

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 73
MADRID**

SENTENCIA: 00020/2006

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 73
MADRID**

C/ CAPITAN HAYA 66

55820

N.I.G.: 28079 1 0012672 /2002

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 82 /2002

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Contra D/ña. REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A.

Procurador/a Sr/a. JOSE PEDRO VILA RODRIGUEZ

SENTENCIA N°20/2006

En MADRID , a veintiseis de enero de dos mil seis

El/La Sr/a. D/ña. , de Primera Instancia n° 73 de MADRID y su Partido, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 82 /2002 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante D/ña. GREGORIO BERENGUER GRAU, FRANCISCO JOSE GOMEZ ÑIGUEZ GOBERGAS S.L. con Procurador D/ña. DAVID GARCIA RIQUELME, DAVID GARCIA RIQUELME , DAVID GARCIA RIQUELME, y de otra como demandado/a D/ña. REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. con Procurador/a D/ña. JOSE PEDRO VILA RODRIGUEZ y ,

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

PRIMERO.- Por el Procurador D. David García Riquelme en nombre y representación de GREGORIO BERENGUER GRAU, FRANCISCO JOSE GOMEZ ÑIGUEZ y COBERGAS S.L., se interpuso demanda de procedimiento Ordinario contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A., en la que tras exponer los hechos y los fundamentos de Derecho que estimaba aplicables al caso terminaba suplicando se dictase sentencia de conformidad con sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se evacuó traslado a la demandada, contestando a la demanda formulada en su contra e interponiendo demanda reconvenzional frente a COBERGAS S.L., en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, y que aquí se dan por íntegramente reproducidos por motivos de economía procesal, y terminaba suplicando se dictase sentencia conforme al suplico de su contestación y demanda reconvenzional.

TERCERO.- En el presente caso la pretension reconvenzional guardaba, evidentemente, conexión con la ejercitada en la demanda y por otro lado la misma podía sustanciarse en este proceso tanto por su materia, como por su cuantía (Art. 406LEC), por lo que fue admitida a trámite y evacuado traslado a la adversa para que en el término establecido en el art. 407LEC la contestase.

CUARTO.- Contestada en tiempo y forma, se opuso a la misma en base a las alegaciones y fundamentos de derecho que estimo aplicables, y convocadas las partes se celebró la audiencia prevista en los artículos 414 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil exhortándose a las partes para que llegaran a un acuerdo, no consiguiéndose éste.

Fijados los hechos sobre los que había discrepancia, las partes propusieron las pruebas que les interesaron y se señaló el juicio el día 20 de mayo de 2004; en cuyo acto se practicaron las pruebas propuestas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos, siendo declarados los autos conclusos para sentencia, si bien no habiéndose recibido el documento de la Comisión de Bruselas y ante la incomparecencia del perito, fue interesada su práctica, por la proponente, como diligencia final.

A tenor de lo dispuesto en el art. 435LEC se acordó como diligencia final la Ratificación del Perito y que por la actora se informase sobre la tramitación del oficio que le fue entregado para solicitar informe de la Comisión Europea.

Practicadas las pruebas fue conferido traslado a las partes por término de cinco días para conclusiones; que fueron verificadas en tiempo y forma, quedando los autos conclusos para sentencia.

QUINTO .- En la tramitación de este juicio se han observado y cumplido las normas que le son legalmente aplicables a excepción del plazo para dictar sentencia



habida cuenta de la larga situación de baja laboral que, por enfermedad, ha sufrido la Titular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se promueve demanda por parte de GREGORIO BERENGUER GRAU, de FRANCISCO JOSE GOMEZ NIGUEZ y de COBERGAS S.L., en la que se insta la declaración de nulidad de los contratos privados de Constitución de derecho de superficie, la Escritura de constitución de fecha de 18 de octubre de 1.993 y el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento de 23 de julio de 1.993, en relación a la Estación de Servicio nº 12.235 sita en la carretera de Crevillente-Torre Vieja nº 16 (Alicante) que le ligan a la entidad REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. La entidad demandada opone la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes para instar la nulidad de aquellos contratos en que no han sido parte, así como alega la prescripción de la acción ejercitada a tenor del artículo 1.301 CC. A su vez reconviene contra GOBERGAS S.L. instando la declaración de incumplimiento de las exclusivas de suministro y abastecimiento pactadas entre las partes, por impagos y retrasos en el pago de los citados suministros, la resolución del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro de 23 de julio de 1.993, con entrega de la posesión a la reconviniendo, así como la condena al pago del importe impagado y de una indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la exclusiva de suministro.

