

RAFAEL SEGUER BENAGES, SECRETARIO
DE LA SECCION QUINCE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
CERTIFICO. Que en el Rollo de apelación a que se hará referencia, se ha dictado
la siguiente resolución:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMO-QUINTA
ROLLO Nº 553/2008-1ª
JUICIO ORDINARIO Nº 179/2007
JUZGADO MERCANTIL Nº 5 DE BARCELONA

SENTENCIA núm.3/10

Ilmos. Sres. Magistrados

IGNACIO SANCHO GARGALLO
LUIS GARRIDO ESPA
JORDI-LLUÍS FORGAS FOLCH

En Barcelona a trece de enero de dos mil diez.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 179/2007 ante el Juzgado Mercantil nº 5 de Barcelona, a instancia de CANAL I FILLS S.L. y ZERO SET S.L., representadas por la Procuradora Araceli García Gómez y asistidas de la Letrada Mª. Isabel Sobrepera Millet, contra SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A. (PETROCAT), representada por la Procuradora Irene Solá Solé y bajo la dirección del Letrado Enric Fort Laborda. Penden ante esta Sala por virtud de sendos recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de ambas partes contra la sentencia dictada por dicho Juzgado el día 18 de abril de 2008.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es del tenor siguiente: "*FALLO: Con desestimación íntegra de la demanda interpuesta por el Procurador Sra. García Gómez, en nombre y representación de CANALS I FILLS S.L. y ZERO SET S.L., debo denegar y deniego la declaración de nulidad y carencia de causa de la relación contractual suscrita en fecha 9 de marzo de 1993, el contrato privado de 7 de junio de 1996 elevado a público el 10 de octubre de 2001 y el contrato de arrendamiento de 23 de julio de 1996, entre aquellas y SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A., desestimando por tanto todas las consecuencias indemnizatorias derivadas de esas pretensiones.*

Debo condenar y condeno a CANALS I FILLS S.L. y ZERO SET S.L. al pago de las costas procesales generadas en este litigio, según la tasación de las mismas que se realice en incidente promovido al efecto".

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpusieron sendos recursos de apelación por las representaciones procesales de ambas partes, que fueron admitidos a trámite, presentando cada una de las partes escrito de oposición frente al recurso contrario.

TERCERO. Recibidos los autos fue formado en la Sala el Rollo correspondiente, se proveyó la petición de prueba y, por auto de 15 de diciembre de 2008, se acordó suspender el trámite del recurso hasta la resolución por el TJCE de la cuestión prejudicial planteada por esta Sala (por Auto de 13 de diciembre de 2006) en el Rollo de Apelación nº 351/2006 (registrado ante el TJCE como asunto C-260/07), por resultar trascendente dicha resolución para la decisión de este litigio. Tras haberse dictado Sentencia por el TJCE de fecha 2 de abril de 2009, fue alzada la suspensión, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, que se celebró el pasado 30 de septiembre de 2009.

Es ponente el Ilmo. Sr. LUIS GARRIDO ESPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente litigio versa sobre la aplicación de la sanción de nulidad prevista por el art. 81.2 del Tratado Constitutivo de la CEE (TCE) a la relación jurídica compleja concertada entre las partes, integrada por un contrato de constitución de derecho de superficie y otro de arrendamiento de estación de servicio para la distribución al por menor de carburantes con un pacto de suministro en exclusiva, que se dispone por las partes, en sendos conjuntos contractuales, para dos estaciones de servicio ubicadas a ambos márgenes de la carretera, y cuyo contenido obligacional se detallará seguidamente. La nulidad de pleno derecho, conforme al ordenamiento comunitario de la competencia, se solicita en la demanda por razón de la duración de la exclusiva del suministro y de un sistema de fijación del precio de reventa al público por parte de la proveedora del carburante, pactos que en la tesis de la parte demandante contravienen la prohibición establecida en el apartado 1 de dicho art. 81 TCE y no están



amparados por los Reglamentos de exención por categorías aplicables (Reglamento CEE 1984/83, de 22 de junio, y Reglamento CEE 2790/99, de 22 de diciembre, que sustituye al anterior).

SEGUNDO. El pleito ha sido entablado por CANAL I FILLS S.L. y ZERO SET S.L. contra SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A. (PETROCAT), en solicitud de la declaración de nulidad, por las razones jurídicas indicadas, de lo que califican como una relación jurídica compleja constituida por los siguientes acuerdos contractuales, referidos a las estaciones de servicio que explota ZERO SET S.L. a ambos márgenes, montaña y mar, de la carretera nacional N-II, Km 651, en el término municipal de Sant Andreu de Llavaneras.

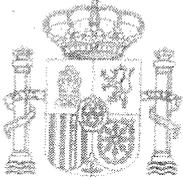
D) En relación con la estación de servicio del margen montaña, la relación jurídica se formaliza el 9 de marzo de 1993 mediante un contrato de constitución de derecho de superficie y otro de arrendamiento de industria con pacto de suministro en exclusiva.

1º) Por virtud del primer contrato, CANALS I FILLS, en su condición de propietaria de un terreno en la carretera N-II, otorga a favor de PETROCAT un derecho de superficie con duración de 30 años, a fin de que por ésta se proceda a la construcción, a su costa, de una estación de servicio, con un presupuesto aproximado de 34.793.766 millones de pesetas, estableciéndose como contraprestación a cargo de PETROCAT un cánón anual de 500.000 pesetas, revisable anualmente conforme a las variaciones del IPC.

A la finalización de dicho plazo, el propietario de la finca adquirirá la construcción e instalaciones incorporadas, sin contraprestación o indemnización alguna, y recuperará la titularidad de los permisos y autorizaciones administrativas. No obstante, el propietario habrá de pagar en su caso a PETROCAT el valor de la parte de construcción e instalaciones no amortizadas en la fecha de finalización del derecho de superficie, salvo los elementos fácilmente trasladables que el propietario no desee adquirir.

2º) En la misma fecha y por virtud de un segundo contrato, PETROCAT cede a ZERO SET S.L. en régimen de arrendamiento la finca objeto del anterior contrato con la estación de servicio a construir, para que por ZERO SET se lleve a cabo su explotación, por un período de 30 años a contar desde la apertura al público de la estación de servicio.

En cuanto a la renta contractual se estipula que *“la renta del presente contrato quedará implícita en el precio que la arrendataria abone a la arrendadora por la compra de la totalidad de los carburantes (gasolina y gasoil) y productos auxiliares de venta en la estación de servicio (...), en los mismos precios y condiciones que sean aplicados por PETROCAT a las estaciones de servicio abanderadas de su red comercial”*. Añade el pacto que el arrendatario podrá consultar en cualquier momento las tablas de precios y descuentos o márgenes comerciales en las oficinas de PETROCAT, y a los efectos pertinentes y a título indicativo se adjuntan como documentos anexos el detalle de los descuentos o márgenes comerciales en la compra de productos y la forma de pago de las facturas vigente en la actualidad.



De otro lado, y con carácter adicional, el arrendatario abonará al arrendador la cantidad anual de 500.000 pesetas, que será pagada el día 30 de diciembre de cada año, más el IVA, actualizable anualmente conforme a las variaciones del IPC.

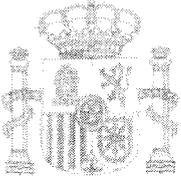
En la cláusula sexta se configura una obligación de abastecimiento en exclusiva en los siguientes términos: PETROCAT será el suministrador exclusivo del arrendatario en cuanto a carburantes, lubricantes y productos auxiliares, sean o no de su marca, y a través de su sistema de suministro a la red de Estaciones de Servicio propia de PETROCAT. *"Es causa esencial de la relación jurídica entre ambas partes la exclusividad en el suministro de productos, en el bien entendido que esta obligación será requisito indispensable de continuidad, y será causa de resolución del arrendamiento el incumplimiento de esta obligación esencial"*. De otro lado, el arrendatario se obliga a seguir las instrucciones que sobre imagen comercial ordene PETROCAT, que como contraprestación abonará la cantidad anual de dos millones de pesetas, por trimestres vencidos a razón de 500.000 pesetas cada uno, más el IVA, que se actualizará anualmente de acuerdo con IPC.

