



Roj: STS 3399/2011
Id Cendoj: 28079110012011100333
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1043/2007
Nº de Resolución: 312/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación e infracción procesal interpuestos por Inversions Cobasa, SL, representada por el Procurador de los Tribunales don David García Riquelme, contra la Sentencia dictada, el seis de febrero de dos mil siete, por la Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid , que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Madrid. Es parte recurrida BP Oil España, SA, representada por la Procurador de los Tribunales doña Olga Rodríguez Herranz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . Por escrito registrado por el Juzgado Decano de Madrid el uno de septiembre de dos mil cuatro, el Procurador de los Tribunales don David García Riquelme, obrando en representación de Inversions Cobasa, SL, interpuso demanda de juicio ordinario contra BP Oil España, SA.

La representación de la sociedad demandante, tras referirse a la evolución de la regulación del sector de los hidrocarburos y de su distribución al por menor en las estaciones de servicio durante la etapa del monopolio estatal y, posteriormente, con el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea, alegó en la demanda, en síntesis y en lo que interesa a la decisión del litigio, que la demandante, interesada en la explotación de una estación de servicio en terrenos de su propiedad, celebró con BP Oil España, SA, en el año mil novecientos noventa y cuatro, dos contratos de contenido semejante a los que dicha sociedad celebraba, con el mismo fin, con otros posibles distribuidores. Que ambos contratos quedaron documentados en forma privada y fueron elevados a escritura pública el diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cinco.

Que, por uno de los referidos contratos, la demandante constituyó, con causa onerosa, un derecho de superficie, por un plazo de catorce años, sobre sus referidos terrenos, a favor de BP Oil España, SA, la cual debía construir una estación de servicio en ellos, conforme a un determinado proyecto. Que, por el otro contrato, BP Oil España, SA arrendó a la demandante el conjunto industrial resultante de la conjunción aquellos elementos, con la misma duración que el derecho de superficie y a cambio del pago de una renta. Que al último contrato quedó incorporada una cláusula de exclusividad de abastecimiento de la estación de servicio, a favor de BP Oil España, SA, de modo que Inversions Cobasa, SL quedó obligada a recibir carburantes y combustibles sólo de la arrendadora y superficiaria, a cambio de unas comisiones mencionadas en uno de los anexos. Que ambos contratos formaban, por voluntad de las partes, un conjunto homogéneo de imposible desvinculación y absolutamente interrelacionado en todas sus partes.

Añadió la representación de la demandante que su relación con la demandada, respecto de los productos suministrados y vendidos en la estación de servicio de que era arrendataria, no podía ser calificada como la propia de un contrato de agencia, pues siempre se trató de una compra para revender, por lo que entraba en la previsión del *apartado 1 del artículo 81* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Que, por otro lado, no eran aplicables a la exclusiva de suministro, dada la duración máxima del vínculo y la imposición de los precios de reventa por BP Oil España, SA, las exenciones previstas en el *Reglamento (CEE) 1984/1983, de la Comisión, de 22 de junio de 1983* , vigente cuando la relación contractual entre

las litigantes se constituyó, ni las establecidas en el *Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999* , en relación con el apartado 3 del antes citado *artículo 81* .

También alegó que, en el anexo del contrato de arrendamiento de industria, se establecían unas comisiones por litro vendido de gasolina o gasóleo, en lugar de un precio, que no quedó determinado, sino dejado al arbitrio de la demandada.

Que, consiguientemente, los contratos en su día celebrados por la demandante con BP Oil España, SA eran nulos de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 81, apartado 2* , del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, así como en los *artículos 1261, regla tercera, y 1275 del Código Civil* .

