



Roj: SAP M 17160/2011  
Id Cendoj: 28079370282011100337  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 28  
Nº de Recurso: 12/2011  
Nº de Resolución: 340/2011  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: ANGEL GALGO PECO  
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00340/2011**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 012/2011

Materia: Derecho europeo de la competencia

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid

Autos de origen: Juicio ordinario 390/09

Apelante: BURGUILLOS, S.L.

Procurador/a: D. David García Riquelme

Letrado/a: Dª Elena Ollero Rosety

Apelado: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.

Procurador/a: D. Joaquín Fanjul de Antonio

Letrado/a: Dª Mercedes Villarrubia García

SENTENCIA Nº 340/2011

En Madrid, a 25 de noviembre de 2011.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Pedro María Gómez Sánchez ha visto el recurso de apelación, bajo el nº de rollo 12/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid en los autos de juicio ordinario 390/09.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 24 de septiembre de 2009 por la representación de BURGUILLOS, S.L. contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, solicita que se dictase sentencia "por la que, en aplicación del artículo 81.1 y 2 del Tratado CE, del Reglamento CEE nº 1984/83 y del Reglamento CE nº 2790/1999: 1.- Declare que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el Contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento de 25/02/1991 suscrito por las partes infringe el artículo 81.1

del Tratado CE . 2.- Declare, en aplicación del art. 81.2 del Tratado CE , la nulidad parcial del Contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento de 25/02/1991, dejando sin efecto, única y exclusivamente, el pacto de suministro en exclusiva contenido en el citado contrato. 3.- Subsidiariamente y para el caso de no atenderse nuestra petición anterior, declare, en aplicación del art. 81.2 del Tratado CE la nulidad plena del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento de 25/02. 4.- Como consecuencia de la infracción del artículo 81 del Tratado CE , se condene a la demandada a indemnizar a esta parte, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que habrá de ser fijada en el periodo de ejecución de sentencia, y a la vista de lo que se practicará en el periodo probatorio, y cuyas bases, conforme a lo dispuesto por el artículo 219 LEC , resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a mi parte desde el 14 de enero de 1993 hasta el total cumplimiento de la sentencia, por la diferencia media anual existente, para cada periodo, entre el precio medio anual de los suministros fijados por REPSOL a mi parte (es decir, PVP, deducidos el importe de los impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio ubicadas en la Comunidad de Andalucía a las que los mismos han respetado su condición de distribuidores independientes, y por tanto no les han fijado los PVP ni de modo directo ni indirecto. Cantidad resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes. 5.- Se condene a la demandada al pago de las costas".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid dictó sentencia, con fecha 16 de septiembre de 2010 , cuyo fallo es el siguiente: "Con desestimación de la demanda interpuesta por BURGUILLOS, S.L., debo declarar y declaro no haber lugar a decretar la nulidad parcial del contrato de fecha 25 de febrero de 1991, que liga a aquella actora con REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. en cuanto al pacto de suministro de exclusiva, ni a la declaración subsidiaria de nulidad completa del citado contrato, ni a condenar a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA al pago de indemnización alguna por tal causa. Debo declarar y declaro que no procede condena en costas a ninguna de las partes litigantes, en la presente instancia".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la parte contraria, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 24 de noviembre de 2011. Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del tribunal. CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente litis trae causa de las incidencias surgidas en el desenvolvimiento del contrato que liga a las partes (suscrito el 25 de febrero de 1991 por GASOLINERA SAN BENITO, S.L.. y COMPAÑÍA ARRENDATARIA DEL MONOPOLIO DE PETRÓLEOS, S.A., en cuyas posiciones se subrogaron quienes aquí contienden), el cual responde a la tipología de un contrato de los llamados "de abanderamiento". En él la parte demandante figura como arrendataria de una estación de servicio propiedad de la demandada, esta a su vez es abastecedora en exclusiva de los productos puestos allí a la venta al público, y la primera percibe una comisión por las ventas. Lo que pretende la parte actora, BURGUILLOS, S.L. (en lo sucesivo, "BURGUILLOS"), con su demanda es que se declare la nulidad del pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de referencia, y, subsidiariamente, la nulidad íntegra del mismo, y que como consecuencia de ello se condene a la demandada, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. (en adelante, "REPSOL") a abonarle una indemnización por los perjuicios causados, calculada conforme a las bases que en el escrito de demanda se especifican. Basa la parte actora tales pedimentos, desde el punto de vista fáctico, en que la demandada ha incurrido en dos tipos de prácticas censurables con arreglo a la fundamentación jurídica que más adelante se señalará: (i) fijación de los precios a los que se ha de vender al público; y (ii) aplicación a la demandante de condiciones de venta menos favorables que las aplicadas a otros distribuidores independientes de la red de la demandada, ocasionándole una desventaja competitiva. Entiende la demandante que sus pretensiones encuentran amparo en el artículo 81.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ("TCE "), en relación con el artículo 81.1.a) del mismo y artículos 10 y 11 del Reglamento (CEE) nº 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 categoría de acuerdos de compra exclusiva (en lo sucesivo, "Reglamento 1984/83 ") y 3 y 4 del Reglamento (CE) nº 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 (a él nos referiremos como "Reglamento 2790/1999"), por lo que se refiere a la primera de las