El contrato expresa así mismo que la sociedad arrendataria gestionará directamente y mediante personal propio la estación de servicio, asumiendo la responsabilidad laboral y el mantenimiento de la estación, si bien la reposición y sustitución de las máquinas e instalaciones una vez cumplida su vida normal corresponderá a PETROCAT.

Existe un documento de cláusulas adicionales suscrito el 18 de enero de 1994 por el que se limita la obligación de abastecimiento en exclusiva únicamente a los carburantes (gasolina y gasoil), no comprendiendo otro tipo de productos. Se conviene que la reposición y sustitución de las máquinas expendedoras de combustible se realizará una vez transcurridos siete años desde su fecha de instalación. Las partes hacen constar finalmente que los precios, comisiones-descontos y sistema de pago vigente en esa fecha es el que resulta del documento anexo, cuya variación habrá de ser consentida por las partes (resulta del documento anexo una comisión o margen por 5,20 pts/litro para gasolina y 4,69 pts/litro para gasoil -f. 148-).

II) En cuanto a la estación de servicio del margen mar, se suscriben sendos contratos de análogo contenido.

1º) Un contrato privado de constitución de derecho de superficie de fecha 7 de junio de 1996 que fue elevado a escritura pública el 10 de octubre de 2001, por el que CANALS I FILLS S.L. otorga a PETROCAT un derecho de superficie sobre una finca en el otro margen de la carretera, obligándose la compañía petrolífera a construir una estación de servicio con un presupuesto aproximado de 55 millones de pesetas. Se estipula una duración del derecho de superficie hasta el 9 de marzo del año 2.023 (es decir, 27 años, extinguiéndose el mismo día que el derecho de superficie que se constituyó respecto al terreno del otro margen de la carretera). PETROCAT se obliga a pagar, igualmente, un cánón de 500.000 pesetas anuales.



2º) Un contrato de arrendamiento a favor de ZERO SET S.L. que se suscribe el 23 de julio de 1996, por el que se cede en arrendamiento a dicha sociedad la finca y la estación de servicio a construir por un plazo que finalizará, también, el día 9 de marzo de 2.023, y se iniciará desde la fecha del acta de puesta en marcha de la estación de servicio, con obligación de suministro en exclusiva.

Se conviene que *"la renta del presente contrato quedará implícita en el precio que la arrendataria abonará a la arrendadora por la compra de carburantes (gasolina y gasoil) que sean vendidos a la Estación de Servicio y que serán suministrados exclusivamente por SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A."*. Se añade que *"el precio de venta al público de los productos y carburantes petrolíferos será directamente fijado por SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A., del que se deducirá la comisión o margen comercial del arrendatario, el importe del cual coincidirá en cada momento con el que sea establecido mediante convenio por la ASOCIACIÓN DE OPERADORES PETROLÍFEROS DE ESPAÑA y la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, y en su defecto se aplicarán los precios y descuentos comerciales que estén vigentes en el resto de estaciones de servicio abanderadas desde la red comercial de SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A., de los que se adjunta una copia de los precios, márgenes, descuentos y sistemas de pago vigentes en la actualidad, y cuya variación habrá de ser consentida por las partes. El precio de venta al público de los carburantes no será superior al de la media de las Estaciones de servicio que se encuentren situadas en un radio de 15 kms"*.

El arrendatario podrá consultar en cualquier momento las tablas de precios y descuentos o márgenes comerciales en las oficinas de PETROCAT. De otro lado, y con carácter adicional, el arrendatario abonará al arrendador la cantidad anual de 500.000 pesetas más el IVA, que se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC.

El pacto sexto conforma la obligación de abastecimiento en exclusiva: *"SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A. será el suministrador exclusivo del arrendatario en cuanto a carburantes, sean o no de su marca, y a través del sistema de suministro a la red de Estaciones de Servicio propia de SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A. El resto de productos auxiliares y complementarios (aceites, lubricantes, líquidos de frenos, etc) así como otros productos de venta en la tienda o minimercado podrán ser adquiridos por ZERO SET S.L. de terceros proveedores"*.

"Es causa esencial de la relación jurídica entre ambas partes la exclusividad en el suministro de carburantes (gasolina y gasoil), en el bien entendido que el cumplimiento de esta obligación será (requisito) indispensable de continuidad, y será causa de resolución del arrendamiento el incumplimiento de esta obligación esencial".

De otro lado, el arrendatario se obliga a seguir las instrucciones que sobre imagen comercial ordene PETROCAT, que como contraprestación abonará la cantidad anual de dos millones de pesetas, pagaderas por trimestres vencidos a



razón de 500.000 pesetas cada uno, más el IVA, que se actualizará anualmente de acuerdo con IPC.

Al contrato se adjunta un anexo (f. 185) que establece las comisiones a percibir por la arrendataria para el año 1996 (gasolina: 6,20 pesetas/litro, gasoil: 5,80 pesetas/litro, más una compensación complementaria de 0,70 pts/litro, -f. 185-).

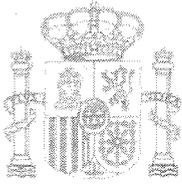
Se estipula también en el contrato que la sociedad arrendataria gestionará directamente y mediante personal propio la estación de servicio y asumirá su mantenimiento, incluyendo la maquinaria e instalaciones, si bien la reposición y sustitución de las máquinas e instalaciones una vez cumplida su vida normal corresponderá a PETROCAT. La reposición y sustitución de las máquinas expendedoras de combustible se realizará una vez transcurridos siete años desde su instalación.

III) En la demanda se afirma la absoluta vinculación existente entre la propietaria del suelo, CANAL I FILLS S.L., y la sociedad explotadora de la estación de servicio, la arrendataria ZERO SET S.L., por haber sido constituidas ambas por miembros de la misma familia y la segunda, fundada poco tiempo antes de la primera relación contractual, con el objeto de explotar la estación de servicio.

Lo que se constata de las escrituras fundacionales es que CANAL I FILLS S.L. se constituye por escritura pública de 26 de noviembre de 1991 por Juan Canal Rius, Carmen Rovira Rimblas, Dolores Canal Rius, Ignacio Canal Rovira, María-Fe Vives Cabot, Ignacio Canal Vives y Joaquín Canal Vives, designándose administrador único a Ignacio Canal Rovira. Por su parte, ZERO SET S.L. se constituye por escritura pública de 2 de febrero de 1993 por Ignacio Canal Rovira en representación de CANAL I FILLS S.L.; María-Fe Vives Cabot, Ignacio Canal Vives y Joaquín Canal Vives, suscribiendo CANAL I FILLS S.L. el 50 % del capital social; y se designa administrador único a Ignacio Canal Rovira.

Es decir, CANAL I FILLS S.L. participa en ZERO SET S.L. con el 50% del capital social y los restantes socios de esta última son así mismo socios fundadores de la primera sociedad, cuyo carácter familiar no se ha cuestionado. Además, el administrador único de una y otra sociedad es la misma persona, Ignacio Canal Rovira, que es quien suscribe los contratos en representación de CANAL I FILLS y de ZERO SET.

