



Roj: SAP M 2723/2012  
Id Cendoj: 28079370282012100034  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 28  
Nº de Recurso: 555/2010  
Nº de Resolución: 51/2012  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00051/2012**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

t6

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 555/10.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 86/05.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.

Parte recurrente: "OLMA, S.L." y "ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, S.L."

Procurador: Don David García de Riquelme.

Letrado: Doña Lourdes Ruiz Ezquerro.

Parte recurrida: "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A."

Procurador: Don Joaquín Fanjul de Antonio.

Letrado: Don Pedro Nieto Arévalo.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº 51/12

En Madrid, a trece de febrero de dos mil doce.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el nº de rollo 555/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2008 dictada en los autos de juicio ordinario núm.86/2005 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelantes, la entidades "OLMA, S.L." y "ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, S.L."; y como apelada la mercantil "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A, todas ellas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por las mercantiles "OLMA, S.L." y "ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, S.L." contra la entidad "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.", en la que, tras exponer los hechos que estimaban de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraban que apoyaban su pretensión, suplicaban:

"1.- Declare nulos y sin efecto:

La escritura de constitución de derecho de usufructo otorgada el día 11 de Diciembre de 1991, y

el contrato para la Cesión de la Estación de Servicio, Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento de fecha 11 de Diciembre de 1.991, y sus adendum y Anexos, así como los otorgados privadamente en fecha 7 de Noviembre de 1.991.

referidos a la Estación de Servicio sita en la Crta N-II, p.k. 678 de Pineda de Mar (Barcelona), por conformar todos ellos una relación jurídica compleja que contraviene normas imperativas, todo ello de conformidad con el art. 6.3 del Código Civil "

2.- Declare asimismo la nulidad de los contratos referenciados en el pedimento anterior, por conformar todos ellos una relación contractual 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.

3.- 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 ya hubieran sido amortizadas, cuya fijación habrá de quedar diferida para el período de ejecución de sentencia.

4.- Condene a la demandada al pago de las costas."

En el acto de la audiencia previa en primera instancia se desaccumuló la acción de nulidad del punto segundo del suplico de la demanda y se fijaron las bases relativas tanto a la indemnización de daños y perjuicios solicitada como consecuencia de la vulneración del derecho comunitario como respecto del pedimento subsidiario del apartado 3 del suplico relativo a la restitución de las contraprestaciones recíprocas.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia con fecha 25 de junio de 2008 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que desestimando la demanda interpuesta por OLMA, SL y ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, SL (en adelante Estación de Servicio) con el Procurador D. DAVID GARCÍA DE RIQUELME y asistida de los letrados D. ALFREDO HERNANDEZ PARDO, Dª CARME FLORES HERNANDEZ, Dª SUSANA BELTRÁN RUIZ Y Dª ISABEL SOBREPERA MILLET, contra la mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, SA con el Procurador D.JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO y el Letrado D. Pedro Arévalo Nieto debo absolver a la demandada de las pretensiones de la actora, con expresa condena en costas a la instante de este procedimiento."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte demandada que, tramitados en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase. Admitidos determinados medios de prueba en segunda instancia se señaló para su deliberación, votación y fallo el día 9 de febrero de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento se inició en virtud de demanda formulada por las mercantiles "OLMA, S.L." y "ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, S.L." contra la entidad "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A." (en lo sucesivo REPSOL), por la que se solicitaba la nulidad tanto del derecho de usufructo constituido mediante escritura pública otorgada el día 11 de diciembre de 1991, por la entidad "OLMA, S.A." (actualmente, "OLMA, S.L.") en favor de PETRODIS (hoy REPSOL), como del contrato para cesión de la explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento suscrito en la misma fecha entre PETRODIS (hoy REPSOL) y la entidad "ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, S.L.", vinculada con "OLMA, S.L.", así como los contratos privados de constitución de derecho de usufructo y arrendamiento de industria fechados el 7 de noviembre de 1991 con las consecuencias derivadas de la nulidad fijadas en el suplico de la contestación y en la audiencia previa.

La pretensión de la parte actora se fundamenta en la vulneración del artículo 81 del Tratado CE por la relación contractual compleja que liga a las partes, todo ello por: a) la fijación por el suministrador de los precios de venta al público; y b) excesiva duración de la cláusula de no competencia (25 años) que no está amparada por los Reglamentos de exención por categorías (CEE) 1984/83 y (CE) 2790/99.

La sentencia recaída en primera instancia desestima la demanda al apreciar que la relación que liga a REPSOL con la estación de servicio a los efectos de la aplicación de las normas de competencia es un contrato de agencia genuino excluido de la aplicación del artículo 81 del Tratado y, en consecuencia, desestima la demanda.

Frente a la sentencia se alza la parte demandante que entiende que la estación de servicio asume riesgos no insignificantes sin que pueda calificarse de agente genuino, por lo no que se le puede imponer directa o indirectamente el precio de venta al público, infracción grave que determina la nulidad de complejo contractual que liga a las partes y que, aun en el caso de que se calificara a la estación de servicio como de agente genuino, lo que se rechaza, la sentencia debería haber analizado la excesiva duración del contrato, no amparada por el Reglamento de exención por categorías (CEE) 1984/83, ni, en todo caso, por el (CE) 2790/99, por lo que con independencia de que se califique de agente genuino o no genuino y de que se impongan o no los precios de venta al público debe conducir a la nulidad de la relación compleja que vincula a las partes.

Conviene precisar, antes de analizar el contenido del recurso de apelación que a pesar de los cambios operados por el Tratado de Lisboa en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que ha pasado a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a lo largo de la resolución se

aludirá a la nomenclatura y numeración anterior a la reforma - artículo 81 del Tratado CE, actualmente, artículo 101 TFUE- y a la anterior denominación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia -que han pasado a denominarse Tribunal de Justicia y Tribunal General, integrando ambos junto con el Tribunal de la Función Pública, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea-, todo ello a fin de guardar la necesaria correspondencia con los términos y numeración empleados por las partes y la sentencia impugnada.

De igual forma, resultan de aplicación al supuesto enjuiciado, por un lado, los Reglamentos de exención a determinadas categorías de acuerdos de compra en exclusiva (CEE) 1984/83 y (CE) 2790/1999, a pesar de que este último Reglamento ha sido sustituido por el Reglamento (UE) nº 330/2010, de la Comisión de 20 de abril de 2010 y, de otro, la comunicación de la Comisión por la que se aprobaron las directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01), aunque ha sido sustituida por la Comunicación de la Comisión (2010/C 130/01), DOUE de 19 de mayo de 2010, por la que se aprueban las nuevas directrices relativas a las restricciones verticales.

SEGUNDO.- La adecuada resolución del recurso de apelación interpuesto por los demandantes exige tener en cuenta los siguientes antecedentes fácticos:

1) mediante escritura pública otorgada el día 11 de diciembre de 1991 -antes se había otorgado con fecha 7 de noviembre de 1991 un contrato privado-, la entidad "OLMA, S.A." (actualmente, "OLMA, S.L.") constituyó a favor de PETRODIS (luego, absorbida por REPSOL) el derecho de usufructo sobre una finca sita en el punto kilométrico 678 de carretera N-II, en el término municipal de Pineda de Mar (Barcelona), así como sobre la estación de servicio ya existente sobre la misma, con todos sus elementos y pertenencias, y sobre la correspondiente concesión administrativa, por un plazo de 25 años, todo ello mediante el pago como contraprestación de un canon de 78.000.000 pesetas más IVA, íntegramente satisfecho al tiempo del otorgamiento de la escritura pública (documentos nº 3 y 6 de la demanda).

2) PETRODIS, como titular de la estación de servicio, con fecha 11 de diciembre de 1991, suscribió con la mercantil "ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, S.L.", cuyos socios y participación coinciden con los de la entidad "OLMA, S.L.", un contrato denominado "Contrato para cesión de la explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento" (documentos nº 7 a 9 de la demanda), del que, a los efectos de este pleito, conviene destacar ahora las siguientes estipulaciones:

"PRIMERA.- "OBJETO".

