



Roj: **SAP M 10820/2009 - ECLI:ES:APM:2009:10820**

Id Cendoj: **28079370282009100230**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **30/10/2009**

Nº de Recurso: **10/2009**

Nº de Resolución: **263/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 2, 27-06-2007,**
SAP M 10820/2009,
STS 6891/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00263/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 10/09.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 324/05.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

Parte recurrente: "ZORITA, S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO"

Procurador: Doña Patricia Gil Guillorme.

Letrado: Doña Susana Beltrán Ruiz

Parte recurrida: "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A."

Procurador: Don Isidro Orquín Cadenilla.

Letrado: Don Antonio Pipó Malgosa.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

SENTENCIA Nº H2H6H3H/H0H9

En Madrid, a treinta de octubre de dos mil nueve.



En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el nº de rollo 10/09, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2007 dictada en los autos de juicio ordinario núm. 324/2005 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la mercantil "ZORITA, S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO"; y como apelada, la entidad "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.", ambas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de la entidad "ZORITA, S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO" contra la mercantil "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.", en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

"1.- Declare NULO y sin efectos el Contrato privado de fecha 7 de marzo de 1995 de Abanderamiento y Suministro en exclusiva, que vincula a mi representada con la mercantil demandada:

En cuanto a la fijación de los Precios de Venta al Público por parte de GALP ESPAÑA S.A. a ESTACIÓN DE SERVICIO ZORITA, S.L. en aplicación del art. 81.2 del Tratado de Ámsterdam, por incurrir el Contrato en la prohibición del art. 81.1 del Tratado de Ámsterdam, al no encontrarse el Contrato exento de su prohibición por vulnerar tanto el Considerando 8º, en relación con el art. 11 del Reglamento CE 1984/83 vigente en el momento de la suscripción del contrato, así como por vulneración del art. 4 a) del Reglamento CE 2790/99, vigente a día de la fecha, y el apartado 47 de las Directrices sobre Restricciones Verticales.

2.- En cualquier caso, y sin perjuicio de la declaración de nulidad radical solicitada, se condene a la demandada GALP ESPAÑA, S.A. a indemnizar a ESTACIÓN DE SERVICIO ZORITA, S.L., por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la imposición unilateral a mi mandante de las condiciones económicas de las operaciones de venta al público de productos petrolíferos. Indemnización que, sin perjuicio de ser cuantificada con total exactitud en fase probatoria, deberá ser la resultante de aplicar los términos de la siguiente ecuación: la diferencia global existente entre la media mensual del precio abonado por ESTACIÓN DE SERVICIO ZORITA, S.L., en cumplimiento del Contrato privado de fecha 7 de marzo de 1995 de Abanderamiento y Abastecimiento en exclusiva y la media de los precios semanales que se acredite en período probatorio que fueron ofertados por otros Operadores en régimen de compra en firme o reventa, a otras Estaciones de Servicio, por el número de litros vendidos desde que entró en vigor el contrato (6 de octubre de 1995), hasta el momento de extinción del contrato cuya nulidad denunciamos, con los intereses que dichas cantidades hubieran generado, conforme a las bases establecidas en la presente Demanda (Fundamento de Derecho V, apartado D), indemnización que, por otro lado, trae su causa en la vulneración por parte de la demandada del artículo 81 del Tratado de Ámsterdam y de su derecho derivado.

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

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2007 por la que se desestimó la demanda absolviendo a la demandada de los pedimentos en aquélla contenidos, todo ello con especial imposición a la demandante de las costas originadas en el proceso.

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte actora se interpuso recurso de apelación al que se opuso la demandada. Admitido el recurso y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 29 de octubre de 2009.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda formulada por la entidad "ZORITA, S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO" contra la mercantil "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.", en la que se pretendía la nulidad del contrato de abanderamiento y suministro en exclusiva de carburantes, suscrito por las partes con fecha 7 de marzo de 1995, por considerar la demandante que infringía el artículo 81.1 del Tratado de la



Comunidad Europea (TCE), por imponer la demandada a la estación de servicio revendedora el precio de venta al público de los productos que comercializaba, todo ello con la consecuencias que se detallan en el primer antecedente de hecho de esta resolución.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, tras minucioso análisis de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, desestimó la demanda al entender que el contrato no infringía el artículo 81 TCE por no existir fijación vertical de precios, ya fuera de forma directa como indirecta, apreciando, además, que el ejercicio de la acción de nulidad debe reputarse como contrario al principio de la buena fe que consagra el artículo 7.1 del Código Civil, al ejercitarse la acción tras casi 10 años de vigencia del contrato durante los cuales no consta que la demandada hubiera planteado discrepancia alguna.