TERCERO. D) Con base en cuanto se acaba de exponer, la actora parte de la existencia de un negocio jurídico complejo dada la absoluta vinculación entre el derecho de superficie y el arrendamiento de industria con exclusividad de abastecimiento, de modo que postula la valoración contractual como un negocio jurídico unitario, de imposible desvinculación y absolutamente interrelacionado (respecto de ambas estaciones de servicio), al que resulta de aplicación el art. 81 TCE y los Reglamentos CEE nº 1984/83, de 22 de junio, vigente al momento de suscribirse las relaciones contractuales, y nº 2790/99, de 22 de diciembre, que sustituye al anterior, relativos a la aplicación del apartado 3 del art. 81 TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales. La nulidad se hace derivar: a) de



la duración del pacto de suministro o abastecimiento en exclusiva por parte de PETROCAT (30 y 27 años), por constituir cláusulas y prácticas restrictivas de la competencia que sobrepasan los límites temporales establecidos por ambos Reglamentos de exención por categorías para poder reconocer la inaplicabilidad de la prohibición del art. 81.1 TCE; y b) por incurrir en la absoluta prohibición de que el proveedor restrinja la facultad del comprador de determinar el precio de reventa de los productos, por ser fijado este precio de reventa directa o en todo caso indirectamente por PETROCAT.

Pretendía la actora, en fin, la nulidad de todo el entramado contractual y, en lo que respecta a sus efectos, los que prevé el art. 1.306.2º del Código Civil por razón de la causa torpe imputable a PETROCAT (con la consecuencia de que PETROCAT no puede repetir lo que dio en virtud del contrato, ni exigir el cumplimiento de lo que se le ofreció). Subsidiariamente, que los efectos de la nulidad fueran regidos por el art. 1.303 del CC, procediendo la recíproca restitución de las prestaciones, minoradas en las cantidades que ya hubieran sido amortizadas, cuya fijación habrá de quedar diferida al período de ejecución de la sentencia.

Adicionalmente interesaba una indemnización por el perjuicio económico padecido, generado por el suministro de carburante a ZERO SET a unos precios que difieren ostensiblemente de los precios a los que otros operadores petrolíferos han venido suministrando en régimen de venta en firme a estaciones de servicio del entorno, lo que ha impedido a dicha actora competir con ellas en igualdad de condiciones. Esta indemnización, inicialmente indeterminada, se hacía coincidir con la suma resultante de aplicar las siguientes bases: la diferencia global existente entre los precios efectivamente pagados por ZERO SET a PETROCAT por el carburante suministrado (esto es, el precio de venta al público menos los descuentos o márgenes aplicados por PETROCAT), y los precios más competitivos a los que se acredite que otros operadores suministraron en régimen de compra en firme o reventa a otras estaciones de servicio de similares características, calculado sobre la totalidad de litros de carburantes y combustibles comprados por ZERO SET, desde la fecha de suscripción de los contratos hasta el momento efectivo de cumplimiento de la sentencia, más los intereses devengados.

En la demanda también se postulaba la nulidad del contrato por inexistencia e ilicitud de la causa, pero esta pretensión fue desacumulada y apartada del debate procesal.

II) PETROCAT, tras oponer una serie de óbices procesales (que, por no haberse reproducido en esta instancia, ya no interesan), alegó, en síntesis, que por la construcción, instalación, acondicionamiento y dotación de las estaciones de servicio a lo largo de la relación, ha efectuado una inversión que asciende a 2.339.981 euros, como así acredita la certificación de hechos concretos emitida por la firma de auditoría AudiGest (documento 3); que los contratos no constituyen una relación de venta en firme sino de “agencia no genuina”; que no se dan los presupuestos para la aplicación del art. 81.1 TCE, porque (a) los acuerdos no afectan de manera sensible al comercio entre los Estados miembros, dada la reducida dimensión de las empresas implicadas y el ámbito de actuación de la operadora, que se circunscribe a Cataluña; y (b) sus efectos sobre la



competencia tampoco son sensibles, habida cuenta que PETROCAT no tiene una cuota de mercado representativa en Europa, su cuota en el mercado español es del 0,69 % y en el mercado catalán del 5 % (así se decía en el escrito de contestación), no superando los umbrales de cuotas de mercado que fija la Comisión Europea en su Comunicación *de minimis*.

Sobre la duración de la exclusiva alegaba que los Reglamentos CE 1984/83 y 2790/99 no resultan aplicables por tratarse de acuerdos de menor importancia conforme a los criterios de dicha Comunicación, y en cuanto a la fijación vertical del precio de reventa afirmaba que PETROCAT no lo impone al distribuidor sino que se ha limitado a comunicar un precio de referencia o *recomendado*, y de hecho ZERO SET ha vendido el carburante a precios ligeramente superiores a los sugeridos, (como revelan los documentos 43 y 24 de la demanda, y 5 a 9 de la contestación).

En relación con los efectos de la nulidad sostenía que el derecho de superficie puede subsistir aunque se declare la nulidad del arrendamiento, y si se declara la restitución de las prestaciones (art. 1.303 CC) debe tenerse en cuenta que ha invertido 2.339.981,54 euros, debiendo determinarse el importe de dicha cantidad que no ha sido amortizado a la fecha de ejecución de la sentencia, que deberá reintegrarse a PETROCAT.

CUARTO. En su sentencia, el Sr. Magistrado mercantil, tras exponer la metodología que consideró adecuada para el enjuiciamiento de la controversia, consideró que el conjunto de relaciones contractuales objeto del litigio no pueden acogerse a la regla de *minimis* de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del TCE (2001/C 368/07, DOCE de 22 de diciembre de 2001), en atención a que: a) el mercado geográfico de referencia que ha de ser tenido en cuenta, para determinar la cuota de PETROCAT, es el de la distribución de carburantes en Cataluña, donde ostenta un 5 %, y no a nivel nacional, en el que PETROCAT sólo alcanza el 0,69 % (citando el certificado emitido por la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, f. 2.113-2.114); b) el accionariado de PETROCAT se compone de tres socios: CEPSA, con el 45 % del capital, REPSOL, con otro 45 %, y el Instituto Catalán de la Energía, con el 10 % restante, debiendo apreciarse una vinculación directa y estrecha entre PETROCAT y aquellas dos grandes operadoras que son sus socias mayoritarias; c) la regla de *minimis* no encuentra aplicación cuando se observan prácticas que por su contenido constituyen restricciones a la competencia especialmente graves, como es la fijación por el proveedor del precio de reventa al consumidor final en redes verticales de distribución.

Pasa a examinar seguidamente la sentencia el posible amparo de los acuerdos contractuales, en lo que respecta a la duración de la exclusiva de suministro, en los Reglamentos de exención 1984/83 y 2790/99, concluyendo que los acuerdos suscritos no pueden acogerse a la exención establecida por tales normas.



La siguiente fase del análisis de la sentencia –prosigue en el Fundamento quinto- es la determinación de si la práctica o acuerdo es susceptible o no de subsumirse en el supuesto de hecho del art. 81.1 TCE, si bien contrae este análisis a la cláusula de fijación del precio de reventa. Considera el Magistrado mercantil que el tenor literal de la cláusula relativa a este extremo no revela que PETROCAT se reserve la facultad de fijar el precio de reventa al público ya que el pacto determina que la fijación de este precio se hará por referencia a los acuerdos que alcancen sujetos ajenos a las partes contratantes, al estipularse que “*el importe del cual coincidirá en cada momento con el que sea establecido mediante convenio por la ASOCIACIÓN DE OPERADORES PETROLÍFEROS DE ESPAÑA y la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO*”. Y, además, la prueba pericial practicada en autos por perito de designación judicial, del economista y auditor Sr. Vilella Barrchina, ha acreditado –según valora la sentencia apelada- que la indicación de precios realizada por PETROCAT no era observada por la explotadora de la estación de servicio, ya que se ha demostrado que ZERO SET aplicaba precios ligeramente superiores, como revela el estudio por el perito de 558 operaciones de venta en un lapso de tres años de vigencia del contrato. Aprecia por ello la sentencia que la distribuidora aplica una variación libre del precio indicado por la suministradora, de todo lo cual concluye la desestimación de la demanda con condena en costas a la parte actora.