SEGUNDO.- El presente procedimiento, conforme al objeto del mismo antes señalado, viene a reiterar pretensiones análogas ya discutidas y resueltas en Primera y Segunda Instancia por distintos Juzgados y Audiencias de Madrid y otras provincias. Tanto las demandas presentadas por los explotadores de las gasolineras contra las distribuidoras de productos petrolíferos (CEPSA, REPSOL.) como las reconveniciones que a continuación se promueven de contrario son casi idénticas en sus peticiones, amparadas en la existencia de una relación jurídica compleja por una de las partes, y en la defensa, por parte de la otra, de que se tratan de dos contratos distintos e independientes, posturas enfrentadas que devienen de las contrarias interpretaciones que se realizan del artículo 81 y ss del Tratado de Amsterdam, y otras normas comunitarias, así como

de las consecuencias derivadas de la Ley 34/1992 de Ordenación del Sector Petrolero que declaró la extinción del monopolio en el sector y que propició que las petroleras, ante la inminente liberalización en la venta y distribución de productos petrolíferos, promovieran la contratación masiva de relaciones jurídicas como la discutida en este pleito y en otros muchos como lo patentiza la multitud de resoluciones que ambas partes aportan como prueba documental y que obran unidas al pleito.

En este caso, dos personas físicas, los Srs. Berenguer y Gómez, como propietarios de las fincas suscribieron dos contratos de constitución de derecho de superficie a favor de REPSOL para la explotación de una Estación de Servicio. Los citados demandantes formaron una sociedad limitada denominada GOBERGAS S.L. para la venta de carburantes y lubricantes en diciembre de 1.992, firmando en el mes de julio de 1.993 el contrato de cesión de la explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento con la demandada. Todo ello se reitera a los efectos de considerar legitimados activamente a cada una de los actores respecto a las pretensiones que a cada uno afecta, puesto que la acumulación de acciones que varios tengan sobre un tercero son admisibles a tenor del artículo 72 LEC, resultando evidente el nexo por "razón del título o causa de pedir".

TERCERO.- En relación a la prescripción invocada a tenor del artículo 1.301 CC no puede más que reiterarse lo ya expuesto en otras resoluciones judiciales dictadas respecto a idéntica cuestión y que no es otra que el rechazo de plano de la misma, puesto que lo que se insta no es la anulabilidad, sino la nulidad radical de los contratos por ser contrarios a derecho, nulidad radical "ab initio" que supone la improcedencia de la aplicación del artículo 1.301 CC.

CUARTO.- Respecto al fondo del asunto, no puede esta titular dejar de tener en cuenta las resoluciones judiciales que han dado respuesta a casos idénticos al presente, de tal manera que, examinando pormenorizadamente los preceptos invocados, la documentación que al respecto han presentado las partes, teniendo en cuenta el resultado y fundamentación jurídica expresados por la Audiencia Provincial Sección 14ª respecto del procedimiento seguido en este mismo Juzgado, autos de Menor Cuantía 578/00 contra REPSOL, así como otras Sentencias dictadas por Juzgados de la misma clase de esta capital, resulta absolutamente aplicable al caso la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid, de fecha 14 de marzo de 2.005 que también viene a coincidir con la fundamentación

jurídica de otros órganos judiciales de Primera Instancia de esta ciudad respecto al estudio de la aplicación de las normas comunitarias y resoluciones dictadas por el Tribunal de la Competencia. Esencialmente debe recogerse su Fundamento Jurídico Octavo:

"En virtud de lo expuesto procede examinar el contenido contractual a la luz tanto del Derecho comunitario sobre la competencia como de las normas internas sobre la materia. En el primer aspecto cabe, claro está, al examen de los contratos a la luz de los artículos 81.1 y 82 del Tratado de la Unión Europea, importando más - cabe ya adelantar - la realidad económica que la forma jurídica empleada, dada la naturaleza del Derecho de la competencia, de contenido marcadamente económico, que preconiza la aplicación de técnicas de análisis de ese carácter, pero también, natural y lógicamente, debe hacerse extensivo al control de si tales prácticas están amparadas por alguna de las exenciones que, por categorías de acuerdos, puedan haber sido aprobadas por algún Reglamento comunitario al amparo de lo dispuesto en el artículo 81.3 del Tratado UE.

Deben ser objeto de especial consideración, por tanto, las Directrices relativas a restricciones verticales objeto de la Comunicación de la Comisión Europea publicada en el DOCE núm. 291, de 13 de octubre, particularmente sus apartados 12 a 20; así como las Decisiones que la Comisión, a través de su Dirección General IV, haya adoptado en casos que guarden semejanza o identidad de razón con el contemplado en autos.

Se requiere, eso sí, que el acuerdo, la práctica o la decisión prohibidos a tenor del artículo 81.1 del Tratado, produzcan, de modo real o potencial, una restricción sensible de la competencia en el mercado, en relación con el comercio intracomunitario; pero dicha afectación puede también producirse cuando la relación contractual afecta sólo a dos empresas de un Estado miembro de la Unión Europea, si dicho convenio forma parte de un conjunto de acuerdos similares que, considerados en su totalidad, pueden llegar a afectar al comercio entre Estados miembros (En otro caso, y en base a consideraciones similares a las hasta aquí efectuadas, cabrá únicamente el examen de la licitud de los pactos o prácticas en tela de juicio conforme a la legislación interna sobre Derecho de la competencia, que, en cuanto integrante del orden público económico, puede llegar a afectar necesariamente a la validez de tales acuerdos o contratos, siendo apreciable incluso de oficio (vid S TS de 31 de diciembre de 1979))."

