

**JUZGADO MERCANTIL 4 BIS MADRID**

**ORDINARIO 176/2008**

**Dte.- Doña Josefa Rico Gil, Don Antonio Ferrándiz González y GASORBA SL**

**Procurador Don David García Riquelme**

**Ddo.- REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA**

**Procurador Don Pedro J. Vila Rodríguez**

**SENTENCIA**

En Madrid, a ocho de julio de 2011.

Vistos por mí, Don Miguel Ángel Román Grande, Juez del Juzgado de lo Mercantil número 4 bis de Madrid, los presentes autos de Juicio Ordinario número 176/2008, seguidos a instancia del Procurador Don David García Riquelme, en nombre y representación de Doña Josefa Rico Gil, Don Antonio Ferrándiz González y GASORBA SL, contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA, representado por el Procurador Don Pedro J. Vila Rodríguez, sobre COMPETENCIA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el referido Procurador, en nombre y representación de Doña Josefa Rico Gil, Don Antonio Ferrándiz González y GASORBA SL, se presentó escrito de demanda de Juicio Ordinario que dirigía contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA y en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y que aquí se dan por reproducidos en aras a la mayor brevedad, terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se hagan las siguientes declaraciones: 1º Declarar de aplicación a la relación contractual litigiosa formada por la escritura de cesión de derecho de usufructo y el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, ambos de fecha 15-2-1993, el apartado 1 del art. 81 del Tratado de Amsterdam. 2º Declarar que la citada relación contractual no podía gozar de la exención del art. 81 por no cumplir las condiciones de exención exigidas por los Reglamentos CE 1984/83 y 2790/99. 3º Declarar la nulidad radical de la citada relación contractual en aplicación del apartado 2 del art. 81 del Tratado. 4º Condenar a la demandada a satisfacer a la actora la consiguiente indemnización de daños y perjuicios que resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a GASORBA por la diferencia media anual existente entre el precio de transferencia de REPSOL a GASORBA (PVP medio anual fijado por REPSOL a GASORBA deducido tanto el margen/comisión fijado por REPSOL como el IVA y el IVMH) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados a otros distribuidores que se hallen en la misma fase de distribución, con intereses. 5º Declarar que no procede restituir suma alguna a REPSOL por la nulidad y extinción anticipada de la relación contractual, por considerar que la suma de 22.250.000

pesetas (133.725'19 euros) entregada por REPSOL a GASORBA en el año 1993 posibilitó la licitud de la exclusiva de suministro durante un máximo de 10 años, esto es, hasta el 15-2-2003. 6º Subsidiariamente, y para el caso de que fuera rechazado el pedimento 4º precedente, se condene a la demandada a satisfacer a la actora la consiguiente indemnización de daños y perjuicios que resulta de obtener a las diferencias de comisiones fijadas y congeladas con respecto al resto de comisionistas de la red de REPSOL, que asciende a la suma de 172.540'27 euros, con intereses. 7º Condenar expresamente a la demandada al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento.

Turnada y registrada entre las de su clase que fue la anterior demanda, su conocimiento correspondió a este Juzgado.

SEGUNDO.- Por auto de 5-5-2008 se admitió a trámite la demanda, acordando su sustanciación por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el Juicio Ordinario, acordándose igualmente dar traslado de la demanda a la parte contraria, emplazándole para que la contestara en el plazo de veinte días, con advertencia de que si no lo hacía en el término señalado, sería declarado en rebeldía.

TERCERO.- Emplazado el demandado REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA, contestaría a la demanda mediante escrito de 3-7-2008, bajo la representación del Procurador Don Pedro J. Vila Rodríguez, en el que se planteaba una oposición material al fondo del asunto, según el contenido que aquí se da por reproducido a tal efecto a fin de evitar reiteraciones innecesarias, señalándose la audiencia previa el 7-7-2009.

CUARTO.- El día señalado tuvo lugar el acto de la audiencia previa al juicio, al que asistieron las partes Doña Josefa Rico Gil, Don Antonio Ferrándiz González y GASORBA SL y REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA, no pudiendo llegar a un acuerdo. A continuación, no existiendo cuestiones procesales que resolver, la actora ratificó su demanda y la demandada su contestación, con lo que fijados los hechos objeto de litigio, de acuerdo con el art. 428 de la Ley procesal, sin que existiera conformidad sobre los mismos, a continuación se recibió el pleito a prueba, proponiéndose por ambas partes la que consideraron oportuna, admitiéndose la que se valoró pertinente y útil, señalándose fecha para el juicio el 9-2-2010, todo lo que consta en el soporte audiovisual donde se grabó el acto que aquí se da por reproducido.

QUINTO.- Llegado el día señalado, tuvo lugar el acto del juicio, con asistencia y resultado que es de ver en autos, habiéndose grabado el desarrollo en CD, practicándose las pruebas admitidas, dándose luego a las partes y por acuerdo de éstas, un plazo de 15 días para formular sus conclusiones por escrito. La parte actora presentó su escrito de conclusiones el 4-3-2010, y la demandada el 3-3-2010, uniéndose por

diligencia de ordenación del 22-3-2010, si bien, a instancia de la parte actora, se acordó en providencia de 23-6-2010 devolver al demandado un informe pericial aportado en conclusiones, así como de un escrito de la demandada de 29-3-2010, resolución que fue recurrida en reposición el 9-7-2010 por la demandada, donde aporta documentos al amparo del art 271.2 LEC, admitiéndose el recurso el 23-2-2011, contestándolo la otra parte el 15-3-2011, quedando para resolver el 12-4-2011, habiendo sido estimado dicho recurso por auto de 4-7-11, quedando entonces para resolver.

SEXTO.- En la tramitación de las actuaciones se han observado las prescripciones legales, salvo lo relativo al plazo para dictar sentencia, al haberse considerado conveniente resolver el recurso de reposición de 9-7-2010 antes de dictar la sentencia, además del hecho de haber sido designado el Juzgador que presidió la vista en varios otros juzgados con asuntos de trámite y resolución preferente, habiendo sido nombrado a partir de abril de 2011, como refuerzo de otro Juzgado Mercantil, además del presente Juzgado, con el consiguiente aumento en la carga de trabajo.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La parte actora ejercita en este pleito acción en solicitud de que se declare la nulidad de la relación jurídica que le liga con la demandada, resultante de sendos contratos de constitución de usufructo de 15-2-1993 y de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, también fechado el 15-2-1993, ambos sobre la estación de servicio número 15.817 sita en Orba (Alicante), fundamentado tal pretensión en el artículo 81.1 y 2 del Tratado CE (en lo sucesivo, TCE), así como el Reglamento (CE) número 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en lo sucesivo, Reglamento 2790/99), y el Reglamento (CEE) número 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (en lo sucesivo, Reglamento 1984/83).