conductas denunciadas, y artículo 81.1.d) TCE , en relación con el artículo 14.c.2) del Reglamento 1984/83 , por lo que se refiere a la segunda. En cuanto a la pretensión indemnizatoria que, igualmente, se deduce, la parte actora invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el principio de efecto útil y el artículo 1306.2 el Código Civil .

La sentencia dictada en la anterior instancia desestimó la demanda, al no apreciar ninguna de las infracciones del Derecho de la Unión Europea de la competencia sobre las que aquella se arma. No habiendo prosperado sus pretensiones, BURGUILLOS recurre en apelación, con base en los motivos que son objeto de examen en los apartados que siguen.

No obstante, antes de entrar en dicho estudio estimamos conveniente señalar que a pesar de los cambios operados por el Tratado de Lisboa en la nomenclatura del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), en la numeración de sus artículos (el artículo 81 TCE ha pasado a ser el 101 TFUE) y en la denominación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en la actualidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), seguiremos utilizando las antiguas denominaciones y numeración a fin de guardar la correspondencia con los empleados por las partes y la sentencia impugnada. De igual modo, indicaremos que, habiendo expirado el Reglamento 2790/1999 el 31 de mayo de 2010, en el Diario Oficial de la Unión Europea de 23 de abril de 2010 (L-102) se publicó el Reglamento (UE) nº 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, que vino a sustituir al primero. Esto no obstante, ninguna incidencia habrá de tener este último Reglamento en la resolución de la presente litis, promovida con anterioridad a su entrada en vigor, el 1 de junio de 2010.

SEGUNDO.- El primer apartado del recurso se endereza a demostrar que concurren todos los presupuestos que determinan que la relación controvertida es subsumible en el artículo 81 TCE , particularmente el atinente a la existencia de un acuerdo entre empresas, y que, contrariamente a lo apreciado por el juzgador de primera instancia, ha existido una práctica de fijación indirecta de los precios de venta al consumidor por parte de la REPSOL.

La parte apelante, al abordar en su recurso la cuestión de si concurren en el caso todos y cada uno de los requisitos precisos para la entrada en juego del artículo 81.1 TCE está planteando, en realidad, un tema que ha permanecido ajeno al debate suscitado en primera instancia, al punto que la sentencia recurrida no lo examina. En efecto, aunque en el escrito de contestación a la demanda se opone que el comercio entre los Estados miembros no queda afectado, ni se restringe de forma sensible la competencia dentro del mercado común, de la lectura del correspondiente pasaje (páginas 37 y 38 del escrito de contestación, f. 928 y 929) se desprende que, en realidad, tales descargos van referidos a uno de los argumentos centrales que definen la posición de esta parte en el proceso, a saber: la inexistencia de fijación de precios por parte de la suministradora. Este es el hecho del que se hace derivar esa doble negación, lo que resulta inadecuado. Si bien, justo es decirlo, la parte apelada no reproduce el alegato en esta instancia.