Contra esta sentencia se alza la demandante interesando la revocación de la sentencia y la íntegra estimación de la demanda al insistir en que sí se produce la fijación del precio de venta al público por parte del suministrador, tanto de forma directa como indirecta, rechazando, por otra parte, la tesis del retraso desleal en el ejercicio de sus derechos y, en todo caso, interesa que no se le impongan las costas causadas en primera instancia al existir serias dudas de hecho o de derecho para la resolución del litigio.

Por su parte, la demanda se opone al recurso de apelación mostrando, en esencia, su conformidad con los razonamientos de la sentencia sobre la no fijación de precios y el retraso desleal en el ejercicio de las acciones, discrepando de la misma en cuanto que entendió que el contrato podía afectar al comercio entre los Estados miembros. Además, el apelado reitera en su escrito de oposición la imposibilidad de declarar la nulidad de un contrato ya extinguido por vencimiento del plazo contractual y, por último, rechaza la no aplicación del principio del vencimiento en materia de costas, al negar que concurren serias dudas de hecho o de derecho para la resolución del litigio.

SEGUNDO.- Para la adecuada resolución del recurso conviene tener en cuenta los siguientes hechos probados:

1º El día 7 de marzo de 1995, la entidad "ZORITA, S.L.", de un lado, y "PETROGAL ESPAÑOLA, S.A." (actualmente "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.", en lo sucesivo, GALP), de otro, suscribieron un contrato privado, en virtud del cual, en lo que aquí interesa, la primera, como propietaria de una estación de servicio, sita en Madrid, en la Avenida Princesa Juana de Austria de Madrid (N-401, punto kilométrico 4,700 en el margen izquierdo sentido de acceso a Madrid), suscribía con la segunda un contrato de abanderamiento y suministro en exclusiva para la reventa de productos de PETROGAL por un período de diez años, contados a partir del 6 de octubre de 1995.

Dicho contrato incluía, entre otras, las siguientes

estipulaciones:

". SEXTA.- Respecto al precio de los productos suministrados y pago de los mismos, se establecen las siguientes normativas:

1º Los precios de los productos suministrados al amparo de este contrato, en lo que a combustibles y carburantes se refiere, y mientras tanto no estén liberalizados, serán los que se determinen por PETROGAL teniendo en consideración los precios máximos fijados por la Administración.

2º Los márgenes asignados a EL PROPIETARIO serán los que se apliquen en la Red de Estaciones de Servicio GALP operando en la zona geográfica en la que se encuentra la estación de servicio. (.)

ANEXO.

MÁRGENES

COMBUSTIBLES PARA LA AUTOMOCIÓN: Margen Oficial en la red de estaciones de servicio GALP.

EL PROPIETARIO percibirá además, anualmente y por pedidos, una retribución estimada en 1,20 pts/litro, en función de su volumen anual de ventas." (documento nº 5 de la demanda).

2º) La dinámica de cumplimiento de dicho contrato ha sido, de modo pacífico, la siguiente: a) hasta la liberalización de los precios (que sobrevino tras la Ley de Hidrocarburos de 7 de octubre de 1998), GALP señalaba un precio teniendo en cuenta el máximo fijado por la Administración, del que se deducían los márgenes y el resultado era el precio de adquisición por la estación de servicio del combustible; y b) tras la liberalización de los precios de venta al público (en adelante, PVP) la demandante "ZORITA, S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO" tomaba los precios de las estaciones de servicio de la competencia de su entorno geográfico y los comunicaba a GALP que señalaba un PVP recomendado, del que se deducían los márgenes para obtener el precio de adquisición del combustible por parte de la actora. La estación de servicio tenía la libertad de establecer finalmente el precio de venta al público que estimase conveniente, sin oposición de GALP al respecto, pudiendo efectuar descuentos sobre dichos márgenes, como después se analizará.



3º) GALP ha abonado a la actora en concepto de canon de exclusividad la cantidad de 108.000.000 pesetas más IVA (la mitad al tiempo de la firma del contrato y la otra mitad al tiempo del primer suministro, emitiéndose la factura de este segundo pago ya el día 17 de octubre de 2005 -documento nº 3 de la demanda-), tal y como resulta de la estipulación segunda del contrato, además de 16.550.583 pesetas más IVA para la instalación de un túnel de lavado y su cerramiento (documentos nº 28 y 29 de la contestación de la demanda), entre otros abonos cuyo detalle no se considera necesario efectuar.