El artículo 81.1 del Tratado UE dispone: "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas 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 y, en particular, los que consistan en:

- "a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- "b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- "c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- "d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- "e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos".

En cuanto al precepto citado la citada Sentencia dice:

"UNDECIMO.- Comenzando por las exenciones, por categorías, de determinadas prácticas comprendidas, en principio, en el artículo 81.1 del Tratado UE, es preciso considerar en primer lugar el Reglamento (CEE) n.º 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva -artículo éste, cabe recordar, antecedente del actual artículo 81.3 (idénticos de contenido)-. Dicho Reglamento lo que vino a permitir es que cuando determinados acuerdos anticompetitivos generasen al mismo tiempo algunas ventajas de tipo económico, como mejora de la distribución de bienes o servicios o fomento del progreso técnico o económico, que se estimasen compensación suficiente de las restricciones de la competencia que tales acuerdos produjesen en el mercado, podían obtener una exención o dispensa de prohibición; y en este marco contempló específicamente los acuerdos de distribución de productos petrolíferos, requiriendo, en todo caso, para poder beneficiarse de la exención, que la duración de los contratos de suministro de estación de servicio en exclusiva no fuese superior a 10 años, lo que claramente no se cumple en el presente caso. La indicada norma comunitaria estableció, además, en su artículo 2.2 que al revendedor sólo pueden imponerse restricciones a la competencia consistentes en el compromiso de comprar determinados productos especificados en el acuerdo únicamente al proveedor, a empresas vinculadas a él o a terceros a los que se haya encargado la distribución de sus productos; y también la obligación de no fabricar y vender productos competidores de los productos contemplados en el contrato, no comprendiéndose, pues, en las prácticas cubiertas por la dispensa de

prohibición la fijación de precios de reventa. En los artículos 10 y 11, que desarrollan las restricciones a la competencia admisibles al amparo de la exención contemplada en el Reglamento, en acuerdos relativos a estaciones de servicio, tampoco se contiene mención alguna de la fijación de precios máximos de reventa.

El Reglamento que se analiza estableció también unos límites temporales para la validez de los acuerdos relativos a prácticas dispensadas, salvo que se refiriesen a estaciones de servicio que el proveedor hubiese arrendado al revendedor o cuyo usufructo le hubiese concedido de hecho o de derecho, en cuyo caso la exención de la prohibición alcanzaba a todo el período que durase la efectiva explotación de la estación de servicio (artículo 12.2); y fue prorrogado en su período de validez hasta el 31 de diciembre de 1999 por Reglamento (CE) 1582/97, de la Comisión, de 30 de julio de 1997.

En segundo lugar, el Reglamento 2790/1999, de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, que ha sustituido al primeramente citado (en realidad, ha unificado los distintos reglamentos de exención por categorías en materia de distribución selectiva de automóviles [Reglamento 1475/1995]), establece en su artículo 4 que "la exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: a) La restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes; .". Esta prohibición de la imposición de precios - y consiguiente imposibilidad de obtener en tales casos exenciones - se refiere tanto a los casos en que la fijación se hace, de manera expresa o tácita, en el propio contrato, como en aquellos otros en que se incorporan al mismo cláusulas (por ejemplo: de aprovisionamiento exclusivo) que producen el efecto de trasladar al distribuidor unos costes tales que, en realidad, le impidan vender por debajo de determinado precio máximo fijado por el proveedor.

DUODECIMO.- Las disposiciones de tales Reglamentos deben ser puestas en relación con las Directrices contenidas en la Comunicación referenciada "supra", en las cuales se fijan criterios determinantes de la aplicación del artículo 81.1 del Tratado UE a determinados acuerdos o contratos, denominados por las partes contratantes como de agencia o comisión, sobre la base de no considerarse como genuinos acuerdos de agencia, pues éstos, los verdaderos y propios

contratos de agencia, es claro que están excluidos del ámbito de aplicación de dicho precepto del Tratado. Destacamos de tales Directrices:

- a) El apartado 13, conforme al cual " el factor determinante en la evaluación de la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 81 es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal".
- b) El apartado 14, en el cual se aclara lo que debe entenderse por riesgo financiero o comercial asumido por el agente diciendo que dos son los tipos de riesgo comercial o financiero pertinentes al respecto. En primer lugar, los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos y/o negociados por el agente por cuenta del principal, tales como la financiación de existencias. En segundo lugar, los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado; es decir, el tipo de actividad para la que el principal ha designado al agente, es decir, necesarias para que éste pueda celebrar y/o negociar este tipo de contratos, cuyas inversiones suelen ser a fondo perdido si, tras abandonar tal específico ámbito de actividad, la inversión no puede emplearse para otras actividades o venderse, como no sea con pérdidas cuantiosas.
- c) El apartado 15, que establece que el acuerdo se considera genuino acuerdo de agencia "cuando el agente no asume riesgo alguno o éste es insignificante en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad". En la situación inversa - continúa - el acuerdo de agencia se considera como un no genuino acuerdo de agencia y entra dentro de ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. "En tales casos el agente asume dichos riesgos y será tratado como un distribuidor independiente que ha de mantener su libertad a la hora de determinar su estrategia de mercadotecnia para poder recuperar sus inversiones relativas al contrato o específicamente destinadas al mercado".
- d) El apartado 16, por su parte, indica que la cuestión del riesgo contractual no puede generalizarse sino que ha de evaluarse caso por caso, teniendo en cuenta sobre todo los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo. Sin embargo - continúa - la Comisión estima que, por lo general, el apartado 1 del artículo 81 del Tratado "no será aplicable a las obligaciones impuestas al agente por lo que se refiere a contratos negociados y/o celebrados por cuenta del principal cuando la propiedad de los bienes objeto del contrato comprados no le sea

