

Roj: STS 5103/2011  
Id Cendoj: 28079110012011100511  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2202/2007  
Nº de Resolución: 382/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ABANDERAMIENTO ESTACIÓN DE SERVICIO; IMPROCEDENCIA DE PLANTEAR CUESTIÓN PREJUDICIAL; ILICITUD DE LA FIJACIÓN POR EL PROVEDOR DEL PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO POR EL DISTRIBUIDOR; LA INDICACIÓN DEL PRECIO ES CUESTIÓN DE HECHO

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a trece de Junio de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS S.L contra la sentencia dictada el nueve de febrero de dos mil siete por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación nº 674/2004 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 502/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Madrid.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS S.L, representada por el Procurador de los Tribunales don DAVID GARCÍA RIQUELME.

En calidad de parte recurrida ha comparecido REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A representada por el Procurador de los Tribunales don JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE**

1. El Procurador don DAVID GARCÍA RIQUELME, en nombre y representación de ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS S.L, interpuso demanda contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A.

2. En la demanda se contiene el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito con sus documentos y copias, se sirva admitirlos y en su virtud tenga por formulada Demanda de Juicio Declarativo Ordinario en solicitud de NULIDAD del contrato de 15 de octubre de 1993 por contravención de normas de carácter imperativo y por inexistencia e ilicitud de causa, frente a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. y, previos los trámites procesales a que hubiere lugar, dicte en su día Sentencia por la que:*

1. *Se declare la condición de revendedor del demandante.*

2. *Se declare la nulidad del Contrato de Abastecimiento en Exclusiva de Productos Petrolíferos a Estaciones de Servicio, en régimen de Agencia, de fecha 15 de octubre de 1993, que vincula a las partes, por resultar incompatible con el art. 81.1 del Tratado Constitutivo de la CEE, y, de acuerdo con el art. 6.3 del*

*Código Civil , por vulnerar una norma imperativa como lo es el antedicho art. 81 del Tratado, mediante la contravención de los reglamentos CEE N° 1984/83, de 22 de Junio , y d CE N° 2790/1999, de 22 de diciembre , de la Comisión.*

*3. se declare que el contrato de Abastecimiento en Exclusiva de Productos Petrolíferos a Estaciones de Servicio, en Régimen de Agencia, de 15 de octubre de 1993, resulta igualmente nulo por resultar su causa inexistente e ilícita, al encontrarse el precio indeterminado y quedar su fijación al arbitrio de una sola de las partes.*

*4. Se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306.2º del Código Civil, conforme a las bases especificadas en Hecho Decimoquinto del presente escrito.*

*5. Se condene expresamente, y en ambos casos, a la demandada al pago de las costas ocasionadas en la instancia, en caso de oponerse a la presente demanda.*

## **SEGUNDO: ADMISIÓN A TRÁMITE Y CONTESTACIÓN**

3. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 49 de Madrid que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos 502/2003 de juicio ordinario.

4. En los expresados autos compareció REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A representada por el Procurador de los Tribunales don JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO que se opuso a la demanda y suplico al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICO CONTESTACION, que tenga por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y tenga por formulada en tiempo y forma contestación a la demanda, y que previos los trámites legales correspondientes dicte en su día Sentencia que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas al actor reconventional.*

## **TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA**

5. En los expresados autos 502 /2003 DEL Juzgado de Primera Instancia número 49 de Madrid recayó sentencia el día 17 de junio de 2004 cuya parte dispositiva es como sigue:

*ESTIMO la demanda interpuesta por D./ña DAVID GARCÍA RIQUELME en nombre y representación de D./ña MONSELLS, SL contra D./ña REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, SA y, en su virtud debo declarar y declaro la nulidad del contrato de Abastecimiento en Exclusiva de Productos Petrolíferos a Estaciones de Servicio, en Régimen de Agencia, de fecha 15 de octubre de 1993 que vincula a las partes, así como la declaración de la declaración revendedor de Monsells, SL entre Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA. También se declara que el Contrato de Abastecimiento en Exclusiva de Productos Petrolíferos a Estaciones de Servicios, en Régimen de Agencia, de 15 de octubre de 1993, resulta igualmente nulo por resultar su causa inexistente e ilícita, al encontrarse el precio indeterminado y quedar su fijación al arbitrio de una sola de las partes, condenando a la demandada Repsol al reintegro previsto en art. 1306.2º del Código Civil conforme a las bases específicas en hecho Decimotercero del escrito de demanda y al pago de las costas a la entidad Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA".*

## **CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN**

6. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS,S.A, y seguidos los trámites ante la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid con el número de rollo de apelación 674/2004 , el día nueve de febrero de dos mil siete recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

### **FALLAMOS**

*Que estimando el recurso de apelación formulado por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, SA, que viene representado ante esta Audiencia Provincial por el procurador don Joaquín Fanjul de Antonio, contra la sentencia dictada el día 17 de junio de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid en los autos de juicio ordinario núm. 502/2003, debemos revocar y revocamos la misma, y, en consecuencia, absolvemos a la referida entidad de las pretensiones formuladas en su contra en este procedimiento por la sociedad de responsabilidad limitada Estación de Servicio Monsells.*

*No se hace pronunciamiento expreso en materia de costas procesales en ninguna de las dos*

instancias.

*Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del art. 248.4 de la LOPJ .*

*Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.*

#### **QUINTO: LOS RECURSOS**

7. Contra la expresada sentencia el Procurador de los Tribunales don DAVID GARCÍA RIQUELME, en nombre y representación de ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS S.L, interpuso:

1) Recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en un único motivo al amparo del *artículo 469.1.3º y 4º CE* , al considerar que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

2) Recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero.- Se alega la infracción del *artículo 81 del Tratado, Considerando 8* , y el *artículo 11 del Reglamento 1984/83* así como los *artículos 9 y 16 del Reglamento CE 1/2003* .

Segundo.- Se alega la infracción del *artículo 81 del Tratado* constitutivo de la Comunidad Europea, el *artículo 4.a) del Reglamento CE 1984/1983* , y los *artículos 9 y 16 del Reglamento CE 1/2003 del Consejo* .

Tercero.- Se alega la infracción del *artículo 81.2 del Tratado* al considerar el recurrente que la fijación de precios realizada por la parte ahora recurrida suponía una práctica que impedía la libre competencia del recurrente con otras estaciones de servicio de la zona y que en consecuencia debía ser indemnizado por los daños que ello le había ocasionado.

#### **SEXTO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN**

8. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de rollo 2202/2007.

