



Roj: **SAP M 13460/2013 - ECLI:ES:APM:2013:13460**

Id Cendoj: **28079370282013100229**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **23/09/2013**

Nº de Recurso: **632/2012**

Nº de Resolución: **260/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0012094

ROLLO DE APELACIÓN Nº 632/2012.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 670/2005.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid.

Parte recurrente: CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.

Procurador: D. Jorge Deleito García

Letrada: D^a Marta Milán Cuesta

Parte recurrida: SANTOYO HERMANOS, S.L.

Procurador: D. David García Riquelme

Letrada: D^a Susana Beltrán Ruiz

SENTENCIA num. 260/2013

En Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Alberto Arribas Hernández y D. Pedro María Gómez Sánchez, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 670/2005 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la Sentencia que dictó el Juzgado el día nueve de septiembre de dos mil nueve.

Ha comparecido en esta alzada la demandante, SANTOYO HERMANOS, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. David García Riquelme y asistida de la Letrada D^a Susana Beltrán Ruiz, así como la demandada, CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito García y asistida de la Letrada D^a Marta Milán Cuesta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que debemos estimar y estimamos integralmente (sic) la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. David García Riquelme en nombre y representación de SANTOYO HERMANOS S.L. declarando la condición de revendedores de la actora en la relación mantenida con la demandada CEPESA ESTACIONES DE SERVICIOS (sic) S.A. declarando la nulidad del contrato objeto de actuaciones en régimen de agencia suscrito por las partes.

Por ser, esta mi sentencia que pronuncio mando y firmo.

Condenando a la demandada al reintegro previsto en el punto 2º del art. 1036 del Código Civil cuya cuantificación económica se determinará en fase de ejecución de sentencia fijándose como base de cálculo



dicha cuantía la diferencia global existencia (sic) entre los precios de adquisición ofertados por otros operadores a gasolineras de similares características de las de los actores según el régimen de reventa que debería haber observado la demandada (sic) y los precios de adquisición abonados a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO (sic) S.A. por los demandantes con deducción (sic) de la comisión en aquellos ejercicios en que la misma se hay (sic) devengado, todo ello incrementado con los intereses legales correspondientes y con imposición a la parte demandada de las costas procesales"

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día diecinueve de septiembre de dos mil trece.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La mercantil SANTOYO HERMANOS, S.L. (en adelante, SANTOYO) interpuso demanda de juicio ordinario contra CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. (en adelante, CEPSA) por la que, según su encabezamiento, solicitaba que fuera declarada su condición de "comprador-revendedor" con el consecuente cumplimiento en régimen de reventa o compra en firme del contrato de arrendamiento de industria de 23 de diciembre de 1987, relativo a la Estación de Servicio nº 33.592, sita en Cervera del Llano (Cuenca), Radial 3, actual Autovía del Este, Km. 141, ello en aplicación del " artículo 81.1 y 82 del Tratado de Amsterdam y del artículo 4 a) del Reglamento CE nº 2790/99 y del Reglamento CEE nº 1984/83".

El suplico de la demanda solicitó que fuera declarada la condición de "comprador/revendedor" de la actora, la condena a la demandada al cumplimiento estricto del contrato de acuerdo con el régimen de compra en firme o reventa y la condena a indemnizar los daños y perjuicios originados, indemnización que se fijará en período de ejecución de sentencia por la diferencia existente entre el "precio" efectivamente abonado por la Estación de Servicio y los precios que se acrediten fueran ofrecidos y/o abonados tanto por CEPSA como por otros operadores y/o suministradores en régimen de compra en firme o reventa a otras estaciones de servicio de similares características por el número de litros vendidos desde la extinción del Monopolio de Petróleos el 14 de enero de 1993 hasta el momento de efectivo cumplimiento de la sentencia, incrementada con los correspondientes intereses.

La demanda se sustenta en que el contrato suscrito en fecha 23 de diciembre de 1987 entre la actora y CAMPSA relativo a la Estación de Servicio, luego asignada a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., como una de las sociedades beneficiarias de la distribución de los bienes de CAMPSA, es un contrato de compra en firme o reventa de productos petrolíferos (pgs. 1 a 73 de la demanda), haciendo referencia a la distinción entre agente y revendedor. Sobre esta base, y en relación al artículo 81.1 TCE y a los Reglamentos CE nº 2790/99 y CEE nº 1984/83, señala que es un comprador de los productos suministrados por CEPSA y que dichas normas establecen la prohibición de que el operador petrolífero fije el precio de reventa de los productos (pgs. 74 a 77 de la demanda).

Más adelante, en la fundamentación jurídica (pgs. 92 a 103), se introduce un auténtico totum revolutum, mezclando nuevos hechos y argumentos, e imputando fijación directa del precio de reventa (pg. 92) aludiendo a la existencia de "márgenes innegociables", para luego añadir otras circunstancias que en realidad se referirían a la fijación indirecta de precios. Añade al respecto que en la práctica no resulta posible aplicar descuentos en relación (i) al sistema de facturación aplicado por CEPSA, que no tiene en cuenta para determinar la base imponible del IVA el descuento que los gasolineros puedan realizar con cargo a su comisión, de manera que la actora tributaría por un IVA superior al que le corresponde realmente y (ii) a la utilización del sistema Veriphone, con remisión a la explicación ofrecida por el Servicio de Defensa de la Competencia (doc. 11 de la demanda) y a la exposición del repostaje (acta notarial, doc. 46.1 de la demanda).

En su contestación, la demandada CEPSA señaló que el contrato contemplaba expresamente el régimen de comisión y éste es el régimen en el que se desarrolló la relación, determinándose las comisiones con la conformidad de la actora. Rechaza la pretendida fijación de precios y la arbitrariedad o indeterminación de los mismos, y respecto a la fijación indirecta de precios destaca que no existe imposibilidad fiscal que impida a la actora conceder descuentos y que el sistema Veriphone permite la aplicación de descuentos empleando el procedimiento adecuado.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó estimatoria de la pretensión.

Considera dicha resolución que, a la vista de los riesgos asumidos por la actora, nos encontramos ante un contrato de compraventa y reventa y, tras reproducir parcialmente los Reglamentos núms. 17/62, 19/65 y



1984/83, y las conclusiones de la Comisión de las Comunidades Europeas en el asunto 279/2006 (Tobar), estima sin más íntegramente la demanda, e incluso declara la nulidad del contrato.

