

Roj: **STS 1846/2009 - ECLI:ES:TS:2009:1846**Id Cendoj: **28079110012009100239**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/04/2009**Nº de Recurso: **1016/2004**Nº de Resolución: **249/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 170/2004,**  
**STS 1846/2009**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil nueve

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, como consecuencia de Autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Denia; cuyo recursos fueron interpuestos por la entidad ESSO ESPAÑOLA, S.L., representada por el Procurador D. Jorge Deleito García; y como parte recurrida, la entidad VERGELGAS, S.L., representada por la Procurador D<sup>a</sup>. Pilar Azorín-Albiñana López.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** 1.- La Procurador D<sup>a</sup>. Rosa M<sup>a</sup>. Contri Coll, en nombre y representación de la entidad ESSO ESPAÑOLA, S.L., sociedad unipersonal, interpuso demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Denia, siendo parte demandada la entidad Vergelgas, S.L., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que estimando esta demanda: 1. Se declare la resolución del contrato de "comisión de venta, **abanderamiento** y suministro en exclusiva a una estación de servicio" suscrito con fecha 2 de agosto de 1.997 entre la demandada y ESSO ESPAÑOLA S.L.; 2. Se declare el vencimiento de la obligación de pago de la deuda reconocida en el Anejo suscrito el 19 de julio de 1999, garantizada hipotecariamente mediante escritura pública otorgada el 20 de julio de 1.999 ante el Notario de Madrid, D. Fulgencio A. Sosa Galván, condenándose a la demandada al pago a la actora de la deuda reconocida por importe de 8.900.956 pesetas con los intereses moratorios devengados desde la fecha de interposición de esta demanda; 3. Se condene a la demandada al pago a la actora de la cantidad de 3.359.783 pesetas, incrementada con los intereses moratorios que se devenguen desde la fecha de interposición de esta demanda, a que asciende el importe líquido de las cantidades adeudadas a ESSO ESPAÑOLA S.L por razón de las ventas de combustibles y carburantes suministrados por ésta; 4. Se condene a la demandada al reintegro a la actora de las comisiones anticipadas no devengadas con los intereses pactados que ascienden, conforme a lo expuesto en esta demanda y tras las imputaciones de pago descritas en la misma, al 18 de mayo de 2.001 a la cantidad de 3.633.911 pesetas, incrementada con los intereses devengados por dicha cantidad a partir del día 19 de mayo de 2.001; 5. Se condene a la demandada al pago a la actora de la pena convencional prevista en el contrato de fecha 2 de agosto de 1.997, y que asciende a la cantidad de 28.721.364 pesetas, así como a los intereses moratorios que se devenguen desde la interposición de esta demanda; 6. Se condene a la demandada al pago a la actora del valor de reposición de los equipos entregados a VERGELGAS S.L. e instalados en la estación de servicio, por un importe de 16.356.831 pesetas, así como al pago del interés legal que sobre dicha cantidad se devengue



desde la interposición de esta demanda; 7. Se condene a la demandada a permitir a la actora la realización de las obras precisas para retirar de la estación de servicio todos los carteles, rótulos, símbolos y emblemas identificativos de la estación de servicio con la marca ESSO, así como para suprimir los que no puedan ser desmontados, y todo ello a costa de la demandada; 8. Se condene a la demandada a restituir a la actora los Manuales de Operaciones recibidos a la firma del contrato; y, 9. Se condene a la demandada a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a ESSO ESPAÑOLA S.L que se valoran en la cantidad de 42.068.758 pesetas. 10. Todo ello con expresa imposición de costas."

2.- El Procurador D. José Cirilo Gilabert Baño, en nombre y representación de la entidad Vergelgas, S.L., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que desestimando íntegramente la demanda se absuelva de la misma a mi representada, y todo ello con expresa imposición de costas a la mercantil ESSO ESPAÑOLA, S.L."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Uno de Denia, dictó Sentencia con fecha 8 de abril de 2.003 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Contrí, en nombre y representación de la mercantil Esso Española, S.L. contra la mercantil Vergelgas, S.L., representada por el Procurador Sr. Gilabert, debo absolver y absuelvo a la misma de todos los pedimentos formulados en su contra, condenando a la actora al pago de las costas procesales."