9. Personada la recurrente bajo la representación del Procurador don DAVID GARCÍA RIQUELME, el día veintiséis de Mayo de dos mil nueve la Sala dictó auto del tenor literal siguiente:

*LA SALA ACUERDA*

*1.- ADMITIR el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de "ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS S.L", contra la Sentencia dictada, en fecha 9 de febrero de 2007, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), en el rollo de apelación nº 674/2004 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 502/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Madrid.*

*2.- Y entréguese copia de los escritos de interposición del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal formalizado por la representación procesal de "ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS S.L", con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalicen su oposición en el plazo de VEINTE DÍAS , durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.*

10. Dado traslado de los recursos, el Procurador don JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO presentó escrito de impugnación con base en las alegaciones que entendió oportunas.

#### **SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO**

11. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día diecisiete de mayo de dos mil once, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **NOTAS PREVIAS**

El artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se corresponde con el 81 en su redacción por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 vigente en el momento de interposición de la demanda, y a partir del 1 de diciembre de 2009 con el 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En el Tratado de Lisboa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha pasado a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las referencias al mismo se harán mediante la abreviatura TJUE.

Los autos y las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

En esta resolución se han utilizado las siguientes abreviaturas:

MONSELLS: ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS, S. L.

REPSOL: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S. A.

## **PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES**

### **1. Hechos**

12. Los hechos que sirven de base a la sentencia recurrida, y que tienen interés a los efectos de los recursos a decidir en esta sentencia, muy en síntesis e integrados en lo menester, son los siguientes:

1) El 15 de octubre de 1993 REPSOL suscribió con MONSELLS un contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos estaciones de servicio por tiempo de 10 años cuya estipulación quinta dice literalmente lo siguiente *"EL AGENTE, como comisionista, comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de REPSOL COMERCIAL en el precio y demás condiciones por la misma señalados, dentro de los límites legalmente autorizados. Cualquier descuento que pudiera aplicar será con cargo a su comisión. Las ventas a los clientes serán al contado. El crédito que pueda eventualmente conceder el Agente será por su cuenta y riesgo"*.

2) Desde dicha fecha hasta la de interposición de la demanda, las relaciones entre las partes se han regulado por dicho contrato.

### **2. La posición de la demandante**

13. El 3 de abril de 2003 MONSELLS interpuso demanda en la que sostuvo que:

1) Pese a que la letra del contrato señala que el régimen económico regulador de las relaciones comerciales entre el proveedor y el propietario de la estación de servicio es el de agencia, su contenido responde a un contrato de compraventa en firme o reventa en el que la estación de servicio asumía el riesgo de los productos, los financieros, los de impagos y los de la fluctuación de precios.

2) Repsol ha impuesto a MONSELLS la totalidad de las condiciones económicas del contrato, entre ellas el precio de venta al público de los productos suministrados por aquella

3) El contrato vulnera el *artículo 85.1.a) del TCE*.

4) El contrato asimismo adolece de nulidad por inexistencia y/o ilicitud de causa, al encontrarse indeterminado el precio y dejarse su fijación al arbitrio de una de las partes.

14. En la indicada demanda MONSELLS solicitó en síntesis:

1) La declaración de nulidad del contrato por ser incompatible con el *artículo 81.1* del Tratado Constitutivo de la CEE y por resultar su causa inexistente e ilícita, al encontrarse el precio indeterminado y quedar su fijación al arbitrio de una sola de las partes

2) La condena de REPSOL al pago de una cantidad indeterminada que en el recurso cifró en 201.166.494,72 pesetas (1.209.034,98 #) diferencia entre el precio cobrado por Repsol a la estación de servicio menos comisiones, *"y el precio más bajo semanal ofrecido por otros Operadores, en régimen de*

*compra en firme, a Estaciones de Servicio de sus mismas características".*

### **3. La posición de la demandada**

15. REPSOL se opuso alegando que:

- 1) La demanda incurría en defecto legal en el modo de proponerla, por indeterminación de la cuantía del litigio.
- 2) El contrato suscrito entre las partes era un contrato de comisión.
- 3) MONSELLS no asumía riesgos significativos.
- 4) MONSELLS tenía la posibilidad de conceder descuentos a costa de sus comisiones.
- 5) El contrato era válido y que en caso de nulidad, eran inaplicables las consecuencias de la concurrencia de causa torpe.

### **4. La sentencia de primera instancia**

16. Después de haber decidido las cuestiones procesales en la audiencia previa, la sentencia de la primera instancia estimó la demanda por entender que el contrato:

- 1) Era incompatible con la legislación comunitaria.
- 2) Contravenía lo dispuesto en el *artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia*.
- 3) Vulneraba el *artículo 6.3 del Código Civil*.

17. Asimismo entendió que la nulidad debía provocar las consecuencias suplicadas por la demandante.

### **5. La sentencia de segunda instancia**

18. La sentencia de apelación:

1) Puso de relieve que el único interés real de la demandante era obtener una compensación económica por los años que estuvo ligada con Repsol.

2) Afirmó que el contrato debía calificarse como agencia, si bien podía situarse en una sola zona limítrofe con la figura contractual de la compraventa, debiendo calificarse de acuerdo no genuino de agencia a efectos del *artículo 81.1 TCE*.

3) Mantuvo que el contrato vulneraría el *artículo 81 TCE* si a pesar de la autorización escrita hubiera tenido que respetar el precio fijado por REPSOL (en el fundamento séptimo alude sin duda por error a CEPESA) como resultado de presiones externas o de incentivos, pero que la proveedora autorizó a la arrendataria a hacer rebajas con cargo a su comisión.

4) Rechazó que los criterios para determinar importe de la comisión o retribución a percibir por MONSELLS quedasen al arbitrio de REPSOL.

19. Consecuentemente con lo argumentado revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

### **6. Los recursos**

20. Contra la expresada sentencia MONSELLS interpuso sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

21. Mediante el recurso extraordinario por infracción procesal denuncia que la Audiencia Provincial no ha esperado a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conteste a una cuestión prejudicial planteada por otro Tribunal en un caso idéntico.

22. En el recurso de casación sostiene la nulidad del contrato porque, pese a que no se trata de un contrato de agencia, sino de compraventa en firme para revender, impone el precio de venta al público.

## **SEGUNDO: MOTIVO ÚNICO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

23. El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, bajo el título "*la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso que ha producido indefensión a E.S. MONSELLS*", se enuncia en los siguientes términos:

*El presente recurso encuentra su fundamento tanto en la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, como en la vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución"*

24. En su desarrollo la recurrente sienta las siguientes premisas:

1) ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS, S.L. asume riesgos que impiden que se considere agente de la REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A..

2) REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. fija e impone el precio de venta al público de los carburantes por ella suministrados.

3) La Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid por auto de 16 de junio de 2006 dictado en el recurso de apelación 119/2006, ha formulado cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión Europea en la que somete al tribunal diversos extremos, entre ellos, la licitud de la fijación de precios cuando se permiten descuentos con cargo a la comisión del distribuidor.

25. Partiendo de ellas, sostiene que al ser idénticas las cuestiones planteadas en este litigio y en el referido recurso de apelación 119/2006 de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid debió suspender de oficio la decisión del litigio hasta que el TJUE hubiese respondido a la cuestión prejudicial y que, al no haberlo hecho así, la sentencia:

1) Infringe el artículo 16 del Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 en relación con el 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2) Vulnere el punto 25 de la Nota del Tribunal de la Unión de 11 junio 2005.

### **2. Valoración de la Sala**

#### *2.1. Necesidad de plantear la cuestión prejudicial en la instancia.*

26. El inciso primero del artículo 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "*sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal, cuando de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se haya denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia*", por lo que, como tenemos declarado que la sentencia 140/2010, de 24 de marzo :

1) Para la viabilidad del recurso extraordinario es preciso que la recurrente haya sido diligente en las instancias "*reaccionando frente a las infracciones procesales padecidas o frente a la vulneración del artículo 24 CE en que hayan podido incurrir los órganos de instancia*";

2) No basta cualquier denuncia, incluso las improcedentes y extemporáneas, de tal forma que la denuncia en las instancias debe ser la adecuada "*Es decir, ha de ser oportuna y ha de respetar el sistema de recursos establecido por la Ley*".

3) El incumplimiento de la carga de denunciar "*excluye toda idea de indefensión*".

27. En consecuencia, para la viabilidad del motivo habría sido necesario, cuando menos, que la recurrente hubiese solicitado a la Sala de apelación que suspendiese la resolución del recurso de apelación hasta que se hubiese resuelto la cuestión prejudicial planteada por la Sección 28 de la Audiencia Provincial

de Madrid, lo que no consta que hiciese.

28. En este sentido el auto de 12 mayo 2009, dictado en el recurso de casación 1350/2007, rechaza la admisibilidad de un motivo idéntico dado que *"examinado el rollo de apelación se comprueba que la parte recurrente en ningún momento solicitó a la Sala que elevara al TJCE cuestión prejudicial alguna, ni interesó la suspensión de la resolución del recurso de apelación hasta que se resolviese la cuestión prejudicial planteada por ese misma Sala ante el TJCE en un caso que, según la parte, es similar al aquí enjuiciado, de manera que la recurrente en ningún momento efectuó la denuncia ni pidió la subsanación de la infracción o vulneración que considera cometida"*.

29. También el auto de 19 de enero de 2010 dictado en el recurso de casación 1037/2008 afirma que *"no le basta al recurrente, como aquí se hace, citar los preceptos que considera infringidos y en los que se basa el recurso extraordinario por infracción procesal alegando que con la desestimación de la pretensión suspensiva de esta parte se ha propiciado una sentencia que entra en contradicción con la que en su día se dicte por el TJCE y, por otro lado, si se hubiera procedido a la suspensión de la tramitación del procedimiento el juzgado hubiera contado con garantías suficientes para dictar una resolución ajustada a derecho, señalando que "la infracción no ha podido ser denunciada en la instancia puesto que la misma se ocasiona en el mismo momento de la sentencia", sin señalar en qué momento solicitó la suspensión del procedimiento, cuándo le fue denegada dicha suspensión y qué recurso utilizó contra la resolución denegatoria, ya que con tales indicaciones de carácter genérico no se permite a la Audiencia, y ahora a esta Sala, efectuar el control que le corresponde en fase de preparación"*

30. Finalmente, en idéntico sentido se pronuncian las sentencias 21/2011 de 8 de febrero y 310/2011, de 11 de mayo, afirmándose en esta última que concurre la causa de no admisibilidad del motivo prevista en el artículo 473.2-1º en relación con el 469.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil apartado, sin que la omisión pueda entenderse justificada *"por la presunta obligación del tribunal de apelación de acordar de oficio la suspensión del procedimiento"*.

## 2.2. Inexistencia de prejudicialidad.

31. Aunque lo expuesto es suficiente para rechazar el recurso, añadiremos que, a tenor del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil :

1) Existe prejudicialidad cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que a su vez constituya el objeto principal de otro proceso pendiente.

2) El Tribunal puede acordar la suspensión del curso de las actuaciones en el estado en que se hallen hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial, pero no es imperativo: *"podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones"*.

3) La decisión del Tribunal debe adoptarse a petición de ambas partes o de una de ellas oída la contraria.

32. Pues bien, en el caso de autos:

1) La decisión sobre el objeto del litigio es totalmente independiente de la cuestión planteada entre diferentes litigantes en el pleito sustanciado en fase de apelación ante la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, por más que exista mayor o menor similitud en los problemas planteados en uno y otro.

2) No consta que ninguna de las partes solicitase el planteamiento de cuestión prejudicial alguna ni la suspensión del curso de las actuaciones.

33. A ello hay que añadir:

1) Que, como precisa la sentencia 61/2011, de 28 de febrero " el art. 234 CE (hoy art. 267 TFUE ) sólo obligaba al juez nacional a plantear la cuestión cuando su decisión no fuera susceptible "de ulterior recurso judicial de Derecho interno", lo que, como acontecía en aquél supuesto, no es el caso, puesto que contra la sentencia de apelación cabían recursos y de hecho se han interpuesto.

2) Que la doctrina del "acto claro" libera de dicho deber cuando exista jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en este sentido, sentencia 312/2011, de 5 de mayo ).

### 2.3. Inexistencia de vulneración del artículo 16.1 del Reglamento CE 1/2003

34. También añadiremos que la sentencia recurrida no ha vulnerado el *artículo 16.1 del Reglamento CE 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002*, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los *artículos 81 y 82 del Tratado*, a cuyo tenor *"Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado"*.

35. En efecto, en el presente supuesto la recurrente se refiere a una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE en un litigio diferente y no a decisiones adoptadas ni a decisiones previstas de la Comisión *"en procedimientos que ya haya incoado"*.