En concreto, se pide el dictado de una sentencia por la que se hagan las siguientes declaraciones: 1º Declarar de aplicación a la relación contractual litigiosa formada por la escritura de cesión de derecho de usufructo y el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, ambos de fecha 15-2-1993, el apartado 1 del art. 81 del Tratado de Amsterdam. 2º Declarar que la citada relación contractual no podía gozar de la exención del art. 81 por no cumplir las condiciones de exención exigidas por los Reglamentos CE 1984/83 y 2790/99. 3º Declarar la nulidad radical de la citada relación contractual en aplicación del apartado 2 del art. 81 del Tratado. 4º Condenar a la demandada a satisfacer a la actora la consiguiente indemnización de daños y perjuicios que resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados

por REPSOL a GASORBA por la diferencia media anual existente entre el precio de transferencia de REPSOL a GASORBA (PVP medio anual fijado por REPSOL a GASORBA deducido tanto el margen/comisión fijado por REPSOL como el IVA y el IVMH) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados a otros distribuidores que se hallen en la misma fase de distribución, con intereses. 5º Declarar que no procede restituir suma alguna a REPSOL por la nulidad y extinción anticipada de la relación contractual, por considerar que la suma de 22.250.000 pesetas (133.725'19 euros) entregada por REPSOL a GASORBA en el año 1993 posibilitó la licitud de la exclusiva de suministro durante un máximo de 10 años, esto es, hasta el 15-2-2003. 6º Subsidiariamente, y para el caso de que fuera rechazado el pedimento 4º precedente, se condene a la demandada a satisfacer a la actora la consiguiente indemnización de daños y perjuicios que resulta de obtener a las diferencias de comisiones fijadas y congeladas con respecto al resto de comisionistas de la red de REPSOL, que asciende a la suma de 172.540'27 euros, con intereses. 7º Condenar expresamente a la demandada al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento.

La parte demandada, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA, en adelante REPSOL, niega que los contratos citados sean contrarios a la normativa comunitaria.

Debemos recordar, primeramente, que el art. 81 TCE citado, fue hasta el 1-5-1999 el art. 85 TCE, siendo reenumerado por el art. 12 del Tratado de Amsterdam de 2-10-1997, habiendo sido reenumerado tras el inicio de este pleito por el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1-12-09, que además de cambiar el nombre del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que ha pasado a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ha modificado la numeración del artículo 81 del mismo, ahora artículo 101 TFUE, si bien en esta sentencia seguiremos haciendo referencia a la numeración y nomenclatura usadas por las partes en sus escritos iniciales, por ser las vigentes cuando se inició el pleito.

SEGUNDO.- La primera de las quejas de la parte actora se fundamenta en su carácter de operador económico independiente dentro de la relación jurídica nacida de los contratos de 15-2-1993, y ello porque asume una serie de riesgos financieros y comerciales, no insignificantes, cuales son: 1º asume la obligación de mantenimiento y conservación de la estación de servicio, en virtud de la cláusula 5ª punto 13º del contrato de arrendamiento y abastecimiento en exclusiva, habiendo efectuado una importante inversión por este concepto, que cuantifica al menos en 565.650'19 euros; 2º asume el riesgo de los productos desde que le son entregados en la estación de servicio, según la cláusula 6ª punto 4º del contrato de arrendamiento y abastecimiento

en exclusiva; 3º asume el riesgo financiero, desde el momento en que tiene la obligación de pagar los productos a REPSOL en el plazo de 9 días desde que le son suministrados por la misma. Según la demanda, como quiera que la actora actúa como distribuidor independiente, y la demandada es quien fija el precio de venta al público de los productos que le suministra para ser vendidos en la estación de servicio, no estando prevista dicha restricción en el art. 11 del Reglamento 1984/83, quedando específicamente prohibida por el Considerando 8 y art. 11.b) del Reglamento 1984/83 y el art. 4.a) del Reglamento 2790/99, la consecuencia es la nulidad de pleno derecho de la relación jurídica, conforme al art. 81.2 TCE.

La parte demandada niega que el actor pueda ser calificado de operador independiente, otorgándole la calificación de comisionista o agente (genuino), por ser el contrato de abastecimiento suscrito entre las partes un contrato de comisión o, en su caso, de agencia, habiéndose así desarrollado la relación entre las partes. Niega el demandado que el demandante haya asumido riesgos significativos que puedan alterar su condición de agente, negando con ello que sea aplicable a la relación el art. 81 TCE. Además, combate la alegación de que ha venido fijando a la actora el precio de venta al público del producto suministrado, afirmando REPSOL que lo que establece son precios de venta máximos, teniendo la actora la libertad de establecer descuentos sobre tales precios máximos.

Para abordar debidamente la cuestión planteada, debemos recordar que según los apartados 37 y siguientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en la actualidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea) de 14-12-2006 (DOC 331 de 30-12-2006, p. 9, asunto C-217/05), dictada al resolver una cuestión prejudicial planteada en marzo de 2005 por nuestro Tribunal Supremo, en un pleito entre la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEESS) y Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA), como decíamos, según los apartados 37 y siguientes de dicha sentencia, los acuerdos verticales, es decir, entre operadores situados en distintas fases del proceso económico, pueden constituir acuerdos en el sentido del art. 81.1 TCE (antiguo art. 85.1 TCE, actual art. 101.1 TFUE), y estar incluidos en el ámbito de prohibición establecida por esta disposición (sentencia de 13-7-1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64; sentencia de 24-10-1995, Volkswagen y VAG Leasing, C-266/93); sin embargo, los acuerdos verticales, como lo son los suscritos entre REPSOL y los titulares de estaciones de servicio, sólo entran en el ámbito de aplicación del art. 81 TCE cuando se considera que el titular es un operador económico independiente, y existe, en consecuencia, un acuerdo económico entre dos empresas.

Dicho lo anterior, es jurisprudencia reiterada que el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho comunitario de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90,

Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C-205/03 P, Rec. p. I-0000, apartado 25). Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11). Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que, a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia, la separación formal entre dos contratantes, resultado de su personalidad jurídica distinta, no es determinante, dado que el criterio decisivo es la existencia o no de una unidad de comportamiento en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140).

Los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste (véase, en este sentido, la sentencia Volkswagen y VAG Leasing, antes citada, apartado 19). Por consiguiente, cuando un intermediario, como el titular de una estación de servicio, aunque con personalidad jurídica distinta, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente de su comitente, en este caso un proveedor de carburantes, por el hecho de que éste asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica de que se trata, la prohibición establecida en el artículo 85.1 TCE (81.1 en nuestra sentencia) no es aplicable a las relaciones entre este intermediario y este comitente. Por el contrario, cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 TCE (81 TCE) (véase, en este sentido, la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, apartados 541 y 542).

Por todo ello, dice la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14-12-2006, caso CEPSA, en su apartado 46: *“el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente reside en el contrato celebrado con el comitente y, concretamente, en las cláusulas, tácitas o expresas, de este contrato relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. Tal como alega en sus observaciones, con razón, la Comisión, la cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la*

*realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno”.*

No obstante, incluso siendo el titular de la estación un mero agente del proveedor, debe precisarse que, en tal caso, únicamente están excluidas del ámbito de aplicación de este artículo las obligaciones impuestas al intermediario en el marco de la venta de productos a terceros por cuenta del comitente. Un contrato de agencia puede contener disposiciones relativas a las relaciones entre el agente y el comisionista a las que se aplique dicho artículo, tales como las cláusulas de exclusividad y de prohibición de competencia. A este respecto, procede considerar que, en el marco de tales relaciones, los agentes son, en principio, operadores económicos independientes, y que dichas cláusulas pueden vulnerar las normas sobre competencia si conducen a la exclusión del mercado de referencia.