Con esos antecedentes, interesó la representación procesal de la demandante del Juzgado de lo Mercantil competente, una sentencia que: " 1. *Declare la condición de revendedor de la mercantil Inversions Cobasa, SL. 2. Declare nula y sin efecto la total relación jurídica articulada mediante Se declare nula y sin efecto la total relación jurídica articulada mediante escrituras de constitución de derecho de superficie y de arrendamiento de industria ambas de fecha 19 de julio de 1995, y los contratos privados suscritos previamente de constitución de derecho de superficie y arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, acompañados como Docs. número 7 y 8, por contravención del art. 81.1 del Tratado de Amsterdam, todo ello de conformidad con el art. 81.2 del Tratado y el art. 6.3 del Código civil, por ser contrarios a normas imperativas y prohibitivas. 3 .- Declare asimismo la nulidad de dicha relación contractual referenciada en el pedimento anterior, por conformar todos ellos una relación jurídica compleja que adolece del vicio insubsanable de inexistencia y-o ilicitud de causa en contrato oneroso, al estar indeterminado el precio de los productos petrolíferos objeto de la exclusiva de suministro que vincula a las partes y quedar el mismo al exclusivo arbitrio de una sola de las partes, 4.- Ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306.2º del Código Civil , de conformidad con todo lo expuesto en el presente escrito, y subsidiariamente, para el caso de que el anterior pedimento fuese rechazado y sin perjuicio de la declaración de nulidad radical de los contratos referidos, ordene el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes, minorados en las cantidades que ha hubieran sido amortizadas, cuya fijación habrá de quedar diferida para el periodo de ejecución de sentencia. 5.- Condene a la demandada al pago de las costas".*

SEGUNDO. La demanda fue turnada al Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Madrid, que la admitió a trámite por auto de veintidós de septiembre de dos mil cinco, conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 1/04 .

La sociedad demandada fue emplazada y se personó en las actuaciones, representada por la Procurador de los Tribunales doña Olga Rodríguez Herranz, la cual, en ejercicio de dicha representación, contestó la demanda.

En dicho escrito, la representación procesal de la demandada alegó, en síntesis y en lo que a la decisión del litigio interesa, que lo que en la demanda se había calificado como un negocio jurídico complejo no eran más que dos contratos, uno de constitución del derecho de superficie y otro de arrendamiento de industria con *cláusula de compra en exclusiva. Que la celebración de ambos respondió al ánimo de las dos partes contratantes de obtener beneficios con ellos. Que la actitud de la demandante era evidencia de una actuación contraria a la buena fe. Que la exclusiva se había incorporado a una relación que debía ser calificada como de comisión, no de venta, de modo que Inversions Cobasa, SL no era más que un agente o comisionista que vendía al público sus productos, percibiendo una cantidad determinada por cada litro de combustible vendido. Que, por ello, los acuerdos con la demandada no entraban en la previsión del artículo 81, apartado 1* , del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Que, por otro lado, el precio del carburante resultó siempre claramente determinable por la conjunción de dos datos, el de venta y el importe de la comisión a que tenía derecho la demandante. Que tampoco le imponía a la distribuidora el precio de venta del combustible al público, ya que eso correspondía decidirlo a ésta, mediante la modulación de su comisión. Añadió que no era, en ningún caso, aplicable la norma del *artículo 1306 del Código Civil* sobre la causa torpe.

En el suplico del escrito de contestación, la representación de la demandada interesó del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Madrid que " *tenga por contestada en tiempo y forma la presente demanda, y tras los trámites oportunos, se dicte Sentencia por la que se desestimen íntegramente las peticiones formuladas por la actora, con expresa imposición de costas a la misma* " .

TERCERO. Celebrados los actos de audiencia previa, el dieciséis de diciembre de dos mil cuatro, y del juicio, el veintiuno de enero de dos mil cinco, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Madrid, por medio de auto de nueve de febrero de dos mil cinco , decidió interesar de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea y del entonces conocido

como Tribunal de Defensa de la Competencia, sendos informes sobre determinados extremos de interés para la decisión del litigio. Recibidos los mismos y unidos a las actuaciones, el mencionado Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia con fecha diecinueve de octubre de dos mil cinco , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallo. Desestimo la demanda interpuesta por Inversions Cobasa, SL contra BP Oil España, SA e impongo a la parte actora las costas derivadas de este juicio* ".