De todo modos, cabe apuntar que son numerosísimas las sentencias dictadas por nuestros tribunales en las, que planteándose la nulidad de contratos de suministro en exclusiva de carburantes entre las compañías petroleras y los explotadores de estaciones de servicio, se examina el contrato a la luz del artículo 81 TCE y de su Derecho derivado, por entender que concurre el presupuesto de la afectación del comercio intracomunitario, sin que suponga un obstáculo que el contrato objeto de consideración sea de ámbito local, lo que ya nos habla de la improsperabilidad de las objeciones que se pudieran formular al respecto. Respaldan tal apreciación las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado contenidas en la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07 (Diario Oficial de la Unión Europea de 27.04.2004), en particular apartados 22, (en cuanto al concepto de "comercio entre los Estados miembros"), 23 y 28 (en lo atinente a la noción de "pueda afectar") y 44, 52, 56 y 87 (en lo relativo a la nota de "apreciable"), que no hacen sino reflejar la doctrina sentada por el TJUE. Ello se ha plasmado en una línea de razonamiento constante de esta Sala recogida en profusas sentencias, de la que es expresiva la de 16 de noviembre de 2006 , una de las pioneras, al señalar que: "los contratos de abanderamiento y suministro de productos petrolíferos, aunque tienen por lo general ámbito local, se ha considerado que producen efectos sobre el comercio entre Estados miembros ( STJCE de 18 de marzo de 1970, asunto 43/69 ), con lo que se cumple el requisito de afectación al comercio entre Estados miembros contenido en el art. 81 TCE ". En cualquier caso, así lo tiene reconocido la propia Comisión en su Decisión de 12 de abril de 2006 (DOCE de 30 de junio de 2006), relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 TCE (Asunto COMP/b-1/38.348-REPSOL C.P.P.), por el que se aprueban determinados compromisos ofrecidos por REPSOL,

en cuyo apartado 25 señala que: "De conformidad con la jurisprudencia consolidada, los contratos de estas características, al aplicarse al conjunto del territorio de un Estado miembro, pueden surtir, por su naturaleza, el efecto de consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando la interpenetración económica perseguida por el Tratado ( sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, asunto C-309/99 , Rec. 2002 p-I- 01577, apartado 95). Esto sería tanto más aplicable en el presente caso cuanto que las posibles restricciones de la competencia crearían una barrera de entrada", destacando el apartado 23 la dificultad de acceso, en particular como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, el efecto acumulativo de las redes paralelas de distribución vertical, las dificultades de una red alternativa y de otras condiciones de la competencia, principalmente, la saturación del mercado y la naturaleza del producto, siendo el mercado geográfico el nacional (apartado 19) y el de producto el de venta de combustible, sin necesidad de distinguir ni los canales de venta ni el tipo de combustible, porque los problemas de competencia se presentarían en un mercado que englobara todos los tipos de carburantes y ventas, tanto dentro como fuera de la red (apartado 18).

En el contexto descrito, la sola consideración de la cuota de mercado que ostenta la operadora demandada y la índole de la falta que se le achaca debería excluir cualquier discusión sobre el requisito atinente a la incidencia sensible en el juego de la competencia dentro del mercado común.