### 2.4. Inadecuación de la nota del TJUE de 5 de diciembre de 2009 para sustentar el recurso.

36. Finalmente, la vulneración del punto 25 de la Nota del Tribunal de la Unión de 11 junio 2005, hoy sustituida por la de 5 de diciembre de 2009, no puede encuadrarse en ninguno de los supuestos enumerados en el *artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ya que:

1) Tiene exclusivamente una finalidad informativa y no contiene norma imperativa alguna, precisando el apartado 6 que se trata de *"indicaciones prácticas, que no tienen carácter obligatorio"* que pretenden *"orientar a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial"*.

2) De forma expresa atribuye a la iniciativa del Tribunal el planteamiento de cuestiones prejudiciales y en el apartado 10 indica que *"La iniciativa de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional, independientemente de que las partes en el litigio principal lo hayan o no solicitado"*.

3) Insiste en el carácter facultativo del planteamiento de cuestiones prejudiciales por los Tribunales contra cuyas decisiones cabe recurso, a cuyo efecto, según el apartado 11 *"Cualquier órgano jurisdiccional está facultado para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, si lo considera necesario para resolver un litigio del que esté conociendo"*.

4) Lógica consecuencia de la propia naturaleza de las cuestiones prejudiciales es que, como indica el apartado 25 *"El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia lleva consigo la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie"*, pero ciñe su eficacia a pleito en el que se plantea, sin que tenga efecto expansivo alguno a otros litigios, por más que en ellos se plantee una cuestión más o menos similar.

### 2.5. Desestimación del motivo.

37. Si a lo expuesto añadimos que la suspensión del litigio tan sólo puede tener lugar en los casos expresamente previstos en la norma, la paralización del litigio por el planteamiento de una cuestión prejudicial por otro tribunal en un pleito diferente, habría supuesto la flagrante vulneración del principio de impulso procesal de oficio (*artículo 179 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), por lo que el motivo debe ser rechazado.

## TERCERO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

38. El primero de los motivos del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

*En el presente Motivo de Recurso se viene a denunciar la infracción del artículo 81 del Tratado, Considerando 8 y el artículo 11 del Reglamento CE 1984/83, así como los artículos 9 y 16 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, así como la interpretación que de los mismos ha realizado tanto por el Tribunal Supremo, como por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*

39. En su desarrollo la recurrente afirma, en síntesis que:

1) ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS, S.L. no tiene la condición de "agente no genuino" sino la de "operador o distribuidor independiente" a efectos de lo que disponen los Reglamentos CEE 1984/83 y 2790/99.

2) La sentencia se sustenta en la directriz 48 de la Comunicación de la Comisión europea del 13 octubre 2000 que se refiere al *Reglamento 2790/99*, pero omite que el contrato se celebró bajo la vigencia del *reglamento 1984/83*.

3) Dada la ilicitud de la práctica consistente en fijar el precio de venta al público del carburante cuando se trata de relaciones entre proveedor y operador o distribuidor independiente, el contrato suscrito el 15 octubre 1993 no era lícito al no reunir las condiciones exigidas por el *Reglamento 1984/83* para la exención.

## 2. Posición de la recurrida

40. La recurrida se ha opuesto a la admisibilidad del motivo con base, en síntesis, en que:

1) No existe correspondencia entre los motivos del recurso anunciados en el escrito de preparación y los motivos por los que posteriormente se ha interpuesto el mismo.

2) En el mismo no se analizan los preceptos que se dicen vulnerados, sino la interpretación que de los mismos hacen la sentencia de 4 mayo 2007 de la Sala Tercera de este Tribunal y la de 14 diciembre 2006 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3) Hace supuesto de la cuestión sobre la relevancia de los riesgos asumidos por la distribuidora, determinante de que tanto desde la perspectiva civil como de la competencia, el contrato deba ser considerado como de agencia.

4) Hace supuesto de la cuestión sobre la fijación del precio de venta al público de los productos suministrados por REPSOL.

5) Las sentencias que sirven de base para el motivo son inaplicables a la relación objeto del litigio, ya que se refieren a otro proveedor y la propia Comisión en la decisión de 12 abril 2006 ha reconocido que Repsol se ha adaptado a las recomendaciones y obligaciones impuestas por reglamentos comunitarios.

6) La relación contractual estaría amparada por el *reglamento 1984/83* de exención por categorías ya que Repsol sólo fija el precio máximo de venta al público, pero no el precio final, al estar autorizada MONSELLS para hacer descuentos con cargo a su comisión.

## 3. Valoración de la Sala

### 3.1. Concordancia de los motivos del recurso con los indicados en la preparación

41. Como regla tenemos declarado entre, otros muchos, en nuestros autos de 29 de marzo de 2011 (recurso de casación 1378/2010) y de 5 de abril de 2011 (recurso de casación 1526/2010) que:

1) En el escrito de preparación es necesario indicar la infracción legal a que se refiere el *artículo 479 Ley de Enjuiciamiento Civil*, lo que resulta preciso para conocer la exacta pretensión impugnatoria, que debe quedar delimitada en la fase inicial del recurso.

2) En la interposición del recurso se argumentará sobre las vulneraciones o parte de las vulneraciones normativas que se dejaron especificadas en el escrito preparatorio, lo que en correcta técnica casacional, implica plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas sustantivas, de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, pero siempre con referencia a las infracciones previamente invocadas en el escrito de preparación (nunca distintas).

3) La omisión de la cita de la norma infringida en la preparación no es subsanable por medio del escrito de interposición del recurso de casación.

42. Es cierto que en el presente caso no concuerdan literalmente los motivos anunciados en el escrito

de preparación del recurso de casación y el motivo objeto de análisis ya que, mientras en el primer motivo del escrito de preparación se hace referencia en los *artículos 1281 y siguientes del Código Civil* en relación con la *Directiva 86/653* y a la *Ley de Contrato de Agencia*, en el primer motivo del recurso se refiere al *artículo 81* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, al considerando 8 y al *artículo 11 del Reglamento CEE 1984/83*, y a los *artículos 9 y 16 del Reglamento 1/2003 de la Comisión*, silenciando completamente la *Directiva 86/653* y la *Ley de Contrato de Agencia*.

43. Ahora bien, en el segundo motivo del escrito de preparación del recurso, la recurrente, cita como vulnerados los *artículos 81* del Tratado Constitutivo, los *artículos 11 y 12 del Reglamento 1984/83* y *9 y 16 del Reglamento 1/2003*, por lo que la única infracción denunciada en la interposición cuya vulneración no fue anunciada en la preparación es la referida al considerando 8 del *Reglamento CEE 1984/83*.