4º) La demanda origen de estas actuaciones se presentó el día 28 de julio de 2005, expirando el plazo de duración del contrato (10 años) el día 6 de octubre de 2005 y, en consecuencia, el contrato no estaba extinguido al tiempo de la interposición de la demanda.

Por otra parte, desde este momento es necesario destacar que supuesto idéntico al aquí enjuiciado, en cuanto a las pretensiones formuladas por la demandante, ha sido resuelto por este tribunal en su sentencia de fecha 2 de julio de 2009, rollo de apelación nº 328/08, sin más diferencia para la resolución del recurso de apelación que el distinto contenido de la sentencia dictada en primera instancia, lo que impide una remisión íntegra a lo allí resuelto por este tribunal.

TERCERO.- La aplicación del artículo 81 del Tratado y la posible declaración de nulidad del contrato litigioso, viene determinada por el hecho de que el acuerdo entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas ". puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común."

Ante todo conviene indicar, que el apartado 1 del artículo 81 TCE prohíbe los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, exigiendo la jurisprudencia comunitaria que el efecto sobre el comercio intracomunitario y sobre la competencia sean sensibles.

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

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

2º) Restrinja de forma sensible la competencia.

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

Resulta obvio que un acuerdo puede afectar de manera sensible a la competencia pero si no afecta de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros, no resulta de aplicación el artículo 81 del Tratado.

Siendo discutida en el caso enjuiciado la afectación del comercio intracomunitario por la parte demandada, tanto en primera instancia como en el recurso de apelación a través de su reiteración en el escrito de oposición, debe recordarse, una vez más, que la valoración de este requisito exige acudir como guía interpretativa a la Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículo 81 y 82 del Tratado,

El apartado 18 de la Comunicación señala que al aplicar el criterio de efecto sobre el comercio, deben tenerse especialmente en cuenta tres elementos:

- a) El concepto de "comercio entre los Estados miembros"
- b) La noción de "pueda afectar".
- c) El concepto de "apreciabilidad".

En lo que aquí interesa, respecto del comercio entre los Estados miembros, debe tenerse en cuenta que si bien, en principio, este requisito implica que debe de haber un impacto en la actividad económica transfronteriza que repercuta, al menos, en dos Estados miembros (apartado 21), la aplicación del criterio del efecto sobre el comercio es independiente de la definición de los mercados geográficos de referencia, pudiendo también verse afectado en caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional (apartado 22).

La noción del término "pueda afectar" implica que debe de ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica puede tener una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre los Estados miembros (apartado 23), debiendo valorarse conjuntamente factores como la naturaleza del acuerdo, la de los productos cubiertos por el acuerdo y la posición e importancia de las empresas interesadas (apartado 28).



Por último, el concepto de "apreciabilidad" incorpora un elemento cuantitativo, que limita la aplicación del Derecho comunitario a los acuerdos y a las prácticas que puedan producir efectos de cierta magnitud. La apreciabilidad puede valorarse considerando la posición y la importancia que las correspondientes empresas tengan en el mercado de los productos de que se trate (apartado 44). Para el examen de este requisito tiene especial relevancia el apartado 52, según el cual, la Comisión considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros si la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad afectado por el acuerdo no es superior al 5% y, además, tratándose de acuerdos verticales, cuando el volumen de negocios total anual en la Comunidad (ventas totales) del proveedor de los productos cubiertos por el acuerdo, en toda su red (apartado 56), no sea superior a los 40.000.000 euros. Ahora bien, tratándose de acuerdos verticales que afectan a un solo Estado miembro, "al proceder a la evaluación se debe tener en cuenta no sólo el acuerdo o la red concreta de acuerdos en cuestión, sino también otras redes paralelas de acuerdos que produzcan efectos similares" (apartado 87).