En este orden de cosas, y de cara a la nomenclatura usada por las partes en este proceso, debemos aclarar y recordar que, junto a los contratos de reventa, a los que nominalmente se referían los Reglamentos de exención por categorías, y a los contratos de agencia que podrían considerarse como “genuinos”, en los que era evidente la integración del agente en la estructura de distribución de la empresa principal, existían otros en los que sin estar ante una reventa propiamente dicha, la integración no era tan evidente como en los contratos de agencia “genuinos”, puesto que la configuración jurídica y, sobre todo, la significación económica del contrato, otorgaban cierta independencia al agente, que asumía ciertos riesgos y corría con ciertos costes distintos de los propios de su actividad de agente. Por ello, junto a la figura del “revendedor”, en la terminología usada por los Reglamentos de exención, y a la del “agente comercial”, en la terminología usada por la Comunicación de 1962 relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales (Diario Oficial número 139 de 24-12-1962 p. 2921 - 2922), fue apareciendo otra figura intermedia, la del “agente no genuino”, al que había que reconocer cierta independencia del principal, por lo que el acuerdo suscrito entre ambos sí entraba dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE. Y acabamos de exponer, con transcripción del apartado 46 de la sentencia dictada en el caso CEPSA, cuáles son los criterios para calificar al titular de la estación como “agente no genuino” o “agente genuino”, en función de la asunción o no de riesgos significativos, respectivamente.

Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), el juez nacional debe tener en cuenta, por una parte, los riesgos vinculados a la venta de los productos, como la financiación de las existencias de carburantes, y por otra parte, los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, a saber, las que son necesarias para que el titular de la estación de servicio pueda negociar o celebrar contratos con terceros.

En lo que atañe a los primeros, es necesario comprobar si dicho titular asume estos riesgos al convertirse en propietario de los productos en el

momento en que los recibe del proveedor, o sea, antes de la posterior venta a un tercero, o si asume, directa o indirectamente, los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular los costes de transporte, o si se hace cargo de los gastos de conservación de las existencias, o responde por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros. En estos casos debería considerarse que el riesgo se la ha transmitido.

También debe valorar el reparto del riesgo financiero de los productos, en particular en lo que se refiere al pago del carburante, en caso de pago diferido por la utilización de tarjetas de crédito.

Por lo que se refiere a los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, si el titular realiza inversiones específicas relacionadas con la venta de los productos, en locales o equipos tales como un depósito de carburante, o si realiza inversiones en acciones de promoción, tales riesgos financieros se trasladan al titular.

De lo anterior resulta que, para determinar si debe aplicarse el art. 81 TCE, es necesario analizar la distribución de los riesgos financieros y comerciales entre el titular y el proveedor de carburantes, en función de criterios tales como la propiedad de los productos, la contribución a los costes vinculados a su distribución, su conservación, la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos o por los daños que dichos productos puedan causar a terceros y la realización de inversiones específicas para la venta de dichos productos. El hecho de que el intermediario soporte únicamente una parte insignificante de los riesgos, no puede entrañar la aplicación del art. 81 TCE.

Con todo ello, la citada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14-12-2006, dictada en el caso CEES vs CEPSA, concluye que, si tras el examen de los riesgos asumidos por los titulares de las estaciones de servicio, no se considerara que las obligaciones impuestas a éstos en el marco de la venta de productos a terceros están incluidas en los acuerdos entre empresas en el sentido del art. 81 TCE, la obligación impuesta a dichos titulares de vender el carburante a un precio determinado (sic, en el caso allí enjuiciado), no entraría en el ámbito de aplicación de esta disposición, y por consiguiente, sería inherente a la capacidad de CEPSA para delimitar el campo de actuación de sus agentes. Por el contrario, si el juez nacional llegara a la conclusión de que existe un acuerdo entre empresas en el sentido del art 81 TCE, se plantearía la cuestión de si, por lo que respecta a la venta de productos a terceros, podría aplicarse a dicha obligación la exención por categoría prevista en los arts. 10 a 13 del Reglamento 1984/83. A este respecto, el art. 11 del Reglamento 1984/83 enumera las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, pueden imponerse al revendedor, entre las que no figura la imposición del precio de venta al público. Por consiguiente la fijación de dicho precio por CEPSA constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención del art. 10 del Reglamento 1984/83.



Así las cosas, en el caso enjuiciado, resulta que el demandante no es un “agente genuino” de REPSOL, pues a través del contrato aportado como documento 3 de la demanda y 10 de su contestación, o sea, el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento de 15-2-1993, constatamos que, efectivamente, el demandante asumía una serie de riesgos derivados de la explotación, que no podemos calificar de insignificantes.

En primer lugar, asume la obligación de mantenimiento y conservación de la estación de servicio, en virtud de la cláusula 5ª punto 13º del contrato de arrendamiento y abastecimiento en exclusiva, demostrando los documentos 7 y 8 de la demanda que, efectivamente, la actora ha venido desembolsando diversas cantidades por tales conceptos.

En segundo lugar, la actora asume el riesgo de los productos desde que le son entregados en la estación de servicio y se introducen en los depósitos o almacenes, según la cláusula 6ª punto 4º del contrato de arrendamiento y abastecimiento en exclusiva.

En tercer lugar, la parte actora asume un riesgo financiero derivado del sistema de pago del producto suministrado por REPSOL, pues no se discute que lo pactado es que quien explota la estación de servicio que tiene la obligación de pagar los productos a REPSOL en el plazo de 9 días desde que le son suministrados por la misma, existiendo un evidente riesgo por la posibilidad de no venderse antes todo el producto suministrado o también por la posibilidad de que los clientes utilicen medios de pago aplazado.

Así pues, y parafraseando la sentencia dictada por la secc. 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28-12-2007, Ponente Ilmo. Sr. Don Pablo Quecedo Aracil, que analiza circunstancias similares a las aquí expuestas: *“...se trata de riesgos que la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14-12-2006 citada, ha considerado relevantes a efectos de considerar que un contrato de agencia relacionado con el abanderamiento de una estación de servicio es atípico o no genuino a los efectos del art. 81 TCE. En resumen, podemos entender que existe un acuerdo entre empresas a los efectos del art. 81.1 TCE”*.

Ahora bien, el que dentro de la relación jurídica entre las partes, nacida de los contratos de 15-2-1993, al demandante pueda considerársele un “agente no genuino” u operador económico independiente a los efectos del art. 81.1 TCE, no es suficiente para declarar la nulidad de tal relación al amparo del apdo. 2 de dicho precepto. Para alcanzar dicha conclusión, la parte actora utiliza como segunda premisa del silogismo que la demandada es quien fija el precio de venta al público de los productos que le suministra para ser vendidos en la estación de servicio. Y ello porque, como ya hemos dicho unos seis párrafos más arriba, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14-12-2006, dictada en el caso CEES vs

CEPSA, nos dice que la fijación del precio de venta al público por parte del operador constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención del art. 10 del Reglamento 1984/83.

La parte demandada, sin embargo, rebate tal argumento aduciendo que lo que establece son precios de venta máximos, teniendo la actora la libertad de establecer descuentos sobre tales precios máximos, con cargo a la comisión a percibir por quien gestiona la estación. De hecho, tal respuesta ya le fue dada por REPSOL al gestor de la estación de servicio en carta de 7-11-2001, aportada como documento 2 de la contestación a la demanda, que tiene una gran trascendencia, no sólo por lo que dice, sino por el silencio de la actora, como luego veremos.