". PETRODIS. cede a D. Leoncio (que actuaba en representación de la entidad "ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, S.L."), bajo la fórmula legal del Arrendamiento de Industria que contempla el artículo 3º del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, el uso y disfrute de los bienes de todo tipo que componen la E.S. mencionada en el Expositivo I anterior, junto con la explotación de la Industria o Negocio en ella instalada, al objeto de que ESTACIO SERVEI PINEDA DEL MAR, S.L. (en constitución) desarrolle en dicha E.S., actuando en régimen de empresa organizada independiente las actividades mercantiles que se mencionan en el Expositivo II que antecede y, muy en especial la actividad mercantil de venta al público de los carburantes, combustibles líquidos y lubricantes que reciba en exclusiva de la entidad Arrendadora o de la firma o entidad que aquella designe (.)

SEGUNDA: "DURACIÓN"

El presente Contrato se concierta por un plazo inicial de 25 años (.)

TERCERA.- "RÉGIMEN JURÍDICO".

El contrato surtirá efecto desde la fecha de su firma. Sobre sus estipulaciones tendrán aplicación preferente, en tanto se mantengan en vigor, las disposiciones reguladoras de la actividad de comercialización al por menor de productos petrolíferos, muy en especial las que regulan los precios y demás condiciones de venta al público de tales productos y las comisiones que por ello tienen derecho a percibir los concesionarios de la Estación de Servicio. También serán de aplicación prevalente a las relaciones surgidas de este Contrato en la medida que resulten incompatibles con lo que en él se pacta, las disposiciones imperativas emanadas de los órganos de la Comunidad Económica Europea.

QUINTA: "OBLIGACIONES Y PRESTACIONES A CARGO DEL ARRENDATARIO"

(.)

1º. Destinar exclusivamente la Estación de Servicio a la venta de los productos de Entidad Arrendadora o la firma o entidad que esta determine (.)

2º.- Abonar a la entidad arrendadora por mensualidades adelantadas, una renta de DIEZ MIL pts., cantidad que se revisará automáticamente en la misma proporción en que se modifiquen las comisiones y compensaciones que perciba el Arrendatario. (.)

3º. Conservar la Estación de Servicio y, por tanto, todos y cada uno de sus elementos integrantes, muebles e inmuebles, con la "diligencia propia de un buen comerciante", manteniéndola en perfecto estado de limpieza, uso y funcionamiento (.)

4º. Causar alta, como empresario titular del Negocio o Industria establecido en la Estación de Servicio (.)

5º. Contratar en nombre propio y como empresario independiente, a todo el personal empleado (.)

6º. Cuidar de que no sufra quebranto el prestigio de la marca de la entidad arrendadora, ni el de sus productos (.)

(.)

11º. Permitir, en cualquier momento y cuantas veces lo estime conveniente la arrendadora, el acceso al recinto de la Estación de Servicio por parte de las personas que esta última designe para reconocer su estado y funcionamiento de la Estación o para verificar el grado de cumplimiento o incumplimiento de este contrato (.)

12º. La Arrendataria asegurará con una compañía de seguros de ámbito nacional, previamente aceptada por la Entidad Arrendadora por la cantidad de.. ptas., la totalidad de los bienes que se le entreguen en este acto por los riesgos de incendio, explosión destrucción, robo y expoliación que puedan originarse en dichos bienes por cualquier causa y razón, siendo las primas de dichas pólizas de su exclusivo cargo. En la póliza se designará como beneficiaria de las mismas a la Entidad Arrendadora

Formalizará, asimismo, con una compañía de seguros de ámbito nacional, previamente aceptada por la Arrendadora, seguro de responsabilidad civil general frente a terceros, que cubra todos los daños materiales que pudieran derivarse, directamente, de la explotación de la Estación de Servicio, de sus instalaciones mecánica o de los carburantes expendidos, así como de la actuación personal o de la de sus dependientes, por una cantidad no inferior a .... ptas. (.)

Igualmente el Arrendatario deberá concertar un seguro (.) cubriendo tanto los daños que puedan causarse a los productos, por el Arrendatario sus empleados o terceros (.)

(.)

#### SEXTA.- "EXCLUSIVA DE ABASTECIMIENTO"

1.- A partir del momento en que se extinga la obligación legal de que las Concesiones Administrativas de Estaciones de Servicio se abastezcan, exclusivamente, con carburantes o combustibles líquidos suministrados por CAMPSA y en tanto este Contrato se mantenga en vigor, el arrendatario se obliga a recibir exclusivamente de la Entidad Arrendadora o la firma o entidad que esta determine, en régimen de "Comisión de Venta en Garantía", la totalidad de las gasolinas, gasóleos y supercarburantes que se venda al público en la Estación de Servicio objeto de este Contrato. Queda al arbitrio de esta última (la entidad arrendadora) proponer, como fórmula jurídica que pudiera sustituir a la inicial de "Comisión de Venta en Garantía", la de venta en firme al Arrendatario para su posterior reventa al público.

(.)

3.- El arrendatario se compromete a tener la Estación de Servicio permanentemente abastecida de los productos objeto de la Exclusiva de Abastecimiento, a cuyo efecto deberá formular sus pedidos con la antelación precisa, habida cuenta de las condiciones con que la Entidad Arrendadora o la firma o entidad que esta determine, sirva tales pedidos y de las necesidades usuales del punto de venta.

4.- El arrendatario asume el riesgo de los productos objeto de la exclusiva desde el momento en que los reciba de la Entidad Arrendadora o la firma o entidad que esta determine y éstos se introduzcan en los depósitos o almacenes existentes en la Estación de Servicio, teniendo, desde ese momento, la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y respondiendo, en su caso, tanto frente al suministrador y Subarrendadora, como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar.

(.)

6.- En caso de que los productos objeto de la exclusiva de abastecimiento deban ser adquiridos en firme por el arrendatario, la Entidad Arrendadora fijará unos precios de adquisición tales, que permitan racionalmente a aquel obtener, mediante la ulterior reventa de tales productos a precios de mercado, unos márgenes o comisiones brutos que vengán obteniendo por lo general otros suministradores con significación en el mercado y en la misma área geográfica o comercial."

3) REPSOL además de pagar el canon por la constitución del usufructo (78.000.000 ptas.) contribuyó a la remodelación de la estación de servicio con la suma de 31.919.461 ptas., tal y como admite la demandante (folio 13 de su demanda), además de abonar la cantidad de 1.799.370 ptas. en concepto de legalización del proyecto del remodelación y adecuación de dicho proyecto (documento nº 4 de la contestación)

4) Mediante carta remitida por REPSOL a la entidad "ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, S.L." con fecha 7 de noviembre de 2001 por parte de aquélla se brindó a ésta, con motivo de la próxima expiración del período transitorio establecido en el Reglamento 2790/99 (CE) y con la finalidad de adaptarse a las previsiones de éste, la firma de un modelo revisado de contrato. Asimismo recordaba a los agentes de su red que vendían los combustibles por cuenta de REPSOL que, no obstante, tenían plena libertad, como ya estaba explicitado en su primitivo contrato, para reducir el precio a pagar por los clientes, repartiendo así con éstos el importe de su comisión (documento nº 41 de la demanda).

5) Asimismo el 20 de diciembre de 2001 REPSOL solicitó a la Comisión Europea una declaración negativa o, en su defecto, una exención individual con arreglo al artículo 81.3 del Tratado (CE ) respecto de los acuerdos y contratos tipo de su red en el territorio español -entre los que se incluía el contrato suscrito con la demandante-, que, tras el cambio normativo experimentado, acabó derivando en el expediente COMP/B.1/38.348, que finalizó mediante Decisión de la Comisión Europea de fecha 12 de abril de 2006 admitiendo una serie de compromisos de dicha petrolera para permitir en determinadas condiciones que pudieran sus

distribuidores desvincularse de su red con mayor antelación de la inicialmente prevista y acceder así a contratar con otros proveedores.

TERCERO.- Conviene recordar, una vez más, que la aplicación del artículo 81 del Tratado (CE ) y la posible declaración de nulidad del entramado contractual litigioso, viene determinada por el hecho de que el acuerdo entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas ". 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."

En consecuencia, el apartado 1 del artículo 81 Tratado (CE ) 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, exigiendo la jurisprudencia comunitaria que el efecto sobre el comercio intracomunitario y sobre la competencia sean sensibles.

