

JDO. DE LO MERCANTIL N. 4
MADRID

SENTENCIA: [REDACTED]

NOTIFICADA
29-5-13

JUZGADO MERCANTIL N° 4 BIS MADRID
JUICIO ORDINARIO [REDACTED]

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de mayo de dos mil trece.

Vistos por mí, Don Miguel Ángel Román Grande, Juez del Juzgado de lo Mercantil número 4 BIS de Madrid, los presentes autos de Juicio ordinario número 597/2010, seguidos a instancia del Procurador Don Jacinto Gómez Simón, en representación de [REDACTED], actualmente [REDACTED], contra CEPSA, representada por el Procurador Don Jorge Deleito García, sobre COMPETENCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el referido Procurador Don Jacinto Gómez Simón, en representación ostentada de la parte actora citada, se interpuso escrito de demanda de Juicio ordinario contra CEPSA, el cual fue turnado y registrado en este Juzgado con el número [REDACTED]. En él, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso, terminó suplicando el dictado de una sentencia, todo ello según lo expuesto en dicha demanda que aquí se da por reproducida en aras a la mayor brevedad.

SEGUNDO.- Por auto se admitió a trámite la demanda, acordando su sustanciación por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el Juicio Ordinario, acordándose igualmente dar traslado de la demanda a la parte contraria, emplazándoles para que la contestaran en el plazo de veinte días, con advertencia de que si no lo hacían en el término señalado, serían declaradas en rebeldía.

TERCERO.- Emplazado el demandado, éste contestó a la demanda, oponiéndose a la misma por los motivos que aquí se dan por reproducidos de su escrito.

CUARTO.- La fecha señalada tendría lugar el acto de la audiencia previa al juicio, al que asistieron las partes, todo como consta en acta que aquí se da por reproducida; en dicho acto, [REDACTED] comunicó que había sido absorbida por [REDACTED], tras lo que las partes se ratificaron en los diversos escritos iniciales; tras ello fueron fijados los

hechos objeto de litigio, de acuerdo con el art. 428 de la Ley procesal, sin que existiera conformidad sobre los mismos, por lo que a continuación se recibió el pleito a prueba, proponiéndose luego por ambas partes la que consideraron oportuna, admitiéndose la que se valoró pertinente y útil; señalándose fecha para el juicio, todo lo que consta en el soporte audiovisual donde se grabó el acto, que aquí se da por reproducido, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

QUINTO.- El día señalado tuvo lugar el acto del juicio, con la asistencia y el resultado que es de ver en el acta y su CD anexo; en dicho acto, se practicaron las pruebas acordadas, dando a las partes, tras ello, un plazo común para formular sus conclusiones por escrito, mostrando ambas su conformidad, verificando tal trámite en plazo, quedando conclusos finalmente los autos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita en este pleito la acción en solicitud de que se declare la nulidad de la relación jurídica que le liga con la demandada, resultante de sendos contratos de constitución de usufructo de 3-2-2003 y de arrendamiento de industria de estación de servicio -con exclusiva de abastecimiento-, también fechado el 3-2-2003, ambos sobre la estación de servicio sita en la finca n° 43.584 del Registro de la Propiedad [redacted] de Madrid, tomo [redacted], libro [redacted], folio [redacted] ([redacted]).

Se fundamenta tal pretensión en el artículo 81.1 y 2 del Tratado CE (en lo sucesivo, TCE), así como el Reglamento (CE) número 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en lo sucesivo, Reglamento 2790/99).

En concreto, se pide el dictado de una sentencia por la que se hagan las siguientes declaraciones: 1.- Declare que el Contrato de Arrendamiento de Industria de 03/02/2003 entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE. 2.- Declare que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el Contrato de Arrendamiento de Industria de 03/02/2003, infringe el artículo 101.1 TFUE y su derecho derivado, Reglamento (CE) n° 2790/99. 3.- Declare, en aplicación del art. 101.2 TFUE, la nulidad de la relación contractual que vincula a las partes en conflicto, conformada por la Escritura Pública de Constitución de Derecho de Superficie de 03/02/2003 y el Contrato de Arrendamiento de Industria de Estación de Servicio propiedad de CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. de la misma fecha, 03/02/2003. 4.- Como consecuencia de la infracción del artículo 101 TFUE, se condene a la demandada a indemnizar a

esta parte, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad resultante de aplicar las siguientes bases: multiplicar el número de litros anuales suministrados por CEPSA a [REDACTED] desde el día 3 de Febrero de 2003 hasta el total cumplimiento de la sentencia, por la diferencia media anual existente, para cada período, entre el precio medio anual de los suministros fijados por CEPSA a [REDACTED] (es decir, PVP deducidos el importe de los impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados por la propia CEPSA y por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio ubicadas en la Comunidad de Madrid a las que los mismos han respetado su condición de distribuidores independientes, y por tanto no les han fijado los PVP ni de modo directo ni indirecto (es decir, a aquellos a los que se les ha suministrado con un precio referenciado a la Cotización Internacional Platt,s). Cantidad resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes. 5.- Se condene a la demandada al pago de las costas.