Sobre tal particular, la cuestión de los precios máximos, debemos reproducir aquí la fundamentación jurídica de la sentencia dictada por la secc. 28<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26-7-2010, Ponente Ilmo. Sr. Don Ángel Galgo Peco, que ante un planteamiento idéntico al expuesto por la actora en este proceso, y para un contrato análogo al suscrito con REPSOL, señala en los Fundamentos IV y V:

*“CUARTO.- (...) Ciertamente, no encontrándonos ante lo que, desde la perspectiva del derecho comunitario de la competencia, cabría calificar como un genuino contrato de agencia, la fijación del precio de venta al público por parte del proveedor entrañaría una práctica prohibida. Debe entenderse, no obstante, que no existe motivo de censura si tan solo se trata de precios máximos o recomendados.*

*Ninguna cuestión suscita el acogimiento de tal régimen en el marco del Reglamento 2790/1999, apareciendo expresamente contemplado en su artículo 4. a). Por otra parte, las dudas que en algún momento pudo suscitar la admisibilidad del régimen de precios máximos o recomendados por el Reglamento 1984/83 (aspecto que resulta relevante a los efectos de la presente litis, habida cuenta que la relación negocial se trabó bajo la vigencia del mismo) han de entenderse definitivamente disipadas tras las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/06, y, sobre todo, de 2 de abril de 2009, asunto C-260/2007, señalando esta última:*

*“84. Habida cuenta de lo que precede, debe responderse a las cuestiones tercera y cuarta que 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 de los Reglamentos números 1984/83 y 2790/1999, 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”, consignando en el fallo: “3) 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 número 1984/83, en su versión modificada por el Reglamento número 1582/97, y del Reglamento número 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.”.*

*El propio Tribunal Supremo se ha hecho eco de la anterior posición en su reciente sentencia de 15 de enero de 2010 (Pleno), ya señalada, al indicar (Fundamento Jurídico Quinto): “Por lo que se refiere a la fijación del precio de venta al público, el inicial criterio rigorista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14-12-06 de que el Reglamento número 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 sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 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.// Esta doctrina determina que también deba matizarse la jurisprudencia de esta Sala sobre la falta de paliativo alguno, en el Reglamento número 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 a la hoy recurrente vender los productos a un precio inferior al indicado por la proveedora hoy recurrida.”.*

*Existen incluso otros precedentes favorables a la no consideración de la fijación vertical de precios máximos como un supuesto de fijación de precios restrictiva de la competencia, como fue el caso del artículo 6.2 del Reglamento (CEE) número 123/1985, de 12 diciembre. En todo caso, las dudas existentes respecto de los precios máximos han quedado resueltas legislativamente en el citado artículo 4.a) del Reglamento 2790/1999 (y con la posición asumida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el Reglamento 1984/83). Por otra parte, si una de las finalidades últimas de la política comunitaria sobre competencia es la de posibilitar que los consumidores finales puedan adquirir los productos al mejor precio, difícilmente una fijación o recomendación de precio máximo puede considerarse contraria a la normativa sobre la competencia, salvo que se demuestre que esté provocando efectos colaterales de restricción de la competencia que deriven en la disminución del número y la calidad de los competidores y, por tanto, en una ulterior subida de los precios.*

*De cuanto antecede se puede deducir que no conllevaría efectos apreciables sobre la competencia la fijación de precios de venta al público por la entidad proveedora si se respeta la libertad del agente para,*

*jugando con su comisión, poder bajar el precio que debe pagar el cliente final, sin disminuir los ingresos de aquella. Así se refleja expresamente en la directriz 48 de las recogidas en la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, que, recordémoslo, tienen por objeto establecer los principios para evaluar los acuerdos verticales con arreglo al artículo 82 del Tratado CE. En este sentido, no compartimos la afirmación que se hace en el recurso de que aquella posibilidad ha de entenderse referida exclusivamente a los genuinos agentes, esto es, a aquellos que no asumen ningún riesgo o lo asumen en una proporción no significativa. Como indicamos en sentencias de 18 de diciembre de 2008 y 23 de enero de 2009, a quien se refiere precisamente la directriz 48 es a los agentes no genuinos (calificación que, a los efectos que aquí interesa y según se desprende de precedentes apartados, es la que conviene a la recurrente), por cuanto el criterio que expresa al postular la necesidad de que se respete la posibilidad de reparto de la comisión está expresamente destinado, como no podría ser de otro modo, a aquellos contratos de agencia que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 TCE, ámbito del que quedan apartados, cuando menos en materia de fijación de precios, los contratos de agencia genuinos. No tiene sentido la interpretación que efectúa el apelante cuando en el supuesto de agentes genuinos por no asumir riesgos o asumirlos en proporción insignificante no estamos ante dos empresas independientes desde el punto de vista del derecho de la competencia y es irrelevante que el agente pueda o no hacer descuentos con cargo a su comisión pues lo haga o no la conducta no incurre en la prohibición del meritado precepto. En todo caso, la indicación de que el agente no genuino debe contar con la posibilidad de practicar descuentos con cargo a su comisión es una indicación que, contenida en la expresada directriz, resultaba necesario efectuar en razón a la necesidad de conciliar la peculiar estructura de la retribución en un contrato de agencia (comisiones fijas o variables) con la prohibición general de fijación de precios del artículo 81.1 TCE.*

*Ahora bien, conviene insistir en que no es simplemente la directriz contenida en la comunicación de la Comisión a la que acabamos de hacer referencia, de eficacia normativa discutible, la que admite la legalidad de esta práctica, sino diversos actos comunitarios de significación y eficacia normativa incontrovertida, como es el caso de los Reglamentos citados.*

*En conexión con esta materia, se aduce en el recurso que, a pesar de constituir la indicación de precios máximos o recomendados por los proveedores una práctica en principio admisible, dicha valoración puede verse empañada por la posición de aquel y de sus competidores en el mercado, especialmente en situaciones de oligopolio como la que concurre en el mercado español, cuestión que, se añade, debe examinarse a la luz de las directrices 225 y siguientes de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000. Ya hemos señalado en líneas anteriores que la fijación o recomendación de precio máximo puede llegar a constituir en determinadas circunstancias una práctica restrictiva de la competencia, pero para reconocer alguna virtualidad impugnatoria al alegato es preciso que en él se funde la demanda (sin que baste, como en el escrito iniciador del procedimiento se hace, una mera indicación del fenómeno como “idea*

clara de la problemática que puede derivarse incluso de esas prácticas admitidas inicialmente”), y que resulte acreditado el resultado colusorio, lo que no es el caso. Por otra parte, como indicamos en sentencia de 18 de diciembre de 2008, ante un alegato de semejante corte, las prevenciones contenidas en las directrices 225 y siguientes de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 “se tratan de una simple sugerencia que, en todo caso, no pretende -ni podría pretender- contrariar lo que establece un precepto comunitario de rango reglamentario, ya que el art. 4-a) del Reglamento CE 2790/99 considera, a pesar de todo, que se trata de prácticas lícitas, o mejor, exentas” y, más adelante, “que, en la medida en que la inquietud se sustenta sobre la posible existencia de oligopolio (Directriz 228), la sugerencia aparece vinculada al riesgo de que la recomendación de precios facilite la colusión entre proveedores, esto es, el riesgo de que estos intercambien información sobre el nivel de precios practicados disminuyendo así la probabilidad de que bajen los precios de reventa. Pero se trata de una indicación relativa al peligro de colusión por vía de acuerdos “horizontales” (proveedor-proveedor) que nada tiene que ver con la disputa en torno a la posible nulidad de un acuerdo “vertical” como el que nos ocupa (proveedor-distribuidor).”.

QUINTO.- La parte apelante también formula objeciones referidas a la aplicación concreta del marco regulatorio expuesto en el caso enjuiciado, en referencia a determinadas prácticas que de modo indirecto comportan una fijación vertical de precios. En concreto, la recurrente apunta que la posibilidad de efectuar descuentos sobre los precios de venta al público marcados por la compañía abastecedora con cargo a su comisión es puramente nominal y resulta inviable en la práctica, como consecuencia de: (i) el sistema de facturación de REPSOL, al tomar como referente para determinar la base imponible del IVA dichos precios, sin tener en cuenta el descuento que pudiera aplicar con cargo a su comisión el titular de la estación de servicio, y (ii) la mecánica inherente al cobro con tarjeta desde el terminal SOLRED, ante la necesidad de operar con el mismo tomando como precio de venta al público el establecido por la compañía suministradora.