CUARTO. La sentencia de diecinueve de octubre de dos mil cinco del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Madrid fue apelada por la demandante.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se repartieron a la Sección Vigésimotava de la misma, que tramitó el recurso y dictó sentencia, con fecha seis de febrero de dos mil siete , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallo. En atención a lo expuesto, la Sala acuerda: 1. Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Inversions Cobasa, SL contra la sentencia dictada el diecinueve de octubre de dos mil cinco por el Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Madrid , en el procedimiento nº. 1/2004 del que este rollo dimana.- 2. Revocamos la resolución recurrida en el extremo relativo a la imposición de costas a la actora, y en su lugar acordamos no hacer expresamente imposición de las costas de primera instancia.- 3. Confirmamos los demás pronunciamientos de la resolución recurrida.- 4. No hacemos expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación* ".

QUINTO. La representación de la demandante y apelante Inversions Cobasa, SL preparó e interpuso, contra la sentencia de la Sección Vigésimotava de la Audiencia Provincial de Madrid de seis de febrero de dos mil siete , recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

Cumplidos los trámites, dicho Tribunal, por providencia de diecisiete de mayo de dos mil siete, mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de nueve de junio de dos mil nueve , decidió: " *1º. Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Inversions Cobasa, SL. contra la sentencia dictada, en fecha seis de febrero de dos mil siete, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimotava , en el rollo de apelación nº. 496/2006 dimanante de los autos de juicio ordinario nº. 1/2004 del Juzgado de lo Mercantil nº. Cuatro de Madrid .- 2º. Y entréguese copias de los escritos d interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría* ".

SEXTO. El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Inversions Cobasa, SL se compone de dos motivos, en los que la recurrente denuncia:

PRIMERO . Con apoyo en el *artículo 469, apartado 1, regla tercera, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , la infracción del *Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, en especial de su artículo 16* , así como del *artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

SEGUNDO . Con apoyo en el *artículo 469, apartado 1, regla cuarta, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , la infracción del *artículo 24, apartado 1* , de la Constitución Española.

SÉPTIMO . El recurso de casación interpuesto por Inversions Cobasa, SL se compone de cuatro motivos, en los que, con apoyo en el *artículo 477, apartados 1 y 2, ordinal 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , la recurrente denuncia:

PRIMERO . La infracción de los *artículos 1124, 1281, 1256, 1261, 1273, 1275 y 1449 del Código Civil* .

SEGUNDO . La infracción del *artículo 81* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

TERCERO . La infracción de los Reglamentos 1984/1983, de 22 de junio, y 2790/1999, de 22 de diciembre.

CUARTO . La infracción de la *Ley 7/1998, de 17 de julio* , de defensa de la competencia.

OCTAVO. Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procurador doña Olga Rodríguez Herranz, en nombre y representación de Bp Oil España, SA, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

NOVENO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso día siete de diciembre de dos mil diez, acordándose en dicho acto someterse al conocimiento del Pleno de la Sala el once de abril de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Inversions Cobasa, SL, dedicada a la venta de carburantes y combustibles en una estación de servicio de la que es arrendataria, pretendió en la demanda la declaración de nulidad de los dos contratos que, casi diez años antes de interponerla, había celebrado con la demandada, BP Oil España, SA, que desde el inicio de la relación es quien le suministra en exclusiva aquellos productos.

De los mencionados contratos, públicamente documentados en la misma fecha, uno tuvo por objeto la constitución de un derecho real de superficie, a favor de BP Oil España, SA, por un plazo de catorce años y sobre unos terrenos que eran propiedad de Inversions Cobasa, SL, en los que la superficiaria debía construir - y construyó - una edificación apta para ser utilizada como estación de servicio.

El otro contrato tuvo por objeto el arrendamiento de la empresa de venta de combustibles y carburantes establecida en la estación de servicio que había sido construida en los terrenos propiedad de la arrendataria, Inversions Cobasa, SL. El plazo de vigencia de la relación arrendaticia era el mismo previsto para la duración del derecho real de superficie.

A dicho contrato de arrendamiento, y con su misma vigencia, incorporaron las sociedades contratantes una cláusula de compra en exclusiva, por la que Inversions Cobasa, SL quedó obligada a que quien le suministrara los productos para la venta en la estación de servicio fuera, exclusivamente, BP Oil España, SA.