SEGUNDO. Frente a la anterior sentencia interpone CEPESA recurso de apelación que se funda en primer lugar en los defectos de incongruencia y falta de motivación de la sentencia.

La falta de motivación se refiere a la declaración de la condición de revendedor de la actora (especialmente por qué la asunción de riesgos convierte a SANTOYO en revendedor), a la declaración de nulidad y a la condena a la indemnización de daños y perjuicios.

La incongruencia omisiva se funda en que no hay pronunciamiento en relación a la fijación de precios, ni tampoco sobre la indemnización de daños y perjuicios.

La incongruencia extra petita se funda en que se declara la nulidad del contrato de oficio, cuando no ha sido solicitada por ninguna de las partes.

Por su parte, la apelada SANTOYO destaca que el defecto de falta de motivación se refiere más bien al desacuerdo de la apelante con la solución alcanzada y añade respecto a la motivación de la nulidad del contrato que el juez a quo no tenía más remedio que declarar la nulidad, que no precisa de motivación alguna. Respecto a la indemnización de daños y perjuicios es consecuencia de la vulneración del artículo 81.1 TCE .

Respecto a la incongruencia omisiva relacionada con la fijación de precios se remite a lo expuesto sobre la motivación y añade que la sentencia se pronuncia sobre la indemnización de daños y perjuicios en el fallo.

Por último, en relación a la incongruencia extra petita, se remite a la contestación a la demanda efectuada por CEPESA, en la que se reconoce que la nulidad del contrato es la consecuencia de la infracción y que la nulidad deviene de forma "automática y obligada" a los Tribunales.

Valoración del Tribunal sobre los defectos atribuidos a la sentencia recurrida.

El Tribunal Supremo ha destacado, de acuerdo con la doctrina constitucional, que se cumple el requisito de la motivación cuando la resolución, cualquiera que sea su extensión, exterioriza las razones de hecho y de derecho que determinaron la adopción del pronunciamiento, sin necesidad de cita de preceptos legales o de plasmar el desarrollo de la tarea intelectual deductiva (SSTS de 11 de junio de 2003 , 30 de junio de 2003 , 17 de marzo de 2004 y 16 de abril de 2004 , entre otras).

El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintente o respecto de ella puedan formularse reparos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1990 [RTC 1990\74] y 14 de enero de 1991 [RTC 1991\1]), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 1991 [RTC 1991\14], entre otras muchas), de modo que basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional.

En el caso que nos ocupa es evidente que la sentencia llega a la calificación del contrato como de compra en firme a partir de los riesgos asumidos por SANTOYO, a lo que añade que dicha sociedad constituye una empresa organizada e independiente y que la exclusiva de suministro no comporta que la actora sea comisionista. Es cierto que la apreciación de tales riesgos se efectúa por remisión a los que se mencionan en una sentencia, sin atender a los que en concreto puedan afectar a la relación controvertida, y que tal apreciación que conecta los riesgos con la naturaleza de un contrato puede resultar - y resulta - errónea, pero no puede afirmarse que no se exteriorice el fundamento de la decisión.

Por el contrario, la sentencia declara la nulidad del contrato y condena a la demandada a indemnizar a la actora conforme a las bases reflejadas en el suplico de la demanda, sin que sobre estas declaraciones exista la menor fundamentación en la demanda, ni siquiera referencia alguna. La actividad que consiste en reproducir en el fallo el suplico de la demanda en relación a la pretensión indemnizatoria no cumple con los requisitos mínimos señalados para apreciar la existencia de motivación, y mucho menos cuando, sin explicación alguna, se introduce un pronunciamiento, como es el relativo a la nulidad, no solicitado por las partes.

Cabe, en consecuencia, estimar que concurre el invocado defecto de motivación.

Pasamos a continuación a analizar el defecto de incongruencia, en la doble vertiente alegada.



El Tribunal Supremo, entre otras muchas en su Sentencia de 18 de junio de 2010 , tiene declarado que la congruencia ha de ser apreciada en función del binomio pretensiones del suplico de los escritos fundamentales-fallo de la sentencia, y no requiere que haya entre uno y otro un acomodo exacto y literal, siempre que se respete adecuadamente la causa petendi, como tampoco se refiere a los razonamientos o fundamentaciones que se hagan en dichos escritos, siendo bastante que resuelva la sentencia en su parte dispositiva las cuestiones controvertidas, por lo que no puede tacharse de incongruente la sentencia que en su fallo resuelve plenamente los pedimentos de las partes, obviamente aceptando o rechazando los que en su apreciación sean conformes al ordenamiento jurídico. La relación debe darse entre las referidas pretensiones y el fallo de la sentencia, no respecto de sus argumentos - Sentencias de 2 de marzo de 2000 , 10 de abril de 2002 , 11 de marzo de 2003 , y 19 de junio de 2007 -, y como recuerda la Sentencia de 30 de enero de 2007 , esta relación no debe ser absoluta, sino que, por el contrario, basta con que se dé la racionalidad necesaria y una adecuación sustancial.

También debe señalarse que la congruencia de la sentencia no se identifica con la inexistencia de contradicciones internas. La congruencia es una cualidad que no se refiere a la relación entre las distintas partes y elementos de una sentencia, sino a la relación de la sentencia con las pretensiones de los litigantes.

No existe incongruencia constitucionalmente relevante si el órgano judicial resuelve genéricamente las pretensiones, aunque no se haya pronunciado sobre todas las alegaciones concretas, o no se haya dado una respuesta pormenorizada a las mismas (Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1992), ya que sólo la omisión o falta total de respuesta, y no la respuesta genérica y global a la cuestión planteada, entraña vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1989). El Tribunal Constitucional ha distinguido las omisiones relativas a las alegaciones de aquellas otras referidas a la pretensión misma. Respecto de las alegaciones, y salvo que se trate de la invocación de un derecho fundamental (STC 189/2001, de 24 Sep ., FJ 1), puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas, pudiendo bastar, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, con una respuesta global o genérica. Respecto de las pretensiones, en cambio, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, STC 85/2000, de 27 Mar ., FJ 3).

Por otra parte el artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC , y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC , de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva (SSTS de 12 de noviembre de 2008 , 16 de diciembre de 2008 , y 28 de junio de 2010). En virtud de lo expuesto no es posible estimar el defecto que se atribuye a la sentencia recurrida.

