

**JUZGADO MERCANTIL 4 BIS MADRID**  
**ORDINARIO 344/2005**  
**Dte.- ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL**  
**Procurador Don David García Riquelme**  
**Ddo.- GALP ENERGIA ESPAÑA SA**  
**Procurador Don Isidro Orquín Cedenilla**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 25 de noviembre 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 344/2005, seguidos a instancia del Procurador Don David García Riquelme, en nombre y representación de ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL, contra GALP ENERGIA ESPAÑA SA, representado por el Procurador Don Isidro Orquín Cedenilla, sobre COMPETENCIA.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el referido Procurador, en nombre y representación de ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL, se presentó escrito de demanda de Juicio Ordinario que dirigía contra GALP ENERGIA ESPAÑA 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 nulo y sin efectos el contrato privado de fecha 17 de junio de 1991 de cesión de derecho de superficie y arrendamiento de industria con exclusiva de abanderamiento y abastecimiento, que vincula a la actora con la demandada: A) En cuanto a la fijación de los precios de venta al público por parte de GALP ESPAÑA SA a ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL, en aplicación del art. 81.2 del Tratado de Amsterdam, por incurrir el contrato en la prohibición del art. 81.1 del Tratado de Amsterdam, al no encontrarse el contrato exento de su prohibición por vulnerar tanto el Considerando 13º, en relación con el art. 12.1.c) del Reglamento CE 1984/83 vigente en el momento de la suscripción del contrato, así como por vulneración del art. 5.a) del Reglamento CE 2790/99 vigente a día de la fecha. B) En cuanto a la duración de la obligación de ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL de suministrarse en exclusiva con GALP ESPAÑA SA, en aplicación del art. 81.2 del Tratado de Amsterdam, por incurrir el contrato en la prohibición del art. 81.1 del Tratado de Amsterdam, al no encontrarse el contrato exento de su prohibición por vulnerar tanto el Considerando 8º, en relación*

*con el art. 10 y 11 del Reglamento CE 1984/83 vigente en el momento de la suscripción del contrato, así como por vulneración del art. 4.a) del Reglamento CE 2790/99 vigente a día de la fecha. 2º En cualquier caso, y sin perjuicio de la declaración de nulidad radical solicitada, y por entender la concurrencia de causa torpe, imputable exclusivamente a la demandada, se solicita se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306 punto 2 del Código Civil, de conformidad con todo lo expuesto en el presente escrito. 3º Subsidiariamente, para el caso de que el anterior pedimento fuese rechazado, se ordene el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes, minorados en las cantidades que ya hubieran sido amortizadas, cuya fijación habrá de quedar diferida para el periodo de ejecución de sentencia. 4º se sancione a la demandada GALP ESPAÑA SA a indemnizar a ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la imposición unilateral a la actora de las condiciones económicas de las operaciones de venta al público de productos petrolíferos. Indemnización que sin perjuicio de ser cuantificada en fase probatoria, deberá ser la resultante de aplicar los términos de la siguiente ecuación: la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL, en cumplimiento del contrato privado de fecha 17 de junio de 1991 de cesión de derecho de superficie y arrendamiento de industria con exclusiva de abanderamiento y abastecimiento y la media de los precios semanales que se acredite en periodo probatorio, fueran ofrecidos por otros operadores en régimen de compra en firme o reventa, a otras estaciones de servicio, por el número de litros vendidos desde el 14 de enero de 1993 (fecha efectiva de extinción del monopolio de petróleos), hasta el momento efectivo de cumplimiento de la sentencia, con los intereses que dichas cantidades hubieran generado hasta el día de la fecha, conforme a las bases establecidas en la demanda. 4º (5º) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales (sic).*

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

SEGUNDO.- Subsanaado determinado defecto en la presentación de la demanda, por auto de 6-10-2005 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 GALP ENERGIA ESPAÑA SA, éste se personó por medio del Procurador Don Isidro Orquín Cedenilla, formulando declinatoria por escrito de 7-11-05, que fue admitida a trámite el 11-11-05, contestando la contraparte el 2-12, resolviéndose por auto de 7-12-05 que la desestimó, dándose aquí por reproducido. Interpuesto el 19-12 recurso de reposición contra el auto anterior por GALP ENERGIA ESPAÑA SA, se admitió a trámite el 22-12,

impugnándolo la contraparte el 12-1-06, desestimándose por auto de 19-1-06, que aquí se da por reproducido.

CUARTO.- La parte demandada contestó a la demanda el 2-1-06, planteando 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 para el 21-9-2006.

QUINTO.- El 19-9-06 la parte demandada aportó el informe pericial anunciado en la contestación.

SEXTO.- El día señalado comenzó el acto de la audiencia previa al juicio, acto al que asistieron las partes ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL y GALP ENERGIA ESPAÑA 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, cuantificando la primera la indemnización entre junio de 1995 y diciembre de 2004 en 639.854'87 euros, solicitando en dicho momento la actora la suspensión del proceso en base a la cuestión prejudicial planteada mediante auto de 16-6-06 por la secc 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dentro del rollo de apelación nº 119/2006, dándose un plazo a las partes para alegaciones, interrumpiendo dicho acto a fin de dicha audiencia y resolver la cuestión. Todo lo actuado en dicho acto quedó grabado en CD que aquí damos por reproducido.

SEPTIMO.- Por ambas partes se presentaron escritos de alegaciones, uniéndose el 25-10-06 para resolver.

OCTAVO.- Por la parte actora se presentó escrito de 29-2-08, aportando al amparo del art. 270.1 LEC determinada documentación, uniéndose el escrito el 3-3.

NOVENO.- La parte actora, por escrito de 8-5-09, que aquí damos por reproducido, puso de manifiesto la resolución de la cuestión prejudicial planteada por la secc 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dentro del rollo de apelación nº 119/2006, dictándose la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11-9-08, poniendo de manifiesto igualmente un hecho nuevo, dándose traslado del escrito por diligencia de ordenación de 18-5-09, oponiéndose la demandada al hecho nuevo por escrito de 2-6-09, que aquí damos por reproducido, señalándose luego la audiencia previa por proveído de 26-6 para el 22-9-09.

DECIMO.- Llegado el día señalado, comenzó el acto de la audiencia previa al juicio, acto al que asistieron las partes ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL y GALP ENERGIA ESPAÑA SA, no pudiendo llegar a un acuerdo, ratificándose ambos en lo actuado en el acto de 21-

9-06, solicitando en dicho momento la actora la suspensión del proceso en base a la cuestión prejudicial planteada mediante auto de 13-11-07 por la secc 5ª de la Audiencia Provincial de La Coruña ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dentro del rollo de apelación nº 71/2006, oponiéndose la contraria, interrumpiendo dicho acto a fin de resolver la cuestión. Todo lo actuado en dicho acto quedó grabado en CD que aquí damos por reproducido.

UNDECIMO.- Por escrito de 21-12-09 la parte actora manifestó que la cuestión prejudicial planteada mediante auto de 13-11-07 por la secc 5ª de la Audiencia Provincial de La Coruña ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dentro del rollo de apelación nº 71/2006, había sido resuelta por auto de 3-9-09, por lo que por proveído de 15-1-10 se señaló la audiencia previa para el 11-3-2010.

