

Id. Cendoj: 08019370152011100339
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 15
Nº de Resolución: 389/2011
Fecha de Resolución: 05/10/2011
Nº de Recurso: 29/2011
Jurisdicción: Civil
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Acción de nulidad de contrato de abanderamiento de estación de servicio por vulnerar normas comunitarias sobre competencia. Fijación vertical de precios. Que la distribuidora pueda fijar unilateralmente el precio del carburante suministrado al concesionario no afecta al juego de la competencia. Cláusula que fija un precio de venta al público (PVP) recomendado o máximo. Puede acogerse a la exención por categorías si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un PVP y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el PVP. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del PVP o a la imposición del PVP mínimo por el proveedor. Sistema de gestión integrado que determina que los cambios de los PVP recomendados comunicados por el operador se trasladen automáticamente a la terminal de pago, al surtidor y a la terminal de tarjetas de la red, de modo que si el gestor de la estación quiere modificar el PVP se ve obligado a introducirlos manualmente. Emisión por el operador de factura en que aparece el PVP recomendado sobre el que se carga el IVA y que implicaría la necesidad de rectificar la factura si se quiere bajar el PVP. Duración de la exclusiva. Sucesión de Reglamentos comunitarios. Derecho de superficie no equivale a propiedad del terreno. Regla de mínimos, cuota inferior a 5%, redes paralelas de contratos

Idioma:

Español

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 15ª

rollo nº 29/2011-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 642/2005

JUZGADO MERCANTIL Nº 1 DE BARCELONA

SENTENCIA Núm.

Ilmos. Sres.

IGNACIO SANCHO GARGALLO

LUIS GARRIDO ESPA

JUAN F. GARNICA MARTÍN

En la ciudad de Barcelona, a cinco de octubre de dos mil once.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario número 642/2005 seguidos ante el Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona, a instancia de estació de servei industria, S.L., representada por la procuradora Araceli García Gómez, contra total espanya, S.A., representada por el procurador Antonio María Anzizu Furest. Estos autos penden ante esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por estació de servei industria, S.L. contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2010 .

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: "Desestimar la demanda interpuesta por estació de servei industria, S.L., representada por la procuradora Araceli García Gómez, contra total espanya, S.A.".

2. La representación procesal de estació de servei industria, S.L. interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la otra parte, total espanya, S.A., quien se opuso al recurso. Admitida la apelación en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales, en el curso de los cuales se señaló para la votación y fallo del recurso el día 13 de julio de 2011.

3. Interviene como ponente el Ilmo. Sr. **IGNACIO SANCHO GARGALLO** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Planteamiento de la controversia

1. Para comprender mejor la controversia suscitada en esta alzada, conviene traer a colación las pretensiones ejercitadas por ambas partes.

estació de servei industria, S.L. (en adelante es industria) en su demanda pidió la nulidad de la totalidad de la relación jurídica compleja, a través de diversos contratos, que le unía con total espanya, S.A. (en adelante total). Esta relación compleja estaba articulada, básicamente, a través de cuatro contratos concertados el mismo día 26 de octubre de 1990:

i) Un contrato de cesión de derecho de superficie por parte de es industria, que era propietaria de pleno dominio de la finca sita en la calle Industria s/n de Badalona, a favor de total, quien debía construir una estación de servicio en dos años y medio, por un plazo de 20 años desde la terminación y puesta en marcha de la estación (ff. 83 y ss.). En contraprestación, total se comprometía a pagar, desde la puesta en marcha de la estación, un canon de 250.000 Ptas. (revisable conforme al IPC interanual).

ii) Un contrato de arrendamiento de la estación de servicio, por el que total cedía en

arrendamiento dicha estación a es industria, por un periodo de tiempo de 1 año, prorrogable de forma obligatoria para total siempre y cuando se cumpliera por la arrendataria (es industria) el contrato de abastecimiento en exclusiva de gasolina, y por un precio de 600.000 Ptas. al mes, revisable conforme al IPC interanual (ff. 97 y ss.).

iii) Un contrato de abastecimiento de carburante en exclusiva, por parte de total a es industria, con un canon de 350.000 Ptas. mensuales, por un plazo de duración de 20 años, en el que total debía comunicar anualmente a es industria los precios de venta al público recomendados para cada tipo de producto, para que fueran competitivos con los ofrecidos por otras empresas de la competencia, dentro de la misma área geográfica o comercial (ff. 103 y ss.).

iv) Y un contrato de préstamo hipotecario, por el que total prestaba a es industria 35.000.000 Ptas., a devolver en 20 años, mediante el pago de 1.765.000 Ptas. al año, más un interés anual del 7% sobre la cantidad pendiente de amortización, en garantía de lo cual se constituía una hipoteca sobre la finca sita en la calle Industria s/n de Badalona (ff. 116 y ss.).

2. La demanda, aunque pretende la nulidad de todo el entramado de contratos por considerar que unos guardan relación con los otros, funda su pretensión en que el contrato de abastecimiento infringe la normativa de competencia comunitaria (art. 81.1 y 2 TCE , y en la actualidad art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) al establecer una exclusividad con plazo de duración de 20 años que no está amparado por ningún reglamento de exención, y porque, además, infringe la prohibición de fijación directa o indirecta de los precios de venta al público. También se pide la nulidad de la relación contractual porque todos los contratos conforman una relación compleja que adolece de un vicio insubstancial de inexistencia o ilicitud de la causa, al estar indeterminado el precio de los productos petrolíferos objeto de la exclusiva de suministro y quedar su fijación al exclusivo arbitrio de una sola de las partes. Finalmente, se solicita el cumplimiento de las consecuencias derivadas de la nulidad de los acuerdos, en concreto, las previstas en el art. 1306.2º CC , por la concurrencia de una causa torpe por parte de total y, subsidiariamente, el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes minoradas en las cantidades que hubieran sido amortizadas.

3. La demandada al contestar a la demanda, en primer lugar, solicitó la desestimación íntegra de aquella, al negar que concurriera el vicio de nulidad denunciado. Subsidiariamente, para el caso en que se estimase la nulidad del contrato de abastecimiento de carburante, pedía que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento, así como la validez y vigencia del derecho de superficie. Y subsidiariamente, para el caso en que fuesen resueltos la totalidad de los contratos, incluido el derecho de superficie, solicitaba que se acordara que la demandante debía indemnizar a la demandada con el pago de unas determinadas cantidades.