Atendiendo a lo expuesto, no es posible apreciar defecto de incongruencia omisiva, puesto que la sentencia se pronuncia sobre las pretensiones ejercitadas, como podemos comprobar contrastando el referido binomio suplico de la demanda - fallo de la sentencia.

Por otra parte no se han utilizado en la primera estancia los cauces procesales que permitirían subsanar cualquier omisión.

Estas razones obligan a rechazar el defecto alegado.

Resta por último examinar la incongruencia extra petita, que se sustenta en la declaración de nulidad del contrato que efectúa la sentencia recurrida, declaración no solicitada por las partes.

El pronunciamiento no puede resultar más incongruente si consideramos que la demanda, sobre la calificación del contrato como de compra en firme de los productos petrolíferos y la previa declaración al efecto, interesa en realidad que se cumpla dicho contrato en atención a la referida calificación: "Se condene a la demandada CEPSA al estricto cumplimiento del contrato [...]".

Tampoco la demandada, tal y como quedó conformado el objeto de las actuaciones planteó nulidad alguna, muy al contrario lo que sostenía es la validez del contrato y su consideración como contrato de comisión de venta en garantía. El que en la contestación a la demanda se argumente sobre los efectos de la vulneración de las normas de competencia no supone que la demandada defiende la nulidad del contrato - quod non -. Por otra parte, al contestar, formuló la demandada una reconvencción eventual (para el caso de que el contrato no fuese calificado como de comisión) que se sustentaba en la nulidad del contrato por inexistencia de causa, dado que el mismo no establecía "precio" alguno relativo a una compra en firme. Sin embargo, finalmente se declaró



la falta de competencia objetiva para conocer de la demanda reconvenzional, de manera que, en ningún caso, la declaración de nulidad integraba el objeto de las actuaciones.

Sin fundamentación alguna, la sentencia declara sin más la nulidad del contrato, introduciendo una declaración no solicitada por las partes.

En el ámbito específico del los contratos de abastecimiento de combustible el Tribunal Supremo rechazó la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de negocios jurídicos sin haberla pedido ninguna de las partes. En su sentencia de 30 de septiembre de 2009 ya declaró lo siguiente:

"Más concretamente, en lo que se refiere a negocios jurídicos entre las compañías abastecedoras y los explotadores de estaciones de servicio, esta Sala, como no podía ser menos, ha declarado que son nulos de pleno derecho los contratos que resulten incompatibles con el Derecho comunitario de la competencia (SSTS 15-4-09 , 20-11-08 y 3-10-07 entre las más recientes), pero al mismo tiempo se ha mostrado contraria a que tal nulidad se aprecie de oficio por los tribunales al margen de las pretensiones iniciales de las partes, [...]".

Y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 24 de febrero de 2010 , entre otras.

Como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010 , una de las modalidades de incongruencia es la incongruencia extra petita [fuera de lo pedido] que se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa petendi [causa de pedir] fuera de lo que permite el principio iura novit curia [el tribunal conoce el Derecho], el cual autoriza al tribunal para encontrar el Derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones.

En atención a lo expuesto debemos concluir que concurre igualmente el alegado defecto de incongruencia extra petita.

Procede, en consecuencia, estimar en este aspecto el recurso y revocar la resolución recurrida, resolviendo la Sala las cuestiones objeto del proceso.

TERCERO. Se centra en primer lugar la controversia en la calificación del contrato objeto de las actuaciones. En su recurso, sostiene CEPSA que el régimen pactado fue el de comisión de venta en garantía y añade que la asunción de riesgos no insignificantes provoca que el agente sea calificado como "no genuino" y que el acuerdo entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 81 TCE , pero no modifica el régimen económico pactado, convirtiendo en revendedor a quien es agente.

En su escrito de oposición, señala SANTOYO que en ningún momento se ha pretendido transmutar la naturaleza jurídica del contrato, de manera que, a la vista de los riesgos asumidos, el contrato entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE .

Lo cierto es que la demanda contiene una pretensión expresa para que sea declarada la condición de "comprador/revendedor" de la actora. Y es en esta declaración en lo que después sustenta la fijación de precios, de manera que los precios (de reventa) serían fijados por el suministrador. Es más, en la audiencia previa (minutos 10:40 a 14:00 de la grabación) las partes estuvieron conformes en centrar la controversia en dos cuestiones: la consideración de SANTOYO como comprador-revendedor o comisionista (y, dentro de ello, si debió la actora gozar de libertad o no en la fijación del precio de venta al público) y la cuantificación de la indemnización (y si las comisiones eran arbitrarias o fijadas unilateralmente en relación a lo que se desprende de otras estaciones de servicio). Como puede comprobarse, se acaban introduciendo en la segunda instancia otras cuestiones distintas de las que entonces quedaron fijadas, pero desde luego la consideración de revendedora o no de la actora constituía objeto de la controversia.

La realidad sustantiva de la relación entablada entre las partes no es algo indiferente, de modo que sea lo mismo una que otra. La función económica de un contrato de cambio no es la misma que la de un contrato de colaboración o de gestión.

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, para evaluar la aplicación del artículo 81 TCE (hoy 101 TFUE), lo relevante no es tanto la tipificación concreta de un contrato como la función económica que el mismo está llamado a desempeñar y la posición de las partes. No obstante la finalidad de dicho precepto, de los Reglamentos de exención y del resto de normas de desarrollo o Derecho derivado, no es tanto regular una disciplina como establecer unos límites a la autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Estas normas no alteran la naturaleza del contrato, ni hacen aparecer un precio de reventa donde no existe tal reventa, del mismo modo que la apreciación de los riesgos no convierte el contrato válido en nulo, sino que de la valoración económica de la posición de las partes puede desprenderse la existencia de un contrato de agencia "no genuino". Dicho de otro modo, las cosas son lo que son, y es a partir de esa realidad, y no de una ficción que prescinda de la relación verdaderamente existente, como debemos analizar caso por



caso cuales son los límites que impone el Derecho de la competencia. Éste no puede establecer límites a un precio de reventa cuando no existe tal reventa, de ahí la necesidad de determinar la naturaleza del contrato, pues el análisis de su función económica debe partir de la realidad del conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo. Bajo el referido análisis económico no pueden crearse ficciones que atentarían contra la imprescindible salvaguarda de la seguridad jurídica, más cuando no es ya el Derecho interno, sino la propia Unión Europea la que ha legislado en materia de agencia e incluso ha contemplado específicamente este tipo de contratos en el ámbito del Derecho de la competencia. En definitiva, la función económica del contrato no puede eludir su realidad misma y es partiendo de esa realidad como debemos apreciar la concurrencia de acuerdos prohibidos.