DUODECIMO.- El día señalado tuvo lugar el acto de la audiencia previa, ratificándose las partes en sus escritos iniciales, si bien la parte actora retiró de la fundamentación de la demanda, como sustento del suplico, la alegación del Reglamento CE 1984/03 en la letra B del apartado 1º del suplico, oponiéndose la demandada, accediéndose por el tribunal, reservándose la demandada el derecho a recurrir, haciendo alegaciones la demandada sobre determinada documentación no aportada por error, quedando diferida su admisión a una resolución posterior, haciendo alegaciones igualmente sobre las alegaciones de la actora en escrito de 21-12-09, remitiéndole el tribunal a la realización de las mismas por escrito, tras lo cual fueron luego fijados los hechos objeto de litigio, de acuerdo con el art. 428 de la Ley procesal, pronunciándose sobre hechos nuevos, recibiendo luego el proceso a prueba, a solicitud de ambos, proponiéndose por ambas partes la que consideraron oportuna, admitiéndose la que se valoró pertinente y útil, en concreto documental, más documental, requerimiento de exhibición, testifical escrita, pericial, interrogatorio y testifical, señalándose fecha para el juicio el 1-2-2011, todo lo que consta en el soporte audiovisual donde se grabó el acto que aquí se da por reproducido.

DECIMO TERCERO.- Por providencia de 12-3-10, cuyo contenido damos por reproducido, se admitió el documento que la demandada pretendía aportar en la audiencia previa, y asimismo se fundamentó la decisión adoptada en relación a que la parte actora retiró de la fundamentación de la demanda, como sustento del suplico, la alegación del Reglamento CE 1984/03 en la letra B del apartado 1º del suplico. Dicha providencia fue recurrida por la demanda el 12-4-10, admitiéndose el 27-4, impugnándose por la contraparte el 19-5, desestimándose por auto de 19-7-10, que aquí damos por reproducido.

DECIMO CUARTO.- La parte demandada hizo las alegaciones pretendidas en la audiencia previa y en relación al escrito de la actora de 21-12-09 mediante escrito de 22-3-10.

DECIMO QUINTO.- La parte demandada aportó la documentación requerida en la audiencia previa mediante escrito de 1-7-10.

DECIMO SEXTO.- El 30-6-10 tuvo entrada en el Juzgado las respuestas dadas por AOP al interrogatorio, uniéndose el 8-7.

DECIMO SEPTIMO.- El 19-7-10 tuvo entrada en el Juzgado las respuestas dadas por DISA al interrogatorio, uniéndose el 19-7.

DECIMO OCTAVO.- El 23-7-10, 22-7-10 y 27-7-10 tuvieron entrada en el Juzgado las respuestas dadas a sus interrogatorios por MEROIL, BP OIL y ESSERGUI, respectivamente, uniéndose el 6-10-10.

DECIMO NOVENO.- El 6-9-10, 26-10-10 y 18-10-10 tuvieron entrada en el Juzgado las respuestas dadas a sus interrogatorios por GALP DISTRIBUCION OIL ESPAÑA SA, CEPSA y REPSOL, respectivamente, uniéndose el 10-11-10.

VIGESIMO.- 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 y no renunciadas, dándose luego a las partes traslado para formular sus conclusiones, solicitando la actora como diligencia final reiterar la testifical escrita, quedando entonces para resolver.

VIGESIMO PRIMERO.- En la tramitación de las actuaciones se han observado las prescripciones legales, salvo lo relativo al plazo para dictar sentencia, dada la complejidad y volumen de las actuaciones, habiendo sido nombrado además el Juez que presidió el juicio, 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 del contrato de constitución del derecho de superficie y de arrendamiento de industria con abanderamiento y abastecimiento que le liga con la demandada desde el 17 de junio de 1991, contrato que se aporta como documento 7 de la demanda, donde la parte demandada actuó con la denominación PETROGAL ESPAÑOLA SA, 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). El objeto de dicho contrato es la estación de servicio sita en el margen derecho de la Carretera N-556, km. 6'300 Vigo-Pontevedra, a la que nos referiremos sin más como la estación de servicio.

En concreto, se pide el dictado de una sentencia por la que se hagan las siguientes declaraciones: *1º Declarar nulo y sin efectos el contrato privado de fecha 17 de junio de 1991 de cesión de derecho de superficie y arrendamiento de industria con exclusiva de abanderamiento y abastecimiento, que vincula a la actora con la demandada: A) En cuanto a la fijación de los precios de venta al público por parte de GALP ESPAÑA SA a ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL, en aplicación del art. 81.2 del Tratado de Amsterdam, por incurrir el contrato en la prohibición del art. 81.1 del Tratado de Amsterdam, al no encontrarse el contrato exento de su prohibición por vulnerar tanto el Considerando 13º, en relación con el art. 12.1.c) del Reglamento CE 1984/83 vigente en el momento de la suscripción del contrato, así como por vulneración del art. 5.a) del Reglamento CE 2790/99 vigente a día de la fecha. B) En cuanto a la duración de la obligación de ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL de suministrarse en exclusiva con GALP ESPAÑA SA, en aplicación del art. 81.2 del Tratado de Amsterdam, por incurrir el contrato en la prohibición del art. 81.1 del Tratado de Amsterdam, al no encontrarse el contrato exento de su prohibición por vulnerar tanto el Considerando 8º, en relación con el art. 10 y 11 del Reglamento CE 1984/83 vigente en el momento de la suscripción del contrato, así como por vulneración del art. 4.a) del Reglamento CE 2790/99 vigente a día de la fecha. 2º En cualquier caso, y sin perjuicio de la declaración de nulidad radical solicitada, y por entender la concurrencia de causa torpe, imputable exclusivamente a la demandada, se solicita se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306 punto 2 del Código Civil, de conformidad con todo lo expuesto en el presente escrito. 3º Subsidiariamente, para el caso de que el anterior pedimento fuese rechazado, se ordene el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes, minorados en las cantidades que ya hubieran sido amortizadas, cuya fijación habrá de quedar diferida para el periodo de ejecución de sentencia. 4º se sancione a la demandada GALP ESPAÑA SA a indemnizar a ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la imposición unilateral a la actora de las condiciones económicas de las operaciones de venta al público de productos petrolíferos. Indemnización que sin perjuicio de ser cuantificada en fase probatoria, deberá ser la resultante de aplicar los términos de la siguiente ecuación: la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL, en cumplimiento del contrato privado de fecha 17 de junio de 1991 de cesión de derecho de superficie y arrendamiento de industria con exclusiva de abanderamiento y abastecimiento y la media de los precios semanales que se acredite en periodo probatorio, fueran ofrecidos por otros operadores en régimen de compra en firme o reventa, a otras estaciones de servicio, por el número de litros vendidos desde el 14 de enero de 1993 (fecha efectiva de extinción del monopolio de petróleos),*