La parte demandada, CEPSA, niega que los contratos citados sean contrarios a la normativa comunitaria.

Debemos recordar, primeramente, que el art. 81 TCE citado, fue hasta el 1-5-1999 el art. 85 TCE, siendo reenumerado por el art. 12 del Tratado de Amsterdam de 2-10-1997, habiendo sido reenumerado poco antes del inicio en septiembre de 2010 de este pleito por el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1-12-09, que además de cambiar el nombre del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que ha pasado a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ha modificado la numeración del artículo 81 del mismo, ahora artículo 101 TFUE.

SEGUNDO.- La primera de las quejas de la parte actora se fundamenta en su carácter de operador económico independiente dentro de la relación jurídica nacida de los contratos de 3-2-2003, y ello porque asume una serie de riesgos financieros y comerciales, no insignificantes, cuales son: A) riesgos vinculados a la venta de los productos= 1º debe tener la estación de servicio permanentemente surtida de los productos (cláusula 5.5.c); 2º debe conservar los productos objeto de la exclusiva bajo la responsabilidad de un buen comerciante (cláusula 5.3); 3º debe suscribir una póliza de seguro, cuyo pago repercute al demandante a través de los pagos de comisiones (estipulación 7); 4º responde de la correcta medición de surtidores y de la calidad e identidad de los productos vendidos (estipulación 6.A.4); B) riesgo financiero ya que los

productos suministrados han de ser abonados por la parte actora a los 9 días de la descarga, con independencia de que hayan sido vendidos o no; C) riesgos vinculados a las inversiones específicas de mercado= 1º el demandante asumía las inversiones en locales o equipos como el mantenimiento de aparatos surtidores, dispensadores y consolas de estación, el mantenimiento de los separadores de hidrocarburos, mantenimiento del sistema informático; 2º igualmente asumía el coste de acciones de promoción del demandado (Turyocio, Transclub, Tarjeta CEPSA y tarjeta Taxi). Según la demanda, como quiera que la actora actúa como distribuidor independiente, y la demandada es quien fija el precio de venta al público de los productos que le suministra para ser vendidos en la estación de servicio, no estando prevista dicha restricción en el art. 4.a) del Reglamento 2790/99 ni 101.3 TFUE, la consecuencia es la nulidad de pleno derecho de la relación jurídica, conforme al art. 81.2 TCE (101.2 TFUE).

La parte demandada admite en el folio 10 de su contestación que el contrato de suministro puede ser calificado de agencia no genuino, si bien en este caso no se convierte en revendedor.

Para abordar debidamente la cuestión planteada, debemos recordar que según los apartados 37 y siguientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en la actualidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea) de 14-12-2006 (DOC 331 de 30-12-2006, p. 9, asunto C-217/05), dictada al resolver una cuestión prejudicial planteada en marzo de 2005 por nuestro Tribunal Supremo, en un pleito entre la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEESS) y Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA), como decíamos, según los apartados 37 y siguientes de dicha sentencia, los acuerdos verticales, es decir, entre operadores situados en distintas fases del proceso económico, pueden constituir acuerdos en el sentido del art. 81.1 TCE (antiguo art. 85.1 TCE, actual art. 101.1 TFUE), y estar incluidos en el ámbito de prohibición establecida por esta disposición (sentencia de 13-7-1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64; sentencia de 24-10-1995, Volkswagen y VAG Leasing, C-266/93); sin embargo, los acuerdos verticales, como lo son los suscritos entre la demandada CEPSA y los titulares de estaciones de servicio, sólo entran en el ámbito de aplicación del art. 81 TCE cuando se considera que el titular es un operador económico independiente, y existe, en consecuencia, un acuerdo económico entre dos empresas.

Dicho lo anterior, es jurisprudencia reiterada que el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho comunitario de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación

(sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C-205/03 P, Rec. p. I-0000, apartado 25). Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11). Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que, a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia, la separación formal entre dos contratantes, resultado de su personalidad jurídica distinta, no es determinante, dado que el criterio decisivo es la existencia o no de una unidad de comportamiento en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140).

Los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste (véase, en este sentido, la sentencia Volkswagen y VAG Leasing, antes citada, apartado 19). Por consiguiente, cuando un intermediario, como el titular de una estación de servicio, aunque con personalidad jurídica distinta, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente de su comitente, en este caso un proveedor de carburantes, por el hecho de que éste asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica de que se trata, la prohibición establecida en el artículo 85.1 TCE (81.1 en nuestra sentencia) no es aplicable a las relaciones entre este intermediario y este comitente. Por el contrario, cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 TCE (81 TCE) (véase, en este sentido, la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, apartados 541 y 542).

Por todo ello, dice la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14-12-2006, caso CEPSA, en su apartado 46: "el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente reside en el contrato celebrado con el



MINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

comitente y, concretamente, en las cláusulas, tácitas o expresas, de este contrato relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. Tal como alega en sus observaciones, con razón, la Comisión, la cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno".