El régimen de comisión en relación a los contratos de abastecimiento de combustible no es nuevo en nuestro Ordenamiento. Dentro del período transitorio que conduce a la desaparición del monopolio, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de 1997, en su artículo 107, introdujo la D.T. Sexta a la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero, luego reproducida en la disposición transitoria duodécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre de 1998 del Sector de Hidrocarburos, en virtud de la cual: "Los propietarios de las instalaciones para el suministro de vehículos que, a la entrada en vigor de la presente disposición transitoria, tuvieren concertado en régimen de comisión un acuerdo de suministro en exclusiva de carburantes y combustibles con un distribuidor al por mayor, tendrán derecho, desde dicha entrada en vigor, a la adaptación del clausulado del contrato al régimen de venta en firme, respetando su contenido económico, a cuyo efecto plantearán la correspondiente negociación, que no podrá dar lugar, en ningún caso, por esta causa, a la rescisión o resolución de los contratos, ni a la interrupción del cumplimiento de la obligación de suministro en exclusiva ni de ninguna otra".

En el nuevo artículo 7 de la Ley se establecía lo siguiente: "2. Los acuerdos de suministro en exclusiva que se celebren entre los distribuidores al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos a que se refiere el artículo 6 de la presente Ley y los propietarios de instalaciones para el suministro de vehículos, recogerán en su clausulado, si dichos propietarios lo solicitaran, la venta en firme de los mencionados productos."

Por su parte el artículo 43.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos contemplaba la distinción entre el suministro en régimen de venta en firme y en régimen de comisión:

"3. Los acuerdos de suministro en exclusiva que se celebren entre los operadores al por mayor y los propietarios de instalaciones para el suministro de vehículos, recogerán en su clausulado, si dichos propietarios lo solicitaran, la venta en firme de los mencionados productos.

[...]

Cuando en virtud de los vínculos contractuales de suministro en exclusiva, tanto en régimen de venta en firme como de comisión, las instalaciones para el suministro de combustibles o carburantes a vehículos se suministren de un solo operador que tenga implantada su imagen de marca en la instalación, éste estará facultado, sin perjuicio de las demás facultades recogidas en el contrato, para establecer los sistemas de inspección o seguimiento adecuados para el control del origen, volumen y calidad de los combustibles entregados a los consumidores y para comprobar que se corresponden con los suministrados a la instalación."

Según la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia, este contrato se define (artículo 1) como aquel por el cual una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

La propia Comunicación de la Comisión, de 13 de octubre de 2000, que contempla las Directrices relativas a las restricciones verticales, de conformidad con la Directiva 86/653/CEE del Consejo, establece (12) que los acuerdos de agencia son aquellos en virtud de los cuales una persona física o jurídica (el agente) dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre propio del agente o del principal, para la:

- compra de bienes o servicios por parte del principal, o
- venta de bienes o servicios suministrados por el principal.

Como podemos comprobar, lo esencial del contrato es la promoción de operaciones de comercio por cuenta ajena, sin que otros posibles pactos determinen su naturaleza. Los acuerdos sobre inversiones no determinan la calificación del contrato y son factibles tanto en el arrendamiento de industria como en cualquier contrato de distribución comercial. El riesgo tampoco es un dato definidor del contrato de agencia, sino un elemento accidental existente en función del acuerdo de las partes (art. 19 LCA). El agente, como empresario,



puede desarrollar una actividad intensísima y al mismo tiempo dispendiosa, sin lograr un resultado de valor económico, riesgo del agente que tanto puede resultar limitado a la actividad, a las prestaciones desarrolladas, como afectar también al capital cuando da a su actividad una estructura societaria o una actividad empresarial, modo habitual de operar el agente en la actualidad, dada su condición de empresario. El riesgo del agente en cuanto empresario lo corre siempre. Por el contrario, la asunción del riesgo y ventura de las operaciones comerciales, aparte de que surge de un pacto - su fuente es jurídica, no económica o empresarial - carece de incidencia, al menos inmediata, sobre su actividad y sus beneficios empresariales.

Otro tanto sucede con el comisionista, que también es un empresario que puede ejercer su actividad sobre una organización autónoma, responde de las mercancías que tenga en su poder (que ha de conservar en el estado en que las recibió conforme a los artículos 265 y 266 C. de Com .) y puede asumir, de pactarse así, la responsabilidad por el buen fin de la operación o el anticipo de fondos (artículo 251 C. de Com .). Incluso el devengo de la comisión puede efectuarse en el momento que determinen las partes, y la falta de pacto sobre la comisión únicamente determina que se fije con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza (artículo 277 C. de Com .).

Lo que conviene destacar es que tales elementos no definen uno u otro tipo contractual, como tampoco el agente o el comisionista dejan de ser empresarios independientes. Es evidente que la determinación del precio corresponde al principal, percibiendo el agente o comisionista la retribución pactada. Esta circunstancia nada tiene que ver con la independencia del empresario en cuanto goza de autonomía para controlar el ámbito de organización propio, predicable de cualquier contrato mercantil, pero que se diferencia del poder de dirección en relación al contenido del contrato, que ostenta dicho principal.

En definitiva, el elemento que caracteriza el contrato de agencia es la promoción de operaciones por cuenta ajena, a diferencia de la concesión o distribución en exclusiva en donde prima la adquisición en firme (en su nombre y por cuenta propia) para la reventa. Precisamente una consecuencia importante del diferente objeto de ambos contratos es que el agente recibe siempre su retribución del empresario principal. Esa remuneración es una obligación contractual que consiste en una comisión. Por el contrario, el concesionario o distribuidor exclusivo no recibe remuneración alguna del concedente o empresario principal, sino que obtiene su beneficio por la diferencia entre el precio que él paga por los productos y el que cobra por la reventa a sus clientes.