La infracción del artículo 81.1 del Tratado y la consiguiente sanción de nulidad en aplicación del apartado segundo del citado precepto exige que el acuerdo entre empresas:

1º) Afecte de forma apreciable al comercio intracomunitario, lo que delimita el ámbito de aplicación del artículo 81 frente a las normas nacionales de competencia.

2º) Restrinja de forma sensible la competencia.

Se trata de requisitos distintos, con presupuestos de apreciación también diferentes y que han de analizarse separadamente.

En segunda instancia ya no se discute la afectación al comercio intracomunitario por lo que en aras de la brevedad no se analizará esta cuestión, sin perjuicio de resultar patente dicha afectación en la medida en que lo tiene reconocido la propia Comisión en su decisión de 12 de abril de 2006 (DOCE de 30 de junio de 2006), relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/b-1/38.348-REPSOL C.P.P.), por el que se aprueban determinados compromisos ofrecidos por REPSOL.

CUARTO.- Las apelantes reprochan a la sentencia apelada que haya calificado como de agencia genuina la relación que liga a la suministradora con la estación de servicio en tanto que, en contra de lo que se afirma en dicha resolución, considera que asume de forma significativa riesgos financieros y comerciales relacionados con las operaciones de venta al público de los carburantes y combustibles, fijando REPSOL, de forma directa e indirecta, el precio de venta al público y, en todo caso, porque aun cuanto se tratara de un acuerdo de agencia genuino, lo que niega, la sentencia debería haber examinado la cláusula de exclusividad.

No cabe duda de que, desde un punto de vista conceptual, asiste la razón a los apelantes en esta última cuestión. El hecho de que pudiera calificarse la relación que liga a las partes, a los efectos de la aplicación de las normas de competencia, como un contrato de agencia genuina -lo que luego se analizará- eludiría la discusión sobre la imposición de precios pues tal conducta no implicaría infracción del artículo 81 del Tratado al no serle de aplicación, lo que no impediría el examen de la duración de los contratos y, en su caso, declarar su nulidad por infracción del artículo 81.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 en su apartado 41 señala que aun cuando nos encontremos ante un contrato de agencia en el que el titular de la estación de servicio no soporte riesgos o lo haga en una parte insignificante, las cláusulas de exclusividad y de no competencia que afectan a las relaciones entre el agente y el comitente como operadores económicos independientes pueden vulnerar las normas sobre competencia si conducen a la exclusión del mercado de referencia.

Sin embargo, la resolución dictada es coherente con la tesis mantenida reiteradamente en la demanda -quizás por la fecha de su redacción, allá en el ya lejano año de 2005- en el que la parte actora distinguía entre agente y revendedor, atribuyéndose esta última condición por el hecho de asumir determinados riesgos, indicando de forma reiterada que el contrato estaba sujeto al artículo 81, tanto como consecuencia de la imposición de precios como desde el punto de vista de su duración, si se consideraba, como él defendía, que tenía la condición de revendedor. Así, en la página 24 de la demanda se afirmaba: "La atribución de la condición de revendedor o de agente/comisionista a mi representada es cuestión fundamental a dilucidar en el presente procedimiento, pues determina la aplicabilidad o no al supuesto objeto de autos de la normativa comunitaria de competencia, y más concretamente del art. 85 del Tratado CE y de los Reglamentos comunitarios". En similar sentido se expresa en las páginas 15, 25, 47 o 116 de la demanda. Especialmente significativa, respecto de la duración es la afirmación de la página 47 cuando indica que: "Una vez acreditado que estamos en

presencia de un contrato de reventa que debió someterse al Reglamento 1984/83, una vez se extinguió el Monopolio, es preciso examinar la duración máxima permitida por la normativa competencial para este tipo de contratos." (énfasis en el original).

Precisado lo anterior y por razones sistemáticas, la sala considera que debe abordar en primer lugar la conocida "cuestión de agencia", la cual ha sido analizada ya en múltiples resoluciones por esta sección de la Audiencia Provincial a propósito de demandas formuladas por las empresas titulares de estaciones de servicio contra el suministrador interesando la nulidad del contrato por infracción del artículo 81.1 del Tratado ( sentencias de 6 de febrero de 2007 -rec. 496/06 -, 11 de noviembre de 2008 - rec. 581/07 -, 18 de diciembre de 2008 -rec. 56/08 - y 15 de enero de 2009 -rec. 119/06 -, entre otras muchas).

Como indicábamos en la última de las resoluciones antes citada, en el ámbito de la distribución comercial, si la relación entre dos sujetos situados en distintos escalones de la distribución era de compraventa, el artículo 81.1 del Tratado era de aplicación a las relaciones entre los mismos. Pero si se trataba de un contrato de agencia, no resultaba de aplicación dicho precepto, y así lo entendió ya en 1962 la Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales (Diario Oficial núm. 139 de 24/12/1962 p. 2921 - 2922).

La razón de la inaplicación del artículo 81.1 TCE a los auténticos contratos de agencia es que tal precepto es aplicable no a los comportamientos unilaterales de una empresa, sino a "los acuerdos entre empresas" (además de a las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas, cuestión ajena al objeto de autos), y si el contrato que une a las partes es de agencia, puede entenderse que, a efectos del artículo 81.1 TCE , no existe "acuerdo entre empresas" sino que el agente actúa integrado en la empresa comitente, sin perjuicio de que , como ya hemos indicado, aun en este caso puedan entrar dentro del ámbito de la prohibición las obligaciones impuestas al titular en el marco de los servicios de intermediación que éste ofrece al comitente como las cláusulas de exclusividad o no competencia.

La cuestión es abordada de un modo claro en la Sentencia del Tribunal de

Primera Instancia (Sala 5ª) de 15 de septiembre de 2005, caso DaimlerChrysler AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T325/01, cuando, con cita de numerosas sentencias anteriores, afirma en sus apartados 83 a 86:

"83. Del tenor literal de este artículo [el art. 81.1 TCE ] resulta que la prohibición establecida se refiere exclusivamente a los comportamientos coordinados bilateral o multilateralmente, en forma de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas. Así pues, el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes ( sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000 , Bayer/Comisión, T41/96, Rec. p. II3383, apartados 64 y 69, confirmada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de enero de 2004 , BAI y Comisión/Bayer, asuntos acumulados C2/01 P y C3/01 P, Rec. p. I23).

84. Se desprende de lo anterior que cuando una decisión de un fabricante constituye un comportamiento unilateral de la empresa, esta decisión es ajena a la prohibición del artículo 81 CE , apartado 1 (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartado 38 , y de 17 de septiembre de 1985 , Ford/Comisión, asuntos acumulados 25/84 y 26/84 , Rec. p. 2725, apartado 21, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de julio de 1994 , Dunlop Slazenger/Comisión, T43/92, Rec. p. II441, apartado 56).

85. Se desprende asimismo de una reiterada jurisprudencia que, en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas ( sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hydroterm, 170/83 , Rec. p. 2999, apartado 11, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 2000 , DSG/Comisión, T234/95, Rec. p. II2603, apartado 124). El Tribunal de Justicia ha destacado que, a efectos de la aplicación de las normas sobre competencia, la separación formal entre dos sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, no es determinante y lo importante es la unidad o no de su comportamiento en el mercado. Por consiguiente, puede resultar necesario determinar si dos sociedades que tienen personalidades jurídicas separadas constituyen o forman parte de una misma y única empresa o entidad económica que presenta un comportamiento único en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69 , Rec. p. 619, apartado 140).

86. La jurisprudencia muestra que este tipo de situación no se limita a los casos en los que las sociedades mantengan relaciones de matriz a filial, sino que incluye asimismo, en ciertas circunstancias, las relaciones entre una sociedad y su representante comercial o entre un comitente y su comisionista. En efecto, al aplicar el artículo 81 CE, la cuestión de si un comitente y su intermediario o «representante comercial» forman una unidad económica y éste es un órgano auxiliar integrado en la empresa de aquél, es importante para determinar si un comportamiento está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo. Así pues, se ha declarado que «si [un] intermediario ejerce una actividad en beneficio de su comitente, puede en principio considerarse como órgano auxiliar integrado en la empresa de éste, obligado a atenerse a las instrucciones del comitente y formando así con dicha empresa, a semejanza del empleado comercial, una unidad económica» (sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, citada en el apartado 41, apartado 480)".