4. La sentencia analiza, en primer lugar, si el acuerdo impugnado es un " *acuerdo de menor importancia* ". Entiende que total no tiene una cuota de mercado relevante, lo que sirve para excluir el análisis de la posible nulidad por la duración pactada de la exclusividad, de 20 años. Pero esta regla de *mínimis* , conforme al ordinal 11º de la Comunicación de la CE de 22 de diciembre de 2001, resultaría irrelevante y por lo tanto no operaría respecto de los acuerdos que restrinjan la facultad del comprador de determinar el precio de venta. Entra, a continuación, a analizar el caso concreto y advierte que el tenor literal de lo pactado no permite deducir la imposición de precios mínimos, ni siquiera de forma indirecta. Y, en relación con los otros motivos de nulidad invocados, la sentencia niega que el contrato carezca de causa, sin que pueda equipararse a ello la falta de determinación inicial del

precio, ni que esta causa sea ilícita.

5. El recurso de apelación impugna, en primer lugar, la apreciación de que la recomendación del precio no supone en este caso una fijación del precio de venta. Se reconoce que del tenor literal de la cláusula 5 del contrato de suministro de carburante, no se deriva: ni fijación alguna del precio de venta al público (PVP), sino una mera recomendación; ni una vinculación o relación entre el PVP recomendado y el precio al que la actora iba a adquirir el producto; ni la posibilidad de que total pudiera fijar un margen de distribución fijo a la actora. Pero, sin embargo, el desarrollo del contrato ha puesto de relieve que el PVP no opera como una simple recomendación, sino como punto de partida para establecer el precio de adquisición de los carburantes y combustibles objeto de exclusiva. Esto es, el recurso denuncia que total no ha vendido a es industria los carburantes a un mejor precio como contractualmente se obligó, sino al precio que resulta de la diferencia entre el PVP recomendado y el margen de distribución, ambos establecidos por total. De este modo, la obtención del margen de distribución condicionaba el seguimiento del PVP recomendado y constituía un mecanismo indirecto de fijación del PVP, expresamente sancionado por la Comisión Nacional de la Competencia en su resolución de 30 de julio de 2009.

El recurso también impugna lo que considera una improcedente aplicación de la regla de *minimis*. Considera que la Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001 carece de efecto vinculante; y, en todo caso, no impide la actuación de los órganos jurisdiccionales dentro de su ámbito competencial. Aduce además que la inclusión del acuerdo controvertido dentro del ámbito prohibido del art. 81.1 TCE no era un extremo controvertido. Por otra parte, la sentencia había omitido un principio esencial sostenido por la jurisprudencia [SSTS (1ª) 2 de junio de 2000 y 15 de enero de 2010], según el cual: "la regla es, por tanto, la prohibición y consiguiente nulidad de los contratos entre empresas que restringen la libre competencia; la excepción, su admisibilidad y consiguiente validez si contribuyen a mejorar la distribución y cumplen determinados requisitos". La apelante argumenta también que nos encontramos ante un acto que, afectando de forma significativa al comercio entre los Estados miembros, se encuentra incurso en la prohibición del art. 81.1 TCE. El mercado español de los hidrocarburos es un mercado cerrado, difícilmente accesible, y, en esta situación de cierre de mercado, no debe operar la "*regla de minimis*". Entiende el recurso que el juez mercantil debía haber valorado si la duración del contrato (20 años), de los que a la fecha de entrada en vigor del nuevo Reglamento restaban por cumplirse prácticamente la mitad, constituye una duración manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, lo que está prohibido por el art. 81.1 TCE. Más adelante, en su recurso, la apelante llama la atención de que total constituye una unidad económica con cepsa, de quien tiene el 48'83% del capital social, y ostentan más del 20% del mercado de referencia.

Se recurre también que la sentencia no haya apreciado la indeterminación del precio de adquisición de carburantes y combustibles objeto de la exclusiva, que determinaría la nulidad del contrato.

6. Un caso muy similar al presente fue resuelto por nuestra sentencia de 16 de septiembre de 2009. La similitud radica en que la actora (pedro iv servicios) había concertado el mismo conjunto de contratos con la demandada (total), que es industria, en la misma época (un año después), y se pedía la nulidad por los mismos motivos que se invocan en la demanda que ha dado inicio al presente procedimiento. Con ocasión del recurso de apelación, se formuló una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que resolvió por sentencia de 2 de abril de 2009. Es lógico que lo resuelto en aquel precedente nos vincule y, por lo tanto, partamos de lo que allí se resolvió, y no nos separemos del

criterio adoptado si no concurren circunstancias distintas o se aducen razones que no fueron tenidas en consideración.

El orden por el cual vamos a abordar estas cuestiones será inverso al de aquella resolución, pues allí se cuestionó primero la duración del contrato de suministro, de 20 años, y después se abordó la validez de la cláusula de fijación de precios. En nuestro caso, como hemos visto, la sentencia juzga primero de la validez de esta cláusula y después, entendiendo que resulta de aplicación *la regla de minimis*, considera innecesario valorar si la duración del contrato de suministro infringía o no el art. 81 TCE y si se podía ver afectado por los correspondientes reglamentos de exención.

Precio de reventa recomendado

7. La demanda argumenta que la estipulación 5ª del contrato de abastecimiento de carburante infringe la prohibición contenida en el art. 81.1.a) TCE, de fijar las condiciones de reventa. El tenor literal de esta estipulación es el siguiente:

" 5.1 TOTAL comunicará al concesionario en cada momento, los precios de venta al público recomendados para cada tipo de producto, procurando que estos precios recomendados sean competitivos con los ofrecidos de buena fe por otros suministradores de relieve en el mercado, dentro de la misma área geográfica o comercial.

5.2 Con independencia de las demás condiciones contractuales y financieras del presente contrato, TOTAL fijará el precio del carburante y del combustible que suministre al CONCESIONARIO, en las condiciones más beneficiosas que tenga convenidas con otras estaciones de servicio que en el futuro puedan instalarse en Barcelona, y cuyo importe en ningún caso será superior a la media de precios que para iguales productos tengan establecido otras compañías suministradoras con significación en el mercado que operen en la zona geográfica y comercial de referencia.

5.3. Las variaciones de precios a las que hubiese lugar, se comunicarán oportunamente al CONCESIONARIO, especificando la fecha de su entrada en vigor. Las variaciones de impuesto que graven los productos serán en todo caso repercutibles automáticamente sobre el concesionario".