Precisado lo anterior, no cabe duda de la posible afectación del comercio entre los Estados miembros desde el momento en que así lo tiene reconocido la propia Comisión en su decisión de 12 de abril de 2006 (DOCE de 30 de junio de 2006), relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/b-1/38.348 -REPSOL C.P.P.), por el que se aprueban determinados compromisos ofrecidos por REPSOL, en cuyo apartado 25 señala que: "De conformidad con la jurisprudencia consolidada, los contratos de estas características, al aplicarse al conjunto del territorio de un Estado miembro, pueden surtir, por su naturaleza, el efecto de consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando la interpenetración económica perseguida por el Tratado (sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, asunto C-309/99, Rec. 2002 p-I-01577, apartado 95). Esto sería tanto más aplicable en el presente caso cuanto que las posibles restricciones de la competencia crearían una barrera de entrada", destacando el apartado 23 la dificultad de acceso, en particular como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, el efecto acumulativo de las redes paralelas de distribución vertical, las dificultades de una red alternativa y de otras condiciones de la competencia, principalmente, la saturación del mercado y la naturaleza del producto, siendo el mercado geográfico el nacional (apartado 19) y el de producto el de venta de combustible, sin necesidad de distinguir ni los canales de venta ni el tipo de combustible, porque los problemas de competencia se presentarían en un mercado en englobara todos los tipos de carburantes y ventas, tanto dentro como fuera de la red (apartado 18), siendo plenamente aplicable todo lo anterior al supuesto de autos, con independencia de que la decisión se refiera a REPSOL, al tenerse en cuenta a los efectos de determinar la afectación del comercio entre los Estados miembros, no solo la cuota de mercado de la demandada sino también la de las redes paralelas incluida la de la propia REPSOL.

Por otra parte, son ya numerosas las sentencias dictadas este tribunal, en que planteándose la nulidad de contratos de suministro en exclusiva de carburantes entre las compañías petrolíferas y una estación de servicio, se examina el contrato a la luz del artículo 81 del Tratado y de su derecho derivado por entender que concurre el presupuesto para su aplicación aquí analizado, así sentencias de 27 de octubre de 2006, 16 de noviembre de 2006, 31 de enero de 2007, 6 de febrero de 2007, 22 de enero de 2008, 3 de diciembre de 2008 y 23 de enero de 2009 , entre otras.

Concretamente, la sentencia de 2 de julio de 2009 de esta sección, que como hemos indicado resuelve un supuesto idéntico al aquí enjuiciado, ya señaló que: "Para analizar el requisito de la afectación del comercio comunitario, debemos recordar, como ya hicimos en la sentencia de esta sección 28 de la AP de Madrid de 22 de enero de 2008 , que el TJCE, en sentencias de 30 de junio de 1966, caso Société technique mini re, asunto 56/65, de 29 de octubre de 1980, caso Van Landewyck/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, apartado 170, de 11 de julio de 1985, caso Remia BV y otros contra la Comisión de las Comunidades europeas, asunto 42/84, apartado 22, y de 17 de julio de 1997, caso Ferriere Nord SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C-219/95 P, apartado 20 , había sealado que ".para que una decisión, acuerdo o práctica concertada pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe permitir prever con un grado de probabilidad suficiente, sobre la base de un conjunto de elementos de Derecho o de hecho, que pueden 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.". Esta línea jurisprudencial ha sido recogida posteriormente en el apartado 23 de las directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 TCE, de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 (2004/C 101/07).

Pues bien, aunque los contratos de abanderamiento y suministro de productos petrolíferos tienen por lo general ámbito local, se ha considerado que producen efectos sobre el comercio entre Estados miembros. Como sealaa la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 2005, los acuerdos de exclusiva contenidos en los contratos de abanderamiento "pueden operar como barreras de entrada al comercio en un Estado Miembro, siendo igualmente aplicable el art. 81.1 TCE ". El TJCE, en la sentencia de



18 de marzo de 1970, asunto 43/69 , ya admitió que un acuerdo entre empresas que contuviera restricciones de la competencia podía afectar al comercio entre Estados pese a que participasen en tal acuerdo empresas de un solo Estado miembro, y el acuerdo no afectase a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros. Asimismo, el TJCE ha examinado con frecuencia la posible incompatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia de contratos destinados a producir sus efectos en un solo Estado miembro sin descartar que pudieran quedar afectados por la nulidad de pleno derecho del art. 81.1 - antiguo 85.1 TCE-, como es el caso de las sentencias de 10 de noviembre de 1993, caso Petr6leos de Portugal, asunto C-39/92 (que versa justamente sobre una cuesti3n prejudicial en relaci3n a la posibilidad de exenci3n de una cl1usula de exclusiva en el suministro de carburantes en un contrato suscrito entre una distribuidora de carburantes y el titular de una estaci3n de servicio, a prop3sito de los arts. 10 y siguientes del Reglamento 1984/83), o de 30 de abril de 1998, caso Cabour, asunto C-230/96. Tanto m1s cuando seg3n la jurisprudencia representada por la sentencia parcialmente transcrita, y que ha servido para la elaboraci3n de la Comunicaci3n de la Comisi3n de 27 de abril de 2004, sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los art3culos 81 y 82 del Tratado (2004/C 101/07), basta con que esta influencia o afectaci3n sea potencial, no necesariamente real, o indirecta, no necesariamente directa.