Por tanto, la consideración de un contrato como de "agencia" llevaba aparejada la inaplicabilidad del artículo 81.1 TCE a las relaciones jurídicas existentes entre las partes en tal contrato, en relación con los terceros, porque faltaba uno de los presupuestos de la prohibición del artículo 81.1 TCE, como es la existencia de un "acuerdo entre empresas" en relación a las ventas de los productos del principal.

La situación de dependencia respecto del suministrador en cuyo sistema de distribución se integra el agente, la sumisión a sus instrucciones, hace que no pueda considerarse que, a efectos de determinadas cláusulas, existan dos empresas, sino sólo una, la suministradora. La posición del agente en sus relaciones, por cuenta del principal, con los terceros compradores del producto es parecida a la de un empleado o a la de una filial, puesto que la actividad económica que ejerce no es la suya propia. Como el empleado o la filial, el agente o representante está vinculado por las instrucciones que recibe de su principal. Dichas instrucciones no son sino la expresión del control que el principal mantiene sobre el contenido de las transacciones que se efectúan por su cuenta. Es por ello que en el apartado 88 de la citada sentencia, el Tribunal declara que: "cuando un agente, aunque con personalidad jurídica propia, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica las instrucciones que le imparte su comitente, las prohibiciones dictadas por el artículo 81 CE, apartado 1, no son aplicables a las relaciones entre el agente y su comitente, con el que forma una unidad económica".

En parecido sentido, la Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto C 279/06, declara:

"35 El Tribunal de Justicia señaló, en el apartado 38 de la sentencia CEEES, que los acuerdos verticales, como los contratos entre CEPSA y los titulares de estaciones de servicio, sólo entran en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado [actual artículo 81] cuando se considera que el titular es un operador económico independiente y existe, en consecuencia, un acuerdo entre dos empresas".

Ahora bien, las instituciones comunitarias fueron muy pronto conscientes de que junto a los contratos de reventa, a los que nominalmente se referían los reglamentos de exención por categorías, y a los contratos de agencia que podrían considerarse como "genuinos", en los que era evidente la integración del agente en la estructura de distribución de la empresa principal, existían otros en los que sin estarse ante una reventa propiamente dicha, la integración no era tan evidente como en los contratos de agencia "genuinos", puesto que la configuración jurídica y, sobre todo, la significación económica del contrato, otorgaban cierta independencia al agente, que asumía ciertos riesgos y corría con ciertos costes distintos de los propios de su actividad de agente. Por ello, junto a la figura del "revendedor", en la terminología usada por los reglamentos de exención, y a la del "agente comercial", en la terminología usada por la Comunicación de 1962 a que se ha hecho referencia, fue apareciendo otra figura intermedia, la del "agente no genuino", al que había que reconocer cierta independencia del principal, por lo que el acuerdo suscrito entre ambos sí entraba dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE.

Para diferenciar entre una y otra figura, lo esencial, más que la calificación del contrato conforme al Derecho interno (que por otra parte no podía ser uniforme dada la diversidad de regímenes jurídicos existente en los Estados miembros), era la significación económica de las obligaciones que contraían las partes y concretamente, como ya declarara la citada comunicación de 1962, "la asunción de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución del contrato".

Sobre este particular, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de diciembre de 2006, asunto C 217/05, declara en sus apartado 43 y siguientes:

"43 Sin embargo, a este respecto se deriva de la jurisprudencia que los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares



integrados en la empresa de éste (véase, en este sentido, la sentencia Volkswagen y VAG Leasing, antes citada, apartado 19).

44 Por consiguiente, cuando un intermediario, como el titular de una estación de servicio, aunque con personalidad jurídica distinta, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente de su comitente, en este caso un proveedor de carburantes, por el hecho de que éste asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica de que se trata, la prohibición establecida en el artículo 85, apartado 1, del Tratado no es aplicable a las relaciones entre este intermediario y este comitente.

45 Por el contrario, cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada, apartados 541 y 542).

46 Se desprende de lo anterior que el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente reside en el contrato celebrado con el comitente y, concretamente, en las cláusulas, tácitas o expresas, de este contrato relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. Tal como alega en sus observaciones, con razón, la Comisión, la cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno.

47 En estas circunstancias, debe valorarse si, en el marco de los contratos que presentan las características que describe el órgano jurisdiccional remitente, los titulares de estaciones de servicio asumen o no determinados riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de carburantes a terceros.

48 El análisis de la distribución de dichos riesgos debe realizarse a la luz de las circunstancias fácticas del asunto principal."

Siguiendo la línea de esta sentencia, y con continuas remisiones a la misma, la Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2008 declara:

"36 Pues bien, el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente reside en el contrato celebrado con el comitente y, concretamente, en las cláusulas, tácitas o expresas, de este contrato relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. La cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno (sentencia CEEES, apartado 46).

37 Asimismo, el Tribunal de Justicia precisó los criterios que permiten al juez nacional apreciar, a la luz de las circunstancias fácticas del asunto de que conoce, la distribución efectiva de los riesgos financieros y comerciales entre los titulares de estaciones de servicio y el suministrador de carburantes.

38 En lo que atañe, en primer lugar, a los riesgos relacionados con la venta de los productos, se presume que el titular de la estación de servicio asume estos riesgos cuando se convierte en propietario de los productos en el momento en que los recibe del proveedor, cuando se hace cargo, directa o indirectamente, de los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular, los costes de transporte, cuando corre con los gastos de conservación de las existencias, cuando asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros, o cuando soporta el riesgo financiero de los productos en el supuesto de que esté obligado a pagar al suministrador el importe correspondiente a la cantidad de carburantes suministrada en vez de la efectivamente vendida (véase la sentencia CEEES, apartados 51 a 58).

39 En segundo lugar, por lo que se refiere a los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, a saber, las que son necesarias para que el titular de una estación de servicio pueda negociar o celebrar contratos con terceros, es preciso comprobar si este último realiza inversiones en locales o equipos, tales como un depósito de carburante, o en acciones de promoción. En caso afirmativo, dichos riesgos se trasladan al titular (sentencia CEEES, apartados 51 y 59).

40 No obstante, procede subrayar que el hecho de que el titular soporte únicamente una parte insignificante de los riesgos no puede entrañar que el artículo 81 CE sea aplicable (véase, en este sentido, la sentencia CEEES, apartado 61), pues dicho titular no se convierte en un operador económico independiente en la venta de carburantes a terceros. En este caso, las relaciones entre el titular y el suministrador son idénticas a las que existen entre un agente y su comitente.

41 Se desprende igualmente de los apartados 62 y 63 de la sentencia CEEES que, incluso en el caso de un contrato de agencia, únicamente están excluidas del ámbito de aplicación del artículo 81 CE las obligaciones impuestas al intermediario en relación con la venta de productos a terceros por cuenta del comitente, entre las que figura la fijación del precio de venta al público. En cambio, las cláusulas de exclusividad y de no competencia que afectan a las relaciones entre el agente y el comitente como operadores económicos independientes pueden vulnerar las normas sobre competencia si conducen a la exclusión del mercado de referencia. Por consiguiente, la prohibición establecida en el artículo 81 CE , apartado 1, es aplicable a dichas cláusulas".

Y declara el TJCE en el primer apartado del fallo de esta sentencia:

"Un contrato de suministro exclusivo de carburantes y combustibles así como de lubricantes y demás productos afines puede estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1, cuando el titular de la estación de servicio asume, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de estos productos a terceros y dicho contrato contiene cláusulas que pueden menoscabar el juego de la competencia, como la referente a la fijación de los precios de venta al público. En el caso de que el titular de la estación de servicio no asuma tales riesgos o asuma únicamente una parte insignificante de éstos, sólo pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición las obligaciones impuestas al titular en el marco de los servicios de intermediario que éste ofrece al comitente, como las cláusulas de exclusividad o de no competencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, además, si el contrato celebrado el 7 de febrero de 1996 entre CEPSA Estaciones de Servicio, S.A., y L.V. Tobar e Hijos, S.L., tiene por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el sentido del artículo 81 CE ".