I. La pretensión declarativa de la nulidad de los contratos - que la demandante, tras afirmar que dieron vida a " *un conjunto negocial homogéneo de imposible desvinculación y absolutamente interrelacionado* ", presenta como una unidad - se basó en la afirmación de la infracción de dos clases de normas imperativas.

A. En primer término, la contenida en el *artículo 81, apartado 1* , del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea - numeración y denominación que utilizaremos en lo sucesivo, por ser las empleadas en el proceso, pese a que hoy habría que hablar del *artículo 101, apartado 1* , y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -. La demandante afirmó que a tal acuerdo vertical le era aplicable la sanción establecida en el *apartado 2 del mencionado artículo 81* y *negó que lo fueran las exenciones por categorías previstas, sucesivamente, en los Reglamentos (CEE) 1984/1983 de la Comisión, de 22 de junio de 1983* - vigente cuando los contratos se celebraron - y *(CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999* - que entró en vigor cuando las relaciones contractuales litigiosas se hallaban ya en funcionamiento -.

Según Inversions Cobasa, SL las razones por las que los contratos mencionados estaban prohibidos por el *artículo 81, apartado 1* , del Tratado y no resultaban favorecidos por las exenciones establecidas en ambos Reglamentos, fueron dos.

(a) El tiempo de duración del pacto de suministro en régimen de exclusiva superaba el máximo previsto sucesivamente en ellos.

(b) BP Oil España, SA le había impuesto durante el funcionamiento de la exclusiva, los precios de reventa de los carburantes y los combustibles al público.

B. En segundo término, las normas del Código Civil sobre los requisitos relativos al objeto y la causa en la formación de los contratos - *artículos 1261 y 1275* -.

Afirmó la demandante que los contratos que celebró, en su día, con BP Oil España, SA carecían originariamente de una regulación sobre el precio, que, en definitiva, no había quedado determinado, y, al fin, adolecían de falta de causa.

II. La demanda fue desestimada, íntegramente, en las dos instancias. La sentencia de la segunda desestimó el recurso de apelación de la propia demandante por haber entendido la Audiencia Provincial que, pese a consistir el pacto de exclusiva en un acuerdo entre empresas, en el sentido del *artículo 81, apartado 1* , del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea - al ser la relación entre las litigantes la propia del contrato de agencia, bien que no genuina a los efectos de la aplicación de derecho de la competencia -, le era aplicable la exención por categorías prevista en el *Reglamento 1984/83* , sin que las modificaciones introducidas por el *Reglamento 2790/99* provocaran la nulidad de los contratos.

Conclusión a la que llegó el Tribunal de apelación, aunque BP Oil España, SA hubiera señalado un precio máximo para la venta de los productos por ella suministrados, dado que entendió que Inversions Cobasa, SL podía aplicar descuentos con cargo a su comisión. Y aunque la duración de la exclusiva superase el plazo establecido en el *artículo 12, apartado 1, letra c), del Reglamento 1984/83* , ya que concurrían, en la

relación entre las partes, las circunstancias previstas en su apartado 2; así como en el *Reglamento 2790/1999, en aplicación del régimen transitorio previsto en su artículo 12* .

Contra la sentencia de apelación interpuso Inversions Cobasa, SL recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, en cuyo examen entramos seguidamente.

SEGUNDO. En el primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, Inversions Cobasa, SL denuncia la infracción del *artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002* , relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los *artículos 81 y 82 del Tratado, y 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Alega la recurrente, en primer término, que, pese a los cauces que el citado Reglamento establece para permitir la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y la Comisión y pese, incluso, a que el Juzgado de lo Mercantil, en aplicación del *artículo 15* de aquel texto, solicitó de dicho órgano la transmisión de dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias, la Audiencia Provincial - al igual que, antes, el propio órgano jurisdiccional de la primera instancia - había decidido el conflicto en un sentido opuesto al contenido de las opiniones e información recibidas, sin tener en cuenta, por tanto, el principio de aplicación uniforme de aquella normativa.