*hasta el momento efectivo de cumplimiento de la sentencia, con los intereses que dichas cantidades hubieran generado hasta el día de la fecha, conforme a las bases establecidas en la demanda. 4º (5º) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales. (sic, en la demanda).*

Llegados a este punto, debemos hacer ver que existe un flagrante error de transcripción en el suplico de la demanda, pues aunque en el punto 1º-A) del mismo se ampara la petición de nulidad basada en que el suministrador fija los precios de venta al público de la Estación de Servicio, se ampara ésta en la contravención del Considerando 13º, en relación con el art. 12.1.c) del Reglamento CE 1984/83, así como del art. 5.a) del Reglamento CE 2790/99, la cita correcta para tal petición serían el Considerando 8º, en relación con el art. 10 y 11 del Reglamento 1984/83, así como el art. 4.a) del Reglamento 2790/99, que es la normativa que, también por error, como ahora veremos, se cita para fundamentar la petición contenida en el apartado 1º-B) del suplico, relativa a la nulidad del contrato por la duración del pacto de exclusiva, siendo que tal normativa, o sea, el Considerando 8º, en relación con el art. 10 y 11 del Reglamento 1984/83, así como el art. 4.a) del Reglamento 2790/99, se refieren a la cuestión del precio de venta, no a la de la duración de la exclusiva, y esto –que por error, ya decimos- no se traduce en el suplico, es precisamente lo que se explica y desarrolla en la fundamentación jurídica de la demanda, en concreto en los folios 26 y siguientes, donde se ampara la pretensión de nulidad del contrato de 17-6-91 en restringir la competencia por la fijación de precios que vulnera el Considerando 8º, en relación con el art. 10 y 11 del Reglamento 1984/83, así como el art. 4.a) del Reglamento 2790/99.

De igual modo, y a la inversa, cuando en el apartado 1º-B) del suplico se ampara la petición de nulidad basada en la duración de la obligación de ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL de suministrarse en exclusiva con GALP ESPAÑA SA, se ampara –decimos- en la vulneración tanto del Considerando 8º, en relación con el art. 10 y 11 del Reglamento CE 1984/83, así como la vulneración del art. 4.a) del Reglamento CE 2790/99, la cita correcta sería la que se hace en la fundamentación de la demanda para motivar por qué la duración pactada de la obligación de suministro en exclusiva conlleva la nulidad del contrato, en concreto en los folios 14 y siguientes, citándose en ellos la contravención del Considerando 13º, en relación con el art. 12.1.c) del Reglamento 1984/83, así como del art. 5.a) del Reglamento 2790/99, pues este último bloque normativo se refiere a la cuestión de la duración del pacto de no competencia, no la fijación de precios, como se hace ver en dicha fundamentación jurídica de la demanda y por error no se traduce en el suplico.

Y que estamos ante un mero error de transcripción que no puede impedir una respuesta de fondo es algo obvio y patente, porque en la fundamentación de la demanda, como hemos dicho, en los folios 14 al 47, se exponen uno y otro motivos que llevan a pedir la nulidad del contrato, o sea, la fijación de precios y la duración del pacto de exclusiva, con cita correcta de las normas aplicables en uno y otro caso, o sea, el

Considerando 8º, en relación con el art. 10 y 11 del Reglamento 1984/83, así como el art. 4.a) del Reglamento 2790/99, para el primero, y el Considerando 13º, en relación con el art. 12.1.c) del Reglamento 1984/83, así como del art. 5.a) del Reglamento 2790/99, para el segundo.

Y el que en la audiencia previa la actora retirase de la fundamentación de lo pedido en el apartado 1º-B) del suplico las referencias al Reglamento 1984/83, debe adecuarse a lo anterior, o sea, debemos entender que la actora interesa en ese punto 1º-B) del suplico que se declare la nulidad del contrato de 17-6-91 únicamente por infracción del art. 5.a) del Reglamento 2790/99, y que a su vez mantiene la petición del apartado 1º-A) del suplico de que se declare la nulidad del contrato por contravenir el Considerando 8º, en relación con el art. 10 y 11 del Reglamento 1984/83, así como el art. 4.a) del Reglamento 2790/99.

Lo anterior sentado no causa indefensión a la contraparte, pues, de un lado, la corrección realizada por el tribunal tres y dos párrafos más arriba tiene por objeto un error de transcripción flagrante del suplico, pues en la fundamentación de la demanda sí que se explica y desarrolla correctamente por qué normativa aplicables a una y otra peticiones del apartado 1º del suplico se insta la nulidad; y de otro lado, la parte demandada se ha defendido en todo momento conforme a la normativa correcta y considerando que la referencia eliminada del suplico al Reglamento 1984/83 se refiere a la cuestión de la duración excesiva del pacto de suministro en exclusiva, apartado 1º-B) del suplico, que como hemos dicho es el Considerando 13º, en relación con el art. 12.1.c) del Reglamento 1984/83.

La parte demandada, GALP ENERGIA ESPAÑA SA, en adelante GALP, niega que el contrato citado sea contrario 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, y la denominación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en la actualidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), 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, desarrollada en los folios 26 y siguientes de la demanda, se basa en que en virtud del



contrato de 17-6-91 la parte demandada ha fijado los precios de venta de los productos que se comercializan en la estación de servicio a que se refiere dicho contrato, vulnerando así el Considerando 8º, en relación con el art. 10 y 11 del Reglamento 1984/83, así como el art. 4.a) del Reglamento 2790/99. Según la demanda, tal fijación de precios se habría conseguido a través de medios directos e indirectos.

Al decir cómo se han fijado los precios a través de medios directos, la actora centra su denuncia en la cláusula 8ª, apartado C, del contrato. A juicio de dicha parte, con esta cláusula la demandada ha fijado unilateralmente tanto los precios de venta al público de los combustibles y carburantes que se expenden en la estación de servicio a que se refiere el contrato, así como el precio de compra al cual la actora ha de adquirir los productos de la demandada, y en tercer lugar, el margen comercial de beneficio a obtener por la actora como consecuencia de la comercialización de los productos y ello porque se establecen unas comisiones cuya determinación resulta plenamente indeterminada.

En cuanto a los medios indirectos de fijación de precios que se desprenden del contrato, la actora señala los siguientes: 1º El hecho de que sea GALP quien fija el importe de los márgenes “fijo por litro y producto”, que es el beneficio comercial de la actora por la comercialización de los productos suministrados, fijación que resulta según la literalidad de la cláusula 8ª del contrato, supone una fijación del margen de distribución y una fijación del nivel máximo de descuento que la actora puede conceder partiendo de un nivel de precios establecido; y estando ante la fijación del margen de reventa por el suministrador, estamos también ante la fijación indirecta del precio de reventa. 2º Al vincular el precio de reventa establecido en la estación de servicio a los precios de reventa de los competidores, se está fijando de modo indirecto aquel precio de reventa dicho. 3º Se vincula a los competidores tanto el beneficio del demandante como el precio de reventa, lo que supone una arbitrariedad de los precios, porque al demandante no le es posible saber los beneficios de otros gasolineros, ni tampoco los precios a los que se suministran éstos. 4º Además, según el contrato cualquier variación que el demandante realice sobre los precios puede suponer un incumplimiento penado con la resolución; con ello, el actor se ve abocado a aceptar siempre las condiciones económicas fijadas por la demandada en las comunicaciones anuales (márgenes fijos de beneficio). 5º Asimismo, el demandante ha de pagar los productos suministrados con independencia de que los haya vendido o no a los consumidores, siendo que según el contrato cualquier retraso en el pago supondría la supresión automática en el diferimiento de pago y la exigencia de garantías, o incluso la suspensión del suministro, todo lo que suponen amenazas proscritas por las Directrices relativas a la restricciones verticales. 6º Igualmente, el que el precio marcado en el monolito sea fijado por la demandada supone limitar el poder de la parte actora para reducir el precio de la reventa, porque sólo podrá efectuar el descuento con cargo a su margen de beneficio en caja.