Instada la aclaración de la sentencia por la representación de la entidad Esso Española, S.L., se dictó Auto de fecha 23 de abril de 2.003 , cuya parte dispositiva es como sigue: "Que debo aclarar y aclaro la sentencia de fecha 8 de abril de 2.003 , recaída en los autos de JUICIO ORDINARIO seguido ante este Juzgado bajo el número 279/2001 en el sentido de hacer constar que "se declara nulo el contrato de fecha 2 de agosto de 1.997". Este auto forma parte de la sentencia N.º. 63."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de la entidad Esso Española S.L., la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, dictó Sentencia con fecha 29 de enero de 2.004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Baeza Ripoll, en nombre y representación de Esso Española, S.L., contra la sentencia de fecha 08-04-03 dictada por el Juzgado de Primera Instancia ° 1 de Denia en las actuaciones de las que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada."

**TERCERO.-** Por el Procurador D<sup>a</sup>. María del Carmen Baeza Ripoll, en nombre y representación de la entidad Esso Española, S.L., se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial respecto la sentencia dictada en grado de apelación de fecha 29 de enero de 2.004 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL:** **PRIMERO.-** Al amparo del art. 469.1.1.º de la LEC , se alega infracción del art. 37.1 y 38 de la LEC en relación con lo dispuesto en el art. 42 de la LEC y arts. 9.2 y 10.1 de la LOPJ. **SEGUNDO .-** Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC se alega infracción del art. 218 de la LEC. **TERCERO .-** Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 218.1 de la LEC. **CUARTO .-** Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 218.1 de la LEC. **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION:** **PRIMERO.-** Al amparo del art. 477.1 en relación con el art. 477.2.2º de la LEC se alega infracción del art. 6 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación , sobre prevalencia de las Condiciones Particulares, y los arts. 1.281 y 1.284 del Código Civil. **SEGUNDO .-** Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 1.300 del Código Civil en relación con el art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia .

**CUARTO.-** Por Providencia de 20 de abril de 2.004, se tuvo por interpuesto los recursos anteriores y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones, comparecen ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo, como parte recurrente, la entidad ESSO ESPAÑOLA, S.L., representada por el Procurador D. Jorge Deleito García; y como parte recurrida, la entidad VERGELGAS, S.L., representada por la Procurador D<sup>a</sup>. Pilar Azorín-Albiñana López.

**SEXTO.-** Por Auto de esta Sala de fecha 4 de diciembre de 2.007 , se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad ESSO ESPAÑOLA, S.L., respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, de fecha 29 de enero de 2.004.

**SEPTIMO.-** Dado traslado, la Procurador D<sup>a</sup>. Pilar Azorín-Albiñana López, en representación de la entidad VERGELGAS, S.L., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

**OCTAVO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de marzo de 2.009, en que ha tenido lugar.



Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto del proceso versa sobre un contrato denominado de comisión de venta, **abanderamiento** y suministro a una estación de servicio celebrado entre ESSO ESPAÑOLA S.L. (Proveedor) y VERGELGAS, S.L. (titular de una estación de servicio) el 2 de septiembre de 1.997, con un Anejo del 19 de julio de 1.999, habiéndose ejercitado por la primera entidad acción de resolución contractual por incumplimiento del pacto de suministro en exclusiva (y otros aspectos) con varias pretensiones accesorias, en tanto que por la revendedora del combustible se formuló excepción reconvenional de nulidad contractual que fue apreciada y declarada por las dos sentencias dictadas en instancia con base en impedirse por la proveedora a la estación de servicio la fijación libre del precio de reventa de combustible e imponerle el que debía establecer en cada momento, con lo que se conculca la normativa sobre competencia establecida en el art. 1.1,a) de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, de 17 de julio [actualmente sustituida por la Ley 15/2007, de 3 de julio].