TERCERO. Como se expresa en el considerando 22 del *Reglamento (CE) 1/2003* , en un sistema de competencias paralelas como el que instaura, deben evitarse decisiones contradictorias, con el fin de garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias. En tal sentido se señala en el considerando 21 que la aplicación coherente de las normas de competencia reclama la instauración de mecanismos de cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y la Comisión, por lo que conviene que aquéllos soliciten a ésta información o dictámenes sobre aspectos de interés para la aplicación del Derecho comunitario de la competencia.

En desarrollo de tal propósito el *artículo 15, apartado 1* , establece que, en el marco de los procedimientos de aplicación de los *artículos 81 y 82* del Tratado, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que les remita la información que obre en su poder o sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las mencionadas normas.

El *artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil* - incorporado a la misma por la *Ley 15/2007, de 3 julio* - regula esa intervención en los procesos relativos a la defensa de la competencia, ya sea por propia iniciativa, ya a instancia del órgano judicial, sin atribuir a la Comisión Europea ni a la Comisión Nacional de la Competencia la condición de parte.

Expusimos en la sentencia 401/2010, de 1 de julio, que son las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas, en el procedimiento previsto en el *artículo 234* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con la finalidad de garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales, las que despliegan un efecto vinculante para éstos y no sólo en el caso en que las cuestiones se planteen, sino también cuando la litigiosa sea idéntica a otra que ya hubiera sido objeto de una decisión con carácter prejudicial, en el marco del mismo asunto judicial - sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de noviembre de 1997, C-337/95 -.

El motivo se desestima.

La interpretación del Derecho comunitario por parte de la Comisión Europea no resulta vinculante para los Tribunales nacionales.

Además, la contradicción que la recurrente afirma existente, entre la opinión de dicho órgano y la decisión judicial del conflicto, no se advierte. Antes bien, el Juzgado de lo Mercantil planteó a la Comisión Europea cinco cuestiones, cuya respuesta ha resultado de evidente utilidad para la sentencia del primer grado, luego confirmada en la segunda instancia a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia.

CUARTO. En el segundo de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia Inversions Cobasa, SL la del *artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el 234* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Afirma la recurrente, para justificar la afirmación de la lesión de sus derechos a un proceso con todas las garantías y recursos e, incluso, al Juez predeterminado por la *Ley, que los Tribunales de las dos instancias debían haber planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como último intérprete de las normas del referido Tratado*.

El motivo se desestima.

Además de que el Tribunal de apelación no estaba, en el caso, vinculado a plantear la cuestión prejudicial, según el *artículo 234* del Tratado, la doctrina del llamado acto "claro" libera de dicho deber cuando exista jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia de que se trate.

Señalamos en la sentencia 231/2010, de 5 de mayo, que sobre todas las cuestiones del Derecho de la Unión que interesan en este tipo de litigio, el mencionado Tribunal ya se ha pronunciado en sus sentencias de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), 11 de septiembre de 2008 (asunto C-279/06) y 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05), cuya doctrina ha ido aplicando esta Sala, según se desprende de la sentencia 863/2009, de 15 de enero de 2010 y las que en ella se citan.

Hay que añadir que la decisión de un órgano jurisdiccional de no plantear la cuestión prejudicial no lesiona el derecho que protege el *artículo 24* de la Constitución Española, siempre que, como sucede en este caso, se motive suficientemente.

QUINTO. De los cuatro motivos del recurso de casación interpuesto por Inversions Cobasa, SL, el primero - en el que la sociedad denuncia la infracción de los *artículos 1124, 1281, 1256, 1261, 1273, 1275 y 1449 del Código Civil* - se proyecta sobre la desestimación de la pretensión deducida en el ordinal tercero del suplico de la demanda y relativa a la declaración de la nulidad de los dos contratos que, el diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cinco, celebró con la sociedad demandada, por razón de la afirmada infracción de las normas internas sobre los requisitos que, respecto del objeto y la causa, han de concurrir para la válida formación de los contratos.