44. Pues bien, la pretendida vulneración del referido considerando debe ponerse en relación con el articulado del Reglamento ya que por sí sola no es idónea para sustentar un motivo de casación que requiere infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso ya que:

1) Como pone de relieve el Acuerdo interinstitucional, de 22 de diciembre de 1998 del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, los considerandos no contienen norma alguna, "*La finalidad de los considerandos es motivar de modo conciso las disposiciones esenciales de la parte dispositiva, sin reproducir ni parafrasear su texto. No deben incluir disposiciones con carácter normativo o declaraciones de intención política*".

2) En el mismo sentido, bien que con referencia a la legislación nacional, la sentencia 90/2009, de 20 abril, afirma que "*los preámbulos o exposiciones de motivos de las Leyes carecen de valor normativo ( SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, F. 7 ; 150/1990, de 4 de octubre, F. 2 ; 173/1998, de 23 de julio, F. 4 ; 116/1999, de 17 de junio, F. 2 ; y 222/2006, de 6 de julio, F. 8 )*".

### 3.2. La claridad del recurso.

45. Como tenemos afirmado en la sentencia 342/2008, de 30 abril, con cita de las de 30 de noviembre y de 4 y 10 de diciembre de 2007, el recurso de casación se caracteriza por ser especialmente restrictivo y exigente en atención a su específico objeto, su función y su finalidad, por lo que se exige que en el mismo se identifique con claridad y precisión la denuncia de la infracción normativa.

46. La vulneración de tal exigencia conlleva el rechazo de la argumentación falta de claridad que, a la postre, impide la consecución de la función nomofiláctica y unificadora a que está llamado, a lo que cabe añadir la necesidad de que se respete escrupulosamente el derecho de la recurrida a oponerse a los argumentos de contrario, para lo que es preciso que estos estén razonablemente estructurados y sean comprensibles.

47. En el caso enjuiciado, pese a la acumulación de argumentos y la exposición de las infracciones con referencia no tanto a la norma como a las sentencias que indica la recurrida:

1) Hay base suficiente para entender que en el motivo se denuncia la vulneración del *artículo 81 del Tratado de la Unión* porque el contrato no puede acogerse al *Reglamento de exención 1984/83 CE* por las razones que se han indicado en síntesis.

2) La recurrida ha tenido oportunidad de oponerse y de hecho se ha opuesto a los argumentos de la recurrente.

### 3.3. La calificación del contrato y la "agencia no genuina".

48. Es cierto que para la calificación del contrato o la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, previa interpretación del mismo, debe estarse a su contenido real, con independencia de las calificaciones que les hayan dado las partes e incluso de su voluntad, ya que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan (en este sentido sentencias 257/2007, de 2 de marzo, 2268/2009, de 20 de abril), afirmándose en la sentencia 570/2009, de 2 de septiembre, que "*los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (...) pues, para la calificación, que constituye una labor insertada en la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren (...) con prevalencia de la*

*intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato)".*

49. Ahora bien:

1) El motivo no indica qué normas concretas sustantivas reguladoras de los contratos de compraventa y de agencia han sido vulneradas por la sentencia recurrida al calificar el contrato como "agencia no genuina".

2) La calificación del contrato está unida esencialmente y deriva de su interpretación y, como ésta, es función del órgano jurisdiccional de instancia, a no ser que sea ilógica, irracional o contraria a la ley, por lo que no cabe su revisión en casación salvo que incurra en alguna infracción legal o sea manifiestamente infundada, afirmándose en la sentencia de 29 julio 1995 que *" la calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación aun en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico"*.

3) Como apunta la sentencia recurrida en el fundamento cuarto, nuestro sistema parte del reconocimiento de la facultad de los particulares de diseñar sus relaciones y fijar las prestaciones y contraprestaciones que estimen oportunas, tanto si coinciden con los contratos típicos o tipos expresamente previstos por la norma, como si son el fruto de la combinación de dos o más contratos típicos o de contratos diseñados al margen de los regulados por el derecho positivo o totalmente atípicos.

4) En consecuencia, nada obsta a la calificación del contrato suscrito entre los litigantes como *"agente no genuino"* siguiendo la terminología de la versión española de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, acogida, entre otras, por nuestras sentencias 863/2009, de 15 de enero , y 516/2010, de 3 de septiembre , para identificar a aquel operador económico que, pese a ser tenido por agente, asume el riesgo y ventura de las operaciones en las que interviene, garantizando su buen fin, al amparo de lo previsto en los *artículos 1 y 19 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia* , entroncados con la previsión contenida para los comisionistas en el *artículo 272 del Código de Comercio* , y, además, se obliga a responder de los efectos en su poder incluso en caso fortuito y de fuerza mayor.

#### *3.4. Irrelevancia de la calificación del contrato como agencia no genuina.*

50. Desde otra perspectiva, pese que el *artículo 81 TCE* se refiere a la fijación de "precios de compra y venta" - *"Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas (...) y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción"*-, a los efectos pretendidos por la recurrente -aplicabilidad del *Reglamento CEE 1984/1983, de la Comisión, de 22 de junio* a las relaciones entre las partes-, deviene irrelevante la calificación del contrato como compraventa o como agencia o comisión, ya que lo trascendente es la función económica efectivamente desplegada por el "agente".

51. En este sentido, ya la comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962, relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales en los que éstos se comprometan, para una parte determinada del territorio del mercado común, a negociar asuntos por cuenta de una empresa, o a llegar a un acuerdo, en nombre y por cuenta de aquella, o a llegar a un acuerdo en su propio nombre y por cuenta de aquella, tras afirmar que *"no les afecta la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado"*, puso de relieve:

1) Que para ello era indispensable *"que el contratante calificado como agente comercial lo sea efectivamente por su propia función, y no asuma ni ejerza una actividad de comerciante independiente en el desarrollo de las operaciones comerciales"*.

2) Que la Comisión considera como criterio determinante para distinguir al agente comercial del comerciante independiente *"el acuerdo expreso o tácito, relativo a la asunción de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución del contrato"*.

3) Partiendo de tales premisas concluyó que *"La Comisión no liga pues su apreciación a la calificación. Con excepción de la garantía usual dada para el cumplimiento del contrato, el agente comercial no debe, por su función, asumir riesgo alguno proveniente de la transacción. Si los asumiera, su función se aproximaría económicamente a la del comerciante independiente, y debería por tanto ser tratado como tal en relación con la legislación en materia de competencia"*.