QUINTO. I) Pese a ser desestimadas todas las pretensiones deducidas en su contra, PETROCAT ha apelado la sentencia, siendo consciente de que la estimación de su recurso no variará el sentido del fallo. En el recurso pone de manifiesto el error en que ha incurrido el Sr. Magistrado al asignar a dicha operadora petrolífera una cuota de mercado del 5 % en Cataluña, cuando en este territorio tiene una cuota del 2,66 % (según el referido certificado, a f. 1.113-1.114), argumentando así mismo que el ámbito geográfico del mercado de referencia que debe ser considerado es el nacional, donde PETROCAT tiene una cuota de mercado del 0,69 %, y no el territorio de Cataluña, sin que a estos efectos deban vincularse las cuotas de mercado de sus socias mayoritarias CEPSA y REPSOL. Todo ello con la finalidad de que se estime que los acuerdos contractuales cuya nulidad se pretende no restringen la competencia de forma sensible, quedando cubiertos por la regla *de minimis*, conforme a los criterios de la citada Comunicación de la Comisión Europea (2001/C 368/07, de 22 de diciembre de 2001).

II) Por su parte, las actoras apelan la sentencia argumentando en extenso en contra de los razonamientos del Juez mercantil y trasladando a la segunda instancia la plenitud del debate.

Denuncian en primer término la incongruencia de la sentencia ya que si bien se ha estimado que los plazos de duración del pacto de suministro en exclusiva (30 y 27 años) no pueden quedar amparados por la exención según se contempla en los Reglamentos 1984/83 y 2790/99, sin embargo no se declara la nulidad de los acuerdos.

Ciertamente, asiste la razón a la actora en esta crítica. Es apreciable un déficit de razonamiento en la sentencia pues una vez considerado que, en cuanto a



la duración de la exclusiva del suministro, los acuerdos no pueden gozar de exención a tenor de los citados Reglamentos CE, el Juez *a quo* no establece consecuencia alguna, ni razona expresamente el motivo por el que no estima la contravención, en este extremo, de la prohibición establecida en el art. 81.1 TCE, cuando antes ha declarado que tales acuerdos restringen de forma sensible la competencia y no pueden quedar cubiertos como acuerdos de *menor importancia*.

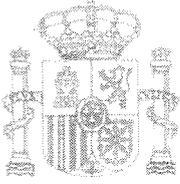
SEXTO. Debemos recordar que las contravenciones del ordenamiento comunitario de la competencia que se denunciaban en la demanda en cuanto determinantes de la nulidad de pleno derecho que proclama el art. 81.2 TCE, radican en dos aspectos esenciales del negocio controvertido: la (excesiva) duración del pacto de no competencia o de exclusiva en el suministro, y el alegado sistema de fijación vertical del precio de reventa al consumidor final por la operadora petrolífera, en el marco de un acuerdo de suministro en exclusiva.

Una y otra circunstancia, por separado, y no de forma cumulativa, revisten en teoría entidad suficiente para motivar la sanción de nulidad, una vez se constate que tales acuerdos pueden afectar al comercio entre los Estados miembros y restringen de forma sensible la competencia en el sentido del art. 81.1 TCE, incurren en su prohibición y que no resultan amparados por alguno de los Reglamentos de exención aplicables, el vigente al tiempo de suscribirse los acuerdos (Reglamento CE 1984/83) y el posterior que sustituyó a éste (Reglamento CE 2790/99).

De este modo, la nulidad del acuerdo, del contrato o en su caso de todo el entramado contractual, si fuera procedente, puede derivar de la estimación de una de tales contravenciones.

SÉPTIMO. I) Como se ha visto, PETROCAT dirige su recurso a combatir la apreciación judicial de que los acuerdos restringen de forma sensible la competencia, postulando la aplicación de la regla de *minimis* de conformidad con la citada Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia, en la que la Comisión establece, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, unos criterios cuantitativos de lo que constituye una restricción sensible de la competencia a los efectos del art. 81 TCE. De ahí que pretenda corregir la cuota de mercado asignada por la sentencia y el ámbito geográfico del mercado de referencia.

No obstante, al margen de que tales argumentos impugnatorios no atacan el fallo sino una parte de la fundamentación, serían eficaces tan solo para salvar el aspecto contractual concerniente a la duración de la exclusiva del suministro, no así en lo que respecta al alegado sistema de fijación vertical del precio de venta al público, ya que la propia Comunicación de la Comisión excluye del concepto de acuerdos que no restringen la competencia de forma sensible (es decir, del ámbito de la regla de *minimis*) aquellos que contengan *restricciones especialmente graves*, entre ellas, los acuerdos entre competidores que, de manera directa o indirecta, y de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan por objeto "la fijación de los precios de venta de los productos a terceros" o, en caso de no competidores, "la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta,



siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes” (párrafo 11), y ello con independencia de la cuota de mercado de las partes.

Estos acuerdos de fijación vertical de precios de reventa, como recuerda la STJCE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07, *Pedro IV c. Total España*, que resuelve la cuestión prejudicial que planteó esta Sala en dicho asunto), caen dentro de la prohibición del art. 81.1 TCE, que prohíbe todos 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.*

Se trata, de otro lado, de conductas que no quedan amparadas por los citados Reglamentos de exención 1984/83 y 2790/99. En este sentido la citada STJCE de 2 de abril de 2009, indica que no pueden acogerse al régimen de exención por categorías establecidos en dichos Reglamentos los acuerdos por los que el proveedor fija el precio de venta al público o impone un precio de venta mínimo, tal como declararon las anteriores Sentencias de 11 de septiembre de 2008 (asunto C-279/06, *CEPSA c. TOBAR*) y de 14 de diciembre de 2006 (C-217/05, *CEEES*), sin perjuicio de que, conforme al art. 4.a) del Reglamento 2790/99, el proveedor pueda *recomendar* al revendedor un precio de venta o imponerle un precio de venta máximo. Así se resulta del Considerando octavo y del art. 11 del Reglamento 1984/83 y del art. 4.a) del Reglamento 2790/99.

II) Por lo que respecta a la afectación al comercio intracomunitario y a la restricción sensible de la competencia, además de lo dicho respecto de la Comunicación de *minimis*, debe contemplarse la incidencia del acuerdo que prevé la fijación por el suministrador del precio de venta al público en el marco de una relación contractual entre dos empresas que establece así mismo una cláusula de exclusividad en el suministro.

En cuanto a la posible afectación al comercio entre los Estados miembros, la STJCE de 17 de julio de 1997 (asunto C-219/95P, *Ferriere Nord SpA*) y otras anteriores, siguen al respecto un criterio amplio, de mera potencialidad: *“para que una decisión, acuerdo o práctica concertada pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, debe permitir con grado de probabilidad suficiente, sobre la base de un conjunto de elementos de Derecho o de hecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, en los flujos de intercambios entre Estados miembros, hasta el punto de hacer temer que puedan obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros”*, sin descartar en absoluto la incompatibilidad con el mercado común de contratos destinados a producir sus efectos en un solo Estado miembro (así, SSTJCE de 10 de noviembre de 1993, *Petróleos de Portugal*, 30 de abril de 1998, *Cabour*), conformando una línea jurisprudencial que ha sido recogida en la Comunicación de la Comisión que contiene las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 TCE (2004/C 101/07, DOCE de 27 de abril de 2004).