El recurso reconoce que una interpretación literal de estas cláusulas impide advertir una fijación del PVP, sino una mera recomendación; ni tampoco la existencia de una relación entre el PVP recomendado y el precio al que es industria iba a adquirir el producto; ni, tampoco, que total pudiera fijar un margen de distribución. Pero añade que el desarrollo del contrato, sin embargo, ha puesto de manifiesto que el precio de venta al público no opera como una simple recomendación, sino como punto de partida para establecer el precio de adquisición de los carburantes y combustibles objeto de exclusiva: total comunicaba a es industria los PVP recomendados para cada producto (documento 25 de la demanda) y los márgenes anuales de distribución fijos y variables que iba a percibir de la venta de cada tipo de carburante y combustible (documentos 25 bis de la demanda y 23 y 24 de la contestación); y las facturas de compra de carburante, aportadas como documento nº 17 de la demanda, muestran que el precio abonado por es industria era igual al PVP recomendado menos el margen anual de distribución fijo. De este modo el margen de distribución se condiciona al seguimiento del PVP recomendado.

8. Frente a esta argumentación, conviene advertir que la STJCE de 2 de abril de 2009 (*Pedro IV Servicios*), al resolver la cuestión prejudicial relativa de la fijación del PVP, consideró que el que total pudiera fijar unilateralmente el precio del carburante suministrado

al "concesionario" no afectaba al juego de la competencia y, de hecho, se centró tan sólo en la cláusula relativa a la fijación del PVP. A este respecto, recuerda el marco normativo: de una parte, el art. 81.1.a) TCE prohíbe, entre otros, " *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 y, en particular, los que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta* " (nº 70). Y de otra, " *no pueden acogerse al régimen de exención por categorías establecido en los Reglamentos 1984/83 y 2790/1999 los acuerdos por los que el proveedor fija el precio de venta al público o impone un precio de venta mínimo* ". Aunque, conforme al art. 4.a) del Reglamento 2790/1999 , " *el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo* " (nº 75).

Al amparo de este marco normativo, la STJCE contesta a la cuestión prejudicial, afirmando que " *las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público, como las controvertidas en el litigio principal, pueden acogerse a la exención por categorías en virtud de los Reglamentos 1984/83 y 2790/1999, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor* " (nº 84).

Aunque correspondía al órgano jurisdiccional remitente " *verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal* ", el TJCE considera que de los términos en que estaba redactada la cláusula - idéntica a la que ahora juzgamos-, se infiere que TOTAL no impone el precio de venta al público, sino que lo recomienda, sin que ni siquiera se estipule un precio de venta máximo. Y aclara que la manera en que se calcule el precio de venta recomendado es irrelevante, siempre que se deje al revendedor un margen de libertad para determinar efectivamente el precio de venta, lo que no ocurre cuando el proveedor impone al revendedor un margen de distribución fijo del que no puede apartarse (nº 78).

Así pues, en este caso, como en el que constituye nuestro precedente, partimos de una cláusula que formalmente no atribuye al proveedor la imposición del precio de venta al público ni la fijación de un precio de venta máximo, sino tan sólo la comunicación de un precio recomendado. En esta situación, correspondía al actor aportar alguna prueba de que se imponían restricciones al revendedor, a la vista del conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como del comportamiento de las partes.

Como ya advertíamos en aquel precedente, al margen de que no le saliera a cuenta al revendedor fijar un precio de venta inferior al recomendado, pues difícilmente la pérdida de ingresos que ello podría reportarle se compensaría con el incremento de ventas, lo que viene determinado por las circunstancias del mercado y no por la conducta del proveedor, no consta por parte de TOTAL el empleo de medio alguno indirecto o subrepticio (" *como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos* " -nº 80) que limite de hecho la posibilidad del revendedor de fijar un precio inferior al recomendado.

En realidad, el margen recomendado por total constituye un mínimo garantizado que

aseguraba a es industria una diferencia de cierto valor entre el precio del carburante suministrado y el precio de reventa al público recomendado, pero dejaba al suministrador la facultad de decidir libremente su precio de venta al público, y así aumentar o disminuir el margen de beneficio. Dicho de otro modo, la ausencia del precio o margen recomendado no variaría la facultad del revendedor de fijar el precio de venta al público.

es industria es libre de seguir el margen recomendado o no. Lógicamente, su decisión de vender por debajo del precio recomendado debe redundar en una aminoración del margen de distribución, sin que pueda pretender hacerlo manteniendo a su vez dicho margen, pues ello supondría repercutir sobre el suministrador el coste de vender a menor precio, lo que no guarda relación con la imposición del precio de venta al público.

9. El recurso varía los argumentos iniciales de la demanda y pretende fundar la nulidad de la cláusula quinta del contrato no porque en sí misma atribuya a total la facultad de fijar el PVP, sino porque en el desarrollo de la relación contractual se ha puesto de relieve que el precio recomendado no operaba como simple recomendación, sino como punto de partida para establecer el precio de adquisición de los carburantes y combustibles objeto de exclusiva. El recurso denuncia que total no ha vendido a la actora los carburantes a un mejor precio como contractualmente se obligó, sino al precio que resulta de la diferencia entre el PVP recomendado y el margen de distribución, ambos establecidos unilateralmente por total. A juicio de la actora, la obtención del margen de distribución condicionaba el seguimiento del PVP, expresamente sancionado por la Comisión Nacional de la Competencia en su resolución de 30 de julio de 2009.

En la argumentación de la parte apelante existe un matiz que hace variar no sólo la *causa petendi* sino también el objeto de la pretensión, pues ya no se impugna propiamente la cláusula contractual sino la aplicación o cumplimiento del contrato por Total, lo que es ajeno al inicial planteamiento del pleito, con todo lo que lleva consigo esta modificación de la controversia. Una cosa es pedir la nulidad de unos contratos vinculados, basada en que en el contrato de suministro de carburante se establece un precio recomendado (que supone la imposición del PVP), por contrariar el art. 81 TCE , y otra distinta es basar la nulidad de dicha cláusula por el modo en que total ha podido cumplir el contrato. Para salvar esta objeción, la parte apelante aduce que esta práctica pone en evidencia que la cláusula del precio recomendado, al fijar total el precio de venta de carburante, era una manera indirecta de fijar el PVP. Al respecto, conviene no perder de vista que la STJCE de 2 de abril de 2009 (*Pedro IV Servicios*) expresamente advirtió que el que total pudiera fijar unilateralmente el precio del carburante suministrado al "concesionario" no afectaba al juego de la competencia. Deberían ser otras las circunstancias o hechos que, al margen o aparte de la fijación del precio de venta del carburante por Total, constituyeran un medio indirecto o subrepticio que limitara de hecho la posibilidad del revendedor de fijar un precio inferior al recomendado, y ello, como ya dijimos, ni fue aducido en la demanda, ni lo ha sido después.