En este sentido, cabe perfectamente, como señala de modo expreso la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010 (fundamento jurídico cuarto), que contratos calificables en abstracto como de agencia con arreglo al Derecho nacional queden comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 81 del Tratado (CE ), así como en el de los Reglamentos de exención, siempre que el "agente" (esto es, la parte del contrato a quien conviene dicha calificación según lo establecido en el artículo 1 de la Ley sobre Contrato de Agencia ) asuma riesgos no insignificantes resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente (el "empresario", según la terminología empleada por la Ley 12/1992), por ser este el criterio utilizado en el ámbito de las normas comunitarias de defensa de la competencia para caracterizar al "operador económico independiente".

En el supuesto de autos, analizando las características del contrato concertado entre las partes, la Sala considera que la relación jurídica existente entre las mismas no es la propia de un contrato de compraventa, sino que se trata de una relación jurídica compleja, en la que existe, como uno de sus aspectos más relevantes, un contrato de comisión en el que la actora se obligaba a recibir exclusivamente de REPSOL la totalidad de los carburantes que se vendan al público en régimen de comisión de venta en garantía (cláusula 6ª), estando integrada en la red de distribución de REPSOL, bajo la imagen de ésta (colores, logotipos, abanderamiento, rótulos, carteles y emblemas anunciadores (cláusula 5ª.9º), permitiendo la inspección del cumplimiento general de las obligaciones asumidas por la estación de servicio en el contrato (cláusula 5ª.11º), percibiendo a cambio una comisión (cláusula 6ª y anexos), elementos todos estos característicos del contrato de agencia o comisión. Además, se contemplaba el cambio de régimen de comisión de venta en garantía al de venta en firme, a iniciativa de la arrendadora, sin que llegara a modificarse el régimen inicialmente pactado tras la extinción del monopolio.

En definitiva, el riesgo no es un dato definidor del contrato de agencia desde el punto de vista del Derecho interno, sino un elemento accidental existente en función del acuerdo de las partes (por ejemplo, artículos 1 y 19 de la Ley del Contrato de Agencia ). El hecho de que la estación de servicio pueda ser considerada como un empresa independiente, puesto que el titular está dado de alta fiscalmente y ha contratado en nombre propio al personal de la estación de servicio, o que su intervención no se limite a actos determinados y puntuales sino que tenga un carácter duradero y continuado, tampoco es óbice para la calificación del contrato como de agencia, puesto que la independencia del agente como empresario y el carácter continuado o estable de su intervención no sólo no impide tal calificación, sino que es incluso el

modelo normativo plasmado en la Ley del Contrato de Agencia, con la finalidad, en lo que se refiere a la característica de la independencia, de distinguir el contrato de agencia de la relación laboral de los viajantes o representantes de comercio (por ejemplo, artículos 1 , 2 y 5 de la Ley del Contrato de Agencia ).

La naturaleza jurídica del contrato suscrito entre las partes no depende de la distribución de riesgos establecida en el mismo, del carácter duradero o continuado de su intervención o del carácter de empresario independiente, desde el punto de vista societario, fiscal y laboral, de la estación de servicio, y la aplicabilidad de las normas de Derecho comunitario, tales como el art. 81 del Tratado (CE ) o los Reglamentos (CEE) núm. 1984/1983, de 22 junio, y (CE) núm. 2790/1999, de 22 diciembre, no transmuta la naturaleza jurídica de los negocios jurídicos, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en ocasiones anteriores.

Ahora bien, la aplicación del artículo 81 del Tratado (CE ) no depende de la calificación del contrato conforme al Derecho interno sino del criterio de la asunción de riesgos y en el supuesto de autos, en contra de lo que mantiene la sentencia apelada, los contratos litigiosos entran dentro del ámbito de aplicación del citado precepto en tanto que la estación de servicio demandante asume, en una proporción no insignificante, riesgos financieros y comerciales relativos a la venta al público de estos productos.

Concretamente, asumen el riesgo de los productos desde el momento en que los reciben del suministrador en los tanques de almacenamiento de la estación de servicio, teniendo desde ese momento la obligación de conservarlos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y respondiendo, en su caso, frente al suministrador de los que pudieran producirse y frente a terceros de los daños y perjuicios que pueda causarles su actuación culpable o negligente (cláusula 9ª-4). Dada la redacción de esta cláusula, y dado el sistema de pago seguido en la práctica (pago a los 9 días desde el suministro, no de los litros de combustible efectivamente vendidos por la estación de servicio, sino de los litros suministrados por REPSOL), este riesgo incluye no sólo pérdidas producidas por incidencias que, por su gravedad, pudieran ser calificadas como de fuerza mayor, sino también contingencias más usuales como es la diferencia de volumetría entre lo suministrado por REPSOL y lo vendido por la estación de servicio debido a la diferencia de temperatura de los carburantes suministrados que puede producirse entre uno y otro momento, entre otros factores.

Asimismo, también asumen el riesgo de los impagos derivados de los aplazamientos que puedan conceder las estaciones de servicio, indispensables para mantener a los mejores clientes por explotar flotas de vehículos o tener muy elevados consumos por cualquier circunstancia.

De igual forma, la estación de servicio asume los riesgos vinculados al uso de la tarjeta SOLRED consistentes en los impagos de los productos abonados mediante la utilización de las tarjetas por los clientes que han sido avalados por las demandantes, debiendo soportar también los descuentos preferenciales a clientes indicados por REPSOL a través de la tarjeta SOLRED, sin que pueda justificarse la asunción de tales riesgos en el contrato suscrito por las demandantes con la empresa titular de las tarjetas, dada la manifiesta y reconocida vinculación de la misma con REPSOL hasta el punto de formar parte del mismo grupo empresarial.

La estación de servicio también ha asumido riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, a saber, las que son necesarias para que el titular de una estación de servicio pueda negociar o celebrar contratos con terceros. Así ha realizado importantes gastos para la remodelación de la estación de servicio por importe de más de 20.000.000 ptas., adquisición de depósito metálico de 500 litros, instalación provisional de surtidores, adquisición de aparatos surtidores, instalación cajas de cobro. (documento nº 16 de la demanda).

Por último, la estación de servicio asume riesgos relacionados con la venta de los productos, en la medida que está obligada a suscribir, a su cargo, un seguro que cubra los riesgos de incendio, explosión, destrucción, robo o daños de la totalidad de los bienes que se entregan al comisionista y otro seguro de responsabilidad civil general frente a terceros que cubra todos los daños materiales que pudieran derivarse, directamente, de la explotación de la estación de servicio, trasladando así a ésta los riesgos cubiertos por los respectivos seguros. Además, responde tanto frente al suministrador, subarrendadora, como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar (cláusula 6.4ª).

QUINTO.- Admitida la condición de agente no genuino de la entidad demandante, lo que no se comparte es que el suministrador fije directa o indirectamente el precio de venta al público, sin que la parte demandada reconociera en su contestación que fijara los precios de venta al público durante la vigencia del Reglamento 1984/83.

Debe recordarse que en la demanda la parte actora se limitaba a afirmar que REPSOL imponía directa e indirectamente el precio de venta al público porque si quería practicar algún descuento lo tenía que hacer con cargo a su comisión, por lo que se le fijaba el margen comercial que es una forma indirecta de fijación del precio. Señalaba, además, que dada su condición de revendedor no se podía imponer ni siquiera un precio máximo

Por lo demás, admitía expresamente que desde el inicio de la relación contractual podía hacer descuentos con cargo a su comisión (páginas 36, 37, 64 y 126 de la demanda). Esta posibilidad, además, ha quedado confirmada por la comunicación remitida por REPSOL a la entidad demandada con fecha 7 de noviembre de 2001.

Especialmente significativa es la afirmación efectuada en la página 64 de la demanda cuando se indica que el único margen de maniobra de la demandante sobre los precios de venta al público: ". es poder efectuar descuentos a los clientes, pero asumiendo él los mismos, con cargo a la retribución que va a percibir de la codemandada, en forma de comisiones."

En consecuencia, reconocida dicha posibilidad en la demanda no cabe sostener la imposición directa ni indirecta de precios de venta, sin que, por otra parte, en el acto de la vista celebrada en segunda instancia se haya hecho alusión alguna a la imposición directa.

La Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01, publicadas en 13 de octubre de 2000) en el apartado 48 contempla los contratos de agencia que entran en el ámbito de aplicación del artículo 81, esto es, los denominados contratos de agencia impropios o, por evitar esta terminología, los contratos de agencia en los que el agente asume riesgos no insignificantes, en cuyo caso se considera una restricción especialmente grave toda cláusula "por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el comitente o se le impongan restricciones al respecto".

Como indicamos en la sentencia de 18 de diciembre de 2008 , seguida por las de 23 de enero de 2009 y 26 de julio de 2010 , entre otras, es precisamente a los agentes no genuinos a los que se refiere el apartado 48 de las Directrices, por cuanto el criterio que expresa al postular la necesidad de que se respete la posibilidad de reparto de la comisión está expresamente destinado, como no podría ser de otro modo, a aquellos contratos de agencia que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, ámbito del que quedan apartados, cuando menos en materia de fijación de precios, los contratos de agencia genuinos. No tiene sentido su exclusión, cuando en el supuesto de agentes genuinos por no asumir riesgos o asumirlos en proporción insignificante no estamos ante dos empresas independientes desde el punto de vista del derecho de la competencia y es irrelevante que el agente pueda o no hacer descuentos con cargo a su comisión pues, lo haga o no, la conducta no incurre en la prohibición del artículo 81.1 del Tratado. En todo caso, la indicación de que el agente no genuino debe contar con la posibilidad de practicar descuentos con cargo a su comisión es una indicación que, contenida en la expresada directriz, resultaba necesario efectuar en razón a la necesidad de conciliar la peculiar estructura de la retribución en un contrato de agencia (comisiones fijas o variables) con la prohibición general de fijación de precios del artículo 81.1 del Tratado.

Como resulta patente, este tribunal no comparte la muy respetable interpretación que efectúa la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su resolución de fecha 30 de julio de 2009, según la cual, tras reconocer que no resulta sencilla la interpretación del apartado 48 de las Directrices, se inclina por entender que es aplicable a los agentes genuinos, esto es, a los que no asumen ningún riesgo o en proporción insignificante.

Desde luego, no corresponde a la jurisdicción civil -y es una obviedad- la revisión de las resoluciones administrativas, por lo que sólo debe indicarse aquí que según señala expresamente el apartado 48 de las Directrices, éste se refiere a los acuerdos de agencia que entren en el ámbito de aplicación del artículo 81.1, remitiéndose al efecto a la lectura de los apartados 12 a 20 en los que se distingue entre acuerdos genuinos de agencia, que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 81.1 en lo que respecta a los contratos negociados o suscritos por cuenta del principal y los acuerdos no genuinos de agencia, por asumir riesgos no insignificantes, sometidos al artículo 81.1. Luego si el apartado 48 se refiere explícitamente a los acuerdos que entran en el ámbito de aplicación del artículo 81.1, necesariamente, se está refiriendo a lo que en los apartados 12 a 20 califica de contratos de agencia no genuinos porque los genuinos quedan al margen del citado precepto porque el suministrador puede imponer al agente el precio de venta. Por otro lado, naturalmente que los contratos de agencia genuinos también pueden infringir el artículo 81.1 del Tratado como consecuencia de las cláusulas de exclusividad o de prohibición de competencia, como se expresa en el apartado 19, pero ese no es el problema que realmente se aborda en los apartados 12 a 20, a los que explícitamente se remite el

48, cuando efectúa la distinción entre agentes genuinos y no genuinos que sólo tiene sentido en relación a los contratos negociados o suscritos por cuenta del principal. Cualquier contrato de agencia, asuma o no riesgos significativos el agente, puede incurrir en la prohibición del artículo 81.1 como consecuencia de las cláusulas de exclusividad o de prohibición de competencia por lo que respecto de éstas no tiene sentido la distinción. En consecuencia, cuando el apartado 48 de las Directrices alude a los acuerdos de agencia que entran en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 está contemplado los contratos no genuinos de agencia que es en donde tiene sentido referirse a la imposibilidad de que el suministrador fije el precio de venta, por ello concluye el mencionado apartado señalando que: "Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal".

La propia Sala 1ª del Tribunal Supremo, ya en numerosas resoluciones, ha admitido la aplicación del sistema de precios máximos o recomendados en los supuestos de agentes no genuinos, entre otras, sentencias de 10 y 11 de mayo de 2011 y 8 de junio de 2011, entre otras. Así, en la sentencia de 11 de mayo de 2011 señala: "La STJUE 2-4-09 (asunto C-260/07) aclaró definitivamente que en una relación jurídica como la aquí litigiosa (agencia no genuina) lo prohibido no es cualquier determinación del precio de venta al público por el proveedor, sino la fijación o imposición de un precio mínimo, siendo lícitas, no solo según disposición expresa del art. 4.a) del Reglamento (CE) nº 2790/99 sino también por una interpretación del Reglamento (CEE) nº 1984/83, la imposición de un precio de venta máximo o la recomendación de un precio de venta siempre que el revendedor tenga una posibilidad real de determinar el precio de venta al público, lógicamente inferior al máximo impuesto y no superior como parece siempre estar pretendiendo la recurrente".

Admitida expresamente en la demanda la posibilidad de la estación de servicio de efectuar descuentos con cargo a su comisión no cabe sostener la fijación directa ni indirecta de precios de venta al público, sin que la indicación de precios máximos o recomendados implique infracción del artículo 81 del Tratado. En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010, 24 de marzo de 2010, 8 de febrero de 2011 y 10 de mayo de 2011, señalando esta última con cita de las anteriores que: "No cabe hablar de precio de venta fijo cuando se autoriza a hacer descuentos a los clientes con cargo de las comisiones, siempre que los márgenes comerciales permitan una posibilidad real de descuentos. porque en otro caso (lo que aquí no consta) podría haber una restricción indirecta".

Por lo demás, integran cuestiones nuevas vetadas en segunda instancia ( artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) todas las introducidas por el apelante relativas a condiciones de pago y facturación (IVA e IVMDH), el sistema de comunicación de precios máximos (WEB VIDOTEX) y el sistema informático relativo al precio en el terminal de punto de venta (TPV), sin que la parte actora y ahora apelante pueda reescribir su demanda introduciendo nuevos hechos a la vista de la resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 30 de julio de 2009, aportada con el escrito de interposición del recurso de apelación y sobre la que se han centrado sus alegaciones en la vista celebrada en segunda instancia, sin tener en cuenta las afirmaciones contenidas en su demanda y, especialmente, la posibilidad de practicar descuentos con cargo a la comisión.

Por ello, también es irrelevante para la resolución del litigio la decisión de la Comisión de 28 de abril de 2011 aportada por la parte apelante con el escrito presentado el día 1 de septiembre de 2011 y que se unió al rollo de apelación de conformidad con el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en lo que aquí interesa, se limita a desestimar una denuncia formulada por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio y la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio contra la Asociación de Operadores de Productos Petrolíferos y sus miembros, entre otros, REPSOL, porque respecto de la alegada infracción de los artículos 101 y 102 TFUE -como consecuencia de la imposición de precios fijos impidiendo al titular repartir su comisión con el consumidor final o la imposibilidad de efectuar descuentos sobre precios recomendados con imposición indirecta de precios- ya había sido conocida por la Comisión Nacional de Competencia, sin que procediera tampoco admitir la denuncia por el alegado incumplimiento de los compromisos asumidos por REPSOL en virtud de la decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 dada la facultad discrecional de la Comisión para abrir el procedimiento y el conocimiento de los mismos hechos por la Comisión Nacional de Competencia, habiendo sido recurrida su resolución ante un tribunal nacional.

SEXTO.- La parte apelante también considera en la primera parte del primero de los motivos del recurso de apelación -que, por las razones ya explicadas, analizamos en último lugar- que la duración del pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento de industria que liga a las partes excede de lo permitido conforme a los Reglamentos (CEE) 1984/83 y (CE) 2790/99.