Los otros tres - en los que la recurrente señala como normas infringidas las del *artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (segundo)*, los *Reglamentos 1984/1983, de 22 de junio* , y *2790/1999, de 22 de diciembre (tercero)* y la *Ley 7/1998, de 17 de julio, de defensa de la competencia (cuarto)* - se refieren a la desestimación de la pretensión deducida en el ordinal primero del suplico de la demanda, relativa a la declaración de la nulidad de los dos contratos por significar la cláusula de compra en exclusiva un acuerdo vertical entre empresas, verdaderos eslabones de una cadena de distribución para el establecimiento de un sistema de comercialización de un producto que, por sus efectos contrarios a la competencia, resulta incompatible con las exigencias del mercado único.

Dos son, por tanto, los grupos de cuestiones planteadas. Uno está referido a la válida formación de los contratos y, el otro, a la supuesta infracción de las normas de la Unión Europea sobre la competencia en materia de restricciones verticales.

Por otro lado, dentro del segundo se ha de efectuar de inicio una labor de simplificación, que lleva a dar respuesta tan sólo a la cuestión relativa a la aplicación de las exenciones reglamentarias (motivo tercero), dado que el Tribunal de apelación declaró, con rotundidad, que nos hallamos ante un propio acuerdo entre empresas para coordinar su actividad en el mercado, incluido en el *artículo 81, apartado 1* , del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y, ello supuesto, que el mismo no merece la sanción de nulidad reclamada en la demanda y establecida en el apartado 2 del propio artículo, al no producir efectos contrarios a la competencia, por reunir las condiciones precisas para considerarlo favorecido por la exención por categorías que los Reglamentos mencionados en el tercer motivo establecen.

Por último, la relación existente entre los *artículos 81 y 82* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y las normas nacionales sobre la competencia - a que se refiere el *artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003* - hace innecesario examinar, por separado, la denuncia de la infracción de las últimas (motivo cuarto, que la recurrente formula, por cierto, sin citar los preceptos supuestamente violentados, con desconocimiento en este punto de la técnica casacional).

SEXTO. Como se indicó, Inversions Cobasa, SL niega la posibilidad jurídica de aplicar las exenciones previstas en el *Reglamento (CEE) 1984/1983, de la Comisión, de 22 de junio de 1.983* , y en el *Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, por una primera razón*: la demandada proveedora le había venido imponiendo, durante el funcionamiento de la relación de exclusiva, el precio de venta al público del carburante. Insiste en que lo hizo de un modo vinculante y sin posibilidad de efectiva variación por su parte.

Argumenta la recurrente, para reafirmar su postura, que la relación que le unía a la demandada no era de agencia o de comisión, sino de venta para revender y que ella había adoptado la posición de minorista o revendedora.

SÉPTIMO. El considerando octavo del *Reglamento 1984/83* expresaba que " [...] las disposiciones restrictivas de la competencia y, en particular, las que limiten la libertad del revendedor de fijar los precios o las condiciones de reventa o de elegir a sus clientes, no pueden quedar eximidas con arreglo al presente Reglamento " .

En la interpretación de dicho *Reglamento* y, en particular, de las normas de su título III - relativo a las disposiciones aplicables a los acuerdos de estaciones de servicio -, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006 - asunto C-217/05 - precisó, en su parte dispositiva (2), que " los artículos 10 a 13 del Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión [...] deben interpretarse en el sentido de que tal contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador " .

En su sentencia de 11 de septiembre de 2008 - C-279/06 - el mismo Tribunal razonó (65) que " el artículo 11 del Reglamento nº 1984/83 enumeraba, de manera exhaustiva, las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, podían imponerse al revendedor, entre las que no figuraba la fijación del precio de venta al público ", insistiendo en que " a tenor del octavo considerando del mismo Reglamento, <<las demás disposiciones restrictivas de la competencia y, en particular, las que limiten la libertad del revendedor de fijar los precios [...], no pueden quedar eximidas con arreglo al presente Reglamento>> ", para concluir afirmando que, "por consiguiente, la fijación [...] del precio de venta al público de los productos petrolíferos constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención prevista en el artículo 10 de dicho Reglamento " .

No obstante, el artículo 4.a) del *Reglamento 2790/99* contempló la posibilidad de " imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta ", con tal que " no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo, como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes " .

La sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 , antes mencionada, precisó (71) que " procede comprobar si la fijación del precio de venta máximo no es, en realidad, un precio de venta fijo o mínimo, teniendo en cuenta el conjunto de las obligaciones contractuales, así como el comportamiento de las partes en el asunto principal" y que, (67) " habida cuenta del reparto de las competencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar las modalidades de la fijación del precio de venta al público en el asunto principal [...]", insistiendo (71) en que " incumbe al órgano jurisdiccional [...] examinar si esta autorización corresponde a una posibilidad real para el revendedor de disminuir ese precio de venta " y comprobar " si tal precio de venta al público no se fija, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, tales como la fijación del margen del titular de la estación de servicio, amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones o incentivos " .

La sentencia del mismo Tribunal de 2 de abril de 2009 argumentó (3) que "las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público [...] pueden acogerse a la exención por categorías en virtud del Reglamento nº 1984/83 , en su versión modificada por el Reglamento nº 1582/97 , y del Reglamento nº 2790/99 , si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público " y que "en cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal" .

III. Sobre la mencionada y debatida cuestión, el Tribunal de apelación explicó su decisión de desestimar la demanda - en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida - a partir de la rotunda negación de que, pese a ser cierto que la suministradora señalaba a la minorista un precio máximo de venta al público, ello significara " una fijación directa o indirecta " del mismo y, por tal, que BP Oil España, SA impusiera a Inversions Cobasa, SL " la obligación de vender el carburante suministrado por BP al precio de venta al público [...] indicado por ella " .

Por su parte, declaró la Audiencia Provincial en relación con las circunstancias del caso, que " difícilmente una fijación o recomendación de precio máximo puede considerarse contraria a la normativa sobre la competencia, salvo que se demuestre que provoca efectos colaterales de restricción de la competencia que deriva en la disminución del número y la calidad de los competidores y, por tanto, en una ulterior subida de precios, lo que aquí no se ha alegado siquiera " .

IV. Ante la significación de tales argumentaciones no cabe más que concluir coherentemente con la afirmación de que la casación no abre una nueva instancia en la que se pueda variar el supuesto de hecho litigioso reconstruido en las resoluciones recurridas.

Realmente, lo que hace en este motivo la recurrente no es más que incurrir en una petición de principio, pues deriva consecuencias jurídicas de una premisa que es falsa, en el sentido de contraria a la declarada como cierta en la sentencia recurrida.

Lo que no cabe, pues, se insiste, este recurso extraordinario no tiene por finalidad revisar la declaración de hechos declarados probados, sino la aplicación a los mismos de la norma sustantiva.

El motivo se desestima.

OCTAVO. La segunda razón por la que niega Inversions Cobasa, SL la aplicación a la exclusiva de compra de las exenciones previstas en los Reglamentos (CEE) 1984/1983 y (CE) 2790/1999 es doble, a la vista de la argumentación de este particular del motivo.

En primer lugar, señala la recurrente que el tiempo de vigencia de aquella *cláusula contractual superaba los diez años establecidos en la letra c) del apartado 1 del artículo 12* del primeramente mencionado Reglamento.

Y, en segundo lugar, afirma que no concurría en el caso la excepción prevista en el apartado 2 del propio artículo - que permitía imponer por mas tiempo al revendedor las obligaciones de compra en exclusiva y las prohibiciones de competencia de que se trata, "*cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor*"-, dado que la reforma introducida, sobre esta materia, por el artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) 2790/1999 había reducido a cinco el límite máximo de los años y, especialmente, exigía para la aplicación de la exención que "*los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor*", lo que no sucedía en el caso.

NOVENO. El artículo 12.2 del Reglamento 1984/83 establecía que "*no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1*", que sancionaba la inaplicación de la exención cuando el acuerdo se celebrase "*por una duración indeterminada o por más de diez años*", si el mismo se refería "*a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente título, durante todo el periodo durante el cual explote efectivamente la estación de servicio*".

El Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia de 2 de abril de 2009 (C-260/07) que (1) "*el artículo 12, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1984/83 [...] no exigía que el proveedor fuera propietario del terreno sobre el que hubiera construido la estación de servicio arrendada al revendedor*".