En este sentido, tienen razón tanto la sentencia de primera instancia como la apelada cuando argumentan, respecto de la invocación de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, que los hechos en que se funda ni han sido introducidos en nuestro caso ni consta que cumplan una identidad de razón con los del presente caso. Conviene no perder de vista que, como pone de relieve el escrito de oposición a la apelación, la resolución invocada afecta a un supuesto que no guarda relación con el presente, no sólo porque las compañías afectadas eran distintas, pues tenía una cuota muy significativa en el mercado, de la que carece total, sino fundamentalmente porque las cláusulas contractuales eran distintas y el *modus operandi* de dichas compañías también. Correspondía a la parte apelante haber acreditado esa identidad de razón entre los hechos inicialmente invocados en la demanda que servían de base para fundar la nulidad pretendida y los de la resolución invocada de la CNC de 30 de

julio de 2009, y no existe constancia de ello en el recurso.

10. El análisis, que omite el apelante, sí lo lleva a cabo la parte apelada, al poner de relieve que las prácticas que a juicio de la CNC habrían conducido, de manera indirecta, a la imposición de precios de reventa eran el sistema de facturación y pago de los productos adquiridos por las estaciones de servicio al operador, el sistema de comunicación de los precios recomendados o máximos y el sistema de facturación del IVA.

i) La Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 aprecia que en las EESS afectadas existen una serie de elementos a los que se incorpora la variable precio final de venta al público para dar el servicio de suministro de carburante: la terminal para operaciones de pago con tarjetas del operador de la red, gestionadas por filiales del operador; la terminal del punto de venta o caja de comercio, el surtidor y el monolito. En los casos en que la estación de servicio integra su sistema de gestión con el de la entidad que gestiona las tarjetas de fidelización de la red, advierte esta resolución, el cambio de precios semanal que hace el operador se traslada automáticamente a todos los elementos de estación descritos, excepto el monolito, de modo que si la estación quiere modificar el precio que su operador le ha comunicado e instalado en los elementos de estación de servicio, deberá hacerlo manualmente y en el caso de repsol mediante una tarjeta de supervisor. De este modo, a excepción del monolito, la mayoría de los sistemas de gestión de la estación disponibles en el mercado permiten que mediante el sistema informático de las estaciones de servicio se cambien de forma automática los precios en la terminal del punto de venta y en el surtidor. Todo lo cual da lugar a que los cambios de los PVP recomendados comunicados por el operador se trasladen automáticamente a la terminal de pago, al surtidor y a la terminal de tarjetas de la red, de modo que si el gestor de la estación quiere modificar los precios de venta al público se ve obligado a introducirlos manualmente. Por lo que, cada vez que el operador modifica el PVP recomendado de la estación, si quiere aplicar otros PVP, tiene que proceder al cambio en ese mismo momento, pues si no lo hace, por defecto, en cada repostaje que se realice figurará el PVP recomendado por el operador.

Nada de lo anterior se ha acreditado que ocurriera en el presente caso, pues total comunicaba a la actora los nuevos PVP recomendados por medio de un simple fax, como puede apreciarse de los acompañados con la demanda (ff. 1040 y ss.). De este modo, sólo el gestor de la estación conocía los PVP recomendados en cada momento para esa estación y era él quien aplicaba los PVP que consideraba oportunos en cada momento.

ii) Por otra parte, en el caso juzgado por la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, se seguía un sistema de autofactura, por el que las facturas que la operadora emite con cargo al titular de la estación contiene la facturación de las dos actividades implicadas: la compraventa del producto, gravada con su correspondiente IVA y la prestación del servicio, gravada con su correspondiente IVA. Lo que conlleva que la factura emitida por el operador incluya la comisión. De modo que el precio al que la operadora factura la compraventa del producto es siempre el precio máximo recomendado que previamente ha fijado él mismo, e, independientemente de que la estación realice o no descuentos con cargo a su comisión, el operador siempre mantiene como precio de venta al público el precio máximo recomendado y el importe íntegro de la comisión pactada. Además, en la factura emitida por el operador aparece siempre el PVP recomendado comunicado, que constituye la base imponible sobre el que se aplica el porcentaje del IVA aplicable, lo que provoca que si la estación de servicio quiere aplicar un precio de reventa distinto del PVP recomendado, tenga que realizar una rectificación de la factura inicialmente emitida por el operador, con objeto de modificar la base imponible y adaptarla a la cantidad realmente pagada por el cliente final.

Nada de esto ocurre en el presente caso, en que total, cada vez que servía el producto a la

estación, emitía una factura al gestor de estación que recogía un único concepto, la compraventa del producto, siendo el importe de la factura el precio fijado, al que se aplicaba el IVA correspondiente (ff. 540 y ss.). Es después, una vez adquirido el producto, cuando se suministraba a los clientes, la estación actora facturaba conforme al precio de reventa aplicado, con su IVA correspondiente. De este modo, en las facturas emitidas por total no aparece ni la comisión ni el descuento, ni por lo tanto el IVA aplicable. A diferencia del caso juzgado por la CNC, en estas facturas no aparecen ni los PVP recomendados por total, ni el IVA correspondiente.

11. El recurso de apelación invoca también la sentencia del pleno de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010 . Esta sentencia debe ser tenida en cuenta en la medida en que, para centrar la cuestión trae a colación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la propia Sala 1ª del Tribunal Supremo aplicable, en relación con la fijación de precio de venta al público. Recuerda que " *el inicial criterio rigorista de la STJUE 14-12-06 de que el Reglamento nº 1984/83 no amparaba los contratos que impusieran al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador (punto 2º) ha sido modulado por las SSTJUE 11-9-08 y 2-4-09 en el sentido ya indicado de que las cláusulas relativas a los precios de venta al público sí pueden acogerse a la exención por categorías en virtud de aquel Reglamento si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público.*

Esta doctrina determina que también deba matizarse la jurisprudencia de esta Sala sobre la falta de paliativo alguno, en el Reglamento nº 1984/83, de las cláusulas de fijación y control del precio por el proveedor (STS 15-4-09 y, sobre todo, STS 20-11- 08, sobre unos contratos idénticos al aquí litigioso) y, en consecuencia, que proceda analizar el contrato litigioso en averiguación de si, realmente, permitía la hoy recurrente vender los productos a un precio inferior al indicado por la proveedora hoy recurrida ".

