 81-1 , d), determina que el trato desigual sea capaz de generar desventaja competitiva.

La apelante ha centrado sus esfuerzos en poner de relieve el primero de dichos elementos al comparar el tratamiento que ella recibe de CEPESA con el que esta dispensa a otras estaciones de servicio que cuentan con un contrato referenciado a precios "Platts". Ha descuidado, en cambio, acreditar la concurrencia del segundo de los elementos al no haber adoptado iniciativa alguna para demostrar que la relación contractual que vincula a CEPESA con esas otras empresas es la misma -o económicamente equivalente- a la relación contractual que a ella le vincula. En realidad ha fiado por entero este elemento comparativo a la consideración de que ella -al igual que esas empresas- ostenta la condición de "revendedor" y no de agente. Se ha dicho con reiteración y hasta la saciedad -lo que nos dispensa de cita- que la asunción de riesgos significativos por parte del agente o comisionista no transmuta la naturaleza del contrato para convertirlo en contrato de compraventa sino su única

virtud es la de someter ese contrato a la disciplina del Derecho de la competencia. Las Directrices 12 a 20 de la Comunicación de la Comisión de 13-10-2000 abordan el análisis de los denominados "acuerdos de agencia" para efectuar una fundamental distinción, en atención a la envergadura del riesgo comercial y financiero que asume el agente, entre "acuerdos de agencia genuinos" y "acuerdos de agencia no genuinos", y todo ello "...teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo.." (Directriz 16). Según la Directriz 15, el acuerdo de agencia se considera genuino "...si el agente no asume riesgo alguno o éste es insignificante en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad..". En otro caso, el acuerdo de agencia será no genuino, brindando la Directriz 16 una serie de criterios ejemplificativos referidos a riesgos que, de ser asumidos por el agente, determinarían la incardinación del acuerdo dentro de éste último ámbito. Ahora bien, la consecuencia exclusiva que se anuda a dicha clasificación es la siguiente : los acuerdos de agencia genuinos "...no se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del Art. 81 (del Tratado).." (Directriz 13, y en idéntico sentido, Directriz 15) y la explicación de ello -obvia por lo demás- nos la proporciona la propia Directriz 15 : "...En una situación de este tipo la función de venta o de compra forma parte de las actividades del principal, aunque el agente sea una empresa distinta.." (Directriz 15). Por el contrario, la consecuencia de incardinar un acuerdo de agencia entre los no genuinos no es en absoluto la de tener que considerar obligadamente al contrato como un acuerdo de distribución específicamente sometido al régimen de venta en firme, sino que, como indica la Directriz 17, esa consecuencia no es otra que la de que, a diferencia de los acuerdos de agencia genuinos -ajenos a la disciplina del Tratado salvo en lo relativo al problema (que aquí no se plantea) de las cláusulas de no competencia-, los acuerdos no genuinos están sometidos a la posibilidad de que se les aplique el régimen prohibitivo del Art. 81-1 del Tratado como a cualquier otro tipo de acuerdo entre empresas. Por lo tanto, por más que un contrato del tipo del que ahora nos ocupa atribuya al agente riesgos lo bastante considerables como para poder situarlo en una zona limítrofe con la

figura contractual de la compraventa, esa circunstancia no lo convierte obligadamente en contrato de compraventa si, a pesar de ello, el agente consintió en obligarse de otro modo asumiendo, junto a esos riesgos, limitaciones o modalidades (en la forma de remuneración -comisión- o en otros aspectos) que son más propias del contrato de agencia, dando origen con ello a una figura híbrida entre ambas categorías contractuales.

Pero, a mayor abundamiento, y, aunque concediéramos a COPECELT el título que invoca de "revendedor", el problema a los efectos que ahora nos ocupan persistiría de igual modo, ya que, desconociendo el tribunal las específicas condiciones contractuales que vinculan a CEPESA con aquellas empresas con las que la apelante se compara, difícilmente podríamos extraer la conclusión de que dichas condiciones son jurídica y económicamente iguales o equivalentes a las condiciones que a ella le conciernen.

Improsperable resulta, pues, en vista de las precedentes consideraciones, el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C., debiendo mantenerse el pronunciamiento condenatorio efectuado en la instancia

precedente de conformidad con el Art. 394 de la misma ley. Dos son los argumentos por los que la apelante muestra su contrariedad con la condena en costas:

1.- Razona que, al no haber existido controversia en torno al pedimento declarativo contenido en el apartado 1 de la súplica de la demanda, debió estimarse, al menos, parcialmente la demanda. Es cierto que la acción de nulidad y la de resarcimiento se hicieron preceder en la súplica de la demanda por la solicitud de que se declarase que a la relación contractual litigiosa le es aplicable el Art. 81 del Tratado de Amsterdam. Se trata, sin embargo, de un pedimento de tal naturaleza que, sin desbordar formalmente el ámbito de la tutela que es posible impetrar en el proceso civil a tenor del Art. 5 L.E.C., viene a identificarse, más que con la parte dispositiva de una hipotética sentencia que acogiera las acciones respectivas, con el contenido teórico del primero de los hitos que, en su caso, debieran integrar el obligado antecedente intelectual -y, por tanto, el desarrollo argumental- de la propia sentencia, hito respecto del cual no consta que existiera entre las partes la menor controversia con anterioridad a la iniciación del proceso. No se ve, por ello, interés legítimo alguno en la formulación de tal declaración de acuerdo con el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de noviembre de 1992 en la que se indica lo siguiente : "..Ya señalamos en la citada STC 71/1991, y debemos reiterar ahora, que la admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa, y una resolución judicial que de manera no arbitraria ni irrazonable afirme la inexistencia de la acción meramente declarativa por falta de interés no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva..". De no entenderse así, le bastaría a todo demandante con adicionar a su pretensión natural cualquier pedimento obvio de naturaleza declarativa para eludir la condena en costas, privando así a la parte contraria, de manera predeterminada, de la posibilidad de resarcirse de los gastos que el proceso le ha originado.

2.- Por otro lado, se invoca la concurrencia de dudas de derecho en torno al problema litigioso. Ahora bien, sin desconocer este tribunal que la aplicación del Derecho de la competencia ha suscitado en el pasado problemas de cierta envergadura, sin embargo la fisonomía del supuesto ahora examinado no es la de aquellos litigios que aparecen revestidos de gran complejidad ni, en consecuencia, puede considerarse que el caso presente dudas de hecho o de derecho lo bastante significativas como para justificar la aplicación el Art. 394-1 "in fine" L.E.C.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

En atención a lo expuesto la Sala acuerda :

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de COPECELT S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

De conformidad con el artículo 212.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , comuníquese la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.