conferida al agente o éste no preste directamente los servicios objeto del contrato y cuanto éste:

"- No contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato, incluidos los costes del transporte de los bienes. Ello no impide que el agente se ocupe del servicio de transporte, siempre que sea el principal el que corra con los gastos;

"- No esté obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas; por ejemplo, contribución a presupuestos de publicidad del principal;

"- No mantenga, corriendo personalmente con los costes y riesgos, existencias de los bienes objeto del contrato, incluidos los costes de financiación de la existencias y los de pérdidas de las mismas, y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable por negligencia (como por ejemplo, en caso de que no cumpla unas medidas razonables de seguridad que eviten la pérdida de existencias);

"- No realice inversiones específicamente destinadas al mercado de equipos, locales o formación del personal, tales como el depósito de gasolina en el caso del comercio minorista de gasolina..;

"- No asuma responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido (responsabilidad del producto), a menos que, como agente, sea responsable por negligencia al respecto;

"- No asuma responsabilidad por incumplimiento del contrato por parte de clientes, a excepción de la pérdida de la comisión de agente, a menos que éste sea responsable por negligencia al efecto".

e) Por su parte, el apartado 17 de las Directrices establece que la lista (transcrita aquí sólo parcialmente), no es exhaustiva. Y añade: "No obstante, si el agente incurre en uno o varios de los riesgos o costes anteriores, puede aplicarse el apartado 1 del artículo 81 como en el caso de cualquier otro tipo de acuerdo vertical".

DECIMOTERCERO.- También en el Derecho interno de la competencia la fijación de precios máximos de reventa es una conducta, ya tenga su origen en un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o en una práctica concertada o conscientemente paralela, que resulta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. En efecto, salvo el caso (que no concurre, ya que ni siquiera se alega al respecto) de concesión de autorización prevista en el artículo 3 de la citada Ley, el artículo 1.2 de la misma sanciona con la nulidad de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas por el número 1 de dicho precepto legal, cuya prohibición se

extiende, según el subapartado a) a aquellos acuerdos o prácticas que consistan en "La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio".

La aplicación de tales preceptos depende de que se trate de empresarios independientes, no de empresas del mismo grupo, y asimismo, tratándose de acuerdos verticales, es decir, adoptados por empresarios situados en diferentes escalones del proceso productivo, de que la relación entre ellos pueda efectivamente ser calificada de distribución en sentido propio o estricto, esto es, de reventa de productos y no de mera agencia (o comisión, si entendemos por ésta no tanto la regulación del Código de comercio como las relaciones de tipo agencia establecidas antes de la promulgación de la Ley 12/1992, reguladora del Contrato de Agencia, cuya Ley les es hoy día desde el 1 de enero de 1994 - aplicable, según su propia Disposición Transitoria). En definitiva, pues, desde el punto de vista del Derecho interno de la competencia se plantean problemas o cuestiones muy semejantes a las que se configuran como presupuestos de aplicación del Derecho comunitario de dicho sector"

QUINTO.- A la vista de lo expuesto y de las argumentaciones de las partes, también resulta de aplicación lo que la citada sentencia refiere a esenciales y verdaderas condiciones de la contratación entre las partes, atendiendo a lo establecido en los artículos 1.255, 1.282 y ss del Código Civil, en un caso análogo al presente y que recoge:

" . lo que se discute es, por una parte, si nos encontramos ante un contrato de colaboración entre un empresario independiente, que continúa siéndolo, y que de forma continuada y estable actúa por cuenta del principal, promoviendo la conclusión de operaciones comerciales (agencia), o ante un contrato de distribución en sentido estricto (distribución integrada), es decir, fórmula jurídica que regula una situación en la que un empresario independiente, pasa, en virtud de las estipulaciones contractuales, a incorporarse a la disciplina y condiciones de un canal de distribución de productos impuestas por el fabricante (o por la entidad del grupo encargada de gestionar la distribución mayorista), de manera que aquél pierde, en mayor o menor grado, su propia autonomía como operador económico para, asumiendo el riesgo empresarial, revender productos suministrados por el principal en el marco de los criterios y restricciones por éste fijadas.