Por lo demás, tanto el agente como el concesionario son empresarios independientes del empresario principal. La independencia del agente en la LCA tiene por finalidad distinguir el contrato de agencia de la relación laboral de los viajantes o representantes de comercio. Lo que en suma distingue ambos contratos es su objeto, como se ha señalado.

El contrato que nos ocupa, de fecha 23 de diciembre de 1.987, suscrito entre SANTOYO y CAMPSA, contienen cláusulas idénticas a las ya examinadas en nuestra sentencia de 10 de mayo de 2013 (R. 105/2012). En concreto la estipulación sexta es del siguiente tenor:

"A partir del momento en que se extinga la obligación legal de que las estaciones de servicio se abastezcan, exclusivamente, con carburantes y combustibles líquidos suministrados por CAMPSA y en tanto este contrato se mantenga en vigor, el arrendatario se obliga a continuar recibiendo exclusivamente de CAMPSA, en régimen de comisión de venta en garantía, la totalidad de las gasolinas, gasóleos y supercarburantes que se vendan al público en la estación de servicio objeto de este contrato y también de los lubricantes que se utilicen en el recinto de esta última. De común acuerdo, las partes podrán extender dicho abastecimiento, sin necesidad de exclusividad, a cualesquiera otros productos petrolíferos o de automoción que, debiendo venderse al público en el recinto de la estación de servicio, se encuentren entre los que habitualmente distribuya CAMPSA. Queda al arbitrio de esta última proponer, como fórmula jurídica que pudiera sustituir a la inicial de comisión de venta en garantía, la de venta en firme al arrendatario para su posterior reventa al público (...)

Por razón de la venta al público de los productos objeto de la Exclusiva de Abastecimiento que contempla esta cláusula el Arrendatario percibirá, en su caso, de CAMPSA, en concepto de comisiones y/o incentivos, unas sumas periódicas, similares a las percibidas por otros concesionarios de Estaciones de Servicio, y cuya cuantía vendrá determinada en función, entre otros factores, del volumen que alcancen tales ventas en la Estación de Servicio. Caso de que los productos objeto de la exclusiva de abastecimiento deban ser adquiridos en firme por el Arrendatario, CAMPSA fijará unos precios de adquisición, tales, que permitan racionalmente a aquél obtener, mediante la ulterior reventa de tales productos a precios de mercado, unos márgenes comerciales que no sean inferiores a la media de los márgenes o comisiones brutos que vengan obteniendo, por lo general, otros suministradores, con significación en el mercado y buena fe, de los mismos productos y en la misma área geográfica o comercial " (énfasis añadido).

Y en la citada sentencia señalábamos lo siguiente:



Como se puede apreciar a simple vista, no existe en esta cláusula previsión alguna por cuya virtud pueda entenderse que la apelante contrajera la obligación de establecer como precio de venta al público de los carburantes el que le viniera fijado por CAMPSA (actualmente CEPSA). Por el contrario, los contratos objeto de los presentes autos parecen adecuarse, más bien, al examinado por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2010, también en relación con CEPSA, en la que se rechazó el argumento de la nulidad contractual del siguiente modo:

"...En su demanda Don Bernardino alegó que CEPSA Estaciones de Servicio, SA, en ejecución del contrato que a ella le vinculaba, le imponía el precio de venta del carburante al público. Lo que, de ser cierto, constituiría una infracción de las normas sobre la competencia expresamente prevista en el apartado 1, letra a), del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea - si es que se reuniesen los demás requisitos exigidos en dicho precepto.

No hay duda, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2.008, de que los acuerdos de compra exclusiva pueden impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

Ello sentado, el artículo 81, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea prohíbe tales acuerdos, entre otros casos, cuando consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta.

El Reglamento 1.984/83 de la Comisión, de 22 de junio, en su considerando octavo, mencionaba como restricciones a la competencia que no pueden quedar eximidas "las que limiten la libertad del revendedor de fijar los precios o las condiciones de reventa"; y, en la enumeración exhaustiva de cláusulas que cabía imponer al revendedor, según su artículo 11, no se incluía la fijación del precio de reventa.

El Reglamento 2790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre, establece, en su artículo 4, letra a), que la exención por categorías no se aplica a los acuerdos verticales que tengan por objeto "la restricción del comprador de determinar el precio de venta".

No obstante, el referido artículo del Reglamento 2790/99 admite que el proveedor imponga precios de venta máximos o recomiende un precio de venta, siempre y cuando "éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes".

De lo expuesto resulta, como pone de manifiesto la sentencia de 2 de abril de 2.009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no pueden acogerse al régimen de exención por categorías establecidos en los Reglamentos 1.984/83 y 2.790/99 los acuerdos por los que el proveedor fije el precio de venta al público o imponga un precio de venta mínimo. Entendiéndose, por el contrario, que el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máxima.

Por otro lado, como la restricción de la competencia puede resultar de medios indirectos, en los casos de recomendación de un precio de venta máximo - que, según la demandada, es el método que aplica al demandante - lo determinante es que se deje al revendedor un margen de libertad para determinar efectivamente el precio de venta, lo que se considera no sucede - como recuerda la citada sentencia de 2 de abril de 2.009 -, cuando se impone al revendedor un margen de distribución del que no puede apartarse.

Lo expuesto identifica el tema que estaba necesitado de prueba y, a la vez, impone analizar el contrato litigioso, en averiguación de si su clausulado permite al recurrente vender los productos a un precio inferior al recomendado por la proveedora demandada - en tal sentido, nuestra sentencia de 15 de enero de 2.010 .

Pues bien, el contrato celebrado en su día por don Bernardino y CAMPSA no contiene ninguna directa imposición de precio de reventa y se refiere, en el apartado seis de su cláusula sexta, a la retribución a que tiene derecho el titular de la estación de servicio, distinguiendo entre dos tipos de contratos: el pactado en régimen "de comisión de venta en garantía" y el pactado en régimen "de reventa".

El litigioso pertenece a la primera categoría de contrato. En él se reconoce al titular de la estación el derecho a una "comisión y/o incentivo", propiamente, unos descuentos sobre el precio, a determinar por semejanza con "las percibidas por otros concesionarios de estaciones de servicio" y teniendo en cuenta, "entre otros factores", el volumen de las ventas.