52. También la directriz 15 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales de

13 de octubre de 2000, después de afirmar que *"El acuerdo de agencia se considera como un genuino acuerdo de agencia y, en consecuencia, queda excluido del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 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"*, precisa:

1) Que en la situación inversa (asunción de riesgos significativos 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) *" el acuerdo de agencia se considera como un no genuino acuerdo de agencia y entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 "*.

2) Que en tales casos *"será tratado como un distribuidor independiente que ha de mantener su libertad a la hora de determinar su estrategia de mercadotecnia para poder recuperar sus inversiones relativas al contrato o específicamente destinadas al mercado"*.

53. Lógica consecuencia de que el régimen de prohibiciones del *artículo 81.1 del TCCE* se aplique a figuras que despliegan una función económica de "distribuidor independiente" prescindiendo de que en el derecho interno la naturaleza de la relación jurídica entre las partes sea susceptible de merecer una calificación diferente a la de compraventa, es que a estas figuras también se aplique el régimen de exenciones por razón de categoría aunque el *artículo 10 del Reglamento 1984/83* se refiera a contratos de *"compra para reventa"* de carburante en estaciones de servicio con pacto en exclusiva.

54. En este sentido la sentencia 500/2009, de 13 de julio , siguiendo la sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006 (C 217-2005), afirma que *"el Reglamento (CEE) número 1984/1983 está dirigido a establecer determinadas exenciones por razón de categoría a las prohibiciones de restricción de la competencia para ciertos contratos de compra para reventa de carburante en estaciones de servicio con pacto en exclusiva, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y no prejuzga su calificación desde el punto de vista del Derecho interno. En efecto, lo que importa a efectos de la aplicación del Reglamento, como dice la STJCE de 14 de diciembre de 2006 (C 217-2005 ) , es más la realidad económica que la calificación jurídica (ap. 46)"*.

55. También la sentencia 863/2009, de 15 de enero, reproduciendo la del TJUE 11 de septiembre de 2008 (C 279/20061) afirma que nada impide la aplicación del *Reglamento CEE 1984/1983* a modalidades contractuales diferentes a la compraventa cuando mediante las mismas se desarrolla una operativa económica similar, precisando:

1) Que *"un contrato de suministro exclusivo de carburantes y combustibles así como de lubricantes y demás productos afines 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"*; y

2) Que *"la posibilidad de contratos que, aun siendo en abstracto calificables como de agencia con arreglo a la Ley española 12/92 , puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia ya que "los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste" .*

### 3.6. La artificiosidad del argumento y la inexistencia de gravamen.

56. A lo expuesto, de por sí suficiente para rechazar el argumento, añadiremos que se trata de un motivo artificioso ya que, en el caso enjuiciado, la sentencia recurrida, si bien mantiene la calificación del contrato como "agencia", razona que la atribución de riesgos *"lo bastante considerables para poder situarlo en una zona limítrofe con la figura contractual de la compraventa"* es determinante del examen de la adecuación del contrato a Derecho Comunitario -hoy Derecho de la Unión-, dándole el tratamiento de *"operador económico independiente"* a efectos del *Reglamento 1984/83 CEE* , por lo que:

1) Carece de toda utilidad e interés práctico la determinación de la exacta naturaleza del contrato como compraventa en firme o como agencia, ya que de ello ninguna consecuencia útil se deriva y, como afirma la sentencia 791/2010, de 13 de diciembre *"la artificiosidad es un vicio casacional (rectius, de técnica casacional) que puede adoptar varias manifestaciones, y una de ellas consiste en plantear una cuestión*

*irrelevante o estéril, en tanto que cualquiera que fuere la respuesta judicial no tendría ninguna incidencia para resolver el recurso".*

2) La recurrente carece de legitimación para recurrir este extremo ya que, como sostiene la sentencia 308/2011, de 10 de mayo *"El tema que interesa al proceso, en el que se debate la aplicación del Derecho de la Unión Europea sobre la libre competencia en el mercado, es si el contrato entre las partes debe quedar o no sujeto a dicho ordenamiento jurídico. Esto es lo único que importa a la demandante, pues lo que no cabe pretender es una calificación contractual para otros aspectos de la relación "inter partes" ajenos a la competencia. Y como sucede que la resolución recurrida declara tal sujeción no es de ver que perjuicio - gravamen-, y, por ende, que legitimación ("afectación desfavorable" para recurrir, ex art. 448 LEC ) ostenta la recurrente".*

### 3.7. La cláusula de fijación del precio de venta al público.

57. El precio de adquisición de los productos de consumo habitual, cuando existe una pluralidad de oferentes en una misma zona geográfica y por sus características existen otros productos que se perciben por el consumidor como sustitutos por ser muy parecidos o idénticos, constituye en numerosísimos casos uno de los factores más importantes, sino el que más, de los tenidos en cuenta por el consumidor para la selección del proveedor, de ahí que la primera de las conductas prohibidas en particular por el artículo 81.1 del TCE , por ser incompatible con el mercado común, dada su potencial incidencia en el comercio entre los Estados miembros, sea el acuerdo entre empresas consistente en " fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción".

58. También el considerando 8 del *Reglamento CEE 1984/83* precisó que el Reglamento no daba cobertura a aquellos acuerdos restrictivos de la competencia *"que limiten la libertad del revendedor de fijar los precios o las condiciones de reventa"* -en el bien entendido de que la expresión revendedor y reventa comprende fenómenos económicos asimilables-, razón por la que en el artículo 11 no autorizó tal restricción a la competencia.

59. Igualmente el *Reglamento CEE 2790/99, de 22 de diciembre de 1999* , en previsiones que reproducen los correlativos considerando 10 y artículo 4 del *Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010* , relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3 , del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, precisa que no quedan exentos los acuerdos verticales consistentes en la fijación de precios de reventa mínimos y fijos, y en el artículo 4 , dispone que no cabe exención de aquellos acuerdos que tengan por objeto *"la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar 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"*.

60. En idéntico sentido la directriz 47 de la comunicación de 13 octubre 2000 por la que se establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales con arreglo al artículo 81 TCE. en el marco del *Reglamento CE 2790/1999* indica que *"La restricción especialmente grave contemplada en la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías se refiere al mantenimiento del precio de reventa (MPR), es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que ha de ajustarse el comprador"*.

61. Este criterio es el mantenido por el artículo 1.a de la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* (vigente en las fechas en que se desarrollaron los hechos litigiosos), reproducido en la *Ley 15/2007, de 3 de julio* , al disponer que *"Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio"*.