No obstante, incluso siendo el titular de la estación un mero agente del proveedor, debe precisarse que, en tal caso, únicamente están excluidas del ámbito de aplicación de este artículo las obligaciones impuestas al intermediario en el marco de la venta de productos a terceros por cuenta del comitente. Un contrato de agencia puede contener disposiciones relativas a las relaciones entre el agente y el comisionista a las que se aplique dicho artículo, tales como las cláusulas de exclusividad y de prohibición de competencia. A este respecto, procede considerar que, en el marco de tales relaciones, los agentes son, en principio, operadores económicos independientes, y que dichas cláusulas pueden vulnerar las normas sobre competencia si conducen a la exclusión del mercado de referencia.

En este orden de cosas, y de cara a la nomenclatura usada por las partes en este proceso, debemos aclarar y recordar que, junto a los contratos de reventa, a los que nominalmente se referían los Reglamentos de exención por categorías, y a los contratos de agencia que podrían considerarse como "genuinos", en los que era evidente la integración del agente en la estructura de distribución de la empresa principal, existían otros en los que sin estar ante una reventa propiamente dicha, la integración no era tan evidente como en los contratos de agencia "genuinos", puesto que la configuración jurídica y, sobre todo, la significación económica del contrato, otorgaban cierta independencia al agente, que asumía ciertos riesgos y corría con ciertos costes distintos de los propios de su actividad de agente. Por ello, junto a la figura del "revendedor", en la terminología usada por los Reglamentos de exención, y a la del "agente comercial", en la terminología usada por la Comunicación de 1962 relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales (Diario Oficial número 139 de 24-12-1962 p. 2921 - 2922), fue apareciendo otra figura intermedia, la del "agente no genuino", al que había que reconocer cierta independencia del principal, por lo que el acuerdo suscrito entre ambos sí entraba dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE. Y acabamos de exponer, con transcripción del apartado 46 de la sentencia dictada en el caso CEPSA, cuáles son los criterios para calificar al titular de la estación como "agente no genuino" o "agente genuino", en función de la asunción o no de riesgos significativos, respectivamente.

Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), el juez nacional debe tener en cuenta, por una parte, los riesgos vinculados a la venta de los productos, como la financiación de las existencias de carburantes, y por otra parte, los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, a saber, las que son necesarias para que el titular de la estación de servicio pueda negociar o celebrar contratos con terceros.

En lo que atañe a los primeros, es necesario comprobar si dicho titular asume estos riesgos al convertirse en propietario de los productos en el momento en que los recibe del proveedor, o sea, antes de la posterior venta a un tercero, o si asume, directa o indirectamente, los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular los costes de transporte, o si se hace cargo de los gastos de conservación de las existencias, o responde por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros. En estos casos debería considerarse que el riesgo se la ha transmitido.

También debe valorar el reparto del riesgo financiero de los productos, en particular en lo que se refiere al pago del carburante, en caso de pago diferido por la utilización de tarjetas de crédito.

Por lo que se refiere a los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, si el titular realiza inversiones específicas relacionadas con la venta de los productos, en locales o equipos tales como un depósito de carburante, o si realiza inversiones en acciones de promoción, tales riesgos financieros se trasladan al titular.

De lo anterior resulta que, para determinar si debe aplicarse el art. 81 TCE, es necesario analizar la distribución de los riesgos financieros y comerciales entre el titular y el proveedor de carburantes, en función de criterios tales como la propiedad de los productos, la contribución a los costes vinculados a su distribución, su conservación, la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos o por los daños que dichos productos puedan causar a terceros y la realización de inversiones específicas para la venta de dichos productos. El hecho de que el intermediario soporte únicamente una parte insignificante de los riesgos, no puede entrañar la aplicación del art. 81 TCE.

Con todo ello, la citada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14-12-2006, dictada en el caso CEES vs CEPESA, concluye que, si tras el examen de los riesgos asumidos por los titulares de las estaciones de servicio, no se considerara que las obligaciones impuestas a éstos en el marco de la venta de productos a terceros están incluidas en los acuerdos entre empresas en

el sentido del art. 81 TCE, la obligación impuesta a dichos titulares de vender el carburante a un precio determinado (sic, en el caso allí enjuiciado), no entraría en el ámbito de aplicación de esta disposición, y por consiguiente, sería inherente a la capacidad de CEPSA para delimitar el campo de actuación de sus agentes. Por el contrario, si el juez nacional llegara a la conclusión de que existe un acuerdo entre empresas en el sentido del art 81 TCE, se plantearía la cuestión de si, por lo que respecta a la venta de productos a terceros, podría aplicarse a dicha obligación la exención por categoría prevista en los arts. 10 a 13 del Reglamento 1984/83. A este respecto, el art. 11 del Reglamento 1984/83 enumera las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, pueden imponerse al revendedor, entre las que no figura la imposición del precio de venta al público. Por consiguiente la fijación de dicho precio por CEPSA constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención del art. 10 del Reglamento 1984/83.