De manera que no podemos ignorar que la posible restricci3n de la competencia consecuencia de los pretendidos actos colusorios podr3a afectar al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea (Comunicaci3n de la Comisi3n 2004/C 101/08 sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, DOCE de 27 de abril de 2004), atendiendo a la interpretaci3n flexible de tal requisito, lo que significa admitir que una restricci3n que se realiza solamente dentro del territorio de un 3nico Estado, como ocurrir3a en el caso objeto de este litigio, pudiera afectar al comercio entre los Estados miembros porque influyese en la posibilidad de importar un producto o por el riesgo que supone de compartimentar el mercado com3n".

Admitida por el tribunal la concurrencia de la posible afectaci3n al comercio entre los Estados miembros, resulta manifiestamente innecesario analizar los razonamientos de la sentencia sobre la irrelevancia pr1ctica de tal circunstancia porque, a su juicio, en definitiva, ser3an de aplicaci3n las normas nacionales de competencia entonces vigentes, para lo que defend3a la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil al tiempo de la interposici3n de la demanda, lo que, en realidad, constituye un mero obiter dicta. Ahora bien, el hecho de que el tribunal no analice tal cuesti3n no supone, como es obvio, que comparta tales postulados, sino que, simplemente, resulta innecesario su examen dada la afirmada concurrencia del requisito de la afectaci3n sensible al comercio intracomunitario.

CUARTO.- Justificada la posible afectaci3n del comercio entre los Estados miembros, presupuesto de aplicaci3n del art3culo 81 del Tratado, la adecuada resoluci3n de la cuesti3n litigiosa exige examinar ahora si los contratos en cuesti3n restringen de manera sensible la competencia, lo que se rechaza en la sentencia de instancia al no haber fijaci3n vertical de precios, ni de forma directa ni por medios indirectos.

En el supuesto enjuiciado no es discutido que el titular de la estaci3n de servicio re3na las caracter3sticas de empresario independiente que ostenta la condici3n de revendedor. No cabe, en consecuencia, que el suministrador fije los precios de reventa, lo que se considera una infracci3n tan grave a la competencia que impide, incluso, la exclusi3n de la aplicaci3n del art3culo 81.1 del Tratado al amparo de la regla de minimis, siendo irrelevante a estos efectos la supuesta imposici3n del precio de compra.

Como en los recursos resueltos por las sentencias de este tribunal de fecha 23 de enero de 2009 (rollos 63/2008 y 97/08) y de 2 de julio de 2009 (rollo 328/08), la recurrente realiza una indebida confusi3n de lo que supone la fijaci3n del precio de adquisici3n de la distribuidora a la proveedora con lo que supone la fijaci3n del precio de venta de los productos a terceros. Mientras que la primera afectar3a en todo caso a cuestiones de derecho nacional de los contratos (concretamente al art3culo 1449 del C3digo Civil), que ninguna trascendencia tiene a efectos del Derecho de la Competencia invocado por la actora-recurrente como fundamento de la acci3n ejercitada en su demanda, s3lo la segunda podr3a suponer que el contrato infringiera la prohibici3n de pr1cticas restrictivas de la competencia contenida en el art3culo 81.1 TCE . Este tribunal se remite en este sentido a las consideraciones de la sentencia apelada, que abundan en la l3nea de lo declarado en significativos precedentes por esta secci3n 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid (citamos, entre ellos, las recientes sentencias de 15 de enero de 2009, de 23 de enero de 2009 y 2 de julio de 2009).

La recurrente afirma que en el contrato se contiene una cl1usula de fijaci3n directa del precio de reventa y asimismo critica a la sentencia apelada por obviar que la fijaci3n de precios se puede producir por medios indirectos, a la vista del sistema de fijaci3n del precio de adquisici3n del producto partiendo del precio de venta al p3blico recomendado o m1ximo (circunscrito al precio establecido por las estaciones competidoras) y el margen de beneficio fijado como m1ximo. Sin embargo, tratar de entremezclar los conceptos de fijaci3n de precio de compra con el de fijaci3n de precio de venta, no constituir3a un