62. También la Jurisprudencia ha rechazado la validez de los contratos con fijación de precio de venta al público, destacando la sentencia 863/2009, de 15 de enero de 2010 que examina este extremo en relación con las sentencias que seguidamente se indican:

1) Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008 , a cuyo tenor *" Los artículos 10 a 13 del Reglamento nº 1984/83 , modificado por el Reglamento nº 1582/97 , deben interpretarse en el sentido de que excluyen la aplicación de la exención por categoría a un contrato de suministro exclusivo que prevé la*

*fijación del precio de venta al público por parte del suministrador.*

2) Sentencia TJUE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07 ), según la cual " *Las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público, como las controvertidas en el litigio principal, pueden acogerse a la exención por categorías en virtud del Reglamento nº 1984/83 , en su versión modificada por el Reglamento nº 1582/97 , y del Reglamento nº 2790/99 , si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal.*"

3) Sentencia de 15 de abril de 2009 (recurso 1016/04 ) que anula un contrato porque " *la cláusula relativa a la fijación y control por la entidad proveedora del precio de venta-reventa por el intermediario (estación de servicio) de los productos carburantes y combustibles es claramente contraria al Tratado CE y no tiene ningún paliativo en los Reglamentos*" ;

4) Sentencia de 20 de noviembre de 2008 (recurso 2396/03 ) declara que " *la nulidad de la cláusula de fijación del precio es suficiente para acarrear la nulidad*"

5) Sentencia de 3 de octubre de 2007 (recurso 3962/00 ) sostiene que si el titular de la estación de servicio asume en proporción no insignificante uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros, el contrato no está cubierto por el *Reglamento nº 1984/83* en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público.

63. Ahora bien, caben la fijación de un precio de venta máximo y la recomendación de precio de venta, afirmando la repetida sentencia de 15 de enero de 2010 , en tesis reiterada en las sentencias 312/2011, de 5 de mayo , 308/2011, de 10 de mayo , y 307/2011, de 11 de mayo :

1) Que " *Por lo que se refiere a la fijación del precio de venta al público, el inicial criterio rigorista de la STJUE 14-12-06 de que el Reglamento nº 1984/83 no amparaba los contratos que impusieran al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador (punto 2º) ha sido modulado por las SSTJUE 11-9-08 y 2-4-09 en el sentido ya indicado de que las cláusulas relativas a los precios de venta al público sí pueden acogerse a la exención por categorías en virtud de aquel Reglamento si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público*" ; y

2) Que " *Esta doctrina determina que también deba matizarse la jurisprudencia de esta Sala sobre la falta de paliativo alguno, en el Reglamento nº 1984/83 , de las cláusulas de fijación y control del precio por el proveedor ( STS 15-4-09 y, sobre todo, STS 20-11-08 , sobre unos contratos idénticos al aquí litigioso) y, en consecuencia, que proceda analizar el contrato litigioso en averiguación de si, realmente, permitía la hoy recurrente vender los productos a un precio inferior al indicado por la proveedora hoy recurrida*" .

### 3.8. Desestimación del motivo.

64. En el fundamento séptimo, la sentencia recurrida, después de argumentar que sería aplicable la prohibición del *artículo 81.1. del TCE si se hubiese demostrado que, pese a la cláusula que autoriza la rebaja en la comisión, en la práctica no hubiese sido así, ya que la rebaja de los márgenes comerciales haría inviable económicamente la explotación de la gasolinera o que, a pesar de la autorización escrita, la distribuidora había tenido que respetar el precio fijado por CEPSA como resultado de presiones externas o de incentivos, afirmó:*

1) Que " *no tenemos base alguna para aceptar que así fuese, por lo que, también, deberemos decir que el sistema de fijación de precios, desde el momento en que se autorizó al arrendatario hacer rebajas con cargo a la comisión, tampoco infringe las normas de la libre competencia*" .

2) Que en ningún caso se han identificado los obstáculos para reducir el precio con cargo a su comisión; y

3) Que " *al parecer, en ocasiones ha utilizado la facultad de disminuir el precio de venta al público con*

*cargo a su comisión, pues ello ha sido reconocido indirectamente por el propio demandante al redactar su demanda en el hecho cuarto apartado 4.II de la misma".*

65. En consecuencia, el motivo debe ser rechazado ya que la función de la casación no permite hacer supuesto de la cuestión, que como declara la sentencia 46/2011 de 21 febrero reproduciendo la 656/2010, de 4 noviembre que, a su vez, reproduce la 433/2009, de 15 de junio, constituye un defecto de técnica casacional consistente en partir de un supuesto fáctico diferente al que sirve de fundamento a la sentencia recurrida, a fin de obtener un resultado diferente mediante la alteración de las premisas de hecho sin haber desvirtuado previamente la base fáctica de la sentencia recurrida a través del cauce legalmente establecido para ello.

## **CUARTO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

66. El segundo de los motivos del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

*En el presente Motivo de Recurso se viene a denunciar la infracción del artículo 81 del Tratado, el artículo 4 a) del Reglamento CE 1984/83, así los artículos 9 y 16 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, así como la interpretación que de los mismos ha realizado tanto por el Tribunal Supremo, como por la Audiencia Nacional.*

67. En su desarrollo la recurrente insiste en la errónea calificación del contrato y en la ilicitud de la cláusula de fijación precio porque permite al distribuidor realizar descuentos con cargo a su comisión, ya que la Directriz 48 de la Comunicación de 13 de octubre de 2000 solo es aplicable para aquellos casos en los que el "agente no asume riesgos significativos".

### **2. Valoración de la Sala**

#### *2.1. La posibilidad de reparto de la comisión del distribuidor.*

68. En la medida en la que el argumento casacional constituye una repetición de lo expuesto en el motivo primero, para su desestimación será suficiente dar por reproducido lo argumentado en el anterior fundamento de derecho de esta sentencia y reiterar la licitud de determinadas cláusulas de fijación de precios en supuestos de agentes que "asumen riesgos significativos" ya que, como sostiene la sentencia 310/2011, de 11 de mayo, " *lo prohibido no es cualquier determinación de precios por el proveedor, sino la imposición de un precio inalterable o la imposición de un precio de venta mínimo*".