Así las cosas, en el caso enjuiciado, resulta que el demandante no es un "agente genuino" de CEPSA, pues a través del contrato aportado como documento 3 de la demanda, o sea, el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento de 3-2-2003, constatamos que, efectivamente, el demandante asumía una serie de riesgos derivados de la explotación, que no podemos calificar de insignificantes.

En primer lugar, asume la obligación de mantenimiento y conservación de la estación de servicio, en virtud de la cláusula 5ª punto 8º del contrato de arrendamiento y abastecimiento en exclusiva, demostrando los documentos 22 al 25 de la demanda que, efectivamente, la actora ha venido desembolsando diversas cantidades por tales conceptos.

En segundo lugar, la actora asume el riesgo de los productos desde que le son entregados en la estación de servicio y se introducen en los depósitos o almacenes, según la cláusula 5ª punto 3º del contrato de arrendamiento y abastecimiento en exclusiva.

En tercer lugar, la parte actora asume un riesgo financiero derivado del sistema de pago del producto suministrado por CEPSA, pues no se discute que lo pactado es que quien explota la estación de servicio tiene la obligación de pagar los productos a CEPSA en el plazo de 9 días desde que le son suministrados por la misma, existiendo un evidente riesgo por la posibilidad de no venderse antes todo el producto suministrado o también por la posibilidad de que los clientes utilicen medios de pago aplazado. A ello se une la obligación de la parte actora, según la cláusula 5ª punto 5º letra c del contrato de arrendamiento y abastecimiento en exclusiva de formalizar la petición de

suministro de los productos con la antelación debida para mantener las existencias adecuadas y evitar el desabastecimiento, con arreglo a un calendario de suministros.

Finalmente, vinculado con lo último, el demandante asume un riesgo derivado del sistema de pago que decidan usar los clientes en relación con la existencias de promociones realizadas por el suministrador (tarjeta descuento CEPSA o Tarjeta Taxi).

Así pues, y parafraseando la sentencia dictada por la secc. 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28-12-2007, Ponente Ilmo. Sr. Don Pablo Quecedo Aracil, que analiza circunstancias similares a las aquí expuestas: "...se trata de riesgos que la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14-12-2006 citada, ha considerado relevantes a efectos de considerar que un contrato de agencia relacionado con el abanderamiento de una estación de servicio es atípico o no genuino a los efectos del art. 81 TCE. En resumen, podemos entender que existe un acuerdo entre empresas a los efectos del art. 81.1 TCE".

Ahora bien, el que dentro de la relación jurídica entre las partes, nacida de los contratos de 3-2-2003, al demandante pueda considerársele un "agente no genuino" u operador económico independiente a los efectos del art. 81.1 TCE, no es suficiente para declarar la nulidad de tal relación al amparo del apdo. 2 de dicho precepto. Para alcanzar dicha conclusión, la parte actora utiliza como segunda premisa del silogismo que la demandada es quien fija el precio de venta al público de los productos que le suministra para ser vendidos en la estación de servicio. Y ello porque, como ya hemos dicho unos seis párrafos más arriba, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14-12-2006, dictada en el caso CEES vs CEPSA, nos dice que la fijación del precio de venta al público por parte del operador constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención del art. 10 del Reglamento 1984/83.

La parte demandada, sin embargo, rebate tal argumento aduciendo que lo que establece son precios de venta máximos, teniendo la actora la libertad de establecer descuentos sobre tales precios máximos, con cargo a la comisión a percibir por quien gestiona la estación.

Sobre tal particular, la cuestión de los precios máximos, debemos reproducir aquí la fundamentación jurídica de la sentencia dictada por la secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26-7-2010, Ponente Ilmo. Sr. Don Ángel Galgo Peco, que ante un planteamiento idéntico al expuesto por la actora en este proceso, y para un contrato

análogo al suscrito con REPSOL, señala en los Fundamentos IV y V:

"CUARTO.- (...) Ciertamente, no encontrándonos ante lo que, desde la perspectiva del derecho comunitario de la competencia, cabría calificar como un genuino contrato de agencia, la fijación del precio de venta al público por parte del proveedor entrañaría una práctica prohibida. Debe entenderse, no obstante, que no existe motivo de censura si tan solo se trata de precios máximos o recomendados.

Ninguna cuestión suscita el acogimiento de tal régimen en el marco del Reglamento 2790/1999, apareciendo expresamente contemplado en su artículo 4. a). Por otra parte, las dudas que en algún momento pudo suscitar la admisibilidad del régimen de precios máximos o recomendados por el Reglamento 1984/83 (aspecto que resulta relevante a los efectos de la presente litis, habida cuenta que la relación comercial se trabó bajo la vigencia del mismo) han de entenderse definitivamente disipadas tras las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/06, y, sobre todo, de 2 de abril de 2009, asunto C-260/2007, señalando esta última:

"84. Habida cuenta de lo que precede, debe responderse a las cuestiones tercera y cuarta 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 números 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", consignando en el fallo: "3) 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 del Reglamento número 1984/83, en su versión modificada por el Reglamento número 1582/97, y del Reglamento número 2790/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal."