Por la entidad mercantil ESSO ESPAÑOLA S.L se dedujo *demanda* contra la también mercantil VERGELGAS, S.L. en la que solicita: 1. Se declare la resolución del contrato de "comisión de venta, **abanderamiento** y suministro en exclusiva a una estación de servicio" suscrito con fecha 2 de agosto de 1.997 entre la demandada y ESSO ESPAÑOLA S.L; 2. Se declare el vencimiento de la obligación de pago de la deuda reconocida en el Anejo suscrito el 19 de julio de 1999, garantizada hipotecariamente mediante escritura pública otorgada el 20 de julio de 1.999 ante el Notario de Madrid, D. Fulgencio A. Sosa Galván, condenándose a la demandada al pago a la actora de la deuda reconocida por importe de 8.900.956 pesetas con los intereses moratorios devengados desde la fecha de interposición de esta demanda; 3. Se condene a la demandada al pago a la actora de la cantidad de 3.359.783 pesetas, incrementada con los intereses moratorios que se devenguen desde la fecha de interposición de esta demanda, a que asciende el importe líquido de las cantidades adeudadas a ESSO ESPAÑOLA S.L por razón de las ventas de combustibles y carburantes suministrados por ésta; 4. Se condene a la demandada al reintegro a la actora de las comisiones anticipadas no devengadas con los intereses pactados que ascienden, conforme a lo expuesto en esta demanda y tras las imputaciones de pago descritas en la misma, al 18 de mayo de 2.001 a la cantidad de 3.633.911 pesetas, incrementada con los intereses devengados por dicha cantidad a partir del día 19 de mayo de 2.001; 5. Se condene a la demandada al pago a la actora de la pena convencional prevista en el contrato de fecha 2 de agosto de 1.997, y que asciende a la cantidad de 28.721.364 pesetas, así como a los intereses moratorios que se devenguen desde la interposición de esta demanda; 6. Se condene a la demandada al pago a la actora del valor de reposición de los equipos entregados a VERGELGAS S.L. e instalados en la estación de servicio, por un importe de 16.356.831 pesetas, así como al pago del interés legal que sobre dicha cantidad se devengue desde la interposición de esta demanda; 7. Se condene a la demandada a permitir a la actora la realización de las obras precisas para retirar de la estación de servicio todos los carteles, rótulos, símbolos y emblemas identificativos de la estación de servicio con la marca ESSO, así como para suprimir los que no puedan ser desmontados, y todo ello a costa de la demandada; 8. Se condene a la demandada a restituir a la actora los Manuales de Operaciones recibidos a la firma del contrato; y, 9. Se condene a la demandada a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a ESSO ESPAÑOLA S.L que se valoran en la cantidad de 42.068.758 pesetas.

La parte demandada VERGELGAS, S.L. alegó en su escrito de *contestación* nulidad del contrato de pleno derecho por conculcar el art. 1.1,a) de la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1.989 y causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, con infracción de lo prevenido en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. También se alegó nulidad contractual por error en el consentimiento, y subsidiariamente se formuló oposición a las pretensiones de la demanda relativas a la resolución contractual.

La *Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Denia* el 8 de abril de 2.003, en los autos de juicio ordinario núm. 279 de 2.001, desestima la demanda interpuesta y absuelve a la actora al apreciar la excepción reconvenional de nulidad contractual. Por Auto de Aclaración de 23 de abril se adiciona el fallo de la sentencia en el sentido de hacer constar que "se declara nulo el contrato de fecha 2 de agosto de 1.997".

La *Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante* el 29 de enero de 2.004, en el Rollo núm. 663 de 2.003, se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la actora Esso Española, S.L. y confirma la resolución recurrida.