Pero al margen de lo anterior, no resulta de aplicación, en la medida en que el caso juzgado era distinto al presente. Se trata de un supuesto de comisión o agencia en la que, al margen de que la estación de servicio pudiera equipararse al revendedor, el precio venía fijado por la operadora, sin perjuicio de admitirle la posibilidad de aplicar un descuento. Así puede advertirse del tenor de la cláusula controvertida, transcrita por la propia sentencia del Tribunal Supremo:

" El apdo. 1 de la referida cláusula, que es el que hace mención al descuento, reza literalmente así: "EL AGENTE, como comisionista, comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de REPSOL COMERCIAL en el precio y demás condiciones por la misma señalados, dentro de los límites legalmente autorizados. Cualquier descuento que pudiera aplicar será con cargo a su comisión. Las ventas a los clientes serán al contado. El crédito que pueda eventualmente conceder el Agente será por su cuenta y riesgo" .

En este marco, distinto al que ahora es objeto de enjuiciamiento, tiene sentido que el Tribunal Supremo no analice aisladamente la cláusula contractual, sino en relación con otros pactos contractuales que le permiten cuestionar " *que la posibilidad de descuento con cargo a la comisión del hoy recurrente fuera real. Así, el apdo. 3 dispone que "para el cálculo a satisfacer a REPSOL COMERCIAL se tendrá en cuenta en todo caso el volumen íntegro suministrado y el precio de venta al público fijado por aquella, sin perjuicio de las oportunas liquidaciones o regularizaciones por las modificaciones de precios que se produzcan, respecto de los productos existentes en la Estación de Servicio al tiempo de aquellas". A su vez el apdo. 4 establece que "a fin de proceder a las correspondientes liquidaciones, cuando*

por REPSOL COMERCIAL o en virtud de la oportuna disposición administrativa se varíen los precios de venta al público de los productos, el AGENTE deberá presentar una declaración de existencias de cada producto, referida al momento inmediatamente anterior a aquél en que entren en vigor los nuevos precios". El apdo. 5, ya examinado anteriormente al tratar de la condición de agente no genuino del hoy recurrente, imponía a éste el pago al contado, "al tiempo de efectuarse los pedidos", con una única alternativa de pago a los nueve días previa constitución de garantías suficientes a juicio de REPSOL. Y, en fin, el apartado 7, que confería a esta misma parte contratante la facultad de sustituir el régimen de agencia por el de venta en firme, previendo para tal caso una determinación por mutuo acuerdo de los precios de adquisición a pagar por el titular de la estación de servicio, disponía que en tanto no se llegara a ese mutuo acuerdo el precio aplicable sería "el resultante de detracer del precio de venta al público recomendado por el suministrador el importe de la comisión que últimamente viniera percibiéndose por el AGENTE", lo que indica que, en el régimen de "agencia" bajo el cual se vino ejecutando el contrato litigioso, para la propia REPSOL el precio de venta al público no era recomendado sino fijado por ella misma".

Conviene recordar que, en nuestro caso, la demanda omite cualquier referencia a otras cláusulas o pactos contractuales que contribuyen a negar libertad a la estación de servicio para fijar un precio distinto del recomendado. Ni tampoco se advierte que exista una correspondencia fáctica entre el caso juzgado por la STS de 15 de enero de 2010 y el presente. Razón por la cual, sin perjuicio de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial expuesta por dicha sentencia, no opera en el presente caso como precedente judicial.

La regla de *minimis* en relación con la cláusula de duración del periodo de exclusiva

12. La sentencia de primera instancia entiende que siendo la cuota de mercado de total irrelevante, opera la *regla de minimis* que impide pueda apreciarse la infracción del art. 81 TCE por la cláusula de duración del periodo de exclusiva. El recurso, además de impugnar la aplicación de la *regla de minimis* al presente caso, denuncia que la sentencia haya dejado de analizar si la cláusula contractual de duración del contrato de suministro por 20 años infringe la prohibición de restricción de la competencia del art. 81 TCE, sin que se haya amparado por los correspondientes reglamentos de exención. A la vista de esta alegación, puede resultar más lógico llevar a cabo este examen, tal y como hicimos en el precedente judicial invocado [sentencia de 16 de septiembre de 2009 (rollo de apelación 351/06)], para después, si resulta necesario, analizar la *regla de minimis*.

13. Lo argumentado al respecto en aquel precedente judicial resulta de aplicación, pues las cláusulas contractuales eran idénticas.

Tanto en aquel caso juzgado por nuestro precedente judicial, como en el presente, la nulidad invocada afecta directamente al tercer contrato, de abastecimiento de combustible en exclusiva, porque la duración pactada es superior a la máxima permitida por el Derecho comunitario para un pacto de suministro en exclusiva, y, según la actora, restringe por ello gravemente la competencia.

Como argumentábamos entonces, la validez de la duración convenida para el pacto de suministro en exclusiva, se ve afectada por dos reglamentos comunitarios de exención, que se sucedieron en el tiempo, durante la vigencia del contrato de abastecimiento. El Reglamento 1984/83, que excluía del ámbito de aplicación del art. 81 TCE determinadas categorías de acuerdos de compra en exclusiva, expiró el 31 de diciembre de 1999, de forma que el día 1 de enero de 2000 entró en vigor el nuevo Reglamento 2790/1999, sin perjuicio de que se prorrogara la aplicación de las exenciones previstas en el anterior hasta

el 31 de mayo de 2000. Además, como aclara la STJCE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07 , *Pedro IV Servicios*), que resolvió la cuestión prejudicial planteada por esta sala con ocasión de aquel precedente, " *La prohibición establecida en el art. 81 TCE , apartado 1, no se aplica, durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001, a los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplan las condiciones de exención previstas en el Reglamento 2790/1999, pero sí las establecidas, entre otros, en el Reglamento 1984/83* " (nº 14).

También advertía esa STJCE que " *para que se considere que un acuerdo es contrario a las normas de competencia, no basta con que se demuestre que sus cláusulas son incompatibles con un reglamento de exención por categorías, sino que también es necesario probar que infringen efectivamente lo dispuesto en el artículo 81 CE* " (nº 35). Y aunque en un orden lógico, "los reglamentos de exención se aplican en la medida en que los acuerdos contienen restricciones de la competencia previstas en el art. 81 TCE , apartado 1, suele resultar más práctico comprobar primero si estos reglamentos se aplican a un determinado acuerdo para evitar, en caso afirmativo, el complejo examen económico y jurídico que permite determinar si se cumplen los requisitos para la aplicación del art. 81 CE , apartado 1 " (nº 36).