El propio Tribunal Supremo se ha hecho eco de la anterior posición en su reciente sentencia de 15 de enero de 2010 (Pleno), ya señalada, al indicar (Fundamento Jurídico

Quinto): "Por lo que se refiere a la fijación del precio de venta al público, el inicial criterio rigorista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14-12-06 de que el Reglamento número 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 sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 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 número 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 a la hoy recurrente vender los productos a un precio inferior al indicado por la proveedora hoy recurrida."

Existen incluso otros precedentes favorables a la no consideración de la fijación vertical de precios máximos como un supuesto de fijación de precios restrictiva de la competencia, como fue el caso del artículo 6.2 del Reglamento (CEE) número 123/1985, de 12 diciembre. En todo caso, las dudas existentes respecto de los precios máximos han quedado resueltas legislativamente en el citado artículo 4.a) del Reglamento 2790/1999 (y con la posición asumida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el Reglamento 1984/83). Por otra parte, si una de las finalidades últimas de la política comunitaria sobre competencia es la de posibilitar que los consumidores finales puedan adquirir los productos al mejor precio, difícilmente una fijación o recomendación de precio máximo puede considerarse contraria a la normativa sobre la competencia, salvo que se demuestre que esté provocando efectos colaterales de restricción de la competencia que deriven en la disminución del número y la calidad de los competidores y, por tanto, en una ulterior subida de los precios.

De cuanto antecede se puede deducir que no conllevaría efectos apreciables sobre la competencia la fijación de precios de venta al público por la entidad proveedora si se respeta la libertad del agente para, jugando con su comisión, poder bajar el precio que debe pagar el cliente final, sin disminuir los ingresos de aquella. Así se refleja expresamente en la directriz 48 de las recogidas en la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, que,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

recordémoslo, tienen por objeto establecer los principios para evaluar los acuerdos verticales con arreglo al artículo 82 del Tratado CE. En este sentido, no compartimos la afirmación que se hace en el recurso de que aquella posibilidad ha de entenderse referida exclusivamente a los genuinos agentes, esto es, a aquellos que no asumen ningún riesgo o lo asumen en una proporción no significativa. Como indicamos en sentencias de 18 de diciembre de 2008 y 23 de enero de 2009, a quien se refiere precisamente la directriz 48 es a los agentes no genuinos (calificación que, a los efectos que aquí interesa y según se desprende de precedentes apartados, es la que conviene a la recurrente), por cuanto el criterio que expresa al postular la necesidad de que se respete la posibilidad de reparto de la comisión está expresamente destinado, como no podría ser de otro modo, a aquellos contratos de agencia que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 TCE, ámbito del que quedan apartados, cuando menos en materia de fijación de precios, los contratos de agencia genuinos. No tiene sentido la interpretación que efectúa el apelante cuando en el supuesto de agentes genuinos por no asumir riesgos o asumirlos en proporción insignificante no estamos ante dos empresas independientes desde el punto de vista del derecho de la competencia y es irrelevante que el agente pueda o no hacer descuentos con cargo a su comisión pues lo haga o no la conducta no incurre en la prohibición del meritado precepto. En todo caso, la indicación de que el agente no genuino debe contar con la posibilidad de practicar descuentos con cargo a su comisión es una indicación que, contenida en la expresada directriz, resultaba necesario efectuar en razón a la necesidad de conciliar la peculiar estructura de la retribución en un contrato de agencia (comisiones fijas o variables) con la prohibición general de fijación de precios del artículo 81.1 TCE.

Ahora bien, conviene insistir en que no es simplemente la directriz contenida en la comunicación de la Comisión a la que acabamos de hacer referencia, de eficacia normativa discutible, la que admite la legalidad de esta práctica, sino diversos actos comunitarios de significación y eficacia normativa incontrovertida, como es el caso de los Reglamentos citados.

En conexión con esta materia, se aduce en el recurso que, a pesar de constituir la indicación de precios máximos o recomendados por los proveedores una práctica en principio admisible, dicha valoración puede verse empañada por la posición de aquel y de sus competidores en el mercado, especialmente en situaciones de oligopolio como la que concurre en el mercado español, cuestión que, se añade, debe examinarse a la luz de las directrices 225 y siguientes de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000. Ya hemos señalado en líneas anteriores que la fijación o recomendación de precio máximo puede llegar a constituir en