Por otro lado, no hay prueba de que el margen señalado por la suministradora al recurrente impida, de hecho, a éste determinar con libertad significativa el precio de venta a los terceros. Ello determina la desestimación del recurso ..." (énfasis añadido).

Atendiendo a lo expuesto, podemos comprobar que el propio contrato establece con claridad el régimen de "comisión de venta en garantía", contemplado en la legislación derivada de la extinción del Monopolio de Petróleos, y diferencia expresamente este régimen del de venta en firme y las posibilidades de sustitución de



uno por otro. La retribución que percibe el arrendatario es una comisión sobre las ventas, y así se desarrolló la relación sin controversia alguna, modificándose las comisiones de conformidad con el arrendatario, como se desprende de las comunicaciones de fecha 10 de septiembre de 2001, 15 de agosto de 2002 y 2 de julio de 2003 acompañadas a la contestación a la demanda (doc. 12 de la contestación, ff. 416 y ss.).

Difícilmente podemos entender que SANTOYO tenga la condición de revendedor.

Esta circunstancia, sobre la que se sustenta la demanda, bastaría para dar lugar a su desestimación. SANTOYO no es un revendedor tratado como comisionista, ni de los términos del contrato se desprende que nos encontremos ante compras en firme de los combustibles, compras que nunca han existido a lo largo de la relación mantenida entre las partes.

Hemos de añadir que la asunción de riesgos por parte del comisionista podría sustentar la aplicación del artículo 81 TCE (hoy 101 TFUE) pero en ningún caso de ello se puede desprender sin más que exista fijación o imposición del precio de venta al público.

No es posible distinguir en orden a la valoración de la conducta prohibida su aplicación en relación al Reglamento (CEE) nº 1984/83 y al Reglamento (CE) nº 2790/99, puesto que, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2011, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009 (as. C-260/07) aclaró definitivamente que en una relación jurídica como la aquí controvertida lo prohibido no es cualquier determinación del precio de venta al público por el proveedor, sino la fijación o imposición de un precio mínimo, siendo lícitas, no solo según disposición expresa del artículo 4.a) del Reglamento (CE) nº 2790/99, sino también por una interpretación del Reglamento (CEE) nº 1984/83, la imposición de un precio de venta máximo o la recomendación de un precio de venta siempre que el revendedor tenga una posibilidad real de determinar el precio de venta al público, lógicamente inferior al máximo impuesto.

Lo que se prohíbe no es que el principal fije el precio de venta al público, que es lo propio de este tipo de contratos, ya que le corresponde la determinación de condiciones de venta e incluso tiene la obligación de facilitar al agente las tarifas necesarias para el ejercicio de su actividad (art. 10.2.a de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en relación a los agentes comerciales independientes), considerando además que no existe venta al agente para revender al público y que se actúa por cuenta del principal, percibiendo una comisión como retribución. La prohibición consiste en la imposición de respetar ese precio establecido por el suministrador.

La Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 por la que se establecen las Directrices relativas a las restricciones verticales examina las restricciones especialmente graves contempladas en el Reglamento de Exención por Categorías (CE) nº 2790/1999 de la Comisión en los apartados 46 y ss. y recoge este mismo criterio en el apartado 48, que dice lo siguiente:

En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Con todo, si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 (véase apartados 12 a 20), toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente, o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal (énfasis añadido).

Cita la Comunicación al respecto la Decisión 91/562/CEE de la Comisión en el asunto IV/32.737- Eirpage.

Como podemos advertir, la propia Comunicación parte de que en los acuerdos de agencia es el principal el que fija el precio de venta. Lo que se prohíbe es que ese precio de venta no se pueda modificar impidiendo al agente repartir su comisión con el cliente.

Respecto a la interpretación de dicha Comunicación, en nuestras Sentencias de 4 de octubre de 2010 y 18 de febrero de 2011 hemos señalado lo siguiente:

Como resulta patente, este Tribunal no comparte la muy respetable interpretación que efectúa la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su resolución de fecha 30 de julio de 2009 <javascript:%20linkToDocument('AC\\2009\\2082',% 20'/wles/app/nwles/document/linkÑbaseNM=AC\\2010\\2274baseUnit=F.7targetNM=AC\\2009 \\2082targetUnit=.baseGUID=lf6597e4038ae11e09232010000000000tid=jurisprudenciaversion=baseCT=jurisdocguid=lf6597e4038ae11e09232010000000000')>; (>), (...), según la cual, tras reconocer que no resulta sencilla la interpretación del apartado 48 de las Directrices, se inclina por entender que es aplicable a los agentes genuinos, esto es, a los que no asumen ningún riesgo o en proporción insignificante (folios 89 y 90 de la



resolución, 7.318 y vuelto de los autos). Tampoco existe el menor indicio de que la interpretación que realiza la CNC sea una especie de interpretación auténtica, esto es, efectuada por la Comisión Europea y expresada por medio de una autoridad nacional (...) por el hecho de que ésta en cumplimiento del artículo 11.3 y 4 del Reglamento 1/2003 <javascript:%20linkToDocument('LCEur\2003\1',%20/wles/app/nwles/document/linkÑbaseNM=AC\2010 \2274baseUnit=F.7targetNM=LCEur\2003 \1targetUnit=.baseGUID=lf6597e4038ae11e09232010000000000tid=jurisprudenciaversi3n=baseCT=jurisdocguid=lf6597e1e09232010000000000')>; haya comunicado a la Comisión la incoación del expediente y una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista (lo que no consta que se remitiera) o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta, en tanto que el fundamento de derecho quinto de la resolución de la CNC trata de dar respuesta a las alegaciones de una de las partes sobre la indefensión que le había ocasionado la supuesta falta de conocimiento de las comunicaciones efectuadas por la CNC a la Comisión en cumplimiento del artículo 11 del Reglamento 1/2003, de las que se dudaba, incluso, de su existencia, sin que, por otra parte, se aluda en el mencionado fundamento de derecho al artículo 16 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia.