Aunque sea habitual denominar comisión al precio que cobra el agente por los servicios que presta, y también al beneficio que obtiene el concesionario o distribuidor sobre los bienes que vende - aunque en este caso se

trataría de una verdadera reventa - la comisión mercantil es un contrato legalmente previsto en los artículos 244 y siguientes del Código de Comercio para actuaciones ocasionales o aisladas (independientemente de la posible profesionalidad y organización empresarial del comisionista), en virtud del cual el comisionista o mandatario realiza cierto acto o contrato (por antonomasia, la venta) en nombre y por cuenta o sólo por cuenta del principal o comitente. Por lo tanto, no es naturalmente adecuada dicha especie contractual para conceptuar y regir relaciones estables o duraderas del tipo de distribución comercial, como es el caso de la que nos ocupa. Así, pues, independientemente del carácter secundario o accesorio de las denominaciones que se empleen, la disyuntiva se concreta entre contrato de agencia, al que resultaría aplicable la Ley 12/1992, de 27 de mayo (desde el día 1 de enero de 1994, según su Disposición Transitoria) y no caería dentro de la órbita de prohibiciones establecidas en el Derecho comunitario aplicable, según hemos visto, y alguna de las formas de distribución integrada o en sentido estricto, que suponen que el distribuidor efectúa operaciones de reventa, a las que sí son aplicables los preceptos de Derecho comunitario e interno de la competencia antes examinados.

En segundo lugar, el tema discutido se centra en saber si la relación "Inter. Partes" existe alguna restricción anticompetitiva, en particular la fijación de precios, prohibida en los términos ya examinados, que haga aplicable la prohibición contenida al respecto tanto en la normativa comunitaria como interna, con la consiguiente nulidad radical de dichas cláusulas o condiciones.

DECIMOSEXTO.-.- Así planteada la cuestión entiende esta Juzgadora que la operación concertada entre las partes, a través de los dos contratos el primero relativo a la cesión del uso de los terrenos y financiación de construcción de las instalaciones que integran la Estación de Servicio sita en .. y el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento de 9 de marzo de 1.995- que forman una unidad compleja de arrendamiento de industria (la gasolinera y sus instalaciones) y exclusiva de suministro, a lo que debe añadirse como elemento interpretativo de primer orden, las relaciones comerciales previas entre la actora y CAMPSA y CHL, en virtud de las cuales aquélla, concesionario de ésta,, así como la concesión administrativa de que disfruta, constituyendo la sociedad ahora demandante y formalizándose la relación de distribución comercial simultáneamente, es un verdadero y propio contrato de distribución comercial integrada o en sentido estricto, producto de la creación por la demandada

Repsol de un canal o red de distribución de los productos a cuya comercialización se dedica.

En efecto, aunque la fórmula jurídica empleada es ciertamente confusa y puede ser interpretada de distintas maneras, e incluso el propio contrato se hace eco de esta versatilidad de las formulaciones que emplea, lo que se considera decisivo es:

1º) Que no hay duda de que la sociedad demandante es un empresario independiente, cuya actividad consiste precisamente en la comercialización de productos derivados del petróleo que le son suministrados en exclusiva por REPSOL. Ello es claro, tanto por constituir dicha sociedad un ente con personalidad jurídica propia, como por carecer las dos sociedades contendientes de relación de dominio, participación o equivalente, como, en fin, por la propia historia de las relaciones comerciales que se venían manteniendo, primero con - CAMPSA documento 7 de la demanda- y posteriormente a REPSOL - documento 11-, que exigían una adecuación al nuevo marco jurídico creado por la extinción del monopolio derivada del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea. Efectivamente, así se pone de manifiesto en el contrato de arrendamiento de industria con exclusiva de suministro, tanto en su parte expositiva (exponendos tercero y cuarto) como en sus cláusulas quinta, 4.ª, 5ª y 10ª;

2º) Que en cuanto a si las ventas se hacen o no por cuenta del concedente o principal, de manera que la actividad comercial del arrendatario de la explotación del negocio consiste en promover contratos para aquél, siguiendo las directrices interpretativas que exige la aplicación del Derecho de la competencia, antes de que las construcciones jurídicas en virtud de las cuales se pretende que no existía precio de venta al distribuidor y que éste contrataba con sus clientes por cuenta del concedente, es preciso considerar que la propia estructura jurídico-empresarial creada, de un arrendamiento de industria, además de demostrar la independencia del explotador, pone de manifiesto que es éste el que vende a los clientes, que lo son de la gasolinera, o de la entidad jurídica que la explota. Los exponendos segundo y tercero del convenio antedicho, así como, por ejemplo, las cláusulas primero y séptimo, 1ª) insisten en que el arrendatario ejercerá la actividad mercantil de venta al público de los carburantes, etc., que reciba, en exclusiva, de CAMPSA. Una determinación del sentido de estas cláusulas según su propio tenor literal, suficientemente claro, así como la propia estructura integrada de las dos empresas en la comercialización a público de producto llevan naturalmente a entender que, efectivamente, XX SAL es la que vende al público los carburantes y demás productos petrolíferos.