determinadas circunstancias una práctica restrictiva de la competencia, pero para reconocer alguna virtualidad impugnatoria al alegato es preciso que en él se funde la demanda (sin que baste, como en el escrito iniciador del procedimiento se hace, una mera indicación del fenómeno como "idea clara de la problemática que puede derivarse incluso de esas prácticas admitidas inicialmente"), y que resulte acreditado el resultado colusorio, lo que no es el caso. Por otra parte, como indicamos en sentencia de 18 de diciembre de 2008, ante un alegato de semejante corte, las prevenciones contenidas en las directrices 225 y siguientes de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 "se tratan de una simple sugerencia que, en todo caso, no pretende -ni podría pretender- contrariar lo que establece un precepto comunitario de rango reglamentario, ya que el art. 4-a) del Reglamento CE 2790/99 considera, a pesar de todo, que se trata de prácticas lícitas, o mejor, exentas" y, más adelante, "que, en la medida en que la inquietud se sustenta sobre la posible existencia de oligopolio (Directriz 228), la sugerencia aparece vinculada al riesgo de que la recomendación de precios facilite la colusión entre proveedores, esto es, el riesgo de que estos intercambien información sobre el nivel de precios practicados disminuyendo así la probabilidad de que bajen los precios de reventa. Pero se trata de una indicación relativa al peligro de colusión por vía de acuerdos "horizontales" (proveedor-proveedor) que nada tiene que ver con la disputa en torno a la posible nulidad de un acuerdo "vertical" como el que nos ocupa (proveedor-distribuidor).".

QUINTO.- La parte apelante también formula objeciones referidas a la aplicación concreta del marco regulatorio expuesto en el caso enjuiciado, en referencia a determinadas prácticas que de modo indirecto comportan una fijación vertical de precios. En concreto, la recurrente apunta que la posibilidad de efectuar descuentos sobre los precios de venta al público marcados por la compañía abastecedora con cargo a su comisión es puramente nominal y resulta inviable en la práctica, como consecuencia de: (i) el sistema de facturación de REPSOL, al tomar como referente para determinar la base imponible del IVA dichos precios, sin tener en cuenta el descuento que pudiera aplicar con cargo a su comisión el titular de la estación de servicio, y (ii) la mecánica inherente al cobro con tarjeta desde el terminal SOLRED, ante la necesidad de operar con el mismo tomando como precio de venta al público el establecido por la compañía suministradora.

La problemática expuesta en relación con el sistema de facturación de REPSOL ha sido ya objeto de consideración por esta sala, en el sentido de rechazar las tesis de la apelante, en sentencias de 13 de octubre y 18 de diciembre de 2008, 23 de enero y 16 de octubre de 2009 y 30 de marzo de 2010, según las cuales: "Con respecto a la segunda de

dichas operativas, relativa a la facturación expedida por REPSOL, que comprende tanto el importe del combustible que percibe la entidad petrolera como la comisión que corresponde al agente, hay que reconocer que ello genera, en efecto, una posible repercusión de IVA al empresario de la estación que puede resultar superior a la que realmente le correspondería, por su correspondiente prestación de servicios (que es una de las operaciones sujetas a tributo), si finalmente redujera el precio a costa de su comisión. Sin embargo, para que pudiéramos considerar que ello constituye un desincentivo para la realización de descuentos con cargo a la comisión del agente de tal entidad que pudiera implicar una imposición indirecta de precios deberíamos llegar a la convicción de que aquél no dispone de mecanismos adecuados que le permitan regularizar periódicamente ese concepto o, en su caso, recuperar, compensar o desgravar como gasto el importe correspondiente, de modo que se tratase, realmente, de una traba difícilmente salvable para el empresario de la gasolinera y no de una excusa hábilmente buscada al hilo de un sistema de facturación que claramente le reduce a éste costes de gestión que van por cuenta de la petrolera. Pues bien, ya que se ha apuntado la posibilidad de deducir como gasto de explotación tal concepto, a fin de conseguir una rebaja fiscal a favor del empresario de la gasolinera (en el impuesto sobre sociedades), y a salvo del criterio de las autoridades de Hacienda al respecto, que pudiera abrir otras vías para solucionarlo, y de las iniciativas que pudiera adoptar la CNC en el ejercicio de sus atribuciones respecto a toda la red, tampoco podemos afirmar de manera rotunda que estemos ante un patente mecanismo indirecto para conseguir que el precio recomendado pase a operar en la práctica como un precio fijo y que tuviera como necesaria consecuencia hacer inviable la realización del descuento con cargo a la comisión, pues entrevemos que ésta puede aun así hacerse en circunstancias razonables sin enfrentarse a obstáculos que parezcan insalvables (...)

El alegato no puede, pues, prosperar".

La fundamentación transcrita y la correspondiente conclusión son compartidas plenamente por este Juzgador, debiendo añadir, tan sólo, que si bien en el supuesto aquí enjuiciado, la parte actora ha propuesto y practicado prueba tendente a demostrar que no ha aplicado los citados descuentos con cargo a su comisión, ello no resulta trascendente a la hora de resolver la cuestión, pues lo esencial no es si efectuó tales descuentos, sino si podía hacerlo o, por el contrario, el proveedor, directa o indirectamente, impide tal posibilidad, siendo el propio contrato el que permite al demandante hacer tales descuentos (léase, por ejemplo, el párrafo segundo de la cláusula 6ª letra A punto 1º; también en cláusula 5ª, punto 5º letra a). Si el minorita demandante, por no reducir su beneficio, optó por no practicar tales descuentos en la comisión, ello no es



MINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

sinónimo de imposibilidad, como tampoco lo es la mayor o menor dificultad que tuviera para llevarlos a la práctica.