TERCERO.- Una de las cuestiones controvertidas en el presente litigio es la relativa a si la relación trabada por las partes encaja en la previsión del artículo 81.1 TCE , en concreto, si puede aquella ser considerada como un acuerdo entre empresas para coordinar su actividad en el mercado. Así lo afirma la apelante, quien, sin negar su calificación jurídica como contrato de comisión (más propio sería hablar de contrato de agencia, habida cuenta el carácter estable y duradero de la relación), considera que los riesgos asumidos por esta parte en el desarrollo de la actividad contemplada en aquel llevan a entenderlo así, a la luz del criterio manifestado por el TJCE en sus sentencias de 14 de diciembre de 2006, C-217/05 y 11 de septiembre de 2008 , C- 270/06. De esta forma, el debate se sitúa en la presente instancia en si la asunción de tales riesgos habrían de llevar a atribuir a la apelante la condición de "agente no genuino", a los efectos del Derecho de la Unión Europea de Competencia, por entrañar, parafraseando las sentencias mencionadas, la asunción de riesgos financieros o comerciales significativos en relación con la venta a terceros. Lo mantiene, evidentemente, la recurrente, subrayando que asume los riesgos relativos a la conservación y mantenimiento del producto (cláusula 6.3 del contrato), a la responsabilidad por daños generados por el mismo (cláusula 5.12), riesgos financieros asociados al sistema de prepago de los suministros, la utilización de tarjetas SOLRED por parte de los clientes y la regularización mensual, a partir de una cuota ideal constante, de existencias, así como otros riesgos vinculados a inversión, conservación y mantenimiento de la maquinaria y acciones de promoción de la compañía de bandera. REPSOL, por su parte, considera que no existe base para atribuir a BURGUILLOS la consideración que esta se irroga, toda vez que no asume riesgos relevantes ajenos a los propios de una relación de agencia o comisión pura, para señalar, finalmente, la irrelevancia de esta cuestión, al negar la existencia de cláusulas contractuales o prácticas que impliquen la fijación de los precios de venta al público, menoscabando el juego de la competencia.

Aunque, ciertamente, las afirmaciones de la recurrente han de ser matizadas, en cuanto a que alguno de los riesgos a los que alude puedan considerarse concurrentes (así, en lo relativo al sistema de prepago de los suministros, en la sentencia impugnada se sienta, sin que se combata después adecuadamente en el recurso, que el periodo de rotación del producto era siempre inferior al plazo de nueve días a contar desde la descarga en el que BURGUILLOS venía obligado al pago del combustible suministrado, imponiéndosele el pago por adelantado únicamente a partir del 25 de julio de 2008 -la demanda se presentó en el mes de septiembre del año siguiente- como garantía, ante el retraso en el pago) o su consideración como tales en el sentido que aquí interesa podría presentar aristas (así, la obligación impuesta en el contrato de concertar un seguro para cubrir los daños que pudieran causarse a terceros por las operaciones de funcionamiento y conservación de la estación), tal valoración no puede hacerse ni mucho menos extensiva a todos los supuestos señalados por la parte, que, por el contrario, se ajustan a los criterios indicados por el TJCE en su sentencia de 14 de diciembre de 2006, C-217/05 , CEEES, apartados 51 y siguientes y posteriormente reiterados en la de 11 de septiembre de 2008, C-279/06, TOBAR, resultando irrelevante a los efectos que nos ocupan que hayan sido asumidos voluntariamente por el gasolinero o que los mismos formen parte del contenido típico de una determinada clase de contrato, pues no es esta perspectiva jurídica, sino la realidad económica subyacente al contrato, la que, como se desprende de la doctrina establecida por el TJCE, debe primar. En este sentido, cabe perfectamente, como señala de modo expreso la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010 , que contratos calificables en abstracto como de agencia con arreglo al Derecho nacional queden comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE , así como

en el de los Reglamentos de exención, siempre que el "agente" (esto es, la parte del contrato a quien conviene dicha calificación según lo establecido en el artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia ) asuma riesgos no insignificantes resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente (el "empresario", según la terminología empleada por la Ley 12/1992), por ser este el criterio utilizado en el ámbito de las normas comunitarias de defensa de la competencia para caracterizar al "operador económico independiente". Con ello, el Tribunal Supremo, a la luz del criterio manifestado por el TJCE, vino a otorgar plena carta de naturaleza a la figura del "agente no genuino".

Debemos, pues, concluir que el contrato existente entre los contendientes entra en la previsión del artículo 81.1 TCE . La tarea que debemos acometer a continuación es discernir si le alcanzan las exenciones previstas en los Reglamentos 1984/83 y 2790/1999, lo que pasa por la comprobación de las imputaciones que se hacen a la demandada, pues, de constatarse, determinarían la inaplicabilidad de las tales exenciones. Sobre ello versan los restantes argumentos impugnatorios que se vierten en el recurso, enderezados a combatir la apreciación negativa del juzgador de primera instancia al respecto, y que pasamos a examinar.