La problemática expuesta en relación con el sistema de facturación de REPSOL ha sido ya objeto de consideración por esta sala, en el sentido de rechazar las tesis de la apelante, en sentencias de 13 de octubre y 18 de diciembre de 2008, 23 de enero y 16 de octubre de 2009 y 30 de marzo de 2010, según las cuales: “Con respecto a la segunda de dichas operativas, relativa a la facturación expedida por REPSOL, que comprende tanto el importe del combustible que percibe la entidad petrolera como la comisión que corresponde al agente, hay que reconocer que ello genera, en efecto, una posible repercusión de IVA al empresario de la estación que puede resultar superior a la que realmente le correspondería, por su correspondiente prestación de servicios (que es una de las operaciones sujetas a tributo), si finalmente redujera el precio a costa de su comisión. Sin embargo, para que pudiéramos considerar que ello constituye un desincentivo para la realización de descuentos con cargo a la comisión del agente de tal entidad que pudiera implicar una imposición indirecta de

*precios deberíamos llegar a la convicción de que aquél no dispone de mecanismos adecuados que le permitan regularizar periódicamente ese concepto o, en su caso, recuperar, compensar o desgravar como gasto el importe correspondiente, de modo que se tratase, realmente, de una traba difícilmente salvable para el empresario de la gasolinera y no de una excusa hábilmente buscada al hilo de un sistema de facturación que claramente le reduce a éste costes de gestión que van por cuenta de la petrolera. Pues bien, ya que se ha apuntado la posibilidad de deducir como gasto de explotación tal concepto, a fin de conseguir una rebaja fiscal a favor del empresario de la gasolinera (en el impuesto sobre sociedades), y a salvo del criterio de las autoridades de Hacienda al respecto, que pudiera abrir otras vías para solucionarlo, y de las iniciativas que pudiera adoptar la CNC en el ejercicio de sus atribuciones respecto a toda la red, tampoco podemos afirmar de manera rotunda que estemos ante un patente mecanismo indirecto para conseguir que el precio recomendado pase a operar en la práctica como un precio fijo y que tuviera como necesaria consecuencia hacer inviable la realización del descuento con cargo a la comisión, pues entrevemos que ésta puede aun así hacerse en circunstancias razonables sin enfrentarse a obstáculos que parezcan insalvables (...)*

*El alegato no puede, pues, prosperar”.*

La fundamentación transcrita y la correspondiente conclusión son compartidas plenamente por este Juzgador, debiendo añadir, tan sólo, que si bien en el supuesto aquí enjuiciado, la parte actora ha propuesto y practicado prueba tendente a demostrar que no ha aplicado los citados descuentos con cargo a su comisión, ello no resulta trascendente a la hora de resolver la cuestión, pues lo esencial no es si efectuó tales descuentos, sino si podía hacerlo o, por el contrario, el proveedor, directa o indirectamente, impide tal posibilidad. No ignora este Juzgador el contenido del documento 4 aportado por la actora en la audiencia previa, o sea, el informe elaborado por el Dr. Ramón Falcón y Tella, tendente a demostrar lo anterior, o sea, que el sistema de IVA aplicado por REPSOL resulta incompatible con la posibilidad del titular de la estación de aplicar un precio de venta al cliente final inferior al precio recomendado por la suministradora, al ser perjudicado fiscalmente si reduce su comisión; pero tampoco podemos ignorar el informe pericial de Don Antonio Martínez Lafuente, aportado por la demandada como documento 42 de la contestación a la demanda, cuya finalidad es demostrar lo contrario, o sea, que quien gestiona la estación de servicio puede hacer descuentos con cargo a su comisión, sin que ello le perjudique fiscalmente; y ante tal contradicción, no podemos dar mayor valor al documento de la actora, aunque sólo sea porque no ha sido sometido a contradicción, a diferencia del informe pericial elaborado a instancia de REPSOL; por ello, la motivación esgrimida en el fundamento jurídico quinto de la sentencia transcrita en el párrafo anterior tiene plena virtualidad en el presente caso, no siendo desvirtuada con medio de prueba en contrario. Y en este orden de cosas, el documento 2 de la contestación a la demanda, sirve para demostrar que el 7-11-2001

REPSOL remitió una carta a quien explota la estación de servicio a que se refiere este pleito, o sea, a la parte actora, misiva que éste no niega haber recibido, donde aquélla le comunicaba que ésta tenía plena libertad de establecer descuentos sobre los precios del producto suministrado, con cargo a la comisión a percibir por quien gestiona la estación, reduciendo con ello el precio efectivo del combustible a pagar por los clientes, pero sin reducir los ingresos del suministrador. Ante dicha carta, la parte actora ninguna respuesta dio, o sea, hasta que casi siete años después no inicia este proceso, no ha negado que tenga esa facultad que ya en 2001 le reconoció por escrito la demandada, por lo que deducimos que efectivamente existía esa opción, y si la demandante no ha querido reducir su comisión y con ello el precio a pagar por el consumidor, ello no puede entenderse que sea causado, directa o indirectamente, por REPSOL.

TERCERO.- En segundo lugar, la parte actora considera que la relación jurídica es nula porque el pacto de no competencia por 25 años, derivado de los contratos entre las partes, en los que se otorgó a REPSOL un derecho de usufructo por 25 años, y ésta cedió la explotación de la estación de servicio bajo la fórmula de arrendamiento de industria con exclusiva de abastecimiento, como decíamos, la parte actora considera que el plazo de 25 años supone una vulneración de la duración máxima permitida por los Reglamentos de exención.

En relación al Reglamento 1984/83, la actora señala que no es aplicable la doctrina emanada, entre otros tribunales, de la secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que sostiene que la duración máxima del pacto de no competencia es la del art. 12.2, en lugar de la del 12.1c), considerando la demandante que ello es así porque existe un error en la traducción de la versión española del Reglamento, siendo que en las demás versiones se precisa que las ventajas económicas o financieras mencionadas en el art. 10 han de ser particulares. Según la parte actora, para los supuestos en los que el proveedor realiza importantes o “particulares” inversiones en la estación de servicio, se permitiría un contrato de suministro en exclusiva por 5 años (Considerando 11 y art. 3.d del Reglamento 1984/83); si las inversiones eran excepcionalmente o “particularmente” importantes, se permitiría una duración de 10 años del pacto de exclusiva (Considerandos 13, 18 y 19 y art. 10 y 12.1.c del Reglamento 1984/83); finalmente, si la petrolera es la propietaria del punto de venta, lo que incluye el terreno, lo en él construido y las licencias y permisos, y arrienda el conjunto o lo cede en usufructo a un tercero, el plazo de duración de la exclusividad sería el previsto en el art. 12.2 del Reglamento 1984/83. En el supuesto enjuiciado, según la demanda, el plazo que correspondía era el de 10 años. Al haberse pactado 25 años, la relación jurídica sería nula.

La parte demandada considera aplicable la duración máxima establecida en el art. 12.2 del Reglamento 1984/83.

Nuevamente debemos desestimar el fundamento de la pretensión actora.

Según el art. 12.1.c del Reglamento 1984/83, dicho Texto –y con ello la exención- no es aplicable a los acuerdos de abastecimiento en exclusiva de carburantes y combustibles para su reventa en una estación de servicio, cuando el acuerdo se celebra por una duración indeterminada o por más de diez años. Sin embargo, el art. 12.2 del Reglamento añade que “No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente Título, durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio”.