No podemos compartir las consideraciones de la parte actora.

Respecto del que se denuncia como **mecanismo directo** para la fijación de precios, la cláusula 8ª apartado C citada señala en sus apartados 1º y 2º:

*“1.- En tanto se mantenga el criterio actual para la fijación de los precios de venta al público, PETROGAL venderá en firme sus productos a ES CARBALLAL a un precio igual al de venta al público minorados en las correspondientes comisiones”.*

*“2.- Las comisiones asignadas a ES CARBALLAL serán en todo momento idénticas a la media de las percibidas por los distribuidores de las tres primeras empresas (por volumen) operando en la zona geográfica en la que se encuentra la estación de servicio”.*

Tales párrafos se refieren, lógicamente, al periodo temporal en que los precios de venta al público eran fijados por la Administración, antes de la liberalización de precios del sector, acaecida como sabemos –y nos recuerdan ambas partes- en 1996-1997. Así las cosas, no podemos afirmar que en el momento inmediatamente anterior a la liberalización de precios GALP fijara los precios de venta al público. Pero además, tampoco en este periodo se fijan por GALP los márgenes o comisiones del revendedor, pues según el contrato *tales comisiones serán idénticas a la media de las percibidas por los distribuidores de las tres primeras empresas (por volumen) operando en la zona geográfica en la que se encuentra la estación de servicio*, o sea, dependen de una serie de variables ajenas a GALP.

La cláusula aplicable en la fase posterior a la liberalización de precios es la 8ª.C.3, que señala:

*“3.- Al producirse la liberalización real de los precios de venta al público, la fijación de éstos seguirá siendo responsabilidad de PETROGAL. Por su parte, ES CARBALLAL continuará comprando en firme a PETROGAL los productos petrolíferos a precios iguales a los vigentes en cada momento, para la venta al público en la zona geográfica de la estación, minorados en las comisiones u otro tipo de remuneración que pueda establecerse, calculado en todo caso por el procedimiento especificado en el apartado precedente”.*

En su exposición sobre el mecanismo directo que el contrato brinda al suministrador para fijar los precios de venta al público, la parte actora hace referencia a la fijación del **precio de compra** por dicho suministrador, al amparo de la cláusula transcrita.

Pues bien, la fijación del precio por el que el suministrado (actor) adquiere el producto al suministrador (demandado) no implica la fijación del precio de venta de los productos a terceros, que es lo que nos preocupa en esta sentencia y sirve como objeto de análisis. Por ello,

ninguna trascendencia tienen aquellas referencias que el escrito rector del pleito hace a que la demandada ha venido fijando el precio al que la actora debía comprar el producto.

En cuanto a los **precios de venta al público** de los productos suministrados, que es lo que tiene trascendencia de cara al derecho de competencia, no se puede leer la cláusula transcrita de modo aislado (“...los precios de venta al público, la fijación de éstos seguirá siendo responsabilidad de PETROGAL...”), como parece pretender la parte actora, sin atender a la realidad fáctica en la que se ha desenvuelto la relación entre las partes.

El sistema articulado en dicha cláusula 8ª.3.C para determinar los precios de venta al público devino, a partir de 1997 –fecha de la liberalización de precios-, en un sistema de precios de venta al público “recomendados”. Así resulta probado abrumadoramente con múltiples medios de prueba, que ahora diremos, incluso algunos confeccionados o aportados a los autos por la propia parte actora.

Dicho sistema de “precios recomendados” se basa, según la propia cláusula y la práctica entre las partes, acreditada como ahora diremos fundamentalmente con el documento 18 y 19 de la demanda, aunque también con otros muchos medios probatorios, se basa en una captura de los precios de venta al público de la competencia en la zona en la que se encuentra la estación de servicio y que debía hacer quien explota la citada estación de servicio –el actor-, para luego comunicárselos a GALP, captura a partir de la cual se extrae la media aritmética, siendo el resultado un “precio de venta al público recomendado”, práctica esta que resulta perfectamente legal, pues el Reglamento 2790/99 no excluye, en su artículo 4º, la licitud del señalamiento de precios de venta máximos o recomendados por el proveedor que no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo, y esto no sólo es aplicable en relaciones de agencia, sino que también lo es a las operaciones de venta y sucesiva reventa, siempre que el revendedor tenga libertad para jugar con el importe que va a cobrar al cliente final y con el margen de beneficio que él obtiene en la operación. Si ese precio de venta a terceros del producto suministrado es “recomendado”, resulta incontestable que la actora tenía plena libertad para decidir cuál es el precio al que iba a vender a los terceros los productos suministrados en la estación, como se deduce del folio 38 de la demanda, donde se indica que el precio recomendado podía reducirse o incrementarse.

Lo anterior se observa, como ya hemos adelantado, en las comunicaciones aportadas como documento 18 de la demanda, comunicaciones realizadas por la demandada a la actora entre el año 1999 y el 2004, o sea, los seis años inmediatos a la presentación de la demanda, donde GALP comunica a la actora “**los precios de venta al público recomendados de combustibles**” (sic), comunicaciones que se han sucedido, como hemos dicho, durante los seis años anteriores al inicio del presente proceso sin queja o desmentido alguno de la parte actora, admitiendo el propio demandante en su interrogatorio que llevaba a cabo esas capturas que sirven de base a tales precios que eran

comunicados, “capturas” que se citan en los propios comunicados y que también cita el folio 35 de la demanda como “base” del precio de venta al público. Igualmente, las comunicaciones de los márgenes comerciales fijos por litro y producto e incentivos variables por objetivos que GALP remitía a la parte actora desde 1998, y que se aportan agrupadas como documento 19 de la demanda, contienen esa referencia a que los precios de venta al público en la estación son “recomendados”, pues en ellas se dice que tales márgenes e incentivos “... **se deducirán de los precios recomendados** a aplicar desde el ...” (sic). De hecho, en el fax remitido por la parte actora a la demandada en junio de 1997, aportado como documento 5 de la contestación, se hace referencia a la “captura” de precios realizada en ese periodo, señalando que existía una diferencia de -0’30 pesetas por litro en el precio de venta al público de gasóleo A en la competencia respecto del precio en la propia estación, lo que implica la necesidad -en dicha ocasión, y otras que se citan como ejemplo- de *reducir el “margen comercial” para competir con otras estaciones con precios inferiores* (sic, en cursiva), lo que desde luego implica, partiendo de un margen fijo -unitario- por litro y producto -en este caso el gasóleo A-, como dice la actora y resulta de la propia cláusula 8.C.3 y documento 19 citado, que lo que se disminuye es el precio de venta al consumidor, demostrando que el demandante contaba con esa facultad, y por tanto el precio de venta a terceros era “recomendado”.