TERCERO.- En segundo lugar, la parte actora considera que la relación jurídica es nula porque la relación contractual se firma vigente el Reglamento de Exención (CE) nº 2790/99, de 22 de diciembre de 1999, norma ésta que, de conformidad con su artículo 13, entró en vigor el siguiente 1 de enero de 2000, siendo contraria la duración pactada al art. 5.a).

Pues bien, dicho art. 5.a) establece: "La exención prevista en el art. 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales: a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador".

Efectivamente, como señala la parte actora, en el contrato de arrendamiento de estación de servicio con pacto de suministro en exclusiva objeto del pleito, o sea, en el documento 3 de la demanda, nos encontramos con un caso de cláusula de no competencia renovable tácitamente tras el periodo inicial de 5 años, lo que está prohibido por el artículo transcrito del Reglamento 2790/99, ya que observamos que, de conformidad con la estipulación 2ª del contrato, el plazo de duración de la cláusula de no competencia es de 5 años, no obstante lo cual, llegado ese término, se añade que "...este contrato se prorrogará por 5 años más, salvo denuncia formulada por EL ARRENDATARIO, con una anticipación de 3 meses a la finalización del plazo contractual inicialmente pactado" (sic en cursiva). En consecuencia, se contiene una cláusula de no competencia que es tácitamente renovable a partir de los primeros 5 años de vida del contrato, lo que equivale, según el Reglamento 2790/99, a una cláusula de no competencia de duración indefinida, y por tanto, prohibida.

Y si acudimos a la escritura de constitución de derecho de superficie suscrito entre los litigantes en la misma fecha de 3-2-03, documento 2 de la demanda, en concreto a su estipulación 3ª, vemos que la duración de ese derecho real habría de ser de 10 años, prorrogables automáticamente por sucesivos periodos de 10 años, salvo denuncia expresa de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

cualquiera de las partes con una antelación mínima de 6 meses. A continuación, de forma expresa, se recoge en el párrafo primero de su cláusula 5ª la facultad de la demandante para, *"...una vez transcurridos los primeros cinco años, rescatar el derecho de superficie y adquirir la estación de servicio e instalaciones construidas, abonando el valor neto contable de la construcción e instalaciones, y suscribiendo con CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., o la sociedad que ésta designe, un Contrato de Suministro y Abanderamiento para la Estación de Servicio por el plazo máximo legalmente previsto"* (sic en cursiva). Y aunque la redacción del párrafo segundo de la misma cláusula 5ª crea confusión acerca del alcance del párrafo que aquí hemos transcrito en cursiva, hemos de llamar la atención -como señala la parte actora- acerca de la conjunción "y" empleada en el párrafo transcrito del contrato, que parece prueba evidente de que la duración del citado contrato es superior a los 5 años máximos, ya que, pasados los 5 primeros años de contrato, el derecho de superficie se podía rescatar, pero siempre y cuando ESMASA pagara a CEPSA la inversión no amortizada y suscribiera una nueva exclusiva de suministro de sus productos.

En todo caso, aun haciendo abstracción del contenido citado del contrato por el que se constituye el derecho de superficie, como hemos visto, la propia tacita renovación del pacto de suministro en exclusiva ínsito al contrato de arrendamiento, es suficiente para declarar la infracción del art. 5.a) del Reglamento 2790/99.

Debemos concluir, como hace la actora, y a la vista de lo anterior, que estamos ante el supuesto de duración indefinida prohibido por el Reglamento CE nº 2790/99. La intención de CEPSA era violar el límite máximo de los 5 años permitidos por la norma para la duración de la cláusula de no competencia, debiendo recordar que en el caso del Reglamento 2790/99 es indiferente que el suministrador demandado sea propietario de las instalaciones desde las que se venden los productos, pues a diferencia Reglamento 1984/83, para aplicar la exención, en el que aquí nos ocupa es necesario que la compañía mayorista, arrendadora y suministradora exclusiva por más de cinco años, sea al mismo tiempo dueña del terreno donde se asienta la estación de servicio.

Procede así acoger la pretensión contenida en el apartado 1º y 2º del suplico y declarar que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento de 3-2-03 infringe el artículo 101.1 TFUE y su derecho derivado, Reglamento (CE) nº 2790/99, que le es de aplicación.

Consecuencia de lo anterior, resulta, en aplicación del art. 101.2 TFUE, la nulidad de la relación contractual que vincula a las partes en conflicto, conformada por la

escritura pública de constitución de derecho de superficie de 3-2-2003 y el contrato de arrendamiento de industria de estación de servicio propiedad de CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. de la misma fecha 3-2-03. Y ello porque ambos contratos conforman una unidad, no sólo porque el de arrendamiento es consecuencia sine qua non del previo de constitución del derecho de superficie, y éste a su vez es antecedente del de arrendamiento hasta el punto de que sin éste tampoco se habría formalizado el de superficie, como sostiene la STS de 30-6-09, sino porque además, como acabamos de ver, este último conlleva, al menos de un modo aparente, también, un pacto de suministro en exclusiva coincidente con el insertado en el de arrendamiento.