Conforme al Reglamento 1984/83 la duración máxima de los acuerdos de compra en exclusiva era de cinco años (artículo 3), si bien tratándose de acuerdos con estaciones de servicio podía ampliarse a 10 años siempre que el proveedor hubiera concedido al revendedor ventajas económicas o financieras que debían

ser importantes, aun cuando en la versión española del Reglamento (artículo 10 y 12.1 c) no se hiciera esta mención, tal y como señalaron las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 y 2 de abril de 2009 . Dicho plazo de 10 años podía superarse cuando el acuerdo se refería a una estación de servicio que el proveedor hubiera arrendado al revendedor o cuyo usufructo le hubiera concedido de hecho o de derecho, en cuyo caso, se podían imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en la norma durante el período durante el cual explotara efectivamente la estación de servicio (artículo 12.2).

La parte actora consideraba que la duración del contrato litigioso no podía exceder del plazo máximo de 10 años porque entendía que la posibilidad de superarlo en aplicación del artículo 12.2 del Reglamento exigía que el proveedor fuera propietario tanto de la estación de servicio como de los terrenos en donde se encontraban construidas las instalaciones, buscando mediante la constitución del derecho de usufructo eludir artificialmente el plazo máximo de duración de 10 años.

En la demanda se admite reiteradamente y de forma expresa que la duración del contrato debió ser como máximo de 10 años (páginas 59 y 121, entre otras), lo que de hecho implicaba la admisión de que el proveedor había concedido al revendedor ventajas económicas o financieras que justificaban dicha duración en aplicación del artículo 10 del Reglamento, hasta el punto de que lo que se denunciaba era que no podía superarlo al no ser aplicable el artículo 12.2 por las razones apuntadas.

En el recurso, a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009 , los recurrentes se limitan a señalar que el tribunal debe valorar si las inversiones realizadas por REPSOL fueron de la entidad necesaria para que se consideren importantes a los efectos del artículo 81 del Tratado CE y si éstas sirvieron para mejorar la distribución, facilitar la instalación o la modernización de la estación de servicio y reducir los costes de distribución, siendo requisitos acumulativos, lo que, sencillamente supone modificar los términos del debate tal y como fue planteado en primera instancia.

Si en la demanda se admitía que el contrato podía tener una duración de 10 años es porque se entendía que cumplía los requisitos para que pudiera tener dicho plazo de vigencia conforme al artículo 10 del Reglamento, sin que ahora pueda dudarse de las ventajas facilitadas por el suministrador cuando dichas ventajas constituyen requisito para que el plazo de la exclusiva se prolongue durante 10 años admitido por la parte demandante.

En todo caso, el Tribunal de Justicia en la reseñada sentencia de 2 de marzo de 2009 indica en su apartado 55 que: "Ha de señalarse que la ventaja prevista en el artículo 12, apartado 2, del Reglamento nº 1984/83 reviste especial importancia a este respecto, dado que facilita considerablemente el acceso del revendedor a la red de distribución minimizando sus costes de instalación y de distribución. Sin embargo, ni el texto de este Reglamento ni su objetos y estructura ponen de manifiesto, como sostiene la Comisión, que la aplicación del mencionado artículo 12, apartado 2, quede supeditada a un requisito adicional: la liberación del revendedor de todo desembolso o inversión en relación con su actividad económica de explotación de la estación de servicio." .

Por lo demás, debe recordarse que el suministrador abonó por el usufructo la suma de 78.000.000 de pesetas y colaboró con la remodelación de la estación de servicio con más de 30.000.000 pesetas a fondo perdido, ventajas que han de calificarse de importantes.

Debe analizarse ahora la incidencia de la promulgación del Reglamento 2790/1999, que sustituyó, entre otros, al citado Reglamento 1984/83, y que conllevó, es cierto, un endurecimiento en el tratamiento de las cláusulas de exclusiva tanto en lo referente al máximo de su duración (5 años) como al ámbito del régimen excepcional (artículo 5.a ).

Constatamos, en efecto, que, por la voluntad de la parte actora, no se ha producido una expresa adaptación al nuevo régimen en materia de duración del contrato. Debemos, pues, examinar cuáles son las consecuencias de que la duración de la exclusiva en el suministro pactada excediese del plazo de cinco años al que se alude en el Reglamento 2790/1999, al no resultar aplicable la excepción de que "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, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador", establecida en el artículo 5.a) de dicho Reglamento, y teniendo en cuenta que REPSOL tenía una cuota de mercado superior al 30%, por lo que no le sería aplicable la exención por categorías, conforme se desprende del artículo 3.1 de la misma norma .

Esta cuestión ya ha sido abordada por este mismo tribunal en sentencias de la sección 28ª de la AP de Madrid de 8 de marzo de 2007 , 13 de octubre de 2008 , 26 de julio de 2010 y 18 de febrero de 2011 , entre otras. Ya señalamos entonces que la entrada en vigor del Reglamento 2790/1999 no determina de modo necesario la nulidad radical de la relación contractual existente entre las partes. Estando amparada la relación contractual concertada por las partes en la exención prevista en el Reglamento 1984/83, vigente cuando tal relación fue concertada, como ya se ha razonado, la pretensión de que la misma se declare radicalmente nula y sin efecto en base al Reglamento 2790/1999 ha de ser analizada con cautela.

Es cierto que el acuerdo celebrado entre las partes no puede considerarse amparado por el Reglamento 2790/1999, conforme a lo previsto en sus artículos 3 (dado que REPSOL tiene más del 30% de la cuota en el mercado de referencia, que es el mercado español de distribución al por menor de hidrocarburos) y 5. Ahora bien, hay que matizar que si la aplicación de un reglamento de exención por categorías a un determinado acuerdo supone la presunción de legalidad del mismo, por implicar la presunción de que cumple cada una de las cuatro condiciones enunciadas en el art. 81.3 TCE , en cambio, que un reglamento de exención no sea aplicable a un acuerdo no significa sin más la ilegalidad de éste. Es significativo que el apartado 62 de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 se incluya en un epígrafe, el 5, titulado "Ausencia de presunción de ilegalidad fuera del Reglamento de Exención por Categorías", y establezca en su primer inciso que "no se presumirá que los acuerdos verticales no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías son ilegales, si bien cabe la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente". Concretamente, cuando esa no aplicabilidad del reglamento de exención es debida a la cuota de mercado de las partes, el apartado 24 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DOCE C 101, de 27.4.2004) declara que: ".el hecho de que, debido a las cuotas de mercado de las partes, un acuerdo no pueda acogerse a una exención por categorías no basta en sí mismo para considerar que se le aplica lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 o que no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Es precisa una evaluación del apartado 3 del artículo 81".

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

El contexto jurídico y económico, como han declarado las instituciones comunitarias, ha de ser tomado en consideración para enmarcar el análisis de la relación contractual objeto del litigio, pero no para sustituirlo. Las circunstancias que concurren en el caso han de motivar que la cláusula de exclusiva concertada no pueda tener la duración inicialmente prevista en el contrato, pese a que la misma tuviese encaje en el anterior Reglamento 1984/83, puesto que ello implicaría una distorsión de la competencia incompatible con el artículo 81 TCE . Pero ha de tenerse en cuenta que estamos ante un concreto litigio que afecta a una relación jurídica singular, no ante un expediente seguido por una autoridad administrativa de defensa de la competencia en la que se trate de regular el funcionamiento del mercado en defensa del interés general.

Como afirma el apartado 4 de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE en la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE (DOCE C 101, de 27.4.2004), recogiendo el criterio seguido por la jurisprudencia comunitaria, cuando una persona física o jurídica solicita al órgano jurisdiccional nacional que ampare sus derechos individuales, los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido específico en la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE que es diferente de la aplicación en aras del interés público por la Comisión o por las autoridades nacionales de la competencia. Por ello, no pueden aceptarse soluciones contrarias a las exigencias básicas del Derecho de la contratación (como son las relativas al "favor negotii" y a la aplicación de las diversas normas jurídicas a la relación contractual inspirándose en la mayor conmutatividad y equivalencia de las prestaciones) que perjudiquen injustificadamente los derechos individuales de alguno de los contratantes, como sería la de considerar producida de un modo repentino la nulidad de un contrato por contrariar la normativa reguladora de la competencia cuando tal contrato era válido, por ajustarse a tal normativa, cuando se concertó, provocando un quebranto patrimonial difícilmente justificable a una de las partes y, correlativamente, un enriquecimiento también difícilmente justificable de la otra. Es preciso, partiendo de que el régimen transitorio previsto para los acuerdos verticales por el Reglamento 2790/99 también acogía esta relación contractual (pues de lo contrario

se daría el contrasentido de otorgar un tratamiento más favorable en cuanto al régimen transitorio a aquellos contratos con una cláusula de exclusiva similar concertados por operadoras con menos de un 30% de cuota de mercado), encontrar un modo de reajustar las exigencias derivadas de la dinámica contractual de la relación jurídica entablada por las partes a las impuestas por el Derecho de la competencia.