3º) Ciertamente, la cláusula séptima del contrato con REPSOL habla de "Comisiones y venta de productos", y establece el industrial como comisionista comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de REPSOL en el precio y demás condiciones por esta señalados, dentro e los límites legalmente autorizados. Cualquier descuento que pudiera aplicar será con cargo a su comisión" Esta estipulación contractual sin embargo, en cuanto se limita a calificar el contrato, sencillamente no puede desvirtuar lo que resulte de la interpretación del resto de la condiciones pactadas (los contratos son lo que son y no lo que las partes digan; vid. Al respecto, entre otras muchas, la S TS de 28 de septiembre de 1998, cuya doctrina reitera la de 11 de diciembre de 2002); no añade ni quita nada desde la perspectiva económica que es la preponderante para el análisis de la cuestión enjuiciada (además de lo dicho sobre que en el Derecho de la competencia es predominante la consideración económica de las relaciones obligacionales, la jurisprudencia del TS viene determinante de su calificación (SS TS de 18 de febrero y 9 de abril de 1997, así como la ya citada de 22 de diciembre de 2002)); y además, debe decirse que: a) es rigurosamente inaplicable en cuanto hace depender una modificación sustancial del contrato de la exclusiva voluntad de uno de los contratantes (en contra de la prohibición del artículo 1.256 del Código Civil), ya que el derecho potestativo que incorpora ni está sujeto a plazo ni depende de la apreciación o constatación de circunstancias objetivas; b) por la misma razón, y al apreciar el tribunal que el contrato lo es de adhesión, en virtud de cláusulas redactadas unilateralmente por la parte arrendadora para ser aplicadas a un conjunto o pluralidad de relaciones jurídicas, consideración perfectamente lógica y racional no sólo porque fuese la demandada (su antecesora CAMPSA) la que presentó el modelo de contrato, sino por la naturaleza de la posición económico-jurídica de uno y otro contratante y el sentido propio de las estipulaciones convenidas, en virtud de las cuales el arrendatario de la gasolinera se somete a las condiciones de explotación que fija (para aquél y otros muchos empresarios de su red de distribución) el suministrador del producto; consecuencia además de una situación sobre la cual, y en virtud de las razones, ya constatadas en los antecedentes de hecho, de extinción del monopolio de petróleos se proyectaba sobre los explotadores de concesiones administrativas de gasolineras un alto grado de incertidumbre, careciendo aquéllos entonces (a la fecha de los contratos que nos ocupan) de la libertad que la demandada afirma para dirigirse a otros operadores del sector, pues sencillamente no existían; y sin que estas consideraciones se oscurezcan por la posible existencia de negociación individualizada de algún aspecto accesorio del



convenio, la cláusula en cuestión cae dentro de la sanción de nulidad radical y absoluta que establece el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, en relación con sus artículos 1, 2 y 4, y Disposición Transitoria única; c) porque, como se acaba de ver, lo decisivo en la interpretación contractual, también de la cláusula que nos ocupa, es la causa, como fin económico-jurídico, práctico, que el contrato está llamado a cumplir en la vida social; y en este sentido la operación en su conjunto lo que pretendió fue la creación de una estructura integrada y duradera mediante la cual en empresario jurídicamente independiente comercializa productos de otro, de manera que el establecimiento de una concreta fórmula jurídica de la que,, siguiendo la tesis de la demanda, depende, ahora, nada menos que la sujeción de la relación empresarial al Derecho comunitario de la competencia, muy importante para el desenvolvimiento de las relaciones obligacionales, no puede depender de la exclusiva voluntad del concedente; menos aún cuando tal opción resulta de un contrato en régimen de condiciones generales; y d) a mayor abundamiento, y aunque ya se ha dicho que la comisión mercantil, por su carácter ocasional, no es un tipo de contrato naturalmente aplicable al caso de autos, el artículo 272 del Código de comercio establece que las "comisiones en garantía" sólo existen cuando además de la comisión ordinaria se conviene otra, denominada la comisión "de garantía", que en el contrato examinado no aparece

4º) Pero además, la cláusula recién examinada es la que pone de manifiesto, a criterio de este tribunal con evidencia más que suficiente, aquella versatilidad a que se aludía en cuanto que se prevé en ella el cambio de forma jurídica, en unos términos de gran relevancia tal y como se deduce de todo lo dicho hasta el momento, sin mayor especificación sobre la incidencia de esa modificación en el contenido obligacional, revelándose así éste como plenamente apto para comprender en su seno el conjunto de derechos y prestaciones que caracterizan la reventa o distribución comercial integrada o en sentido estricto, lo que resulta harto significativo y deberá ser tenido en cuenta a los fines de integrar adecuadamente el contenido contractual, como luego se verá.