69. A ello añadiremos que, tratándose de pactos de fijación de precios, en contra de lo sostenido por la recurrente, como indicamos en la sentencia 308/2011, de 10 de mayo, la directriz resulta aplicable a los contratos de agencia no genuina; más aún no tiene sentido referirla a los contratos de agencia "genuinos" que se hallan extramuros del ordenamiento jurídico unionista de la competencia, como resulta de que:

1) La referida directriz 48 para la autoevaluación de los acuerdos verticales con arreglo a las normas de competencia comunitarias diferencia entre la agencia a la que no resulta aplicable el artículo 81.1 TCE a la que se refiere en el primer inciso - "*En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes*"- , y la agencia a la que resulta aplicable el artículo 81.1 a la que se refiere en el inciso segundo -"*...si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 ...*"-.

2) Es refiriéndose a la segunda cuando dispone que " *toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal*".

70. Pues bien, desde la perspectiva de la literalidad del contrato resulta incuestionable que el mismo no impide al distribuidor repartir su comisión-recordemos que el tenor del contrato permite descuentos (" *Cualquier descuento que pudiera aplicar será con cargo a su comisión*")-.

71. Pero está claro que no se trata exclusivamente de interpretar los términos del contrato y que la libertad sobre el papel podría verse desvirtuada por la realidad ya que, como pone de relieve la sentencia 249/2009, de 15 de abril, no cabe descartar que bajo la apariencia de libertad para la fijación de precios a

fin de eludir formalmente la ilicitud de la cláusula, puede ocultarse una realidad muy distinta, en cuyo caso, como afirma la referida sentencia de 15 de enero de 2010 , sistematizando la sentencia TJUE de 2 de abril de 2009 corresponde al órgano jurisdiccional nacional *"teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo"* , a cuyo efecto debe examinar si el distribuidor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado comprobando, si no se impone a través de medios indirectos o subrepticios.

## 2.2. Desestimación del motivo.

72. La aplicación al presente caso de las reglas expuestas lleva de forma inexorable a su desestimación ya que la sentencia recurrida, después de admitir que se trata de un contrato de agencia que entra dentro del ámbito de aplicación del *artículo 81.1 TCE* , llega a la conclusión de que no solo se autorizó formalmente al arrendatario a hacer rebajas con cargo a la comisión sino que, esta autorización no era irreal de tal forma que *"al parecer, en ocasiones ha utilizado la facultad de disminuir el precio de venta al público con cargo a su comisión, pues ello ha sido reconocido indirectamente por el propio demandante al redactar su demanda en el hecho cuarto apartado 4.II de la misma"*.

## QUINTO: TERCER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

73. El tercer motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

*En el presente Motivo de Recurso se viene a denunciar la infracción del artículo 81 del Tratado, así como la interpretación que de los mismos ha realizado r el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*

74. En su desarrollo la recurrente reconoce que su interés real no es tanto la declaración de nulidad del contrato cuanto la compensación económica derivada de los daños y perjuicios que la práctica anticompetitiva de REPSOL afirma le ha ocasionado, y denuncia el erróneo razonamiento de la sentencia recurrida cuando afirma que el hecho de que estaciones de servicio próximas a la de la actora ofreciesen precios distintos y más favorables para el consumidor *"simplemente es el resultado del juego de la libertad de mercado"*, ya que:

1) Con la fijación del precio de venta al público por parte de Repsol se ha propiciado un lucro indebido a su favor desde el momento en que MONSELLS no ha disfrutado de las mismas condiciones para competir en el mercado del resto de los distribuidores independientes que tenían reconocida libertad para fijarlos.

2) MONSELLS nunca estuvo conforme con las condiciones para el suministro de combustibles y carburantes que Repsol representaba la firma, y si se aquietó fue forzada por las circunstancias.

3) Que a otros propietarios de estaciones de servicio la propia red de REPSOL les habría permitido obtener un margen de reventa prácticamente el doble de la Comisión o margen que Repsol autorizó a MONSELLS

### 2. Valoración de la Sala

75. El motivo está abocado al fracaso ya que hace supuesto de la cuestión al partir de la base de la nulidad del contrato por fijación de los precios de venta al público lo que, como ha quedado expuesto, fue expresamente rechazado por la sentencia recurrida.

76. Pero es que, además, como tenemos declarado en la sentencia 21/2011, de 8 de febrero , *" no resulta coherente con las reglas del art. 1306 CC pedir la nulidad de un contrato que se ha estado ejecutando sin conflictos entre las partes durante más de nueve años cuanto tan sólo faltan unos meses para cumplir los diez años de vigencia estipulados, denunciando solamente entonces una causa torpe como imputable únicamente a la otra parte contratante y consistiendo esa causa en la vulneración del Derecho de la Unión de defensa de la competencia, pues lo cierto es, de un lado, que el contrato litigioso proporcionó ventajas y beneficios innegables a la recurrente, abanderada por una compañía líder del sector de la que obtuvo importantes cantidades de dinero al inicio de la relación contractual; y de otro, que ninguna incidencia podía tener ya en la defensa de la competencia la nulidad de un contrato prácticamente extinguido por el vencimiento del plazo estipulado, circunstancia que debe valorarse en los litigios sobre*

*este tipo de contratos, según la sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 2010 (rec. 117/06 ), porque si como fundamento de la nulidad del contrato se invoca el Derecho de la Unión de defensa de la competencia no cabrá prescindir del fin de protección de la norma en relación con la realidad económica subyacente al litigio, ya que esta realidad económica es la verdaderamente relevante según la doctrina del TJUE, desprendiéndose del planteamiento de la demanda de la hoy recurrente que lo verdaderamente pretendido por ella no era desvincularse de una exclusiva contraria a la libre competencia, sino añadir una indemnización retrospectiva al beneficio que ya le había reportado la casi completa ejecución del contrato".*

#### **SEXTO: COSTAS**

77. Las costas de ambos recursos se imponen a la recurrente de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

#### **SÉPTIMO: COMUNICACIÓN A LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

78. Conforme al apartado 3 del artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil añadido por la disposición adicional 2ª. 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , la presente sentencia deberá ser comunicada a la Comisión Nacional de la Competencia.

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

#### **FALLAMOS**

Primero: Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS S.L., representada ante esta Sala por el Procurador don DAVID GARCÍA RIQUELME contra la sentencia dictada, con fecha nueve de febrero de dos mil siete, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), en el rollo de apelación nº 674/2004 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 502/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Madrid.

Segundo: Imponemos a la expresada recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Tercero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por ESTACIÓN DE SERVICIO MONSELLS S.L., contra la referida sentencia de nueve de febrero de dos mil siete, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), en el rollo de apelación nº 674/2004 .

Cuarto: Imponemos a la recurrente las costas causadas por el recurso casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Rios Xavier O'Callaghan Muñoz Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Rafael Gimeno-Bayon Cobos Roman Garcia Varela** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos** , 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.