Según ha señalado reiterada doctrina emanada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, el artículo 120.3 de la Constitución en conexión con el artículo 24.1 del propio texto constitucional, que impone a los Tribunales la obligación de motivar debidamente las resoluciones por ellos dictadas en el ejercicio de su jurisdicción con el fin de dar a conocer a las partes las razones de las decisiones judiciales y propiciar su crítica través de los recursos, permite que los tribunales, cuando conocen de un recurso, motiven por remisión a la resolución recurrida, cuando la misma haya de ser confirmada, porque en ella se exponían argumentos correctos y bastantes que fundamentaban la decisión adoptada, puesto que en tales supuestos, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 20 de octubre de 1997, subsiste la motivación de la sentencia de instancia al asumirla explícitamente el Tribunal de segundo grado. Por ello, si la resolución de primera instancia es acertada la que la confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal solo debe de corregir aquellos que resulte necesario (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 16 de octubre y 5 de noviembre de 1992, 19 de abril de 1993, 5 de octubre de 1998, 30 de marzo y 19 de octubre de 1999), ya que una fundamentación por remisión no deja de ser motivación ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva lo que sucede cuando el "Juzgador ad quem" se limita a asumir en su integridad los argumentos utilizados en la sentencia apelada sin incorporar razones jurídicas nuevas a las utilizadas por aquella (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 16 de octubre y 5 de noviembre de 1992, 30 de marzo de 1999 o 21 de mayo de 2002). Esta doctrina es plenamente aplicable al presente caso ante las acertadas consideraciones que se exponen en el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada para desestimar la existencia de una fijación directa o indirecta de precios vulneradora de las normas comunitarias sobre competencia.

El precio de venta al público indicado por GALP a la estación de servicio era recomendado y ésta podía reducir el citado precio con cargo a sus márgenes. Este tribunal considera, por tanto, que las alegaciones del recurso no desvirtúan las correctas conclusiones alcanzadas al respecto en la sentencia apelada, por lo que no podemos sino confirmarlas.

Este tribunal realizará, no obstante, una simple referencia a dos puntos que entendemos deben quedar perfectamente claros. En concreto:

1º) que la cláusula sexta del contrato firmado por las partes no se ha utilizado, desde que existe liberalización de precios de combustibles y carburantes, para fijar el precio al que la estación de servicio debía vender al consumidor final, pues GALP permitió que se modificara el precio de venta al público de los mismos, indicado en sus comunicaciones que los precios que comunicaba para la venta tenían el carácter de precio "recomendado" y permitía bajar el de venta al público. Así resulta de las comunicaciones remitidas por GALP en los que el PVP indicado lo es como "recomendado" (documento nº 7 de la demanda).

Dado que en el Derecho de la Competencia lo relevante es fundamentalmente la significación económica del contrato, entiende este tribunal acertado que se haya valorado, para decidir si existe un acuerdo restrictivo de la competencia por fijación vertical de precios, la actuación real de las partes en el desarrollo de la relación contractual más que la literalidad del documento contractual, referida por otra parte a una situación de fijación administrativa de precios que se dio solamente al inicio de la relación contractual. Es más, el elemento central para la hermenéutica del contrato es la comprensión de cuál era la voluntad de los contratantes. Por lo que en ocasiones no puede el intérprete limitarse a comprobar si los términos del contrato son claros sino que además deberá constatar que fueran acordes a la voluntad de los contratantes. Y para dilucidar cuál fuera la intención de éstos el artículo 1282 del Código Civil señala que el intérprete deberá atender principalmente a los actos que fueran coetáneos o posteriores al contrato, para concluir que, superada la fase en que los precios estaban intervenidos por la Administración, tras la liberalización de los mismos la fórmula contractual se utilizaba para determinar el precio al que suministraba el combustible a la estación de servicio (el de adquisición del mismo) y no el precio al que ésta debía ulteriormente venderlo al consumidor final, respecto al que solo se indicaba un PVP recomendado, que aquélla podía variar.

El Reglamento CEE 2790/99, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, no excluye, en su artículo 4º, la licitud del señalamiento de precios de venta máximos o recomendados por el proveedor que no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo, y esto no solo es aplicable en relaciones de agencia, sino que también lo es a las operaciones de venta y sucesiva reventa, siempre que el revendedor tenga libertad para jugar con el importe que va a cobrar al cliente final y con el margen de beneficio que él obtiene en la operación. 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, lo que no se alegó en la demanda.