En tales Directrices se pone de relieve el factor de la mera potencialidad al subrayar que el ámbito de aplicación del Derecho comunitario se amplía a las categorías de acuerdos y prácticas que pueden tener efectos transfronterizos, independientemente de que el acuerdo o práctica en cuestión produzca realmente tales efectos (párrafo nº 27); que en el caso de los acuerdos verticales puede ser necesario tener en cuenta cualquier efecto acumulativo de las redes paralelas de acuerdos similares; incluso cuando un acuerdo o red de acuerdos no sean capaces por sí solos de afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros, el efecto de redes paralelas de acuerdos tomadas en su conjunto, puede ser capaz de hacerlo (nº 49); que en muchos casos en que sólo se ve afectado un Estado miembro, la naturaleza de la presunta infracción y, en especial, su tendencia a cerrar el mercado nacional constituye una buena indicación de la capacidad del acuerdo o de la práctica para afectar al comercio entre Estados miembros (nº 77). Y más en particular que: *“los acuerdos por los que las empresas imponen los precios de reventa pueden tener efectos directos sobre el comercio entre Estados miembros al aumentar las importaciones de otros Estados miembros y disminuir las exportaciones del Estado miembro en cuestión. Los acuerdos que imponen los precios de reventa también pueden afectar a las corrientes comerciales de manera muy similar a las de los carteles horizontales. En la medida en que el precio de reventa impuesto sea más alto que el que existe en otros Estados miembros este nivel de precios sólo se puede mantener si es posible controlar las importaciones de otros Estados miembros”* (nº 88).

Debe tenerse en cuenta en este caso que se trata de un mercado de referencia, el de la distribución al por menor de combustibles y carburantes, en el que la competencia se ve restringida por los efectos acumulativos de redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado son similares. En este sentido la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 (documento 14, f. 442), constató que habida cuenta del contexto económico y jurídico de este tipo de contratos, el mercado español *“era difícilmente accesible para los competidores que desearan instalarse o incrementar su cuota de mercado en él. El acceso era difícil, en particular como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, el efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales, de las dificultades para establecer una red alternativa y de otras condiciones de la competencia, principalmente la saturación del mercado y la naturaleza del producto”*. Por su parte, las autoridades nacionales de competencia (informes de 19 de julio de 2000, 29 de mayo de 2000 y 29 de octubre de 2002, f. 237, 326 y 401, que se aportan como documentos 11, 12 y 13), ponen de manifiesto que se trata de un sector altamente concentrado, dominado por tres grandes operadores (REPSOL, CEPSA y BP) que suman una cuota de mercado del 85,8 %; es un mercado bajo un considerable control oligopolístico, con grandes barreras de entrada derivadas de las redes de acuerdos paralelas que impiden el acceso dada su duración.

Así mismo, teniendo en cuenta que tales acuerdos que incluirían un sistema de fijación del precio de reventa contemplan un pacto de suministro en exclusiva, la afectación al comercio entre los Estados miembros deriva del posible efecto de exclusión de los terceros competidores del mercado de la venta al por menor de carburantes en España. En este sentido, la STS de 2 de junio de 2000, que es citada por la STS de 20 de noviembre de 2008, señala que *“las cláusulas*



contractuales que imponen la compra en exclusiva de los productos de la sociedad demandada impiden el juego de la competencia pues, cuando menos indirecta y potencialmente, impiden la entrada de productos de otros Estados miembros, versando además sobre productos que, como los carburantes y combustibles, representan un mercado claramente tendente al oligopolio, o si se quiere, especialmente sensible a las limitaciones de la competencia mediante el dominio de hecho de unas empresas suministradoras que acaban imponiendo el precio final del producto". De ahí que el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 30 de marzo de 2005 (expte. 325/02, Contratos BP Oil España; documento 18, f. 536 y ss) haya considerado, con base en dicha doctrina, que en el ámbito de la distribución de combustibles un único acuerdo puede quedar dentro tanto de la aplicación del TCE como de la LDC, incluso cuando se trata de empresas de un mismo Estado y en un ámbito geográfico localizado, debido al poder de los acuerdos de compra exclusiva como barrera de entrada de nuevos proveedores, tanto más si el mercado de referencia presenta una clara tendencia al oligopolio.

III) Por ello, sentado que un acuerdo de fijación del precio de reventa por parte del proveedor de carburante al revendedor, en el marco de un contrato de suministro en exclusiva como los que contemplamos, puede afectar al comercio entre los Estados miembros, restringe de forma sensible a la competencia, cae dentro de la prohibición del art. 81.1 TCE y, como se ha visto, no puede acogerse al régimen de exenciones establecido por los citados Reglamentos comunitarios, y por ello es determinante de la nulidad que se pretende *ex art. 81.2 TCE*, puede resultar innecesario entrar a analizar la posible nulidad de los acuerdos por razón de la duración de la exclusiva del suministro.

Debe tenerse en cuenta que por tratarse de una restricción especialmente grave de la competencia, todo el acuerdo vertical pierde la posibilidad de acogerse al beneficio de los Reglamentos de exención por categorías, sin que se contemple la divisibilidad o separabilidad de las diversas cláusulas; en este sentido se expresa el apartado 66 de las Directrices relativas a las restricciones verticales (DOCE nº 291 de 13 de octubre de 2000): *"El Reglamento de Exención por Categorías contempla la exención de los acuerdos verticales siempre que en ellos no se incluyan o se practiquen restricciones especialmente graves, establecidas en el artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías. De existir una o más restricciones especialmente graves, todo el acuerdo vertical pierde la posibilidad de acogerse al beneficio del Reglamento de Exención por Categorías. No se contempla la divisibilidad de las restricciones especialmente graves"*.

Podrá discutirse entonces si la nulidad con arreglo al art. 81.2 TCE, determinada por la fijación vertical del PVP, afecta a todo el contrato controvertido, en su caso a la relación jurídica compleja, o bien sólo a aquellas cláusulas del acuerdo afectado por la prohibición, en función de si es posible separar dichos elementos afectados del propio acuerdo (STJCE de 11 de septiembre de 2008, ap. 79). Pero, como se ha dicho, si se considera que determina la nulidad de todo el entramado contractual complejo, con las consecuencias pretendidas en la demanda, resulta innecesario analizar el aspecto de la duración de la exclusiva, y ello determinará además la automática desestimación del recurso de la demandada.

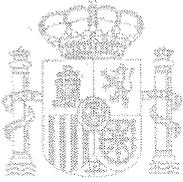


OCTAVO. La STJCE de 2 de abril de 2009, ya citada, termina declarando que las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público, como las aquí analizadas, no pueden acogerse a las referidas exenciones (establecidas por los Reglamentos 1984/83 y 2790/99) *“si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal”*.

Lo relevante (dice en su apartado 78) es que se deje al revendedor un margen de libertad para determinar efectivamente el precio de venta al público; sin embargo, no se da tal libertad cuando el proveedor impone al revendedor un margen de distribución fijo del que no puede apartarse. No obstante, el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo (ap. 75). Incumbe al órgano jurisdiccional nacional verificar, 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, si el precio de venta al público *recomendado* por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo (ap. 79), y verificar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado; en particular debe comprobar si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, 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 (en este sentido, STJCE CEPSA [TJCE 2008\203] , antes citada, apartado 71) (ap. 80).

Así mismo, en la Comunicación de la Comisión que contiene las Directrices relativas a las restricciones verticales, que establecen los criterios de aplicación del Reglamento CE 2790/1999 (2000/C 291/01, DOCE de 13 de octubre de 2000), se dice que:

“47) La restricción especialmente grave contemplada en la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías se refiere al mantenimiento del precio de reventa (MPR), es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que ha de ajustarse el comprador. La restricción no plantea dudas en el caso de cláusulas contractuales o de prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa. No obstante, el MPR también se puede lograr con medios indirectos. Ejemplos de esta última posibilidad son los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las



amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios. Los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar los distribuidores que rebajan los precios, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado. De modo similar, la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como la posibilidad de que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido. Los mismos medios indirectos y las medidas de "acompañamiento" pueden emplearse para lograr que los precios máximos recomendados funcionen como MPR. No obstante, el hecho de que el proveedor distribuya al comprador una lista con precios recomendados o precios máximos no se considera que en sí mismo conduzca al MPR".