La duda radica en si, pactándose una duración superior a 10 años, la exención es posible siempre que el proveedor haya arrendado al revendedor la estación de servicio o le haya concedido de hecho o de Derecho el usufructo sobre la misma, o si por el contrario el régimen excepcional previsto en dicha norma debe supeditarse al doble requisito de que el proveedor tenga la propiedad tanto de la estación de servicio, como del terreno donde se ha construido. Y este fue el objeto en el planteamiento por la secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de una cuestión prejudicial dentro del proceso en el que litigaban PEDRO IV SERVICIOS SL y TOTAL ESPAÑA SA.

A favor de la tesis del doble requisito juega, según la Comisión, el principio jurisprudencial de que los Reglamentos de exención por categorías deben ser objeto de interpretación restrictiva (sentencias de 24-10-1995, Bayerische Motorenwerke, C-70/93, y de 28-4-1998, Javico, C-306/96). La celebración de contratos cruzados entre el proveedor y el revendedor, como el que aquí nos ocupa, en el que el mayorista no es dueño del terreno, y acaba por no serlo tampoco de la estación de servicio, podrían producir el cierre del mercado, como señala la Comisión, organismo para el que la exclusividad de compra ilimitada que vincula al revendedor requiere del proveedor, para poder justificarla, contrapartidas no sólo “especialmente importantes”, sino también absolutas, en el sentido de que el revendedor accede a una actividad sin hacer la más mínima inversión o desembolso. A juicio de la Comisión, una situación en la que, bien los terrenos, bien los locales, son propiedad del revendedor, tiene difícil encaje en el régimen del art. 12.2 del Reglamento 1984/83.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, intérprete máximo del derecho comunitario europeo, ha descartado este argumento. En la sentencia de 2 de abril de 2009, caso C-260/2007, DOC 20-6-09, p. 3, al examinar las alegaciones de una de las partes intervinientes en el proceso que dio lugar al planteamiento de la citada cuestión prejudicial, quien mantenía la misma postura que la aquí



demandante, y de la Comisión, que esgrimía un doble argumento: por una parte, que la entrada en juego del régimen previsto en el artículo 12.2 del Reglamento 1984/83 exigía contrapartidas no sólo “especialmente importantes”, sino también “absolutas”, en el sentido de que “el revendedor accede a una actividad sin hacer la más mínima inversión o desembolso”, y, por otra parte, que los Reglamentos 1984/83 y 2790/1999 deberían recibir una misma interpretación, siendo así que el segundo “precisa claramente que la exención que prevé sólo se aplica si el proveedor es propietario tanto del terreno como de los locales desde los que el revendedor venda los bienes o los servicios contractuales”, en contestación a tales argumentos, el Tribunal señala lo siguiente:

*“51. Si bien las disposiciones excepcionales de un Reglamento de exención por categorías no pueden ser objeto de una interpretación extensiva, las disposiciones de que aquí se trata están redactadas de manera clara e inequívoca.*

*52. El doble requisito de que el proveedor sea propietario de la estación de servicio y del terreno en el que está construida, que a juicio de Pedro IV Servicios y de la Comisión resulta del Reglamento número 1984/83, no figura ni en el articulado de este Reglamento ni en su exposición de motivos.*

*53. El decimotercer considerando de dicho Reglamento menciona, entre las ventajas económicas y financieras que el proveedor concede al revendedor, la cesión de un terreno o de locales para la explotación de una estación de servicio, pero no de ambas cosas. En cualquier caso, dado que el artículo 12, apartado 2, del Reglamento número 1984/83 sólo alude a los casos en que el proveedor arrienda la estación de servicio al revendedor o le concede su usufructo de hecho o de Derecho, el Tribunal de Justicia no puede reducir el alcance de esta disposición añadiendo un requisito que no se recoge en aquélla.*

*54. En lo que atañe a las ventajas económicas o financieras específicas a que se refiere el artículo 10 del Reglamento número 1984/83, se desprende de la sentencia de 11 de septiembre de 2008, CEPSA (C-279/06, Rec. P. I-0000), apartado 54, que estas ventajas deben no sólo ser importantes para justificar una exclusividad en el suministro de una duración de diez años, sino que también deben servir para mejorar la distribución, facilitar la instalación o la modernización de la estación de servicio y reducir los costes de distribución.*

*55. Ha de señalarse que la ventaja prevista en el artículo 12, apartado 2, del Reglamento número 1984/83 reviste especial importancia a este respecto, dado que facilita considerablemente el acceso del revendedor a la red de distribución minimizando sus costes de instalación y de distribución. Sin embargo, ni el texto de este Reglamento ni su objeto y estructura ponen de manifiesto, como sostiene la Comisión, que la aplicación del mencionado artículo 12, apartado 2, quede supeditada a un requisito adicional: la liberación del revendedor de todo desembolso o inversión en relación con su actividad económica de explotación de la estación de servicio.*

*56. Debe también desestimarse la alegación de la Comisión de que el doble requisito, expresamente previsto en el artículo 5, letra a), del*

*Reglamento número 2790/1999, estaba ya presente en el espíritu del artículo 12, apartado 2, del Reglamento número 1984/83.*

*57. El Reglamento número 1984/83 tenía un ámbito de aplicación autónomo y más estrecho que el correspondiente al Reglamento número 2790/1999, puesto que establecía disposiciones especiales aplicables a los acuerdos de estación de servicio. Por lo tanto, los requisitos que establecía el Reglamento número 1984/83 para la aplicación del artículo 81T CE, apartado 3, a esta categoría de acuerdos diferían de los previstos por el Reglamento número 2790/1999, tanto en relación con la duración máxima de suministro exclusivo como con el peso en el mercado de las empresas afectadas.*

*58. Por otro lado, se desprende también de la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita planteada por el Tribunal de Justicia que se decidió modificar la excepción a la duración máxima de exclusividad impuesta por el Reglamento número 2790/1999 a raíz del proceso de consulta pública iniciado el 24 de septiembre de 1999 y que el proyecto del referido Reglamento no preveía en su versión inicial el doble requisito.*

*59. Por consiguiente, la aplicación del doble requisito propuesto por la Comisión no está en absoluto justificada.”*

Así las cosas, con arreglo al Reglamento 1984/83, no es preciso, para aplicar la exención, que la compañía mayorista, suministradora exclusiva por más de diez años, sea al mismo tiempo dueña del terreno donde se asienta la estación de servicio.

En el caso que nos ocupa, ya hemos dicho que la relación jurídica entre las partes se inicia el 15-2-1993, con la concesión por la actora en favor de REPSOL de un derecho de usufructo por 25 años sobre la estación de servicio número 15.817, sita en Orba (Alicante), ya construida, recibiendo la parte actora en contraprestación por ello un canon de 133.725'19 euros, renta que actualizada a 2011 supone 228.937'53 euros, así como un contrato por el que REPSOL arrienda la citada estación de servicio a la actora, incluyendo un pacto de suministro en exclusiva, todo ello por igual periodo de 25 años, todo lo cual encaja perfectamente en la letra del art. 12.2 del Reglamento 1984/83, que ya hemos visto que permite que las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en los arts. 10 y 11 duren todo el período durante el cual se explote efectivamente la estación de servicio por el revendedor, cuando el proveedor es quien ha arrendado al revendedor la estación de servicio o le haya concedido su usufructo de hecho o de derecho, como en el caso que nos ocupa.