2º) Los márgenes comunicados por GALP no son imperativos para el distribuidor, como ya se ha indicado en el anterior párrafo, sino un simple parámetro para determinar el precio de adquisición mediante la deducción de unos márgenes fijos, esto es, por litro vendido, y otros variables, esto es, dependientes del volumen de litros vendidos y del PVP recomendado que se fijaba a partir de las propias comunicaciones que periódicamente la estación remitía a GALP de los PVP de la competencia. Por tanto, no se da una fijación de márgenes constitutiva de un medio indirecto de imposición del precio de venta "fijo", sino, por el contrario, lo que existe es una indicación de un precio de venta recomendado, fijado en atención a los precios de la competencia, y una utilización de unos márgenes "fijos" en cuanto que unitarios, pero no imperativos, y de otros incentivos variables que, descontados de ese precio de venta recomendado, sirven para calcular el precio de adquisición.

La causa de la rigidez en el precio de venta no radica en que GALP pretenda imponer, por medios directos o indirectos, unos precios de venta al público fijos, que es la práctica contraria a la competencia alegada en la demanda como base de la acción ejercitada, sino que estriba en que el empresario de la estación de servicio pretende mantener unos márgenes de beneficio garantizados, porque no quiere reducir su margen bruto por venta en su estación, a lo que no consta la oposición de GALP. De ahí que no es que esta entidad fije, directa o indirectamente, el precio de venta (como se ha dicho, en todo momento ha indicado a la estación que los precios de venta al público comunicados periódicamente lo eran con el carácter de "recomendados" y que los márgenes comunicados para calcular, trayéndolos de ese precio de venta al público recomendado, el precio de adquisición, eran disponibles por el distribuidor) sino que es el empresario de la estación de servicio quien pretende "petrificar" su ganancia, al presentar la polémica como si su margen de reventa hubiera de mantenerse siempre invariable para no mermar sus beneficios (parece ser que a costa de la petrolera demandada, desconociendo este tribunal a qué regla mercantil pueda responder ese criterio), lo cual además no es ni siquiera del todo cierto puesto que si disminuyendo su margen "fijo" (esto es, por unidad vendida) aumentara las ventas, se aprovecharía, entre otras cosas, de los incentivos progresivos por volumen de venta.

Por todo lo expuesto, la sentencia ha resuelto correctamente la cuestión litigiosa al apreciar que no ha existido un acuerdo restrictivo de la competencia, pues no se ha producido una fijación vertical de precios por parte de GALP.

QUINTO.- Los razonamientos expuestos en los fundamentos anteriores justifican la total desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada y hace innecesario analizar el segundo de los motivos de apelación que se alza, con prescindible acritud, frente a uno de los argumentos de la resolución para desestimar la demanda cual es el ejercicio de la acciones vulnerando el principio de la buena fe, y es irrelevante porque, aun cuando se acogiera, se mantendría la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia porque no existe infracción del artículo 81 del Tratado.

En todo caso, el criterio de la sala sobre esta cuestión también está expuesto en nuestra ya muy citada sentencia de fecha 2 de julio de 2009 cuando exponemos: "La parte apelada considera una conducta abusiva que la entidad actora no interpusiera su demanda interesando la nulidad de un contrato que había durado diez años sino hasta el 28 de julio de 2005 (como en el caso aquí enjuiciado), casi al final del plazo estipulado para su vigencia (que expiraba el 6 de octubre de 2005 -también exactamente igual que en el caso aquí enjuiciado-). Sin embargo, la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de un derecho ("verwirkung") exige que la dilación en la actuación, por causa imputable al interesado, aparezca como intolerable desde el criterio de la buena fe porque haya suscitado tal confianza en la otra parte en que ya no mediaría reclamación de aquél que hubiese procedido de modo irreversible. Pues bien, aunque el comportamiento de la demandante resulta sumamente peculiar y parece guiado por el único ánimo de obtener una cuantiosa compensación de la petrolera demandada justo poco antes de desvincularse definitivamente de su relación con ella, no podemos llegar a considerar como un auténtico abuso de derecho que haya suscitado una polémica sobre lo ajustado a las exigencias del Derecho de la Competencia de la relación que le ha estado vinculando con GALP, pues desde el punto de vista del Derecho comunitario, la jurisprudencia (sentencia del TJCE de 13 de julio de 2006, asunto Manfredi y otros, casos C 295/04 a C 298/04, citada por la sentencia de la STJCE de 11 de septiembre de 2008) ha considerado que "(.) la nulidad que establece el artículo 81 CE, apartado 2 , tiene carácter absoluto (.) y que "(.) un acuerdo nulo con arreglo a dicha disposición no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros (véase la sentencia de 25 de noviembre de 1971, Béguelin, 22/71, Rec. p. 949, apartado 29). Además, esta nulidad puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión de que se trate (véase la sentencia de 6 de febrero de 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Rec. p. 77, apartado 26, y Courage y Crehan, antes citada, apartado 22)". De manera que no podemos admitir el argumento de que se haya podido sorprender la confianza de la parte demandada cuando de lo que se trataba era de una demanda que denunciaba la nulidad radical, absoluta e insubsanable de la relación contractual, como sería la