Por lo tanto, puesto que en el presente caso el contrato convertido se celebró día 26 de octubre de 1990 y siguió ejecutándose hasta la presentación de la demanda por es industria a finales del 2004, debe examinarse si las condiciones de exención eran aplicables tanto en virtud del Reglamento 1984/83 como del Reglamento 2790/1999, para que el órgano jurisdiccional nacional pueda determinar, en su caso, si tales contratos no dejaron de ser conformes con el Derecho de la competencia durante todo su período de ejecución o si a partir de un determinado momento pasaron a estar viciados de nulidad.

De este modo, analizaremos de forma sucesiva si el acuerdo acerca de la duración de la exclusiva se halla amparado por cada uno de los Reglamentos de exención sucesivamente aplicables en el tiempo, y, en su caso, si se cumplen los requisitos de aplicación del art. 81.1 TCE .

Adecuación de la duración del contrato de distribución en exclusiva al Reglamento de exención 1984/83

14. Ya argumentábamos en nuestro precedente, con cita expresa de la STJCE de 2 de abril de 2009 (*Pedro IV Servicios*), que el Reglamento 1984/83 prevé la aplicación del art. 81.3 TCE a ciertas categorías de acuerdos de compra en exclusiva que pueden incurrir en la prohibición del apartado 1, concertados entre dos empresas para la reventa de productos petrolíferos en estaciones de servicio (nº 42). " *Al margen de los requisitos para la aplicación de la exención, que se enumeran en los arts. 10 y 11 Reglamento 1984/83 , el art. 12.1 c) indica que el mismo Reglamento no es aplicable a los acuerdos de estación de servicio de duración indeterminada no superior a diez años. Sin embargo, el art. 12.2 del referido Reglamento precisa que, «no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas [en las disposiciones aplicables a los acuerdos de estaciones de servicio], durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio»* (nº 43). De ahí deduce la STJCE que, cuando el período de duración sea superior a diez años, cabe la aplicación del Reglamento 1984/83 " *siempre que el proveedor haya arrendado al revendedor la estación de servicio o le haya concedido de hecho o de Derecho su usufructo* " (nº 44).

Como en el caso enjuiciado, también la suministradora de combustible (total) es sólo propietaria de la estación de servicio, que arrienda para su explotación a es industria, pero no del terreno, que es propiedad de ésta última, se suscitó la duda acerca de si para la aplicación de aquella salvedad al límite de diez años, era necesario que el proveedor fuera propietario tanto de la estación como del terreno o si bastaba que lo fuera de la estación. La STJCE, al resolver la cuestión prejudicial, argumenta que este doble requisito de que el proveedor sea propietario de la estación de servicio y del terreno en el que está construida no figura ni en el articulado del Reglamento 1984/83 ni en su exposición de motivos (nº 52), y rechaza la posibilidad de añadir dicho requisito para reducir el alcance de la disposición contenida en el art. 12.2 del Reglamento (nº 53).

La demanda centraba su argumentación de la improcedencia del plazo convenido de 20 años en que no resulta de aplicación el régimen especial del art. 12.2 del Reglamento 1984/83 si no se cumple el doble requisito de ser el proveedor propietario tanto del terreno como de la estación de servicio. Por este motivo, una vez se pronunció, merced a la cuestión prejudicial planteada en el anterior precedente, el TJCE sobre la interpretación de este precepto y ha considerado que basta que sea propietario de la estación, sin que tenga necesariamente que serlo del terreno, no cabe introducir una nueva cuestión, como pretende el apelante, a través de su escrito de valoración de la STJCE, al cuestionar que las inversiones realizadas por total fueran "importantes" y que hubieran servido para mejorar la distribución, facilitar la instalación o la modernización de la estación de servicio y reducir los costes de distribución. No obstante, basta advertir que el acuerdo pactado, merced a las compensaciones que se producen entre las obligaciones convenidas en los tres primeros contratos (de constitución del derecho de superficie, de arrendamiento y de abastecimiento de carburante), libera a es industria de realizar cualquier inversión para la construcción de la estación de servicio y le permite comenzar a explotarla sin tener que abonar nada a total si no es el precio correspondiente al carburante suministrado. En este sentido, el plazo de duración de la exclusiva es lo que permite a total resarcirse de la inversión realizada.

Adecuación de la duración del contrato de distribución en exclusiva al Reglamento de exención 2790/99

15. Bajo el régimen del Reglamento 2790/1999, que establece las condiciones en que el art. 81.3 TCE se aplica a categorías de acuerdos verticales y de prácticas concertadas sin prever disposiciones específicas sobre los acuerdos de estación de servicio, no se aplica la exención cuando los acuerdos contengan una cláusula de no competencia con una duración indefinida o superior a cinco años, si bien este límite temporal " *no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del periodo de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador* " [art. 5. a)]. " *Del tenor de esta disposición -a juicio de la STJCE de 2 de abril de 2009 (Pedro IV Servicios)- se desprende que la aplicación de la excepción que prevé a los acuerdos de estación de servicio es posible si concurren dos situaciones: cuando el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio que arrienda al revendedor como del terreno en el que esté construida y cuando el proveedor arriende el terreno y la estación de servicio a terceros no vinculados con el revendedor para subarrendarlos a continuación a este último* " (nº 64). De ahí que en el presente caso, total, para acogerse a la exención, deba justificar no sólo que es propietaria de la estación, como consecuencia de su derecho de superficie, sino también del terreno en el que está construida (nº 69).

A pesar de que por lo conocido con ocasión de la cuestión prejudicial, la citada STJCE

sugiere que en un caso como el presente no concurre este doble requisito de la propiedad sobre la estación de servicio y sobre el terreno donde está construida, lógicamente remitió a los tribunales nacionales juzgar si el derecho invocado por total, de superficie, conforme al derecho propio aplicable al caso, confiere no sólo la propiedad del derecho de superficie sino también del terreno.

Ya argumentábamos en el precedente judicial que "el art. 564-1 del Código de Derecho civil de Cataluña (introducido con la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales) configura el derecho de superficie como un " *derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace* ". Este concepto proviene del art. 1 de la anterior Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie y adquisición voluntaria o preferente, que constituye su precedente legislativo y que definía el derecho de superficie en los mismos términos. De tal forma que bajo la normativa civil catalana, el superficiario no puede considerarse, durante la vigencia de su derecho de superficie, propietario del terreno en el que se propone edificar.