Tampoco podemos concluir que la constitución del derecho de usufructo en favor de REPSOL se hiciera en fraude de ley, para evitar la aplicación del art. 12.1.c) del Reglamento 1984/83 y, con ello, del límite temporal de 10 años, pues, como hemos dicho, por los nudos propietarios de la estación de servicio, aquí actores, se percibió un canon de 22.250.000 pesetas (133.725'19 euros). Dicha renta es actualizada por la demandada al año 2006 a través de la conocida aplicación de la

página web del INE, siendo que con la misma herramienta, de uso público y conocimiento notorio, hemos dicho que en términos de 2011, alcanza 228.937'53 euros, casi 40 millones de las antiguas pesetas, importe que desde luego no puede calificarse de desproporcionado por insignificante respecto del derecho concedido, aunque sólo sea porque la parte actora no acredita cuál es el valor de dicho usufructo.

En relación al Reglamento 2790/99, según la actora la relación entre las partes vulnera el periodo máximo de duración de la exclusiva, limitada a 5 años, sin excepción alguna, matizando únicamente que no podrá coincidir la figura del distribuidor con la del propietario del suelo para justificar una duración superior (art 5.a).

Señala la actora que el Reglamento ofreció un periodo de adaptación de 18 meses desde su entrada en vigor, para los contratos que siendo conformes con el Reglamento 1984/83, no lo fueran con el 2790/99, y que la consecuencia de la falta de adaptación es que, al no cumplir los requisitos de exención del Reglamento 2790/99, no quedarían exentos de la prohibición del art. 81, deviniendo nulos.

La demandada se opone a tal pretensión alegando que no alcanza el 30 % de cuota de mercado que requiere el art. 3.1 del Reglamento. Además, se opone alegando que la relación entre las partes era válida conforme al anterior Reglamento de exención, siendo por tanto una causa de invalidez sobrevinida, no pudiendo provocar la nulidad automática, siendo que en el presente caso los contratos suscritos entre las partes no tienen una finalidad fraudulenta, la relación nacida de ellos no es artificialmente creada, dado el canon de usufructo pagado y las inversiones realizadas por REPSOL durante todos estos años, que alcanzan los 215.610'46 euros, sin IVA, pudiendo superarse el límite temporal de 5 años cuando existen importantes inversiones del proveedor.

Sobre tal cuestión, la citada sentencia dictada por la secc 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26-7-2010, Ponente Don Ángel Galgo Peco, que ante un planteamiento idéntico al expuesto por la actora en este proceso, y para un contrato análogo al suscrito con REPSOL, señala en su Fundamento VII:

*“(...) Esta cuestión ya ha sido abordada por este mismo tribunal en sentencias de 8 de marzo de 2007 y la ya citada de 13 de octubre de 2008, entre otras. La Sala considera, del mismo modo que en las sentencias citadas, que la entrada en vigor del Reglamento 2790/1999 no determina de modo necesario la nulidad radical de la relación contractual existente entre las partes. Estando amparada la relación contractual concertada por las partes en la exención prevista en el Reglamento 1984/83, vigente cuando tal relación fue concertada, como ya se ha razonado, la pretensión de que la misma se declare radicalmente nula y sin efecto en base al Reglamento 2790/1999 ha de ser analizada con cautela.*

*Es cierto que el acuerdo celebrado entre las partes no puede considerarse amparado por el Reglamento 2790/1999, conforme a lo previsto en sus artículos 3 (dado que REPSOL tiene más del 30% de la cuota en el mercado de referencia, que es el mercado español de distribución al por menor de hidrocarburos) y 5. Pero si bien la aplicación de un Reglamento de exención por categorías a un determinado acuerdo supone la presunción de legalidad del mismo, por implicar la presunción de que cumple cada una de las cuatro condiciones enunciadas en el art. 81.3 TCE, que un Reglamento de exención no sea aplicable a un acuerdo no significa sin más la ilegalidad de éste. Es significativo que el apartado 62 de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 se incluya en un epígrafe, el 5, titulado “Ausencia de presunción de ilegalidad fuera del Reglamento de Exención por Categorías”, y establezca en su primer inciso que “no se presumirá que los acuerdos verticales no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías son ilegales, si bien cabe la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente”. Concretamente, cuando esa no aplicabilidad del Reglamento de exención es debida a la cuota de mercado de las partes, el apartado 24 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DOCE C 101, de 27-4-2004) declara que “el hecho de que, debido a las cuotas de mercado de las partes, un acuerdo no pueda acogerse a una exención por categorías no basta en sí mismo para considerar que se le aplica lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 o que no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Es precisa una evaluación del apartado 3 del artículo 81”.*

*Así las cosas, entiende la Sala que si bien no concurren en el contrato enjuiciado circunstancias que permitan considerarlo exento de la aplicación del art. 81.1 TCE, dado que la excesiva duración de la exclusiva (25 años), unido a la existencia de redes paralelas de contratos con cláusulas de exclusiva, impide que se puedan considerar cumplidas las condiciones 3º y 4º del art. 81.3 TCE, que son acumulativas (apartados 34 y 42 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado, recogiendo jurisprudencia reiterada de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia de Luxemburgo), lo que tampoco es admisible es una aplicación automática y radical de la nulidad prevista en el art. 81.2 TCE una vez que el Reglamento 1984/83 dejó de estar en vigor.*

*Si bien es cierto que en una cuestión como la que es aquí objeto de debate, en la que los factores económicos (como es el relativo a la cuota de mercado) son fundamentales, el contexto jurídico y económico ha de ser tomado en consideración para resolver el pleito, pues así lo han declarado instituciones comunitarias, tal contexto ha de servir para enmarcar el análisis de la concreta relación contractual objeto del litigio, pero no para sustituirlo. Las circunstancias que concurren en el caso han de motivar que la cláusula de exclusiva concertada no pueda tener la duración inicialmente prevista en el contrato, pese a que la misma tuviese encaje en el anterior Reglamento 1984/83, puesto que ello implicaría una distorsión de la competencia incompatible con el art. 81 TCE. Pero ha de tenerse en*

*cuenta que estamos ante un concreto litigio afectante a una relación jurídica singular, no ante un expediente seguido por una autoridad administrativa de defensa de la competencia en la que se trate de regular el funcionamiento del mercado en defensa del interés general. Como afirma el apartado 4 de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE en la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE (DOCE C 101, de 27-4-2004), recogiendo el criterio seguido por la jurisprudencia comunitaria, cuando una persona física o jurídica solicita al órgano jurisdiccional nacional que ampare sus derechos individuales, los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido específico en la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE que es diferente de la aplicación en aras del interés público por la Comisión o por las autoridades nacionales de la competencia. Por ello, no pueden aceptarse soluciones contrarias a las exigencias básicas del Derecho de la contratación (como son las relativas al “favor negotii” y a la aplicación de las diversas normas jurídicas a la relación contractual inspirándose en la mayor conmutatividad y equivalencia de las prestaciones) que perjudiquen injustificadamente los derechos individuales de alguno de los contratantes, como sería la de considerar producida de un modo repentino la nulidad de un contrato por contrariar la normativa reguladora de la competencia cuando tal contrato era válido, por ajustarse a tal normativa, cuando se concertó, provocando un quebranto patrimonial difícilmente justificable a una de las partes y, correlativamente, un enriquecimiento también difícilmente justificable de la otra.*

*Es por ello que esta Sala entiende aplicable también a la relación comercial debatida el régimen transitorio previsto para los acuerdos verticales por el Reglamento 2790/1999, por significar la solución contractual más razonable, con la que se respeta el equilibrio entre las exigencias derivadas de la dinámica contractual de la relación jurídica entablada por las partes y las derivadas del Derecho de la competencia, en defensa del interés general.*