5º) En fin, porque en el Derecho comunitario aplicable, a que se ha hecho referencia "supra", el propio legislador de la Unión Europea, consciente de la dificultad de identificar la realidad económica que subyace al empleo de formas jurídicas diversas para la distribución comercial, y para caracterizar las operaciones que realmente pueden ser anticompetitivas se ha preocupado de establecer que "el factor determinante en la evaluación de la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 81 es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades



para las cuales haya sido designado como tal por el principal" (apartado 13 de las Directrices antes citadas, que desarrollan los siguientes, también transcritos "supra"). Y es claro que el riesgo comercial lo asume el explotador de la gasolinera de una manera significativa, pues, siguiendo lo convenido en los repetidos contratos de arrendamiento de industria con exclusiva de suministro, el arrendatario "asume el riesgo de los productos objeto de la exclusiva, desde el momento en que los reciba de CAMPSA y éstos e introduzca en los almacenes o depósitos existentes en la Estación de Servicio" (cláusula sexta, punto 4); y no sólo frente a la suministradora sino también frente a los terceros o clientes (misma cláusula en sus apartados 4 y 5), obligándose a concertar un seguro en los términos de la estipulación o cláusula quinta, 12ª; y dicho riesgo comercial se extiende también a soportar el impago por sus clientes de los productos objeto de la distribución, pues con independencia de que en el contrato se haya convenido que XX SAL. cobrará a sus clientes al contado, lo cierto es que la importancia, ya destacada, de la realidad económica subyacente y sus implicaciones obliga a ponderar quién soporta el riesgo cuando, por exigencias lógicas de la práctica comercial, particularmente en el caso de los grandes clientes, el explotador de la gasolinera vende a más de nueve días, siendo evidente que en tales casos el riesgo comercial es de dicho explotador y no de Repsol, pues ésta emite las facturas a los nueve días de haber suministrado el producto. (Ello conlleva, además, como se verá a continuación, que en tales supuestos de ventas a plazo, el riesgo de financiación de existencias es también del distribuidor y no del proveedor.

DECIMOCTAVO.- Es más discutible la cuestión de quién soporta los riesgos financieros. Tales riesgos, ciertamente, en una proporción altamente significativa, son asumidos por el proveedor, ya que se ha puesto de manifiesto: a) que han existido fuertes inversiones de CAMPSA cuando se inició la relación jurídica; b) que en el sistema de cobro de las facturas, emitidas por Repsol a los nueve días del suministro del producto, el indicado plazo es más que suficiente para que el arrendatario de la estación pueda vender al público todo el producto almacenado en cada remesa; y c) que se utiliza un sistema de actualización de precios, en función del volumen efectivamente almacenado (existencias) cuando aquéllos varían, lo que garantiza que el distribuidor cobre su comisión de acuerdo con los nuevos precios aplicables, haciendo que sea Repsol y no el distribuidor quien corra con el llamado "riesgo volumétrico".

Ha de considerarse, no obstante, por una parte, que el coste de financiación de existencias es del

explotador en lo relativo al "stock" permanente del producto que aquél se obliga a mantener, pues al no financiarse dicho "stock" de la manera indicada en el párrafo anterior significa realmente la existencia de coste y de un riesgo financiero que asume dicho empresario; por otra, que, como se ha apuntado en el fundamento anterior, cuando las ventas no son al contado, el riesgo (comercial) de impago lo soporta el distribuidor, quien igualmente, si el pago se difiere más de los nueve días indicados, pasa a soportar, en la medida o proporción correspondiente, la financiación de existencias; en tercer lugar, que también cuando se trata de clientes que operan con la tarjeta SOLRED, el riesgo de impago lo soporta finalmente el distribuidor; y finalmente, y sobre todo, que una parte no despreciable de los riesgos financieros de las operaciones los asume también la sociedad demandante (distribuidor), pues es claro que ha realizado y realiza actividad para la que el principal le ha designado, tales como los de personal al servicio de la gasolinera, (cláusula cuarta, 5ª); gastos publicitarios que no afecten negativamente a la actividad comercial o que se refieran, en la proporción adecuada, a productos distintos de los suministrados por la demandada (cláusula quinta, 3.ª, en la medida en que tales gastos pueden afectar de manera favorable o positiva a la comercialización de productos de la demanda); y costes de mantenimiento y conservación de las instalaciones y elementos de la gasolinera (cláusula cuarta, 11ª), las cuales perderá cuando abandone el ámbito específico de actividad que en la actualidad desarrolla.

Por todo ello, de acuerdo el apartado 17 de las Directrices de referencia, según el cual cuando el -pretendido - agente incurra " en uno o varios de los riesgos o costes anteriores (entre los que se hallan, además de los mencionados en el párrafo anterior, tal y como se ha venido declarando, los de responsabilidad frente a terceros, los de responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes), puede aplicarse el apartado 1 del artículo 81 como en el caso de cualquier otro tipo de acuerdo vertical", directriz que revela el concepto restringido o riguroso de agencia que impera en el Derecho comunitario, entiende esta Juzgadora que nos encontramos con una operación claramente asimilable a la reventa, a la que es aplicable la normativa comunitaria de referencia, constituida hoy día por el Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de diciembre y las Directrices mencionadas, debiendo considerarse seguidamente los efectos que ello produce en la relación contractual de que se trata.