CUARTO.- Bajo la rúbrica "de la probada existencia de una práctica consistente en la fijación de precios de venta al público por parte de REPSOL a BURGUILLOS, S.L." se recoge en el escrito de recurso una serie variopinta de argumentos en abono de la tesis sustentada por la apelante de que la operadora ha venido imponiendo a lo largo de la relación comercial los precios a los que se vendía al público. En unos casos se trata de poner en valor determinadas pruebas que en el sentir de la parte vendrían a respaldar la afirmación genérica de que tales precios se le imponían; en este sentido, cabe señalar la invocación que se hace: (i) a la carta remitida a la apelante por REPSOL el 7 de noviembre de 2001 (anexo documental 6 del escrito de demanda, f. 280), (ii) al contenido de determinadas diligencias de comprobación practicadas en el expediente seguido en su día ante el extinto Servicio de la Defensa de la Competencia (se trata, en concreto, de manifestaciones del Director de Planificación y Control de Gestión de REPSOL y de su asesor jurídico) y a los extremos que se declararon probados con base en ellas en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 11 de julio de 2000 que le puso fin, corroborados posteriormente en las sentencias de la Audiencia Nacional de 11 y 12 de julio de 2007, por las que se resolvieron los recursos interpuestos contra dicha resolución, estimando la parte que son plenamente extrapolables al presente caso, por desprenderse así del contenido de la misiva de REPSOL a la que hicimos referencia anteriormente y ante la falta de prueba que permita concluir que se actuase en él de modo distinto al constatado en dicho expediente, y (iii) a la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, recaída en el expediente 625/07 REPSOL/CEPSA/BP, en la que se impone una sanción a estas operadoras por haber incurrido en la práctica que aquí se denuncia, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su respectiva red y el resto de estaciones de servicio. En otros casos, se alude a concretas prácticas o mecanismos utilizados por la operadora, constatadas por diversos medios probatorios obrantes en autos, que entrañarían la fijación, por medios indirectos, de los precios al consumidor; específicamente, se reseñan las siguientes: (iv) la regularización periódica de existencias, y (v) la comunicación a posteriori y con efectos retroactivos de las comisiones aplicables a un determinado periodo (en concreto, se alude a los años 1995 a 1999). En otros casos, en fin, se ponen sobre la mesa ciertas circunstancias que, según la tesis de la parte, evidenciarían la imposibilidad real de que BURGUILLOS aplique descuentos sobre su comisión, recogiendo aquí: (vi) el tratamiento a efectos fiscales que, según el informe de perito aportado por la parte contraria (doc. 31), debe darse a los descuentos a clientes con cargo a la comisión que percibe el gasolinero, (vii) la imposibilidad de modificar el precio de venta "recomendado" o "máximo" establecido por REPSOL tanto en la factura de venta que se debe proporcionar a los usuarios de la estación de servicio, a pesar de que lo permita la aplicación informática utilizada, como en los monolitos de los puestos de suministro y en los carteles informativos instalados en la carretera, ante la eventualidad de sanciones por infracción de la normativa de protección de los consumidores, (viii) el sistema de facturación y de

autoliquidación del i.V.A. utilizado por REPSOL, en el que la base imponible se calcula sobre el precio de venta "recomendado" o "máximo", y (ix) la necesidad de garantizar los ingresos de REPSOL.

La primera observación que cabe hacer es la falta de correspondencia con el discurso argumental de la demanda. En efecto, en el escrito iniciador del procedimiento, se señalaba, como fundamento de las pretensiones deducidas (hecho tercero, bajo la significativa rúbrica de "En cuanto a la práctica de fijación de los precios de venta al público", páginas 4 a 9, f. 5 a 10) los siguientes extremos: (a) que la práctica de imposición de precios llevada a cabo por REPSOL resultaba acreditada por lo declarado por su personal en el expediente seguido ante las autoridades nacionales de defensa de la competencia en los términos ya vistos en el párrafo precedente (apartado (ii)), poniéndose el énfasis, en los diferentes pasajes de lo documentado en dicho expediente que se transcriben, por lo que se refiere a la mecánica concreta seguida en tal práctica,