Y a esa conclusión llega igualmente el informe pericial elaborado por KPMG y aportado por la parte demandada el 19-9-06, ratificado y explicado en el acto del juicio, que aquí damos por reproducido. Además, lo anteriormente expuesto resulta, a pesar de las respuestas evasivas del representante legal de la parte actora, del interrogatorio en juicio del propio demandante, quien no supo explicar cómo GALP le impuso el precio de venta al público de los carburantes durante los años a que se refiere la reclamación, admitiendo que nunca le dijeron que esos precios que le comunicaban fueran “obligatorios” (de obligada observancia). Igualmente, la existencia de un sistema de precios recomendados resulta un hecho probado por las declaraciones testimoniales de Joaquín Motos Clemente, José Manuel Bravo Bogo y Luis Delgado Puig, siendo la última bastante descriptiva, pues además explicó cómo se establecía el precio de compra de los productos suministrados por GALP a la estación de servicio, o sea, el precio que debía pagar el gasolinero al suministrador, coincidiendo con todo el desarrollo que hemos hecho en los dos párrafos inmediatamente anteriores, lo que tiene trascendencia también de cara a los argumentos sobre medios indirectos de fijación del precio de venta al público.

Si los precios a los que se vendía a terceros el producto suministrado en la estación de servicio eran recomendados, no estamos ante un mecanismo de fijación directa del precio, pues la demandante es libre, como hemos dicho, de vender a un precio inferior, igual o superior, si bien claro está, ello repercute en su comisión (o mejor dicho, su margen de beneficio), como acabamos de ver y refleja el citado documento 5, lo que es ajeno a lo que aquí analizamos.

En otro orden de cosas, y partiendo de lo anteriormente expuesto, resulta inane la afirmación de que la demandada fija el **margen comercial de beneficio** a obtener por la actora como consecuencia de la comercialización de los productos, pues ya hemos dicho que lo que interesa es el precio de venta al público de los productos, que no viene fijado por la demanda, sino que es “recomendado”. Dicho “margen comercial” tan solo tiene trascendencia, según la propia cláusula 8.C.3, para determinar el precio al que el actor debía adquirir el producto del demandado, lo que ya hemos dicho antes que no interesa al derecho de competencia, en los términos que se exponen en la demanda. Y es que años antes de presentar la demanda el propio actor admitió a través del documento 5 de la contestación que, aun con el “margen comercial fijo por litro y producto” comunicado por GALP, podía aumentar o reducir su margen comercial (su beneficio), lo que supone obvia y necesariamente que lo que modificaba era el precio de venta del producto a los consumidores finales, todo ello como hemos explicado tres párrafos más arriba, luego no vemos cómo la fijación directa de ese margen comercial supone una fijación directa del precio de venta. En todo caso, tampoco el margen comercial es fijado por la actora de modo directo y unilateral, sino que, según la cláusula transcrita, es resultado de *la media de las percibidas por los distribuidores de las tres primeras empresas (por volumen) operando en la zona geográfica en la que se encuentra la estación de servicio* (sic), o sea, dependen de una serie de variables ajenas a GALP.

En cuanto a los que se denuncian como **mecanismos indirectos** para fijar el precio, ninguno de los invocados puede alcanzar el fin pretendido.

Desde luego, los que hemos reseñado bajo los ordinales 5° y 6° del párrafo 3° de este fundamento, ninguna consecuencia producen en el precio al que se vende el producto a terceros, máxime cuando ninguna de tales circunstancias se hace depender del precio de venta al público, luego ningún efecto producen sobre el objeto de análisis –la fijación del precio de venta al público–.

El “mecanismo” que hemos reseñado en el mismo párrafo bajo el número 4° no parece referirse a los precios de venta al público, sino al margen comercial comunicado por la demandada anualmente (ver documento 19 de la demanda), siendo que como ya hemos dicho los precios de venta al público comunicados por el suministrador eran “recomendados”, luego a la hora de la venta del producto a terceros podían aumentarse o reducirse por el suministrado sin sanción alguna, por lo que no estamos ante “mecanismo” alguno de fijación del precio de venta al público, ni directo, ni indirecto. De hecho, no existe en el contrato de 17-6-91, ni cita la demanda, no hay ninguna cláusula contractual que imponga sanción alguna a la actora por no respetar los precios comunicados (recomendados). Y si la hubiera por no respetar los márgenes fijos comunicados por la demandada, tampoco ello constituiría

mecanismo de fijación indirecta del precio de venta, pues ya hemos dicho que tales márgenes tan sólo tienen trascendencia de cara al precio de compra, luego para nada inciden en el precio de venta, por lo que no podemos vincular tales márgenes a este último concepto.

Los que se denuncian como “mecanismos indirectos de fijación del precio”, que hemos sintetizado en los números 2º y 3º del párrafo tercero de este fundamento, ninguna relevancia tienen de cara al precio de venta al público, pues es indiferente que se haga una “captura de precios de la competencia” para determinar luego un precio de compra del producto por el gasolinero y un margen a deducir de dicho precio, pues lo que interesa es que el precio de venta al consumidor final era recomendado, o sea, como hemos dicho, quien gestiona la estación podía reducir el citado precio con cargo a sus márgenes, luego ninguna incidencia real tiene ese sistema de capturas sobre el precio al que finalmente se vendía, o mejor dicho, se podía vender el producto al público, pues el resultado de aquellas capturas daba lugar a un precio “recomendado”. Y si el demandante considera que con dicho sistema se infringe la prohibición del art. 1449 del Código Civil, desde luego ello no es un motivo que pueda llevar a la nulidad del contrato por aplicación del art. 81.2 en relación a su apartado 1º TCE, que es lo que podemos declarar a través de un Juzgado Mercantil.