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

En el caso que nos ocupa, ni el contrato impide aplicar descuentos, ni en ningún momento a lo largo de su ejecución consta acreditado que CEPSA impidiera efectuar descuentos (nada menos que desde 1.987), ni cabe obtener deducciones "a sensu contrario" atribuyendo significación unívoca al contenido de una misiva que CEPSA redacta con ocasión de la nueva normativa comunitaria representada por el Reglamento CE 2790/99, como tampoco se expresa discrepancia alguna cuando se recibe la citada carta, de fecha 2 de noviembre de 2001, carta que únicamente expresa la voluntad de adaptarse en todo momento a las cambiantes normas de competencia, voluntad incluso reflejada en el contrato suscrito el 23 de diciembre de 1.987, donde en su cláusula tercera se señalaba lo siguiente:

"También serán de aplicación prevalente a las relaciones surgidas de este Contrato, en la medida en que resulten incompatibles con lo que en él se pacta, las disposiciones imperativas emanadas de los Órganos de la Comunidad Económica Europea".

En suma, la voluntad de la operadora de adaptarse de buena fe a cualquier norma imperativa derivada de la Unión Europea se acaba transformando en una especie de presunción de imposición de "precios" o de imposibilidad de realizar descuentos.

Como también señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2011 en relación a los descuentos:

Por razón de la fijación de los precios de venta al público, cuestión solo muy someramente tratada en el motivo, la relación jurídica habría podido ser nula según el Reglamento de 1983 si la hoy recurrente no hubiera tenido posibilidad real de rebajarlos, pero según la sentencia recurrida no consta que CEPSA impidiera en ningún momento a la hoy recurrente rebajar el precio con cargo a su comisión y, además, antes de iniciarse el litigio había reconocido la hoy recurrente su derecho a aplicar los descuentos que considerase convenientes, correspondiendo al juez nacional, según las SSTJUE 2-4-2009 y 11-9-2008 la comprobación de la posibilidad de modificar las cláusulas relativas al precio de venta mediante autorización unilateral del suministrador y la comprobación de la posibilidad real del revendedor de determinar el precio de venta al público, no habiendo impugnado la hoy recurrente por la vía adecuada las apreciaciones al respecto del tribunal sentenciador.

Con ánimo de ser exhaustivos, y aunque ya se ha dado respuesta a lo que constituyó el objeto de controversia fijado en la audiencia previa, analizaremos otras cuestiones que surgen en la demanda o con ocasión de la oposición al recurso.

La actora-apelada cita las resoluciones dictadas por las autoridades de competencia seleccionando lo que le conviene, como es el caso de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2001 y del Informe del SDC de 29 de mayo de 2000.



En realidad, la supuesta fijación del precio de reventa es tributaria de dicho Informe del SDC que consideraba que CEPSA fija el precio de venta al público de sus "distribuidores comisionistas", pese a no poder hacerlo, toda vez que la verdadera relación contractual que les liga no es de tal naturaleza, pues no se trata de un verdadero contrato de agencia estando, por tanto, dichas relaciones contractuales sujetas al Reglamento 1984/83 y al RD 157/1992.

En primer lugar, el Tribunal Supremo tiene declarado el específico alcance de la aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales civiles. La aplicación del Derecho de la Unión o del Derecho nacional de defensa de la competencia no se orienta primordialmente a la protección del orden público económico sino a la tutela del interés privado, evidentemente siempre que éste sea legítimo (SSTS 15-4-09 y 5-5-10 , entre otras). Y lo reiteran las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2009 y 11 de mayo de 2011 , al señalar que "mientras para las autoridades nacionales de defensa de la competencia lo trascendente es la protección del orden público económico -interés del mercado-, para la jurisdicción civil lo es la tutela del interés privado", añadiendo la segunda que, por ello, "cabe la posibilidad de que una concreta relación jurídica que aquella (la jurisdicción civil) considere válida según el Derecho de la Unión sea sin embargo valorada negativamente por los órganos de defensa de la competencia, dentro del conjunto de los contratos celebrados por una misma operadora con los titulares de las estaciones de servicio, para imponer una sanción que a su vez sea confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa".

En segundo lugar, atendiendo a lo ya expuesto, los presupuestos fácticos y jurídicos que tomó en consideración el SDC y después el TDC en su Resolución de 30 de mayo de 2001 no pueden ser aceptados. Según dicha Resolución:

Por el contrario, si, pese a su denominación de «comisionistas», no cumplen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para merecer tal calificación, es decir, actúan como lo que la doctrina ha denominado «agentes impuros», la fijación de precios por parte de Cepsa, que ella misma admite que realiza y así se desprende del contenido de los contratos, constituiría una grave infracción del artículo citado pues, al no tratarse de verdaderos «agentes» en los términos exigidos para su exclusión del art. 1, deberían en todo caso sujetarse a las prescripciones contenidas en el Reglamento 1984/83 , incorporado a nuestro ordenamiento por el RD 157/1992, por el que se declara no aplicable el art. 85 (actual 81) del Tratado de la CEE a los acuerdos de distribución exclusiva de mayoristas, distribuidores de carburantes y demás productos derivados del petróleo con las estaciones de servicio para su reventa siempre que cumplan determinadas condiciones, pero sin que en ningún caso pueda imponerse al revendedor otras condiciones que las establecidas expresamente en dicho Reglamento y, por tanto, nunca puede el proveedor mayorista fijar el precio de venta al público.

La apelante extrae de contexto las afirmaciones que se atribuyen a CEPSA. Ya hemos visto que incluso la propia Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 por la que se establecen las Directrices relativas a las restricciones verticales, al examinar restricciones especialmente graves contempladas en el Reglamento de Exención por Categorías (CE) nº 2790/1999, apartado 48, reconoce que en el caso de los acuerdos de agencia, es el principal quien suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Es decir, como señalamos, los Reglamentos de exención por categorías o las normas de Derecho derivado no tienen por objeto modificar la naturaleza del contrato, o hacer aparecer un precio donde no lo hay, sino fijar los límites que impone el Derecho de la Competencia. Por ello señala la citada Comunicación que si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 (actual artículo 101 TFUE), toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente, o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías . Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal.

Y a dicha Comunicación y a los presupuestos de la prohibición en el caso de agentes no genuinos se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 :

"68. En la medida en la que el argumento casacional constituye una repetición de lo expuesto en el motivo primero, para su desestimación será suficiente dar por reproducido lo argumentado en el anterior fundamento de derecho de esta sentencia y reiterar la licitud de determinadas cláusulas de fijación de precios en supuestos de agentes que "asumen riesgos significativos" ya que, como sostiene la sentencia 310/2011, de 11 de mayo , " lo prohibido no es cualquier determinación de precios por el proveedor, sino la imposición de un precio inalterable o la imposición de un precio de venta mínimo".