Con posterioridad, el artículo 5 del Reglamento 2790/1999 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*". Pese a lo que la letra a) del propio artículo señaló 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 [...]*".

La antes mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2009 precisó, al respecto, que (2) "*el artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) nº 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*".

Por virtud de lo expuesto hay que concluir afirmando que el acuerdo litigioso cumplía las condiciones de exención que, en relación con su duración, establecía el Reglamento (CEE) 1984/1983 , pero no las que impuso el Reglamento (CE) 2790/1999 .

Así como que el acuerdo quedó sometido al régimen transitorio sancionado en el artículo 12, apartado 2, de este último, conforme al que la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no era aplicable durante el periodo comprendido entre el uno de junio de dos mil y el treinta y uno de diciembre de dos mil uno.

La consecuencia de todo ello es que, por restarle el uno de enero de dos mil dos un plazo de vigencia de más de siete años, el acuerdo no puede beneficiarse de la aplicación del repetido *Reglamento 2790/1999* .

Lo cual implica 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 primero de enero de dos mil dos , 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.

Lo expuesto es lo que argumentó la Audiencia Provincial para rechazar la impugnación de la entonces apelante. Y su decisión debe ser mantenida, por razón de que el plazo máximo tolerado por el *Reglamento 2790/1999* todavía no había vencido cuando la demanda fue interpuesta.

El motivo se desestima.

DÉCIMO. Denuncia Inversions Cobasa, SL en el otro motivo de su recurso de casación - el primero en el escrito de interposición - la infracción de los artículos 1124, 1281, 1256, 1261, 1273, 1275 y 1449 del *Código Civil* .

Afirma en este motivo - referido a la desestimación de su pretensión de declaración de la nulidad de los dos contratos celebrados, el diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cinco, con la sociedad demandada - que tenía la condición de compradora del combustible que le suministraba BP Oil España, SA - no la de agente de la misma - y, ello sentado, que en los contratos de compraventa no aparecía determinado el precio, razón por la que no podía ser declarada válida la formación de los mismos.

El motivo se desestima.

En la sentencia recurrida se argumentó la desestimación de dicha pretensión - fundamento de derecho octavo - a partir de la calificación de la relación contractual entre las dos litigantes como propia de la agencia - si bien, no genuina a los efectos del derecho europeo de la competencia -. A partir de ello, el Tribunal de apelación expuso que aunque el capítulo del contrato referido a las comisiones era poco claro, la consecuencia no podía ser la reclamada por la ahora recurrente - esto es, la nulidad de los dos contratos -, sino sólo la de aplicar el régimen supletorio de fijación de dicha contraprestación contenido en el artículo 277, párrafo segundo, del *Código de Comercio* .

De esa argumentación prescinde la recurrente en este motivo, aunque es cierto que su discrepancia con la calificación de la relación jurídica como propia de la agencia la ha mantenido a lo largo del proceso y del recurso de casación.

En todo caso, a lo anómalo que se muestra pretender la nulidad de una relación jurídica que ha estado en funcionamiento - sin incidencias conocidas causadas por los defectos señalados en el motivo - desde el año mil novecientos noventa y cinco y a la posibilidad de que el precio de la compraventa - de haber sido el contrato fuente del repetido vínculo - sea meramente determinable, se une - para desestimar el motivo - la jurisprudencia que atribuye la calificación de los contratos a los Tribunales de las instancias, con muy limitada posibilidad de revisión en la casación, por razones que evidentemente no concurren - sentencias 161/2009, de 9 de marzo , y 131/2010, de 24 de marzo , entre otras muchas -.

UNDECIMO. Las costas de los recursos extraordinario que desestimamos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación de la regla del vencimiento que, como general, proclaman los artículos 394 y 398 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Las costas de los dos recursos quedan a cargo de la recurrente.

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Inversions Cobasa, SL, contra la Sentencia dictada, con fecha seis de febrero de dos mil siete, por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid .

Las costas de los dos recursos quedan a cargo de la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **.-Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.-Francisco Marin Castan.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-Roman Garcia Varela.-Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