en la utilización de "visitadores" tan pronto como se detectaban variaciones en los precios aplicados por los distribuidores de la red respecto de los comunicados por la operadora, (b) la obligación de garantizar ingresos constantes a REPSOL, (c) la fijación unilateral por parte de REPSOL de las comisiones a percibir por BURGUILLOS, y (d) el sistema de comunicación de precios, en conjunción con el sistema de facturación utilizado por REPSOL, todo ello ligado al tema del IVA. Igualmente se cuestionaba (e) la admisibilidad del régimen de precios máximos o recomendados bajo la vigencia del Reglamento 1984/83. En los fundamentos de derecho (en concreto, páginas 22 y siguientes, f. 23 y ss) ((f)) se negaba la posibilidad de que los contratos suscritos por REPSOL pudiesen encontrar amparo en la exención establecida en el Reglamento 2790/1999, a la vista de la cuota de mercado de dicha operadora, ((g)), se esgrimían los efectos anticompetitivos que en el sentido descrito por la Comisión en los apartados 225 a 228 de la Comunicación de 13 de octubre de 2000 sobre Directrices relativas a restricciones verticales, produciría en todo caso un sistema auténtico de precios máximos en el mercado de referencia (mercado español de hidrocarburos), (h) se denunciaba expresamente que no es sino hasta el envío de la carta fechada el 7 de noviembre de 2001 cuando se activa a favor de los comisionistas integrantes de la red de REPSOL la facultad de efectuar descuentos sobre los precios de venta comunicados con cargo a sus comisiones (página 22 de la demanda) y, finalmente, (j) se alegaba la imposibilidad práctica de efectuar descuento alguno habida cuenta la elasticidad de la demanda característica del mercado de referencia y el poco margen de maniobra con que cuenta el gasolinero al tener que deducir de las comisiones los gastos de explotación.

De la necesaria comparación se desprende que de los temas que ahora se plantean en alzada únicamente encontramos reflejados en la demanda como fundamento de los pedimentos en ella deducidos los señalados en anteriores líneas como (i), (ii), (viii) y (ix). Los demás han de reputarse novedosos, pues únicamente con ocasión del recurso los hace suyos la parte actora como fundamento de sus pretensiones, lo que debe excluir su toma en consideración ( artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). Debe observarse a este respecto que la carga que sobre la parte actora pesa de identificar en el escrito de demanda los hechos en que fundamenta sus pretensiones no puede entenderse satisfecha por la mera remisión genérica a los reflejados en determinado documento aportado como prueba con dicho escrito, a menos que se acoten de alguna forma los mismos, ni por la aportación de esa prueba en sí, como tampoco cabe ir incorporando al hilo de la prueba practicada en el proceso, como sustento de las pretensiones deducidas, hechos no contemplados inicialmente en la demanda habiéndolo podido ser, convirtiéndolos en motivo de recurso.

Por otra parte, los alegatos expresamente recogidos en la demanda como basamento de la acción ejercitada y no reproducidos en la presente instancia han de reputarse abandonados, quedando cercenada la posibilidad de pronunciarnos en relación con los mismos ( artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Así delimitado el ámbito objetivo que debe cubrir nuestra labor revisora, es de observar que ninguno de los alegatos objeto de consideración puede prosperar, por las razones que a continuación exponemos.

En lo que se refiere al tema de la misiva remitida por REPSOL en el mes de noviembre de 2001, el discurso de la parte apelante resulta equívoco. Parece hacerse referencia de forma implícita a que fue solo a partir de entonces cuando la suministradora autorizó a los establecimientos de su red con los que estaba vinculada por un contrato de comisión a vender a un precio más bajo del comunicado por ella, a costa de la comisión del gasolinero, aspecto que, por otra parte, es el que se destaca en el escrito de demanda (página 22, f. 23). Centrándonos en este punto, es de observar que la letra de la carta en nada autoriza la interpretación de la apelante, quien de forma interesada pone al frente de su discurso un pasaje cercenado de la misma, el cual debe ser convenientemente completado: "En particular, y tal como ya teníamos establecido en nuestra relación contractual efectiva, queda ahora explicitado que podrán Vds., en su actuación como agentes comisionistas de REPSOL, que venden los combustibles en nombre y por cuenta de nuestra compañía, repartir su comisión con los clientes, gozando de plena libertad para reducir, si lo desean, el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir nuestros ingresos como principal" (el énfasis añadido corresponde a la parte relevante de lo omitido por la apelante). Por lo demás, el contrato no contiene ninguna restricción al respecto, ni ha resultado acreditado que en el desarrollo de la relación se haya impedido en ningún momento a BURGUILLO repartir su comisión con los clientes. Esto último nos permite engarzar con el siguiente alegato en examen.