Y como también solicita la parte actora, procede declarar la obligación del demandado de indemnizar a la demandante por los daños y perjuicios ocasionados, que se concretan en la obligación impuesta a aquélla de suministrarse al precio fijado por la demandada, en lugar de acudir a precios más competitivos, durante toda la vida del entramado jurídico existente entre los litigantes, relación jurídica que ya hemos dicho que resulta nula en su integridad.

No obstante, no podemos en este momento cuantificar el monto indemnizatorio por el perjuicio total irrogado, pues se solicita la indemnización por perjuicios hasta la fecha de ejecución de la sentencia, motivo por el que procede diferir el trámite, como permite el art. 219.2 LEC, a dicho momento procesal, señalando aquí las bases para la liquidación, que han de ser las propuestas por la actora, con las modificaciones que se dirán, y que han sido admitidas en resoluciones como la sentencia de la secc. 28 de la AP de Madrid de 15-1-09 (FJ 11º) (se aporta copia como anexo jurídico XV de la demanda) o sentencia de la secc. 15 de la AP de Barcelona de 13-1-10 (FJ 12º) (se aporta copia como anexo jurídico XVI).

Así, la demandada habrá de indemnizar a la actora con la cantidad resultante de aplicar las siguientes bases: multiplicar el número de litros anuales suministrados por CEPSA a [REDACTED] desde el día 3 de Febrero de 2003 hasta el total cumplimiento de esta sentencia, por la diferencia media anual existente, para cada período, entre el precio medio anual de los suministros fijados por CEPSA a [REDACTED] (es decir, PVP deducidos el importe de los impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio de similares características -a la que constituye objeto del pleito- ubicadas en la Comunidad de Madrid y a las que los mismos han respetado su condición de distribuidores independientes (es decir, a aquellos a los que se les ha suministrado con un precio referenciado a la Cotización

Internacional Platt,s), cantidad resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes.

Y aunque lo solicitado por la parte demandada en el apartado subsidiario del suplico de su contestación a la demanda podría parecer una lógica consecuencia de lo dispuesto en el art. 1303 del Código Civil a la declaración de nulidad del entramado jurídico entre las partes, no podemos incluir en el fallo de esta sentencia una declaración expresa de que se ha de deducir de la indemnización de daños y perjuicios que pudiese corresponder a la demandante las cantidades sufragadas por CEPSA en concepto de inversiones en la estación de servicio, así como los otros gastos pagados por la demandada y que -según CEPSA- ascienden a la cantidad de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTICUATRO EUROS CON SESENTA Y TRES CENTIMOS (1.389.124,63 €), y ello porque tal pretensión no se ha hecho valer adecuadamente mediante reconvencción.

CUARTO.- Por aplicación del art. 394 Ley 1/2000, al ser estimada la demanda, procede imponer las costas a la demandada.

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

FALLO.- Que estimando la demanda presentada por el Procurador Don Jacinto Gómez Simón, en representación de [REDACTED] (actualmente [REDACTED]), contra CEPSA, representada por el Procurador Don Jorge Deleito García, DEBO DECLARAR Y DECLARO que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento de 3-2-03 infringe el artículo 101.1 TFUE y su derecho derivado, Reglamento (CE) nº 2790/99, que le son de aplicación, y como consecuencia de lo anterior, resulta, en aplicación del art. 101.2 TFUE, la nulidad de la relación contractual que vincula a las partes en conflicto, conformada por la escritura pública de constitución de derecho de superficie de 3-2-2003 y el contrato de arrendamiento de industria de estación de servicio propiedad de CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. de la misma fecha 3-2-03. Y como también solicita la parte actora, procede declarar la obligación del demandado de indemnizar a la demandante, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad resultante de aplicar las siguientes bases: multiplicar el número de litros anuales suministrados por CEPSA a [REDACTED] desde el día 3 de Febrero de 2003 hasta el total cumplimiento de esta sentencia, por la diferencia media anual existente, para cada período, entre el precio medio anual de los suministros fijados por CEPSA a [REDACTED] (es decir, PVP deducidos el importe de los

impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio de similares características -a la que constituye objeto del pleito- ubicadas en la Comunidad de Madrid y a las que los mismos han respetado su condición de distribuidores independientes (es decir, a aquellos a los que se les ha suministrado con un precio referenciado a la Cotización Internacional Platt,s), cantidad resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes..

Se imponen las costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma, al no ser firme, podrán interponer recurso de apelación por escrito ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de MADRID en el plazo de 20 DIAS a contar desde la notificación.

Para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la Cuenta de Depósitos y consignaciones de este Órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia Gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local u Organismo Autónomo dependiente de alguno de los anteriores.

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