Pero al tiempo en que debemos juzgar, cuando deja de aplicarse el Reglamento 1984/83 y resulta de aplicación el Reglamento 2790/1999, el 1 de junio de 2000, no existía una regulación específica del derecho de superficie en Cataluña, pues ni siquiera se había aprobado la Ley 22/2001, de 31 de diciembre. De tal forma que resultaba de aplicación la regulación general o común, contenida básicamente en la Ley del Suelo (arts. 157 - 161) y en el art. 16 Reglamento Hipotecario . Esta normativa se adecuaba también al concepto tradicional del derecho de superficie, que era conceptualizado por la doctrina como un derecho real sobre cosa ajena, que se otorga a favor de una persona y que faculta a ésta para llevar a cabo una construcción en suelo ajeno, mediante el pago de un canon al dueño del mismo, haciendo suyo lo edificado. El titular del derecho de superficie si bien tiene una potestad directa e inmediata sobre el vuelo y en concreto el pleno dominio sobre lo edificado, carece de la condición de propietario sobre el suelo, aunque goza de un derecho de posesión sobre el mismo para satisfacer su interés principal de construir, en este caso una estación de servicio.

Así lo ha entendido recientemente la STS de 30 de junio de 2009 (Roj: STS 5094/2009), en un supuesto similar al presente, al declarar que " *el titular de un derecho real de superficie no es propietario del terreno por lo que no se cumple el requisito que permitiría alargar la duración del contrato de arrendamiento de instalaciones y de suministro de carburante con cláusula de exclusividad más allá de cinco años por el periodo pactado de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador (revendedor). Esta apreciación se basa en que, sin necesidad de entrar en temas que aquí y ahora resultarían estériles (teorías dualistas y unitaria, alcance de la regulación del Código Civil, si la temporalidad es o no esencial, etc.), sí debe señalarse que la concepción tradicional que asimilaba al derecho de superficie a los derechos censarios ha sido superada, y el derecho de superficie no solo es un derecho real con autonomía y sustantividad propia sino que además su estructura es claramente diferente de la del censo enfiteútico, pues si en ambos hay un doble dominio, el dominio dividido del censo enfiteútico (dominio directo del constituyente y útil del enfiteuta) recae sobre el mismo y único objeto, la finca, en cambio en el derecho de superficie hay dos propiedades separadas que recaen sobre objetos distintos, la que recae sobre la finca que corresponde en exclusiva (a diferencia del derecho de vuelo que hay cotitularidad) al concedente (constituyente del gravamen real), y la que recae sobre la edificación (o, en su caso, plantación), que constituye la propiedad superficiaria (claudicante, en cuanto de duración temporal); y, como consecuencia, el concedente conserva como propietario de la*

finca todos los derechos del dueño que sean de posible utilización y no incompatibles, en cada caso, con la superficie ". No existe ninguna duda, pues, de que total, durante la vigencia del derecho de superficie puede considerarse propietaria de la estación de servicio construida, pero no del terreno.

De este modo, debemos concluir que el pacto de exclusividad y en concreto su duración, si bien era válido bajo el régimen del Reglamento 1984/83, dejó de serlo al amparo del Reglamento 2790/1999, por no cumplirse los requisitos previstos en su art. 5.a).

Regla de minimis

16. Ahora bien, como advirtió la STJCE de 2 de abril de 2009 (*Pedro IV Servicios*), al resolver la cuestión prejudicial, " *cuando un acuerdo no cumple todos los requisitos previstos por un reglamento de exención, sólo incurre en la prohibición del art. 81.1 TCE , si tiene por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros "* (nº 68). Lo que nos obliga a examinar la relevancia del acuerdo y, en concreto, la *regla de minimis* , sin que podamos tener en consideración lo argumentado por el recurso de apelación, de que esta *regla de minimis* no impide la actuación de los órganos jurisdiccionales dentro de su ámbito competencial y, en concreto, la determinación de las consecuencias civiles de los acuerdos prohibidos. Es la STJCE que resuelve la cuestión prejudicial la que, como hemos advertido, ha llamado la atención de que el acuerdo de duración temporal de la exclusiva que no cumple los requisitos de exención, para que incurra en la prohibición del art. 81.1 TCE es necesario que restrinja de forma apreciable la competencia dentro del mercado relevante. De tal forma que la *regla de minimis* es un elemento esencial de la infracción, pues no existe propiamente infracción si la restricción de la competencia no es significativa, y ello al margen de que sea apreciado por las autoridades de la competencia o por los tribunales nacionales con el ejercicio de las acciones privadas.

17. Por otra parte, la Comunicación de la Comisión Europea sobre acuerdos de menor importancia, de 22 de diciembre de 2001, establece una exención de prohibición para aquellos operadores con una cuota inferior al 5% en el caso de mercados cubiertos por redes paralelas de acuerdos verticales. Esta comunicación, dejando a un lado la discusión sobre su carácter vinculante, cuando menos fija un criterio orientativo, que a falta de otro más razonable contribuye a juzgar sobre la relevancia de los acuerdos restrictivos de la competencia en un caso como el presente: como total nunca ha superado el 3% de cuota de participación en este mercado y en el año 2002 inició un proceso de abandono del mercado español, en la actualidad ya materializado, los acuerdos objeto de impugnación deberían ser considerados de menor importancia.

18. Es cierto que en un supuesto similar en que se juzgaba la validez de una cláusula de duración temporal del contrato de distribución de carburante de 20 años, la STS (1ª) de 30 de junio de 2009 advierte que "la regla " *de minimis* " comprende dos aspectos: el primero se refiere a la exigencia de que el acuerdo tenga un efecto sensible en el comercio de los Estados miembros -afectación sustancial al comercio intracomunitario-; y el segundo es que el acuerdo (práctica, cláusula, conducta) afecta sustancialmente a la competencia. De tal modo que si no hay este efecto sensible, o es insignificante, no hay prohibición (" *de minimus non curat lex* "). Aunque, argumenta la Sala 1ª del TS en esta sentencia, "el que no se afecte al comercio intracomunitario, no obsta a que se pueda afectar sensiblemente a la competencia, no es óbice a que se pueda afectar a todo o parte del mercado nacional, y en cuanto a la afectación sensible de la competencia la valoración puede tener lugar en atención a la doctrina comunitaria (Comunicación " *De minimis* " de 9 de diciembre de 1.997, sustituida por la de 22 de diciembre de 2.001), o en su caso en la perspectiva de la

legislación nacional (arts. 5 LDC , y 1 a 3 del Reglamento). Y no cabe confundir dicha regla, con la de la doctrina Automec STPI 18 de septiembre de 1.992, Asunto T-24/90 (" de minimus non curat pretor ") que se refiere más bien al interés comunitario del caso para el examen por los órganos comunitarios". Lo que, en aquel caso, llevó a la Sala 1ª del Tribunal Supremo a concluir que el que el acuerdo enjuiciado "no esté explícitamente comprendido en la regla " de minimis " ex Comunicación de la Comisión de 2001, no obsta a que sí lo esté en la legislación nacional (ex art. 5 LDC y 2.2 e) del Reglamento DC), cuya aplicación por los tribunales de la jurisdicción civil en los casos en que se pretenda la nulidad de contratos entre particulares no resulta dudosa, habida cuenta la tesis de la doble barrera, el Reglamento Comunitario 1/2003, art. 9.2 LOPJ y jurisprudencia de esta Sala".