Contra dicha Sentencia de la Audiencia se interpuso por ESSO ESPAÑOLA S.L *recursos extraordinario por infracción procesal*, compuesto de dos motivos, el segundo de ellos articulado en dos submotivos, en los que se plantean cuestiones relativas a la competencia jurisdiccional del orden civil para apreciar la ilicitud competencial de cláusulas de los contratos entre particulares, exhaustividad y congruencia, y de *casación*,



articulado en dos motivos, de los que el primero se desarrolla en tres submotivos, relativos a la prevalencia de las condiciones particulares sobre las cláusulas generales de los contratos (art. 6 LCGC) e interpretación contractual (arts. 1.282 y 1.284 CC), y el segundo comprende dos submotivos que se refieren, respectivamente, a la inaplicabilidad de la doctrina de la separabilidad para fundamentar la nulidad total del negocio y a la infracción de los arts. 1.300 CC y 1.2 LDC al declarar la nulidad total del contrato.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

**SEGUNDO.-** En el *primer motivo* se alega infracción de las normas sobre jurisdicción por vulneración de lo establecido en los arts. 37 y 38 LEC en relación con lo dispuesto en el art. 42 LEC y 9.2 y 10.1 LOPJ.

El motivo se extiende ampliamente sobre la falta de competencia jurisdiccional que denuncia pudiendo resumirse sus alegaciones en los siguientes puntos: a) Hay que distinguir entre la inclusión del contrato litigioso en una de las conductas prohibidas (art. 1.1 LDC 16/1.989, 17 de julio) cuya determinación corresponde a un órgano administrativo, el Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 1.3 y 4 LDC), y la declaración de nulidad del contrato, que corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional civil; b) La fuerza atractiva de la jurisdicción civil ex art. 9.2 LOPJ no sirve para asumir competencias que correspondan o vengan atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales o a la Administración, porque dicho precepto contiene una norma de naturaleza supletoria; y, c) No es posible utilizar la idea de prejudicialidad en este supuesto, porque se vulnera el art. 10.1 LOPJ que exige que la prejudicialidad ha de recaer sobre cuestiones de apreciación jurisdiccional, y el art. 42.2 LEC con arreglo al que la resolución de la cuestión prejudicial sólo tiene efecto en el proceso que se produzca, y en el Auto de Aclaración de fecha 23 de abril de 2.003 se ha incluido dentro del fallo de la sentencia de 8 de abril anterior una declaración "erga omnes" de nulidad del contrato por estar incurso en el supuesto del art. 1.1 a) de la LDC. Como conclusión se señala que el Tribunal de apelación y el juzgador de instancia han actuado excediendo los límites de su jurisdicción, absorbiendo competencias, que por su dificultad técnica vienen legalmente asignadas por la LDC a un órgano administrativo especializado (el Tribunal de Defensa de la Competencia), razón por la que procede la anulación de ambas sentencias.

El motivo se *desestima* porque los tribunales del orden jurisdiccional civil tienen plena competencia para declarar la nulidad de los contratos civiles (en el sentido amplio comprensivo de los mercantiles) por infracción de las normas de defensa de la competencia, sin que sea imprescindible la existencia de una previa decisión del órgano administrativo (actualmente la Comisión Nacional de la Competencia, en virtud de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que sustituyó a la Ley 16/1.989, de 17 de julio), tal y como viene entendiendo de modo ininterrumpido la más reciente jurisprudencia de esta Sala a partir de la Sentencia de 2 de junio de 2.000. En tal sentido se orientan, entre otras, las Sentencias de 27 de julio de 2.003 -le corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento cuando se trata de relaciones entre particulares de naturaleza estrictamente privada-; 15 de marzo de 2.006, que alude, por un lado, al reconocimiento por el art. 6 del Reglamento (CE) número 2/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2.002, al disponer que "los órganos jurisdiccionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado", y, por otro, a la atribución en España de tal competencia a los Juzgados de lo Mercantil por el art. 86 ter 2.f) de la LOPJ; 22 de junio de 2.006 que dice que le corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento (en relación con la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de Amsterdam -antes 85 y 86 del Tratado de Roma-) cuando se trata de salvaguardar los derechos subjetivos de los ciudadanos, resolviendo los conflictos entre particulares, de modo 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; 14 de marzo de 2.007, que declara que la competencia de los tribunales civiles en defensa de la competencia es autónoma e independiente de la del Tribunal de Defensa de la Competencia [actualmente Comisión Nacional de la Competencia]; y 3 de octubre de 2.007, en la que se resalta que la más reciente jurisprudencia admite de manera inconcusa la competencia de los tribunales civiles para la aplicación de los preceptos reguladores de la defensa de la competencia, tanto del orden comunitario como de orden interno, en orden a la determinación de los efectos de la nulidad de los negocios jurídicos afectados pueda producir entre las partes, entre otros aspectos.