determinada por la infracción de una norma de Derecho imperativo, y ello se produjo en un contexto, como el de los años previos a la interposición de la demanda iniciadora de este litigio, en el que, justificada o no, ha sido notoria la extraordinaria litigiosidad entre los empresarios de gasolineras y las entidades petroleras por motivos de esta índole".

Además, no debe olvidarse que a pesar de la claridad de la jurisprudencia comunitaria respecto de la aplicación directa por los órganos judiciales de los artículos 81.1 y 2 y 82 del Tratado -y desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, de apartado 3º del artículo 81 - (sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1974, asunto BRT; de 28 de febrero de 1991, asunto Delimitis; de 14 de diciembre de 2000, asunto Masterfoods Ltd.), lo cierto es que en España la Sala 1ª del Tribunal Supremo se mostró, en principio, contraria a la aplicación de los artículos 81.1 y 2 y 82 del Tratado, de lo que son buena muestra las sentencias de 30 de diciembre de 1993 y 4 de noviembre de 1999, cambiándose la orientación a partir de la sentencia DISA de 2 de junio de 2000. Precisado lo anterior, difícilmente, antes de la indicada fecha cabía plantear con éxito una demanda fundada en la infracción del artículo 81 del Tratado, lo que reduce notablemente el retraso que se imputa a la demandante y dicho retraso debe analizarse en relación a las acciones aquí ejercidas y no con relación a otras que por no haberse ejercitado no pueden ser objeto de análisis.

SEXTO.- Se impugna también por las recurrentes la condena en costas acordada en la sentencia apelada, aplicando la regla general del vencimiento objetivo que recoge el núm.

Esta regla sólo se excepciona cuando el caso presenta

Para aplicar la excepción habrá que constatar en cada caso, apreciándolo y razonándolo de modo expreso, pues así lo exige el número 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los hechos sometidos a litigio no quedaron suficientemente aclarados o podían ser interpretados en sentido dispar, o que jurídicamente la decisión del litigio era muy discutible, por no ser clara la norma reguladora del supuesto de hecho o suscitarse dudas a tenor de la jurisprudencia recaída en casos similares. No es suficiente la mera alusión a la constatación de complejidad en el asunto, ni el empleo de fórmulas genéricas similares, para eludir la regla del vencimiento que conlleva la necesaria condena en costas para la parte vencida en el pleito.

No se aprecian razones suficientes para aplicar en este supuesto la excepción a la regla general del vencimiento, pues esta Sala no ha encontrado en la demanda razón suficiente para fundamentar la petición de nulidad conforme a las normas del Derecho comunitario de la competencia, en cuya aplicación basaba la demanda la pretensión ejercitada en la misma. No puede ser un argumento para suscitar la duda que el tenor literal del contrato haya tenido que ser interpretado merced a un comportamiento de las partes que se ha extendido en un determinado sentido durante un lapso temporal muy significativo, pues esto último posibilitaba, precisamente, descartar la existencia de situaciones de incertidumbre a ese respecto. Por lo que, a falta de argumentos que permitan justificar la aplicación de la excepción, debe estarse a la regla general que conlleva la imposición a la parte actora, que resulta vencida, de las costas ocasionadas con el litigio por ella promovido.

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

OCTAVO.- Ninguna alusión efectuará el tribunal a la petición de suspensión del procedimiento contenida en otrosí digo del escrito de interposición del recurso de apelación como consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en primer lugar, porque se dirige expresamente al Juzgado de lo Mercantil que la denegó por providencia de fecha 30 de mayo de 2008; y en segundo lugar, porque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado sentencia con fecha 2 de abril de 2009 resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas.

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad "ZORITA, S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO", representada por la Procuradora doña Patricia Gil Guillorme contra la sentencia dictada el día 27 de junio de 2.007 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, en el procedimiento núm. 324/2005 del que este rollo dimana.
- 2.- Confirmar la resolución recurrida.



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

De conformidad con lo previsto en el art. 212.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , comuníquese la presente resolución a la Comisión Nacional de la Competencia.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