19. En nuestro caso, contamos además con la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de septiembre de 2008, aportada a los autos, que resuelve una denuncia del carácter anticompetitivo de los contratos cruzados trabados por total con algunos empresarios de estaciones de servicio, entre los que se encuentra también ES industria. Esta resolución recuerda que "en el mercado español de distribución minorista de carburantes más de un 50% de la oferta se realiza por puntos de venta vinculados a redes paralelas de acuerdos verticales. El Reglamento de Defensa de la Competencia (artículo 2.4 del Real Decreto 261/2008) excluye del concepto de menor importancia aquellas conductas desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes en los que más del 50% está cubierto por redes paralelas". Y prosigue que "procede por tanto el análisis de los contratos para valorar en qué medida contribuyen al efecto cumulativo producido por el conjunto de contratos similares. Siguiendo la doctrina de este Consejo, que a su vez hace propia la del TJCE (Sentencia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis/Henninger Braü AG* , Asunto C-234/89), para ello debe tomarse en cuenta la posición de las partes en el mercado, el número de puntos de venta vinculados y la duración de los acuerdos".

Como ya argumentábamos en nuestro precedente, sobre la base del informe emitido por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de agosto de 2008 (expediente 2804/07, contra repsol, cepsa y BP), en el año 2002, de las 8.622 estaciones de servicio que había en España, total tan sólo suministraba carburante en 187, por lo que tenía una cuota de mercado ligeramente superior al 2%. Además, conocemos por la citada Resolución de 23 de septiembre de 2008 de la CNC que total había comenzado el año anterior (2001) su salida del mercado español, y "como consecuencia de la venta de estaciones de servicio a las operadoras agip españa S.A. y petrogal española S.A. (hoy denominada galp energía españa, S.A.U.) en 2002, total se quedó en España con una red muy reducida de estaciones de servicio". Y así, según el informe de investigación de la CNC de 1 de agosto de 2008, total en el año 2003 pasó a tener 56 estaciones, en el año 2004, 25 y en el año 2005, 14. Por último, según declara acreditado la Resolución de la CNC de 23 de septiembre de 2008, con "la venta de activos a disa autorizada por la Comisión Nacional de la Competencia el 25 de octubre de 2007 (C005/2007), la operadora ha cesado en sus actividades de comercio de carburantes en España, tanto en el canal Red como Extra Red".

20. Lo anterior nos lleva a concluir que el acuerdo enjuiciado carece de relevancia no sólo a los efectos de la infracción del art. 81.1 TCE , sino también de la normativa nacional de competencia (art. 1 Ley 15/2007), como afirmó la citada Resolución de la CNC de 23 de septiembre de 2008, que resaltó el hecho de que los contratos afectados por un acuerdo como el impugnado representaban una parte ínfima del mercado y afectaban a estaciones de servicio relativamente dispersas geográficamente.

21. La parte hoy apelante vuelve a insistir en un argumento que fue aducido también en el anterior precedente: total está vinculada con cepsa, pues controla el 48'8% de esta compañía, y, a los efectos de juzgar el presente caso, ambas compañías formaban una

unidad económica , con una cuota de mercado superior al 20%.

Al margen de que, como denuncia la parte apelada, esta supuesta unidad económica se trata de una cuestión nueva que no aparecía en la demanda, ya razonábamos en nuestra anterior resolución que esta participación accionarial no es determinante de que total y cepsa hayan actuado en el mercado español de estaciones de servicio como una empresa, bajo el criterio de unidad de económica, pues para ello sería necesario que hubiera una identidad de intereses y de control [STJCE de 12 de julio de 1984 (asunto *Hydrotherm* , C-170/83)], de lo que no queda constancia.

La actora, en su demanda, no aportó ninguna prueba que permitiera concluir, aunque fuera de forma indiciaria, que esta participación accionarial de total en cepsa hubiera dado lugar, en el momento que estamos juzgando (año 2001), a una actuación en el mercado español como unidad económica, con identidad de intereses y de control. Es en su recurso de apelación, cuando ha tratado de invocar alguna circunstancia que pudiera servir de indicio, sin que, como veremos, llegue a tener entidad suficiente. El único indicio invocado es que, "cancelada la tarjeta Eurotrafic -una de las tarjetas utilizadas por la red total-, los clientes internacionales de Total fueron desviados en España a la red cepsa". Y trae a colación la contestación de cepsa, que reconoce que la tarjeta Eurotrafic es aceptada como medio de pago de carburantes y otros productos y servicios en las estaciones de servicio y establecimientos adheridos al sistema de tarjetas cepsa, que expresamente manifiestan su interés en captar la tarjeta Eurotrafic. La parte apelada, en su escrito de oposición al recurso, además de advertir que el propio documento nº 38 de la demanda invocado por la apelante acredita que esta tarjeta es aceptada en las redes de abanderamiento de otros operadores en varios países europeos (por ejemplo, ERG en Italia o Shell en Noruega), resalta que este acuerdo comercial carece de relevancia. Y no le falta razón a la vista de otro hecho acreditado que sí resulta significativo de que la referida unidad económica no ha existido: total, a partir de 2001-2002, en que empezó su proceso de abandono del mercado español, no traspasó las estaciones de servicio a ella vinculadas a cepsa, sino que lo hizo a otras empresas de la competencia, como fueron en un primer momento a agip españa S.A. y petrogal española S.A. y, más tarde, a disa.

Costas

20. La desestimación del recurso de apelación da lugar a la condena a la parte apelante al pago de las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLAMOS

DESESTIMAMOS íntegramente el recurso de apelación interpuesto por estació de servei industria, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona con fecha 26 de octubre de 2010 , cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente; y, consiguientemente, CONFIRMAMOS íntegramente la sentencia apelada, con condena de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicacación.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, celebrando audiencia pública; doy fe.