NOVENO. I) El Sr. Magistrado consideró que el clausulado contractual relativo a la fijación de precios no reserva a PETROCAT la facultad de fijar, ni directa ni indirectamente, el precio de venta al público, ya que éste se fija por referencia a acuerdos entre sujetos ajenos a las partes, al señalar el pacto que "el importe del cual coincidirá en cada momento con el que sea establecido mediante convenio por la ASOCIACIÓN DE OPERADORES PETROLÍFEROS DE ESPAÑA y la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO...". Estimamos, no obstante, que el Juez mercantil incurre en un error de interpretación gramatical, ya que "el importe del cual" no se refiere al precio de venta al público, sino a la comisión, margen o descuento que corresponde al revendedor. El pacto, en la estación de servicio del lado mar, es claro al indicar que "el precio de venta al público de los productos y carburantes petrolíferos será directamente fijado por SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A.". De ese precio que fije PETROCAT, prosigue diciendo la cláusula, se deducirá la comisión o margen comercial del arrendatario, cuyo importe (el importe del cual, en catalán "l'import del qual"), es decir, del margen comercial, coincidirá en cada momento con el que sea aprobado por convenio entre tales asociaciones, "y en su defecto se aplicarán los precios y descuentos comerciales que estén vigentes en el resto de estaciones de servicio abanderadas desde la red comercial de SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A., de los que se adjunta una copia de los precios, márgenes, descuentos y sistemas de pago vigentes en la actualidad, y cuya variación habrá de ser consentida por las partes". Añade que "el precio de venta al público de los carburantes no será superior al de la media de las Estaciones de servicio que se encuentren situadas en un radio de 15 kms".

Existe una indefinición al respecto en el primer contrato (el referido a la estación del margen montaña), que se limita a indicar que "la renta del presente contrato quedará implícita en el precio que la arrendataria abone a la arrendadora por la compra de la totalidad de los carburantes (gasolina y gasoil) y productos auxiliares de venta en la estación de servicio (...), en los mismos precios y condiciones que sean aplicados por PETROCAT a las estaciones de servicio abanderadas de su red comercial", pero debe estimarse, porque otra situación no ha sido alegada por las partes, que el sistema de fijación de precios



era similar al de la estación del margen mar, y de hecho, en la dinámica contractual a la que haremos mención no se ha distinguido entre una y otra estación de servicio, que por vincular a las mismas partes y en régimen similar de condiciones debe apreciarse que seguían el mismo sistema de fijación de precios, además de que la referida cláusula hace referencia a precios y condiciones aplicados por PETROCAT.

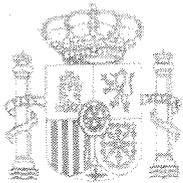
El clausulado, por tanto, es claro al atribuir a la proveedora la facultad de imponer o fijar el precio de reventa al público, estableciendo así mismo un determinado margen comercial para la distribuidora. Este margen o descuento se deduce o resta del PVP fijado por la operadora petrolífera para así obtener el precio de compra o de venta del carburante a la arrendataria-distribuidora. Incluso, a los contratos se adjuntan documentos anexos que establecen las comisiones comerciales a percibir por esta última, para los años a la sazón en curso.

En cuanto a la práctica contractual, está admitido que PETROCAT ha venido comunicando a la arrendataria los precios de venta al público semanalmente, o incluso varias veces en la misma semana, siendo cortos los intervalos temporales en que tales PVP estaban llamados a regir. Así, a título ejemplificativo, se aporta el documento 43, consistente en diversos fax enviados por PETROCAT a ZERO SET en los que notifica "*los nuevos precios de PETROCAT que regirán a partir*" del día que se indica. Del bloque de comunicaciones de precios durante 2007 se desprende una frecuencia semanal, e incluso varias veces en la misma semana.

De otro lado, para fijar el precio de compra por la distribuidora, PETROCAT parte del PVP comunicado y deduce o resta el margen comercial asignado a ZERO SET, como resulta de los documentos agrupados bajo el nº 21 bis, consistentes en facturas de venta de PETROCAT a ZERO SET.

No se ha discutido por PETROCAT que los PVP comunicados, tal como expresa el contrato, "*no son superiores al de la media de las Estaciones de servicio que se encuentren situadas en un radio de 15 kms*", ni en definitiva que se haya venido aplicando un PVP similar o promediado respecto a las estaciones del entorno.

II) La defensa que alega la operadora demandada es que los precios comunicados eran de *referencia* o *recomendados*, y que la distribuidora estaba en libertad para modificarlos, como de hecho hacía, aumentando ligeramente el precio de venta al público comunicado en cada momento. Aporta como documento 10 un cuadro comparativo de los precios comunicados por PETROCAT y los PVP aplicados por ZERO SET según acreditan los documentos 5 a 9 de la contestación, durante los meses de enero a mayo de 2007. Así mismo, a los ff. 2494 y ss. consta aportado por la demandada un cuadro comparativo de los precios comunicados por PETROCAT y los PVP aplicados por ZERO SET entre junio a diciembre de 2007, junto con copia de las comunicaciones de PETROCAT indicando los precios de reventa para el mismo período y un muestreo de tickets de venta de carburante en las estaciones de servicio.



Fue practicada en autos una prueba pericial por un perito de designación judicial, el economista y auditor Sr. Vilella Barrachina (dictamen a ff. 2842 y ss), con el objeto de comprobar, a partir de las comunicaciones de precios efectuadas por PETROCAT aportadas como documento 43 de la demanda, en relación con los documentos 4 a 10 de la contestación, si ZERO SET se ha ajustado a esos precios comunicados o ha vendido el carburante a un precio diferente del comunicado. Para ello, el perito comprobó las comunicaciones de precios agrupadas en el documento 43 de la demanda y los documentos 4 a 10 de la contestación, consistentes en tickets de compra de carburante en las estaciones de servicio y documentación contable correspondiente a operaciones realizadas con tarjeta profesional, durante los meses de enero a mayo de 2007, así como el documento 24, consistente en facturas de venta de carburante por ZERO SET. Concluyó el perito, a la vista de tales documentos, que de un total de 558 operaciones de compra de carburante examinadas, en 527 operaciones el precio de venta al público aplicado por ZERO SET difiere del precio comunicado por PETROCAT.

En tales conclusiones periciales se apoya el Sr. Magistrado para concluir que los precios comunicados por PETROCAT no constituyen una imposición fija o cerrada, sino un precio de referencia.

III) La crítica que efectúa en su recurso de apelación la parte actora a la valoración judicial, por fundarse en esas conclusiones periciales, es relativamente acertada, en la medida en que el perito no ha dispuesto de todas las comunicaciones de precios dirigidas por PETROCAT en el periodo temporal analizado, sino únicamente las que se incluyen en el documento 43 de la demanda, que es evidente que no agrupa todas las comunicaciones de precios para regir en 2006 y en 2007, sino algunas de ellas; así, no hay comunicaciones de precios entre el 21 de noviembre de 2006 y el 9 de enero de 2007, o desde el 16 de enero de 2007 hasta el 6 de febrero de 2007, pese a que está admitido que las modificaciones de precios se efectuaban semanalmente e incluso varias veces en la misma semana, como revelan otros fax acompañados. En este sentido, debe admitirse con la parte actora que el documento 43 de la demanda engloba una muestra aleatoria de las notificaciones del PVP (así, la primera que se aporta es para regir a partir del 16 de julio de 2004, y la segunda a partir del 21 de noviembre de 2006; ff. 1151 y 1152).