Y reproduce la evaluación de la prohibición con arreglo a los criterios que se desprenden de la Directriz 48.

Por esta razón, y atendiendo también a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que a lo largo de esta resolución hemos citado, no podemos admitir que la consideración de la condición de SANTOYO de agente no genuino dé

lugar, sin más, a la imputación de fijación de precios a los revendedores, como hace la mencionada Resolución TDC.

En orden a su calificación, hemos rechazado que no se trate de contratos de agencia, según se ha expuesto. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010 :

"En suma, la parte recurrente parece no haber advertido que la técnica de los Reglamentos de exención por categorías, que obedece a las previsiones del apdo. 3 del art. 81 CE <javascript:Redirection('LE0000019668_19920828.HTML> para salvar de la prohibición de su apdo. 1 determinadas categorías de acuerdos por los beneficios generales que pueden reportar, determina la nulidad, conforme al apdo. 2 del mismo artículo, de los acuerdos o contratos que no cumplan las condiciones requeridas para su exención, nulidad que a su vez producirá unas determinadas consecuencias, pero no autoriza a los contratantes a invocar ni el Tratado ni los Reglamentos a su conveniencia para modificar contratos vigentes únicamente en lo que les favorezca y, por tanto, rompiendo unilateralmente el equilibrio de intereses presente en el momento de la celebración de esos mismos contratos."

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2011 añadía:

"[...] la pretensión del recurrente de ser declarado revendedor implica una novación contractual que esta Sala viene rechazando con reiteración (SSTS 3-9-10 , 20-12-07 y 11-10-05)"

Mucho menos podemos admitir que la asunción de riesgos, incluso no significativos, por parte del agente, ya sirva para concluir que nos encontramos ante una conducta prohibida sin más.

Y la utilización selectiva de las resoluciones de las autoridades de competencia, según su conveniencia, que efectúa la demandante SANTOYO se aprecia en el caso de la referencia al sistema VERIPHONE. En este aspecto se omite que la Resolución TDC de 30 de mayo de 2001, citando otras anteriores, excluyó que la utilización de este sistema comporte imposición de precios de reventa. Según el TDC, el acceso a dicho aparato por parte de los revendedores era voluntario, sin que constase obligación alguna para éstos de aplicar los precios que en él se muestran.

Como ya señalamos en la sentencia de 10 de mayo de 2013, este Tribunal ha tenido ocasión de abordar en reiteradas ocasiones el alegato relativo a que en un sistema de facturación como el utilizado por CEPESA el IVA se calcula tomando como base imponible el precio por ella comunicado al empresario de la estación de servicio, con la consiguiente repercusión a este último de un IVA superior al que realmente le correspondería como consecuencia de la aplicación de descuentos en el precio de venta con cargo a su comisión. No se descubren motivos que deban conducirnos a modificar lo ya indicado en anteriores sentencias de esta Sala de 13 de octubre y 18 de diciembre de 2008 , 23 de enero y 16 de octubre de 2009 , 30 de marzo y 26 de julio de 2010 , y 24 de noviembre de 2011 , entre otras, en el sentido de que el hecho de que no se tenga en cuenta para determinar la base imponible del IVA el descuento que los gasolineros puedan realizar con cargo a su comisión, no ofrece base para afirmar de forma rotunda que estemos ante un mecanismo para conseguir que el precio recomendado pase a operar en la práctica como precio fijo y que tuviera como inevitable consecuencia hacer inviable la realización de descuentos con cargo a la comisión, pronunciándonos, en concreto, en los siguientes términos: "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 entreveremos



que ésta puede aún así hacerse en circunstancias razonables sin enfrentarse a obstáculos que parezcan insalvables".

Este criterio coincide con el manifestado por el Tribunal Supremo en sentencias de 8 de febrero y 28 de septiembre de 2011 , entre otras.

Por último, el escrito de oposición acaba transformando el objeto de la controversia para determinar si los descuentos aplicados a través de las tarjetas del Grupo CEPSA son auténticos descuentos, cuando en la audiencia previa no hizo mención a que dichos descuentos constituyeran uno de los puntos objeto de controversia. En cualquier caso, aunque no lo fueran, lo relevante no es apreciar esta cuestión, sino que debe ser la actora quien señale cual es el concreto sistema de fijación indirecta de precios que imputa a la demandada, lo que permite establecer los términos de la controversia y garantizar la necesaria seguridad jurídica para el demandado, que debe conocer exactamente qué es lo que se le imputa. En definitiva el objeto de la controversia no se centra en determinar si se aplica o no un descuento o si lo que se aplica tienen carácter de descuento o no, sino en que el actor exponga cual es el hecho en el que se sustenta la fijación indirecta de precios en concreto y, por supuesto, lo acredite, lo que no sucede en este caso. El objeto de la controversia se acaba alterando de tal modo que parece que es la demandada quien tiene que acreditar que se practiquen descuentos por la actora. Como añadíamos en relación a este aspecto en nuestra sentencia de 13 de mayo de 2013 , se trate o no de descuentos los referidos a las tarjetas: seguiría quedando en el aire la cuestión relativa a la falta de acreditación por parte de la actora de que la demandada le hubiera venido impidiendo, con anterioridad a la indicada misiva, la práctica de descuentos con cargo a su comisión, siendo así que ni dicha restricción viene impuesta, como hemos visto, en ninguno de los dos contratos de arrendamiento y exclusiva, ni cabe obtener deducciones "a sensu contrario" de validez general atribuyendo significación unívoca al contenido de una misiva que CEPSA redacta con ocasión de la nueva normativa comunitaria representada por el Reglamento CE 270/99.

Visto lo expuesto, el recurso debe ser estimado y, con revocación de la sentencia recurrida, la demanda debe ser desestimada.

CUARTO. No cabe efectuar expresa imposición de las costas derivadas del recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC . Las costas causadas en la primera instancia deben ser impuestas a la actora conforme a lo dispuesto en el artículo 394 LEC .

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de Madrid en el proceso del que dimanaban las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución, y en su lugar,

DESESTIMAMOS la demanda interpuesta por SANTOYO HERMANOS, S.L. contra CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas, con imposición a la actora de las costas causadas en la primera instancia.

No se efectúa expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

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