El “mecanismo” que hemos narrado en el primer ordinal del mismo párrafo tercero, tampoco puede servir para estimar la pretensión actora, pues como nos dice la sentencia de la secc 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 2-7-2009 para un caso idéntico al aquí analizado:

*“...los márgenes comunicados por GALP no son imperativos para el distribuidor, como ya se ha indicado en el anterior párrafo, sino un simple parámetro para determinar el precio de adquisición mediante la deducción de unos márgenes fijos, esto es, por litro vendido, y otros variables, esto es, dependientes del volumen de litros vendidos y del PVP recomendado que se fijaba a partir de las propias comunicaciones que periódicamente la estación remitía a GALP de los PVP de la competencia. Por tanto, no se da una fijación de márgenes constitutiva de un medio indirecto de imposición del precio de venta “fijo”, sino, por el contrario, lo que existe es una indicación de un precio de venta recomendado, fijado en atención a los precios de la competencia, y una utilización de unos márgenes “fijos” en cuanto que unitarios, pero no imperativos, y de otros incentivos variables que, descontados de ese precio de venta recomendado, sirven para calcular el precio de adquisición. La causa de la rigidez en el precio de venta no radica en que GALP pretenda imponer, por medios directos o indirectos, unos precios de venta al público fijos, que es la práctica contraria a la competencia alegada en la demanda como base de la acción ejercitada, sino que estriba en que el empresario de la estación de servicio pretende mantener unos márgenes de beneficio garantizados, porque no quiere reducir*

*su margen bruto por venta en su estación, a lo que no consta la oposición de GALP. De ahí que no es que esta entidad fije, directa o indirectamente, el precio de venta (como se ha dicho, en todo momento ha indicado a la estación que los precios de venta al público comunicados periódicamente lo eran con el carácter de “recomendados” y que los márgenes comunicados para calcular, detrayéndolos de ese precio de venta al público recomendado, el precio de adquisición, eran disponibles por el distribuidor) sino que es el empresario de la estación de servicio quien pretende “petrificar” su ganancia, al presentar la polémica como si su margen de reventa hubiera de mantenerse siempre invariable para no mermar sus beneficios (parece ser que a costa de la petrolera demandada, desconociendo este tribunal a qué regla mercantil pueda responder ese criterio), lo cual además no es ni siquiera del todo cierto puesto que si disminuyendo su margen “fijo” (esto es, por unidad vendida) aumentara las ventas, se aprovecharía, entre otras cosas, de los incentivos progresivos por volumen de venta”.*

Dicha argumentación, como decimos, es aplicable al caso enjuiciado, al concurrir la misma premisa fáctica, vistos los documentos 18 y 19 de la demanda y 5 de la contestación, y es compartida plenamente por este Juzgador hasta el punto de no requerir más explicaciones.

Por todo ello, no concurre esta primera infracción que sirve de base a la pretensión actora.

TERCERO.- En segundo lugar, la parte actora considera que el contrato de 17-6-91 es nulo porque el mismo constituye un derecho de superficie a favor de la demandada por 25 años, y junto a él un arrendamiento de industria con abanderamiento y abastecimiento en exclusiva por igual periodo (25 años), lo que supone una vulneración de la duración máxima permitida a las cláusulas de no competencia por el art. 5.a) del Reglamento 2790/99 –ya hemos dicho en el fundamento primero de esta sentencia que la motivación de esta concreta pretensión en el Reglamento 1984/83 fue eliminada en la audiencia previa-. El desarrollo de este motivo de nulidad del contrato se contiene en los folios 16 al 26 de la demanda, que aquí damos por reproducidos.

Debemos desestimar también esta alegación.

Como la propia demandante reconoce en su escrito de 8-5-09, cuando se celebró el contrato de 17-6-91, la demandada tenía en el mercado español de distribución de combustibles una cuota de mercado de apenas el 0'95 %, evolucionando hasta casi el 3 % en la fecha de contestación a la demanda, o sea, en diciembre de 2005. Tales cifras porcentuales, además, resultan del documento 3 y 4 de la contestación a la demanda. Las mismas dieron lugar a la causa de oposición contenida en los folios 9 y 22 al 25 de la contestación a la demanda, donde se señala que esa mínima cuota de mercado no puede dar lugar a aplicar el

art. 81.1 TCE, siendo que actuaciones como el contrato objeto del pleito, lejos de restringir la competencia, la han beneficiado, permitiendo que se introduzca un nuevo competidor en el mercado español.

Partiendo de tal cifra, o sea, del hecho cierto –por probado y por admitido– de que cuando en julio de 2005 se inició el presente proceso, GALP tenía una cuota de mercado que apenas alcanzaba el 3 % del mercado nacional de referencia, resulta que esa cláusula de duración de la exclusiva de suministro por 25 años que se denuncia como causante de nulidad, no puede entrar, en el supuesto de autos, dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE.

Y es que debemos recordar que si bien para que se considere que un acuerdo que suponga una fijación vertical de precios de reventa infrinja la prohibición de restricción de la competencia del art. 81.1 TCE, no es preciso que se superen los umbrales mínimos de cuotas de mercado fijados en la Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001 sobre acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del art. 81 TCE (en lo sucesivo, Comunicación “de minimis”), ello por tratarse de una restricción especialmente grave en la terminología comunitaria (art. 11 de la Comunicación “de minimis”), sin embargo para que la cláusula sobre duración de la exclusiva de suministro pueda entrar en el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE, es necesario que se superen tales umbrales mínimos.

No superándose en el caso de autos, puesto que la cuota de GALP no llegaba al 5% del mercado relevante, no se daría esa afectación sensible de la competencia necesaria para entrar en dicho ámbito de aplicación, tal y como sostiene la parte demandada.

Sabedora de ello, la parte actora discute en la demanda que sean aplicables los umbrales de la Comunicación “de minimis” (páginas 39 y siguientes de la demanda, cuyo contenido aquí damos por reproducido).

Sobre tal particular, y para contestar a dichas alegaciones, debemos reproducir la fundamentación contenida en el Fundamento III de la sentencia de la secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 23-1-09, rollo de apelación 97/08, donde se señala:

*TERCERO.- En su recurso, las recurrentes consideran que la sentencia apelada no respeta las exigencias que resultan de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, TJCE), concretamente de las sentencias de los casos “Delimitis” (STJCE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89) y “Neste” (STJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-214/99).*

*Tras realizar extensas consideraciones sobre dichas sentencias y su pretendido alcance y significación, las recurrentes llegan a la conclusión de que para la aplicación de la regla “de minimis” (esto es, para apreciar si un acuerdo restrictivo no afecta sensiblemente a*



la competencia) además de que el mercado nacional sea difícilmente accesible, “el contrato debe contribuir «de manera significativa» al efecto de bloqueo o de cierre de mercado. Para determinar lo que ha de entenderse por «de manera significativa» deben darse dos requisitos sine qua non (si uno de los dos no se da, se entenderá que el contrato contribuye al efecto acumulativo de cierre de mercado y por tanto no estaría prohibido): a) La cuota de las partes contratantes en el mercado afectado que habrá de ser escasa para que se pueda aplicar (minimis) y además, b) la duración manifiestamente excesiva respecto a la media de los contratos según lo estipulado reglamentariamente (máximo de cinco años)” (f. 2332, énfasis mediante subrayado, negrilla y mayúsculas eliminado).

Es evidente que la alambicada construcción realizada por las recurrentes desemboca en unas afirmaciones incomprensibles y contradictorias: a) “...se entenderá que el contrato contribuye al efecto acumulativo de cierre de mercado y por tanto no estaría prohibido...”: si el contrato contribuye al efecto acumulativo de cierre de mercado ¿cómo no va a estar prohibido”; y b) que uno de los requisitos que si no se da, se entiende que el contrato contribuye al efecto acumulativo (además del de escasa cuota de los contratantes en el mercado afectado) es el relativo a “la duración manifiestamente excesiva” del contrato: ¿ cómo puede exigirse para que un contrato no contribuya al efecto acumulativo que el contrato tenga una duración manifiestamente excesiva?.