Sobre este particular, este tribunal tuvo ocasión de declarar en la sentencia de 27 de octubre de 2006 lo siguiente: "En cualquier caso, no está de más advertir que si el contrato era válido bajo la normativa al amparo de la cual fue estipulado no puede devenir luego nulo en su integridad, como pretendía la actora, por la modificación normativa posterior ( Reglamento 2790/99), aunque ésta endureciese el tratamiento de las cláusulas de exclusiva tanto en lo referente al máximo de su duración (5 años) como al ámbito del régimen excepcional (artículo 5.a ). Si bien es cierto que las partes no deberán ignorar tal cambio normativo, la solución no vendría por la nulidad radical de toda la operación, como interesadamente pretendía la actora, sino por vía de la consensuada adaptación del contrato a la duración máxima que derivaba del nuevo Reglamento (5 años) o en su defecto, si no se aprovechase el plazo para ello previsto (disposición transitoria del propio Reglamento), por considerar que la duración de la cláusula de exclusiva de suministro quedaría limitada al máximo establecido en la nueva regulación, lo que supondría que expiraría a los cinco años desde la entrada en vigor de la modificación legal, garantizándose así el cumplimiento de la limitación temporal que impone el legislador comunitario, desde que la misma resulta aplicable, de modo compatible con el respeto de la eficacia y conservación del resto de lo pactado. Por otro lado, la imposición de tal terminación anticipada podría justificar el derecho de la petrolera a exigir una compensación según la entidad de su inversión".

Así pues, que el acuerdo celebrado por las partes no pueda beneficiarse de la aplicación del nuevo Reglamento 2790/1999 no significa que de modo retroactivo se produzca la nulidad total del contrato, pese a ser válido conforme a la normativa vigente en el momento en que fue concertado, sino que, efectivamente, el cambio normativo sobrevenido no permite que el contrato como tal pueda pervivir y desarrollarse en los términos en que fue concertado y que, al no haber sido expresamente adaptado de modo voluntario por las partes, concretamente por voluntad de la propia parte demandante, el pacto de exclusiva que forma parte del mismo se extinga a la finalización del periodo máximo de duración previsto en tal Reglamento, plazo que se considera también razonable para el acuerdo objeto de este litigio. Se conjuga así el respeto de las exigencias derivadas del Derecho de la competencia, dirigido fundamentalmente a la salvaguarda de determinados intereses generales, con el respeto a las exigencias derivadas del contrato celebrado entre las partes.

El propio Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión en numerosas resoluciones considerando que cuando el contrato litigioso cumplía en cuanto a su duración las condiciones de exención impuestas por el Reglamento (CEE) 1984/1983 pero no las del Reglamento ( CE) 2790/1999, el contrato queda sometido al régimen transitorio sancionado en el artículo 12.2 de esta última norma y por restarle el 1 de enero de 2002 un plazo de vigencia de más de cinco años, no puede beneficiarse de la aplicación del repetido Reglamento 2790/1999. Sin embargo, declara que: "Ello se traduce en la ineficacia sobrevinida del repetido acuerdo, pero no como consecuencia directa de la entrada en vigor del Reglamento últimamente citado, sino del vencimiento del plazo de cinco años desde el uno de enero de 2002, que es aquel que el artículo 5 del mismo texto respeta -si no se cumplen las condiciones excepcionales que dicha norma señala", plazo que en el supuesto aquí analizado ni siquiera había vencido al tiempo de la interposición de la demanda (8 de marzo de 2005), lo que justifica su desestimación. En este sentido sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 , 28 de febrero , 5 de mayo , 10 de mayo , 1 de junio , 6 de junio , 8 de junio y 2 de noviembre de 2011 , entre otras.

Como señalamos en la sentencia de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 13 de octubre de 2008 , el Derecho de la competencia puede justificar ese tipo de solución, en aras a un mercado más competitivo, pero no puede determinar nulidades radicales de toda la operación, como pretendía la parte demandante, sin perjuicio de su derecho a exigir, en legal forma, la finalización o, con mayor precisión a la vista de la doctrina jurisprudencial, la declaración de ineficacia sobrevinida, de la relación contractual por el transcurso del plazo máximo de duración que admitirían las normas imperativas, con consecuencias distintas de las aplicables a la nulidad de los contratos.

La Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 en el asunto COMP/B-1/38.348-REPSOL C.P.P., adoptada conforme al artículo 9 del Reglamento (CE ) núm. 1/2003, de 16 diciembre 2002, en un procedimiento en el que, a instancia de la propia REPSOL, se analizaba su red de estaciones de servicio, no perjudica la precedente conclusión de este tribunal. Como resulta del considerando 13 del Reglamento (CE) 1/2003, la trascendencia de dicha decisión de la Comisión no es otra que convertir en obligatorios para las empresas proponentes los compromisos propuestos por tales empresas en el curso de un procedimiento



que pueda conducir a la prohibición de un acuerdo o práctica, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe y sin que vinculen a las autoridades de competencia, a los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar si un determinado acuerdo es compatible con las normas reguladoras de la competencia y adoptar una decisión sobre el caso. No obstante, debemos remarcar que los compromisos de la demandada ante las autoridades europeas permitían, ya bajo la vigencia del Reglamento 2790/1999, a las empresas que han venido integrándose en la red REPSOL encontrar una salida razonable para, en determinadas condiciones, desvincularse de dicha red con mayor antelación de la inicialmente prevista y acceder así a contratar con otros proveedores. Tal posibilidad de modificación o adaptación de los contratos reconocida por la Comisión Europea supone una decisión que este tribunal entiende coherente con el criterio aquí sostenido de que la solución ajustada a la legalidad pasaría por la adaptación de los contratos al nuevo marco legal, lo que además entendemos como una forma de integrar el régimen convencional que rige todo contrato, pues el acomodo a una limitación impuesta por la ley (algo que resulta inherente a la fase de cumplimiento de los contratos - artículo 1258 del Código Civil -, no debiéndose perder de vista que la normativa reguladora del Derecho de la competencia no transforma la naturaleza del contrato, pero sí sirve para establecer límites a la autonomía de la voluntad derivados de normas de orden público) no supone una desnaturalización de la relación, sobre todo cuando resulta consustancial a la intención explicitada por las partes, ya que el titular de la estación ha demostrado que persigue desvincularse de una relación más prolongada de lo que en un determinado momento permitía el marco normativo de la competencia y la petrolera ha hecho pública esa misma intención ante las autoridades en la materia, por lo que lo único pendiente entre ellos, en un marco presidido por la buena fe ( artículo 7 del Código Civil ), deberían ser las consecuencias económicas concretas de la liquidación de la relación contractual (teniendo como posibles alternativas bien el tomar como referencia la expiración de la exclusiva a los cinco años a partir de la entrada en vigor del Reglamento 2790/1999 o bien solventar el problema conforme al régimen de compromisos contraídos por REPSOL, que como empresa proponente tendría que pasar por ellos si la contraparte optara por acogerse a los mismos, al estar ya aprobados mediante Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 - artículo 9.1 y Considerando 13 del Reglamento (CE ) 1/2003).

Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la parte dispositiva de la resolución apelada aun cuando lo sea por distintos fundamentos jurídicos.

SÉPTIMO.- En Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

## PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto el procurador don David García Riquelme en nombre y representación de la mercantil "OLMA, S.L." y "ESTACIO DE SERVEI PINEDA DE MAR, S.L." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de esta capital de fecha 25 de junio de 2008 , recaída en los autos de juicio ordinario nº 86/05 del que este rollo dimana

2.- Confirmar íntegramente la parte dispositiva de resolución recurrida.

3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

De conformidad con el artículo 212.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , comuníquese la presente sentencia a la Comisión Nacional de Competencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.