DECIMONOVENO.- Tales efectos consisten fundamentalmente en que es preciso mantener la libertad de distribuidor

independiente a la hora de determinar su estrategia de mercadotecnia para poder recuperar sus inversiones relativas a contrato o específicamente destinadas al mercado (apartado 15 de las Directrices referenciadas), y en particular la necesidad de respetar su libertad para la determinación del precio último de venta al público del producto. Como se ha dicho, se admite en el Derecho de la competencia la fijación por el proveedor de unos precios orientativos e incluso de precios máximos, siempre y cuando las restantes condiciones pactadas no hagan en realidad ilusoria la facultad de distribuidor de reducir tales precios, lo que ocurre cuando el contrato incorpora cláusulas tales como la de aprovisionamiento exclusivo (o de imposición de calidades mínimas) que producen el efecto de trasladar sobre aquél unos costes tales que le impidan vender por debajo del precio máximo fijado, pasando así éste a ser un precio verdaderamente impuesto.

Resulta obvio que en el presente caso la disminución de precios que pueda adoptar el explotador de la gasolinera, por ejemplo cuando otros competidores (obviamente de otras marcas) reduzcan sus precios, es un riesgo que asume con cargo a su comisión o retribución, por lo que ninguna variación se producirá en los ingresos del proveedor. Realmente, en tales condiciones resulta sencillamente impensable que pueda producirse esa libertad de determinación última de los precios de venta al público por el distribuidor, máxime cuando existe éste asume una serie de riesgos cuya compensación última es la expectativa de ganancia a través del cobro de las sumas convenidas (comisiones) en función de los precios establecidos por el proveedor, riesgos estos que se han ido enumerando en los fundamentos anteriores, y que hacen pensar racionalmente que resulta prácticamente imposible o ilusoria aquella supuesta facultad de modificar a la baja los precios fijados por Repsol.

Por todo ello debe concluirse que el contrato efectivamente impone al distribuidor restricciones anticompetitivas, con la consecuencia, a tenor de lo expuesto extensamente "supra", de la nulidad radical y absoluta la nulidad de pleno derecho de tales contratos, no sólo por su incompatibilidad con el Derecho Comunitario sino también por aplicación del art. 6.3 del Código Civil, dado que los indicados contratos litigiosos son contrarios a normas prohibitivas. Esta declaración de nulidad conlleva que la relación contractual que han venido manteniendo las partes haya de regirse por el sistema de compra en firme o reventa, abstracción hecha de la denominación que se atribuya a la relación contractual."

SEXTO.- Conforme al razonamiento anterior, compartido íntegramente por esta Titular no cabe más que la

estimación íntegra de la demanda al concurrir las causas de nulidad invocadas por los demandantes al amparo de los artículos 6.3 y 1.275 CC -causa torpe-, RD 157/1992, 8.1 LCGC -13 abril de 1.998-, y artículo 85.2 del Tratado de la Unión Europea -que sanciona con la nulidad absoluta los acuerdos prohibidos que afecten al comercio entre estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir o restringir el juego de la competencia". Causas de nulidad que solo son imputables a la parte demandada quien a través de contratos de adhesión ha concertado e impuesto cláusulas u obligaciones contractuales desproporcionadas a los actores.

SEPTIMO.- El anterior pronunciamiento conlleva la desestimación de las pretensiones reconvencionales por resultar absolutamente incompatibles con la decretada nulidad de los contratos objeto del pleito, dado que previamente a los supuestos incumplimientos por parte de la entidad actora, REPSOL no había cumplido con las obligaciones legales e imperativas que le afectaban como empresa distribuidora de productos petrolíferos, entre las que destacan la de adaptar los contratos a la normativa legal vigente en la: a.- Determinación del plazo de duración del contrato; b.- Reconocimiento de la condición de revendedor y 3°.- Establecer el sistema de fijación de precios -Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2.001.

OCTAVO.- A tenor del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de las sentencias ya referidas, y las contradictorias resoluciones judiciales que se aportan por las partes sobre idénticos o análogos litigios, concurren en el caso circunstancias evidentes que patentizan las serias dudas jurídicas que se plantean en los mismos, lo que implica que cada una de las partes abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

F A L L O



Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D.GREGORIO BERENGUER GRAU, D. FRANCISCO JOSE GOMEZ ÑIGUEZ y la entidad GOBERGAS S.L. contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA, debo declarar nulos y sin efectos:

1º.- Los contratos privados de constitución de derecho de superficie objetos del litigio suscritos por la demandada y por los demandantes como personas físicas.

2º.- La Escritura de Constitución de derecho de superficie de fecha 18 de octubre de 1.993, objeto de litigio. Y

3º.- El contrato de Arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento de fecha 23 de julio de 1.993 suscrito entre la entidad GOBERGAS S.L. y la parte demandada.

Se desestiman las pretensiones reconventionales.

Cada una de las partes abonará las costas causadas a su instancia y comunes por mitad.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

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

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se preparará por escrito ante este Juzgado en término de cinco días con los requisitos y formalidades previstas en el art. 457LEC

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr/a. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en MADRID .