La parte apelante pretende trasladar de forma automática al supuesto que nos ocupa, haciendo descansar en ello la decisión de la presente contienda, el resultado de determinada actividad de investigación en el seno del expediente administrativo sancionador seguido en su día contra la suministradora demandada por los organismos de defensa de la competencia y la valoración de la misma efectuada por la resolución con la que concluyó el meritado expediente, confirmada en las sentencias ulteriormente dictadas por la Audiencia Nacional al conocer de los recursos interpuestos contra la misma (estamos haciendo referencia a los aspectos

señalados en el apartado (ii) de los indicados en líneas anteriores). Tal punto de vista ha de tildarse de equivocado, por cuanto ignora los diferentes planos en que debe situarse uno y otro expediente, el seguido ante las autoridades de defensa de la competencia y el promovido ante los órganos jurisdiccionales de lo Mercantil y que ha alcanzado la fase de la presente alzada. El que aquí nos ocupa gravita sobre la consideración individualizada de la relación jurídica trabada por las partes, y tiene por objeto determinar si la misma resulta conforme con el Derecho europeo de la competencia; en el otro, de lo que se trataría es de determinar si la actividad empresarial global de un determinado operador se adecúa a las exigencias impuestas por ese mismo Derecho. En este sentido, resultan sumamente expresivas las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2009 y 11 de mayo de 2011, al señalar que "mientras para las autoridades nacionales de defensa de la competencia lo trascendente es la protección del orden público económico -interés del mercado-, para la jurisdicción civil lo es la tutela del interés privado", añadiendo la segunda que, por ello, "cabe la posibilidad de que una concreta relación jurídica que aquella (la jurisdicción civil) considere válida según el Derecho de la Unión sea sin embargo valorada negativamente por los órganos de defensa de la competencia, dentro del conjunto de los contratos celebrados por una misma operadora con los titulares de las estaciones de servicio, para imponer una sanción que a su vez sea confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa". Ninguna acogida merece, pues, el enfoque de la parte apelante, reduccionista en extremo, al pretender trasladar sobre el caso enjuiciado sin ningún filtro determinadas constataciones, apreciaciones o valoraciones de corte general incorporadas a las actuaciones sustanciadas en el marco del expediente seguido en su momento ante las autoridades de defensa de la competencia, sin elementos de conexión que permitan su proyección específica sobre la relación jurídica litigiosa.

Este Tribunal ha tenido ocasión de abordar en reiteradas ocasiones el alegato relativo a que en el sistema de facturación utilizado por REPSOL el IVA se calcula tomando como base imponible el precio por ella comunicado al empresario de la estación de servicio, con la consiguiente repercusión a este último de un IVA superior al que realmente le correspondería como consecuencia de la aplicación de descuentos en el precio de venta con cargo a su comisión. En los presentes autos se han aportado pruebas que avalan la regularidad del sistema en cuestión: aparece incorporada a las actuaciones la contestación de la Dirección General de Tributos a la consulta planteada al efecto por REPSOL, con referencia AF 1220-09 y fecha 6 de abril de 2010 (f. 1962), que, tal como se indica por el juzgador al principio del interrogatorio del perito D. Raimundo, fue admitida, en que se establece, y cuya significación enfatiza el indicado perito como corroboración de las conclusiones alcanzadas en su informe. A partir de dicho dato, no cabe sino reiterar lo ya indicado en anteriores sentencias de esta Sala de 13 de octubre y 18 de diciembre de 2008, 23 de enero y 16 de octubre de 2009 y 30 de marzo y 26 de julio de 2010, en el sentido de que el hecho de que no se tenga en cuenta para determinar la base imponible del I.V.A. el descuento que los gasolineros puedan realizar con cargo a su comisión, no ofrece base para afirmar de forma rotunda que estemos ante un mecanismo para conseguir que el precio recomendado pase a operar en la práctica como precio fijo y que tuviera como inevitable consecuencia hacer inviable la realización de descuentos con cargo a la comisión, pronunciándonos, en concreto, en los siguientes términos: "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 aún así hacerse en circunstancias razonables sin