Pero, sentado lo anterior, también debe admitirse, en no pocos supuestos de ventas de ZERO SET analizadas por el perito, la vigencia del precio comunicado por PETROCAT, por tratarse de intervalos muy cortos de tiempo en los que no es presumible que haya habido una modificación de precios (así, tratándose de la comunicación de precios para regir el período comprendido entre el 6 de febrero de 2007 hasta el día 7 de febrero de 2007 -f. 2859-, entre el 8 y el 12 de febrero de 2007 -f. 2861-, entre el 24 y el 26 de febrero -f.2863-, entre el 27 y el 28 de febrero -f.2864-, entre el 3 y el 5 de marzo de 2007 -f.2865-, y otros tantos), supuestos todos ellos en los que el perito constata que ZERO SET ha aumentado ligeramente el precio indicado por PETROCAT. Por ello, puede aceptarse que, aunque no se ha acreditado que de forma sistemática ZERO SET se haya apartado del precio comunicado, sí hay constancia de que ha aplicado un incremento de muy escasa cuantía en no pocas ocasiones.



III) Pero tal circunstancia no convierte los precios comunicados en precios simplemente *recomendados*, ni excluye la apreciación de una fijación del precio de reventa al público por la compañía suministradora en exclusiva, que en todo caso ha operado como un precio de reventa mínimo, por medios directos o bien indirectos.

Se ha de partir, en primer término, de la previsión contractual de fijación directa del PVP por parte de la suministradora, y en tal sentido deben ser interpretadas las comunicaciones de precios que se han venido efectuando semanalmente, por más que la distribuidora los haya aumentado ligeramente, incrementando así su margen comercial en contra del pacto. Tal previsión contractual, junto con la fijación del margen comercial de la distribuidora, configura el precio comunicado (sin duda con vocación de ser aplicado como PVP) como un precio de reventa fijo que la distribuidora no puede reducir. Si en la práctica lo hace, será a costa de minorar su margen comercial, el cual como se ha visto está predeterminado por la suministradora, lo que puede inducir al distribuidor minorista a aumentar el PVP comunicado, pero no a reducirlo, con lo que ese precio que se dice recomendado se comporta en la práctica como un precio de reventa mínimo, y de hecho así ha sucedido.

Debe recordarse que el mantenimiento del precio de reventa (MPR), que es una práctica restrictiva de la competencia considerada especialmente grave, se puede lograr por medios indirectos, por ejemplo los acuerdos por los que se fija el margen de distribución (Directrices de la Comisión antes transcritas). Y la comisión o margen comercial de ZERO SET es predeterminada por PETROCAT, como estipula la cláusula contractual y de hecho ha venido haciendo la demandada en sus facturaciones al minorista, sin que se haya probado, de otro lado, que tales márgenes hayan sido fijados por la operadora petrolífera en función de los convenios alcanzados por las citadas asociaciones del sector, lo cual sólo garantizaría unos márgenes similares o igualados a los competidores del distribuidor, pero que el distribuidor no puede, por pacto, reducir, ni está incentivado para ello.

Así mismo, consistiendo el precio de venta al distribuidor en la diferencia entre el PVP comunicado y el margen comercial aplicado por PETROCAT, resulta que se está fijando el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder, que sería el importe total de su comisión/margen, práctica que es calificada en el párrafo 47 de las Directrices como un medio indirecto de fijar el precio: *“cuando se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido”*.

Debe abundarse (como recoge la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 30 de julio de 2009 en expediente sancionador nº 652/2007, contra REPSOL, CEPESA Y BP, aportada al Rollo), en que no se excluye que exista un precio de reventa fijo o mínimo cuando, a pesar de la indicación de un precio máximo o recomendado, el margen del distribuidor está fijado por el suministrador, de manera que, en la práctica, el distribuidor no puede ofrecer rebajas a su clientela sirviéndose de este margen y, lo que es más importante, cuando este distribuidor debe, al mismo tiempo, garantizar ingresos constantes al



suministrador. En estos supuestos se impondría en realidad de manera indirecta al distribuidor un precio de venta fijo o mínimo.

En definitiva, con independencia de la eventual tendencia del distribuidor a incrementarlo escasamente, está contractualmente previsto que el precio comunicado en cada momento por PETROCAT lo es con vocación de regir como precio de reventa al público, y en la práctica, en todo caso, junto con la fijación del margen comercial, se ha comportado como un precio de reventa fijo o mínimo, que induce al distribuidor ZERO SET a respetarlo como un mínimo y le desincentiva para reducirlo, pues si lo hace será a costa de su comisión o margen comercial, que es predeterminado por la operadora petrolífera.

IV) Completa el escenario a tener en cuenta las consideraciones de la Comisión Nacional de Competencia en su Resolución de 30 de julio de 2009 (expte. sancionador nº 652/2007, contra REPSOL, CEPSA y BP), sobre el mercado de referencia en el se desenvuelven los acuerdos analizados. Se trata de un mercado en el que, por razón de los sistemas de precios máximos y recomendados que rigen en las relaciones contractuales con los explotadores de estaciones de servicio vinculados a los tres principales operadores petrolíferos, los efectos negativos de las restricciones verticales se ven reforzados por su efecto acumulativo, teniendo en cuenta que más del 80 % de la red de distribuidores al por menor sigue el precio máximo/recomendado por los operadores y los precios minoristas revelan escasa variabilidad en los entornos competitivos, de modo que las prácticas verticales consideradas tienen un efecto acumulativo claramente anticompetitivo derivado de su funcionamiento dentro de la red de cada operador y en el conjunto del haz de acuerdos formado por las tres redes que representan más de las 2/3 partes de la oferta nacional, dando lugar a la eliminación de la competencia intramarca, lo que facilita el alineamiento entre los proveedores, especialmente en mercados concentrados.

V) En atención a cuanto se ha expuesto, debe concluirse que sendos contratos de arrendamiento de estación de servicio con pacto de suministro en exclusiva, en la medida en que imponen la fijación de precios de reventa en un acuerdo vertical entre empresas que, por sus efectos, afectan sensiblemente a la competencia y pueden afectar al comercio entre los Estados miembros, incurrir en la prohibición del art. 81.1 TCE y no pueden acogerse a la exención por categorías establecida en los Reglamentos 1984/83 y 2790/99, sin que tampoco se hayan ofrecido razones que justifiquen la exención conforme al apartado 3 del mismo art. 81 TCE, teniendo en cuenta la gravedad que el Derecho comunitario sobre la competencia atribuye al acuerdo restrictivo consistente en la fijación de precios de reventa.

DÉCIMO. En cuanto a los efectos de la nulidad, la STJCE de 11 de septiembre de 2008 declara que la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 81 CE, apartado 2, únicamente afecta a un contrato en su integridad cuando las cláusulas incompatibles con el apartado 1 del mismo artículo no pueden separarse del propio contrato; en caso contrario, las consecuencias de la nulidad respecto de todos los demás elementos del contrato no están comprendidas en el ámbito del Derecho comunitario (ap. 80), indicando previamente (ap. 79) que *“si estos elementos son separables del acuerdo, las consecuencias de la nulidad respecto a*



todos los demás elementos del acuerdo o respecto a otras obligaciones que se deriven de él no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, conforme al Derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias, para la totalidad de las relaciones contractuales, de la posible nulidad de determinadas cláusulas contractuales en virtud del artículo 81 CE, apartado 2”.