En todo caso, si lo que pretenden afirmar las recurrentes es que para que el acuerdo no contribuya al efecto acumulativo de cierre de mercado y, por tanto, no afecte sensiblemente a la competencia, es que se precisa de modo acumulativo que la cuota de mercado sea escasa y que además la duración no sea excesiva (de manera que si faltara uno de dichos requisitos, se afectaría sensiblemente la competencia), lo mantenido por las recurrentes no concuerda con lo que afirman las citadas sentencias del TJCE y la Comunicación “de minimis”. La citada STJCE del caso “Neste”, con cita de la del caso “Delimitis”, declara en su párrafo 27:

“Si el examen del conjunto de contratos similares revela que el mercado afectado es difícilmente accesible, deberá analizarse en qué medida los contratos celebrados por el proveedor de que se trate contribuyen al efecto acumulativo producido por dicho conjunto de contratos. La responsabilidad de este efecto de cierre del mercado debe imputarse, conforme a las normas sobre competencia comunitarias, a los proveedores que contribuyen a él de manera significativa. Los contratos celebrados por los proveedores cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no están comprendidos, por tanto, dentro de la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Con el fin de analizar la importancia de la contribución de los contratos celebrados por un proveedor al efecto de bloqueo acumulativo, debe tomarse en consideración la posición de las partes contratantes en el mercado. Dicha contribución depende, además, de la duración de dichos contratos. Si esta

*duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, el contrato concreto está prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado (sentencia Delimitis, antes citada, apartados 24 a 26)”.*

*Por tanto, la aplicabilidad de la prohibición contenida en el art. 81.1 TCE en el caso de mercados difícilmente accesibles por la existencia de redes paralelas de acuerdos entre proveedores y distribuidores cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares depende de que el acuerdo esté suscrito por un proveedor cuya contribución al efecto acumulativo no sea insignificante, habida cuenta de su posición en el mercado (esto es, porque su cuota de participación en el mercado relevante no sea insignificante) y, “además”, de la duración de dichos contratos, que debe ser ponderada no con los plazos previstos en los reglamentos de exención, como pretenden las recurrentes, sino con “la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado”. Se trata, pues, de dos requisitos cumulativos, de tal modo que si no se da el primero (una cuota significativa de mercado), huelga entrar a considerar si concurre el segundo.*

*Para decidir si la contribución del proveedor al efecto acumulativo es o no insignificante han de tomarse en consideración, como ha admitido la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, núm. 631/2006, de 22 junio, las magnitudes cuantitativas de los “umbrales de cuotas de mercado” que la Comisión, en desarrollo de la jurisprudencia comunitaria, ha fijado en la citada Comunicación “de minimis”. Establecen los apartados 1, 2 y 8 de dicha comunicación:*

*“1.- El apartado 1 del artículo 81 prohíbe los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha aclarado que esta disposición no es aplicable cuando los efectos sobre el comercio intracomunitario o sobre la competencia no son sensibles.*

*2.- En la presente Comunicación, la Comisión establece, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 81 del Tratado CE. Esta definición negativa de lo “sensible” no implica que los acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación restrinjan la competencia de forma sensible. Es posible que dichos acuerdos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que, por tanto, no resulten prohibidos en virtud del apartado 1 del artículo 81.*

*8.- Cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean*

similares), los umbrales de cuota de mercado fijado en el punto 7 quedarán reducidos al 5 %, tanto en el caso de acuerdos entre competidores como de acuerdos entre no competidores. En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5 % no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado. Es improbable que exista un efecto acumulativo de exclusión si menos del 30 % de un mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares”.

Por tanto, en un mercado como el mercado español de distribución minorista de carburantes a través de estaciones de servicio, en el que se acepta que existe un efecto acumulativo de exclusión por la existencia de redes paralelas de acuerdos entre suministradores y distribuidores que cubre más del 30% de dicho mercado, que lo hace difícilmente accesible a los competidores que podrían implantarse en este mercado o ampliar su cuota de mercado, un acuerdo restrictivo de la competencia suscrito por un proveedor cuya cuota de participación en el mercado relevante no supera el umbral mínimo del 5% no afecta significativamente a la competencia pues no contribuye significativamente a este efecto de cierre del mercado (en este sentido, Opinión de la Comisión, f. 602), por lo que no se cumple el requisito de que el acuerdo tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común tal como exige el art. 81.1 TCE, en lo que respecta a la cláusula de duración de la exclusiva.

Sólo si se superara ese umbral mínimo podrían tomarse en consideración el resto de circunstancias relevantes (no sólo la magnitud de la cuota de mercado que excede de dicho umbral mínimo sino también la duración de la exclusiva respecto de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el contrato afectado, etc.) para valorar si se produce efectivamente la afectación sensible de la competencia, dado que dicha afectación sensible de la competencia no se produciría automáticamente por la simple superación de dicho umbral mínimo puesto que, como afirma el apartado 2 de la Comunicación “de minimis”, “esta definición negativa de lo “sensible” no implica que los acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación restrinjan la competencia de forma sensible”.

Está acreditado que la cuota de GALP en el mercado relevante, en la fecha en que se interpuso la demanda, era de aproximadamente de un 2,5% (f. 534 y siguientes), que queda muy lejos del 5% previsto en el apartado 8 de la citada Comunicación “de minimis”, por lo que falta el requisito de la afectación sensible de la competencia necesario para que un pacto de exclusiva pueda considerarse incurso en la prohibición de restricción de la competencia del art. 81.1 TCE.

Consecuentemente, no es preciso entrar a valorar si la conducta puede considerarse exenta en base a los reglamentos de exención de determinadas categorías de acuerdos verticales, concretamente

*los Reglamentos comunitarios 1984/83 y 2790/99 invocados por las actoras-recurrentes puesto que la cláusula sobre duración de la exclusiva no entra en el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE, y la consideración de si un acuerdo entre empresas puede acogerse a la exención prevista en dichos reglamentos (o, con carácter general, en el art. 81.3 TCE ) sólo procede si previamente se considera que el mismo incurre en la prohibición del art. 81.1 TCE .*

Tal argumentación es plenamente compartida por este Juzgador, y debe llevar a desestimar los argumentos de la demanda.

Además, la demandante, durante la tramitación del pleito, en mayo de 2009, ha invocado como hecho nuevo que en octubre de 2008, más de 3 años después de interponerse la demanda, la cuota de mercado de la demandada se situaba en el 7 %, oponiéndose la demandada a que tal alegación pueda ser valorada en la sentencia.