enfrentarse a obstáculos que parezcan insalvables". Este criterio coincide con el manifestado por el Tribunal Supremo en sentencias de 8 de febrero y 28 de septiembre de 2011 .

Finalmente, el alegato atinente a la necesidad de garantizar "una serie de ingresos a REPSOL" (sic), aparte las dificultades de intelección que suscita su falta de desarrollo argumental (tanto en el recurso como en la demanda), tomado en su desnuda formulación no merece distinta suerte que los anteriores, por la potísima razón de que, brindándose a pluralidad de interpretaciones, no se explicita la incidencia que la necesidad alegada pudiera tener en la imposibilidad del comisionista de disponer sobre sus comisiones.

QUINTO.- En la alegación segunda del recurso se denuncia que la sentencia dictada en la anterior instancia infringe el artículo 81 TCE "al considerar que no ha existido un trato discriminatorio por parte de REPSOL a BURGUILLOS, S.L."

En el escrito de demanda, bajo esta rúbrica (página 31, f. 32) se denunciaba la aplicación a BURGUILLOS de "condiciones de venta menos favorables que las aplicadas a otros distribuidores independientes" de la red de REPSOL. En esta idea se vuelve a incidir en la parte final del correspondiente apartado, al señalarse como referencia en que sustentar BURGUILLOS sus quejas el margen obtenido por los explotadores de estaciones de la red de REPSOL que tienen reconocida la condición de revendedores. En el medio, se pone el énfasis en que ha sido la práctica prohibida de imposición de los precios de venta al público la razón de que BURGUILLOS haya visto mermadas sus posibilidades de actuar de una forma competitiva en el mercado, en comparación con otros titulares de estaciones de servicio, dentro y fuera de la red de REPSOL, que no se han visto sometidos a tal práctica por parte de sus respectivas compañías suministradoras. Ahora, como sustento del recurso, se reitera el alegato referente a la ilícita imposición de los precios de venta al público y, más adelante, se introduce uno nuevo (página 30 del escrito de recurso, f. 2146), en el sentido de que REPSOL no ha ofertado a las estaciones de su red "el mejor precio de venta, como le era exigible".

Haciendo un esfuerzo por superar la confusión que provoca el discurso de BURGUILLOS, no hacen falta alardes argumentales para el rechazo de la impugnación: no ha quedado acreditado que REPSOL impusiese el precio al que debía venderse el producto y no pueden tomarse como término de comparación situaciones desiguales, debiendo reputarse carente de fundamento a este respecto la correspondencia automática que la parte apelante pretende en este capítulo establecer (contradiciéndose a sí misma, por lo demás, no en vano con anterioridad asumió que la calificación jurídica que conviene a la relación que liga a las partes es la de contrato de comisión) entre reconocimiento de la condición de "operador económico independiente" de quien explota una estación de servicio y aplicación del régimen de venta en firme, razón esta última que, en el caso del alegato introducido ex novo con ocasión del recurso, se sumaría al rechazo que impone su condición de tal a la luz del artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

De cuanto antecede se desprende que no concurren motivos para acoger las pretensiones anulatorias y, por ende, las indemnizatorias a ella ligadas, deducidas en la demanda.

SEXTO.- El rechazo del recurso comporta la imposición de las costas ocasionadas por el mismo a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.1 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, la Sala emite el siguiente

## **FALLO**

1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por BURGUILLOS, S.L. contra la sentencia dictada el 16 de septiembre por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid en el juicio ordinario nº 390/09 del que este rollo dimana.

2.- En consecuencia, confirmamos íntegramente la meritada resolución.

3.- Condenamos a BURGUILLOS, S.L. al pago de las costas ocasionadas por su recurso de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

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