No podemos entender que en este caso el acuerdo de fijación vertical de precios sea un elemento o parte separable del contrato de arrendamiento con pacto de suministro en exclusiva, porque constituye una cláusula esencial que determina la economía del contrato, y además conforma el sistema de determinación del precio de transferencia o venta al revendedor, de modo que su supresión aislada requeriría integrar el contrato con el mutuo acuerdo de las partes, sin que su voluntad pueda ser suplantada por los tribunales.

La nulidad de dichos contratos ha de acarrear la de los contratos de derecho de superficie y, así, la de la totalidad de la relación jurídica compleja, teniendo en cuenta, como en un supuesto similar ha declarado la STS de 30 de junio de 2009, que pese a que uno y otro contrato tengan una función económico-social diferente y no coincidan los otorgantes, lo cierto es que se hallan íntimamente relacionados, combinados o entrelazados, e incluso vinculados (recíprocamente condicionados), hasta el punto de que no se hubiera celebrado el uno sin el otro. Una cosa –sigue señalando dicha STS– es que no coincida la causa y otra diferente que no respondan al mismo fin. Siguiendo el mismo razonamiento que esta Sentencia, resulta incontrovertible que CANAL I FILLS S.L. no habría concedido el derecho de superficie si no estuviera ya convenido que el objeto de éste (estación de servicio) se arrendaría por la superficiaria a ZERO SET S.L., sociedad además que presenta una innegable vinculación con la primera por razón del sustrato subjetivo, existiendo una comunidad de intereses, identidad de objetivos y unidad de dirección (como deriva de los datos expuestos en el anterior Fundamento Segundo, III).

DÉCIMO-PRIMERO. De acuerdo con la doctrina de la citada STS de 30 de junio de 2009, no procede aplicar los efectos previstos por el art. 1.306 CC porque en el caso no hay causa torpe, en el sentido estricto de inmoral al que se refiere el precepto, y el criterio de “dejar las cosas como están” aplicado al caso resulta injusto y daría lugar a un enriquecimiento injustificado, “a lo que debe añadirse que la aplicabilidad del art. 1.303 del CC a casos como el presente es el criterio adoptado por esta Sala y el más adecuado, en la medida en que sea posible su aplicación, para mantener el equilibrio de los intereses en juego”.

Como consecuencia de la aplicación de dicho precepto (seguimos adaptando al caso el criterio de dicha STS), en lo que respecta al contrato de arrendamiento con pacto de suministro en exclusiva (a sendos contratos, relativos a cada una de las estaciones de servicio), procede acordar la devolución del objeto arrendado y la liquidación de los saldos pendientes. Y en lo que respecta a los contratos de superficie, como la construcción revierte al concedente del derecho en los términos pactados, CANAL I FILLS S.L. deberá reintegrar a PETROCAT las cantidades que procedan correspondientes a la parte proporcional de la



inversión realizada para la construcción, acondicionamiento y dotación de las estaciones de servicio pendiente de amortizar.

Siguiendo la misma solución que acoge la citada STS, como no hay datos suficientes para concretar las cantidades que procede abonar ni cabe diferir su determinación para ejecución de sentencia, ni siquiera con una interpretación flexible del art. 219 LEC, procede remitir a las partes al planteamiento del juicio que corresponda.

DÉCIMO-SEGUNDO. Por último, como indican las SSTJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto *COURAGE*, y de 13 de julio de 2006, asunto *MANFREDI*, la plena eficacia del art. 81 TCE y el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le ha irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o falsear el juego de la competencia. En este sentido, estimando que la conducta prohibida de fijación vertical de los precios de reventa es imputable a PETROCAT desde su posición de operador petrolífero y suministrador del carburante, con poder para imponer las referidas cláusulas incompatibles con el art. 81 TCE, se considera procedente la indemnización solicitada por ZERO SET S.L., por ser reconocible un perjuicio económico generado por la cláusula de suministro en exclusiva, dado que la nulidad determina la ausencia de efectos pasados y futuros del contrato y por ello ZERO SET debería haber podido suministrarse en cada momento del proveedor que le hubiera ofrecido los precios más ventajosos. La base de cálculo propuesta por la parte actora resulta, por ello, lógica y será estimada para la cuantificación de la pertinente indemnización en el juicio correspondiente al que se remite a las partes, conforme al criterio seguido anteriormente.

DÉCIMO-TERCERO. No imponemos, sin embargo, las costas de la primera instancia por apreciar que la complejidad jurídica de las cuestiones debatidas aconsejan apartarse del criterio objetivo del vencimiento.

En esta instancia, no obstante, procede imponer a PETROCAT las costas generadas por su recurso, que se desestima como consecuencia de la estimación del recurso contrario, conforme se ha expuesto en el Fundamento séptimo, además de que no ha padecido un gravamen por la sentencia que recurre (que desestimó íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora) que le legitime para apelar con carácter principal, sin perjuicio de haber podido aducir las alegaciones que contiene su recurso en el escrito de oposición al recurso contrario.

No se imponen las costas generadas por el recurso que se estima, todo ello de acuerdo con los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación



FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación planteado por la representación procesal de SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A. contra la sentencia dictada en fecha 18 de abril de 2008 en los autos de los que dimana este Rollo de apelación, con imposición a dicha parte de las costas causadas por su recurso.

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de CANAL I FILLS S.L. y ZERO SET S.L. contra la referida sentencia, que revocamos, y en su lugar, con estimación de la demanda interpuesta por dichas partes:

1º) Declaramos la nulidad de los contratos de arrendamiento de estación de servicio con pacto de suministro en exclusiva suscritos por ZERO SET S.L. y SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A. en fecha 9 de marzo de 1993 y en fecha 23 de julio de 1996, reseñados en el precedente Fundamento segundo, debiendo la parte arrendataria devolver los objetos arrendados y efectuarse la liquidación de saldos que procedan, que se fijarán en el juicio correspondiente.

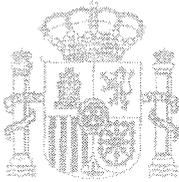
2º) Declaramos la nulidad de los contratos de constitución de derecho de superficie suscritos por CANAL I FILLS S.L. y SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A. en fechas 9 de marzo de 1993 y 7 de junio de 1996, éste elevado a escritura pública el 10 de octubre de 2001, reseñados en el precedente Fundamento segundo, debiendo CANAL I FILLS S.L. reintegrar a la demandada la parte proporcional de la inversión no amortizada, según se expone en el Fundamento Décimo-primer, que se determinará en el juicio correspondiente.

3º) Condenamos a SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS S.A. (PETROCAT) a pagar a ZERO SET S.L. una indemnización que se calculará de acuerdo con las siguientes bases: la diferencia global existente entre los precios efectivamente pagados por ZERO SET S.L. a PETROCAT por el carburante suministrado (esto es, el precio de venta al público menos los descuentos o márgenes aplicados por PETROCAT), y los precios más competitivos a los que se acredite que otros operadores suministraron en régimen de compra en firme o reventa a otras estaciones de servicio de similares características, calculado sobre la totalidad de litros de carburantes y combustibles comprados por ZERO SET S.L., desde la fecha de suscripción de los contratos hasta el momento efectivo de cumplimiento de la sentencia o, en su caso, hasta el cese efectivo de la exclusiva del suministro, a determinar en el juicio correspondiente.

Sin imposición de costas en la primera instancia, ni en esta instancia respecto del recurso que se ha estimado.

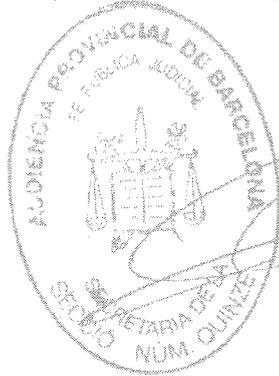
Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



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

Concuerda con el original, al que me remito; y para unir al rollo de sala, expedido y firmado la presente en Barcelona, a 20 de ~~dic~~ de 2012.



[Firma manuscrita]