*Sobre este particular, este tribunal tuvo ocasión de declarar en su sentencia de 27 de octubre de 2006 lo siguiente: “En cualquier caso, no está de más advertir que si el contrato era válido bajo la normativa al amparo de la cual fue estipulado no puede devenir luego nulo en su integridad, como pretendía la actora, por la modificación normativa posterior (Reglamento 2790/99), aunque ésta endureciese el tratamiento de las cláusulas de exclusiva tanto en lo referente al máximo de su duración (5 años) como al ámbito del régimen excepcional (artículo 5.a). Si bien es cierto que las partes no deberán ignorar tal cambio normativo, la solución no vendría por la nulidad radical de toda la operación, como interesadamente pretendía la actora, sino por vía de la consensuada adaptación del contrato a la duración máxima que derivaba del nuevo Reglamento (5 años) o en su defecto, si no se aprovechase el plazo para ello previsto (disposición transitoria del propio Reglamento), por considerar que la duración de la cláusula de exclusiva de suministro quedaría limitada al máximo establecido en la nueva regulación, lo que supondría que expiraría a los cinco años desde la entrada en vigor de la modificación*

*legal, garantizándose así el cumplimiento de la limitación temporal que impone el legislador comunitario, desde que la misma resulta aplicable, de modo compatible con el respeto de la eficacia y conservación del resto de lo pactado. Por otro lado, la imposición de tal terminación anticipada podría justificar el derecho de la petrolera a exigir una compensación según la entidad de su inversión”.*

*Así pues, que el acuerdo celebrado por las partes no pueda beneficiarse de la aplicación del nuevo Reglamento 2790/1999 no significa que de modo retroactivo se produzca la nulidad total del contrato, pese a ser válido conforme a la normativa vigente en el momento en que fue concertado, sino que, efectivamente, el cambio normativo sobrevenido no permite que el contrato como tal pueda pervivir y desarrollarse en los términos en que fue concertado y que, al no haber sido adaptado de modo voluntario por las partes, el pacto de exclusiva que forma parte del mismo ha de extinguirse a la finalización del periodo máximo de duración previsto en tal Reglamento, esto es, a los 5 años de su entrada en vigor, plazo que se considera también razonable para el acuerdo objeto de este litigio por cuanto que conjuga una desaparición a un plazo no excesivo de una restricción de la competencia con el mantenimiento de un cierto equilibrio contractual. Se conjuga así el respeto de las exigencias derivadas del Derecho de la competencia, dirigido fundamentalmente a la salvaguarda de determinados intereses generales, con el respeto a las exigencias derivadas del contrato celebrado entre las partes.*

*Ha de recordarse que, a diferencia de lo que sucede con las restricciones graves de la competencia, como pueden ser en los acuerdos verticales la fijación vertical de precios y el reparto territorial de mercados entre los distintos integrantes de la red de distribución, que provocan la nulidad del contrato en su totalidad, las restricciones menos graves sólo provocan la nulidad de la cláusula por la imposibilidad de aplicar la exención a la obligación que de ella resulta, pero no la nulidad del contrato en su totalidad, si el resto del contrato es separable de la cláusula no cubierta por la exención (en este sentido, directrices 57, 66 y 67 de las directrices contenidas en la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, que regulan la regla de la divisibilidad), lo cual constituye una expresión del principio del “favor negotii” aplicado al Derecho europeo de la competencia. Por tanto, en el caso de autos, la nulidad derivada de no estar cubierta por el reglamento de exención la obligación de exclusividad afecta no al contrato en su totalidad, sino a la cláusula que determina la duración de la obligación de exclusiva, que habrá de ser sustituida por una previsión de duración de 5 años a partir de la entrada en vigor del Reglamento 2790/1999, como se ha expresado.*

*Como señalamos en la sentencia de 13 de octubre de 2008 ya mencionada, el Derecho de la competencia puede justificar ese tipo de solución, en aras un mercado más competitivo, pero no puede determinar nulidades radicales de toda la operación, como pretendía la parte recurrente, sin perjuicio de su derecho a exigir, en legal forma, la finalización de la relación contractual por el transcurso del plazo máximo de duración previsto en las normas imperativas, con consecuencias distintas de las aplicables a la nulidad de los contratos.*

*La Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 en el asunto COMP/B-1/38.348-REPSOL C.P.P., a la que alude en su recurso la apelante, adoptada conforme al artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, de 16 diciembre 2002, en un procedimiento en el que, a instancias de la propia REPSOL CCP, se analizaba su red de estaciones de servicio, no perjudica la precedente conclusión de este tribunal.*

*Como resulta del considerando 13 del Reglamento (CE) 1/2003, la trascendencia de dicha decisión de la Comisión no es otra que convertir en obligatorios para las empresas proponentes los compromisos propuestos por tales empresas en el curso de un procedimiento que pueda conducir a la prohibición de un acuerdo o práctica, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe y sin que vinculen a las autoridades de competencia, a los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar si un determinado acuerdo es compatible con las normas reguladoras de la competencia y adoptar una decisión sobre el caso.*

*No obstante, debemos remarcar que los compromisos de la demandada ante las autoridades europeas permiten, ya bajo la vigencia del Reglamento 2790/1999, a las empresas que han venido integrándose en la red REPSOL encontrar una salida razonable para, en determinadas condiciones, desvincularse de dicha red con mayor antelación de la inicialmente prevista y acceder así a contratar con otros proveedores. Tal posibilidad de modificación o adaptación de los contratos reconocida por la Comisión Europea supone una decisión que este tribunal entiende coherente con el criterio aquí sostenido de que la solución ajustada a la legalidad pasa por la adaptación de los contratos al nuevo marco legal”.*

Dicha fundamentación, y la conclusión a través de ella alcanzada, es compartida plenamente por este Juzgador, y debe dar lugar a la desestimación de la pretensión de que se declare la nulidad de la relación contractual, pues es lo que se pide en la demanda, sin perjuicio del derecho de la demandante a exigir, en legal forma, la finalización de la relación contractual por el transcurso del plazo máximo de duración previsto en las normas imperativas, con consecuencias distintas de las aplicables a la nulidad de los contratos, o de la petrolera a exigir una compensación según la entidad de su inversión, todo lo cual no es objeto del presente proceso.

Y la desestimación de la solicitud de nulidad debe dar lugar a la desestimación del resto de pretensiones.

CUARTO.- A pesar de que la demanda es desestimada, como se ha señalado en el fundamento tercero, respecto de la pretensión de que se declare que la relación contractual no se ajusta al límite temporal del Reglamento 2790/99, se considera que existen ciertas dudas en favor de la actora, pues ya hemos dicho que efectivamente la relación contractual entre las partes no se adaptó a lo previsto en dicha normativa para dar una duración máxima adicional de 5 años, tras la entrada en vigor del Reglamento, por lo que se considera que no hay motivos para imponer

las costas a la actora, debiendo cada parte satisfacer las propias y las comunes por mitad (art. 394 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

**FALLO.-** Que desestimando la demanda que ha dado lugar a los presentes autos de Juicio Ordinario número 176/2008, seguidos a instancia del procurador Don David García Riquelme, en nombre y representación de Doña Josefa Rico Gil, Don Antonio Ferrándiz González y GASORBA SL, contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA, representado por el Procurador Don Pedro J. Vila Rodríguez, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al demandado de los pedimentos dirigidos en su contra, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma, al no ser firme, podrán interponer recurso de apelación por escrito ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de MADRID en el plazo de CINCO DIAS a contar desde la notificación.

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

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada que fue la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, en el día de su fecha estando celebrando audiencia pública. Doy fe.