A lo anterior, debemos dar nuevamente la respuesta contenida en la sentencia de la secc. 28<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 23-1-09, rollo de apelación 97/08, donde se señala:

*Como ya se razonó al rechazar los documentos que las recurrentes pretendían aportar con su escrito de interposición del recurso de apelación, las alegaciones que se hacen sobre un supuesto incremento de la cuota de mercado a partir de diciembre de 2005 no pueden ser tomadas en consideración puesto que “habiéndose iniciado el litigio en marzo de 2005, las modificaciones que sobre el sustrato fáctico del litigio hayan podido tener lugar con posterioridad a esta fecha (en concreto un acuerdo de GALP con otra entidad que pudiera suponer un aumento futuro de su cuota de mercado) son irrelevantes a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, a la vista de lo previsto en el art. 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “. La posibilidad de introducir hechos nuevos prevista en algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede permitir la introducción de tales hechos cuando sirvan para confirmar o descartar alguno de los hechos que constituye el sustrato fáctico que sirve de base a la demanda, pero no para modificar dicho sustrato fáctico, de modo que la demanda haya de ser resuelta no por lo que había acontecido cuando la misma fue interpuesta, sino por lo que aconteció con posterioridad.*

Tal argumentación es aplicable en el caso que nos ocupa por cuanto, ciertamente, la demanda que instaura la *litis* se fundamenta sobre un hecho concreto cual es que la demandada posee una cuota de mercado inferior al 5 %, nada se invoca en la demanda acerca de que tal porcentaje pueda incrementarse en el futuro, ni siquiera se deja abierta esa posibilidad en el escrito rector, y la demandada articula su contestación sobre tal circunstancia, luego no es posible cambiar posteriormente el sustrato fáctico –y con ello el jurídico- de la demanda,

siendo la posibilidad de alegación de “hechos nuevos” referida a aquellos que puedan acomodarse a la fundamentación de la demanda de la que se ha defendido el demandado, no aquellos que deban dar lugar a nueva fundamentación, de la que ya no puede defenderse el demandado por no ser momento procesal pertinente.

En todo caso, y aun cuando tuviéramos en cuenta ese dato, o sea, que la demandada actualmente posee una cuota de mercado que ha superado el umbral del 5 % a que nos hemos referido antes con cita de la Comunicación “de minimis”, ello no llevaría sin más a declarar en base al Reglamento 2790/99 la nulidad del contrato de 17-6-91 por la existencia de una cláusula de suministro en exclusiva por 25 años.

Y es que, en el presente caso, nos encontramos con un contrato al que no le alcanzaría la inaplicación de la exención prevista en el art. 10 del Reglamento 1984/83, pues aunque la duración de la cláusula de exclusividad en el suministro supera el plazo del art. 12.1.c) de dicho Texto Legal (10 años), sería de aplicación la excepción que sobre dicho precepto prevé el apartado 2º del mismo art. 12, toda vez que en el contrato de referencia el proveedor arrendó la estación de servicio al revendedor, coincidiendo temporalmente la obligación de compra exclusiva con el periodo de duración del arrendamiento, siendo indiferente que el proveedor no fuera propietario del terreno sobre el que se había construido la estación de servicio arrendada al revendedor, como dice la STJUE de 2-4-09 (C-260/07). Todos estos datos resultan del propio contrato, no discutiéndose.

Ese sería el panorama con el Reglamento 1984/83, que llevaría a declarar la validez de la cláusula que impone la obligación de suministro en exclusiva durante el periodo de arrendamiento –la parte actora, sabedora de la existencia de cuantiosa jurisprudencia que concluye lo anterior, en la audiencia previa suprimió de la petición de declarar la nulidad del contrato por la excesiva duración del pacto de suministro en exclusiva, toda referencia al dicho Reglamento, como hemos adelantado en el fundamento primero de esta sentencia-.

Tras dicho Reglamento, entró en vigor el 1-1-2000 el Reglamento 2790/99, cuyo art. 5.a) negó la aplicación de la exención prevista en el artículo 2 del mismo a *“cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años”*. Dicho precepto, además, señalaba una excepción a la regla general, al disponer que *“no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador”*, aclarando la antes mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2009 que *“el artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) num. 2790/1999 (...) exige que el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio que arrienda al revendedor como del terreno sobre*

*el que aquella está construida o que, en el caso de no ser propietario, los arriende a terceros no vinculados con el revendedor”.*

Así las cosas, podríamos decir que el acuerdo litigioso cumplía las condiciones de exención que, en relación con su duración, establecía el Reglamento 1984/1983, pero no las que impuso el Reglamento 2790/1999.

Pues bien, no obstante lo anterior, no podemos olvidar que el citado Reglamento 2790/99 estableció un régimen transitorio en su art. 12.2, que reza del siguiente tenor: *La prohibición establecida en el apartado 1 del art. 81 del Tratado no se aplicará, durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001, respecto de los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplan las condiciones de exención previstas en el presente Reglamento, pero que cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos (CEE) nos 1983/83, 1984/83 o 4087/88.*

Y dicho régimen transitorio es aplicable al supuesto litigioso, por lo que estaríamos ante la ineficacia sobrevenida del acuerdo, pero no como consecuencia directa de la entrada en vigor de dicho Reglamento, sino del vencimiento del plazo de cinco años desde el 1-1-2002, que es aquel que el artículo 5, en relación con el 12, del mismo texto respeta, si es que no se cumplen las condiciones excepcionales que señala.

Si tenemos en cuenta que el plazo máximo tolerado por el Reglamento 2790/1999 todavía no había vencido cuando la demanda origen de este pleito fue interpuesta en julio de 2005, llegamos a la conclusión de que la petición de nulidad que se contiene en el apartado 1º-B) del suplico, como tal, no puede ser atendida, pues en dicho momento aún no había transcurrido el citado plazo de 5 años desde el 1-1-2002, o sea, desde el fin del periodo transitorio, y por tanto no se cumplía la condición para declarar la nulidad de dicha cláusula.

En este sentido se ha pronunciado en un caso idéntico el fundamento noveno de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 5-5-2011, recurso de casación 1043/07.

CUARTO.- La desestimación de la demanda debe llevar a imponer las costas a la parte actora (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 344/2005, seguidos a instancia del procurador Don David García Riquelme, en nombre y representación de ESTACION DE SERVICIO CARBALLAL SL, contra GALP ENERGIA ESPAÑA SA, representado por el Procurador Don Isidro

Orquín Cedenilla, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al demandado de los pedimentos dirigidos en su contra, con imposición de costas a la actora.

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. El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia.

Para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la Cuenta de Depósitos y consignaciones de este Órgano el depósito legal, 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.

Cumplimentado el trámite de notificación a las partes de la sentencia dictada en estos autos, cúmplase cuanto dispone el art. 15.2 del Reglamento 1/03 del Consejo y art. 212.3 LEC, comunicándose la citada sentencia a la Comisión Europea (DG de Competencia) y a la Comisión Nacional de Competencia, a los efectos oportunos. Llévase a cabo la primera de las comunicaciones a través del fax 00 32 2 29 50128 y/o correo electrónico comp-amicus@ec.europa.eu, correspondientes a dicha Dirección General (<http://ec.europa.eu/competition/court/contacts.html>).

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

**PUBLICACION.-** Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Sr Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.