Por consiguiente, los tribunales del orden civil tienen plena competencia para conocer de las pretensiones de nulidad contractual fundadas en ilícitos competenciales como el de autos, sin que quepa establecer la separación que pretende la parte recurrente entre la apreciación de la causa de nulidad y la determinación de sus efectos, y sin perjuicio de que, en su caso, una apreciación de ilicitud por el órgano administrativo pueda operar con efecto prejudicial positivo ante los tribunales civiles.

**TERCERO.-** En el *segundo motivo* del recurso extraordinario por infracción procesal se formulan dos submotivos.

En el *submotivo primero* se alega la vulneración del principio de exhaustividad establecido en el art. 218.1 LEC, por no haberse pronunciado la sentencia sobre algunos de los puntos de fondo planteados por ESSO



ESPAÑOLA S.L. en el recurso de apelación. Estos puntos son: 1) sobre la formación de los precios en el mercado de producto de la distribución de carburantes para automoción desde las estaciones de servicios de dimensión estrictamente local; 2) sobre la interpretación del contrato conforme a las normas civiles de interpretación contractual del Código Civil y art. 6 de la LCGC, en orden a apreciar la inexistencia de conducta prohibida de fijación de precios; y, 3) sobre el problema de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia por los órganos de la jurisdicción civil.

El submotivo se *desestima* porque en cuanto a los dos primeros apartados plantea cuestiones ajenas al principio de exhaustividad (art. 218.1 LEC), el cual no se refiere a los argumentos que fundamentan la decisión, sino a los puntos litigiosos que deben ser resueltos condenando o absolviendo, y los temas suscitados por la parte recurrente no aluden a extremos con sustantividad propia para exigir un pronunciamiento judicial concreto, sino a perspectivas dialécticas -argumentativas- relativas a si resulta justificada la apreciación de la ilicitud -acuerdo prohibido imperativamente por Ley- de la cláusula contractual de precios. Por lo tanto, de darse la omisión, se trataría de un tema de motivación, y no de exhaustividad. Y en lo que se refiere a la cuestión del apartado 3, la sentencia recurrida da respuesta al punto litigioso, por lo que mal puede producirse el vicio procesal denunciado.

En el *submotivo segundo* se aduce vulneración del principio de la congruencia establecido en el art. 218.1 LEC.

El planteamiento de la parte recurrente pretende que se anule la sentencia de la Audiencia Provincial porque no toma en cuenta la incongruencia en que incurre el Auto del Juzgado de 1ª Instancia de 23 de abril de 2.003 que al resolver sobre la petición de aclaración de la Sentencia de 8 de abril añade al fallo de ésta la declaración de nulidad del contrato de fecha 2 de agosto de 1.997, cuya nulidad se había planteado en el proceso como hecho impeditivo, sin formulación de reconvencción.

El submotivo carece de consistencia porque supone desconocer el nuevo tratamiento de la nulidad del negocio jurídico en la LEC 2.000 que "evita la indebida dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos -una, por vía de excepción; otra, por vía de demanda o acción- (Exposición de Motivos, VIII, párr. tercero, inciso segundo). Esta nueva regulación se caracteriza: a) Por conceder a la parte actora la facultad, que en el caso se ejercitó, cuando la nulidad se invoca como excepción en el juicio ordinario, y no se plantea como reconvencción, para pedir del Tribunal se le conceda un plazo para contestar a la alegación de nulidad, de modo que si no se solicita precluye la posibilidad procesal porque el trámite no es preceptivo, y consecuentemente no cabe su atribución de oficio; y, b) El particular de la nulidad debe ser resuelto con pronunciamiento propio en la sentencia, la cual tendrá en su día fuerza de cosa juzgada. La regulación legal, que se recoge en el art. 408.3 LEC, no expresa si debe en el fallo simplemente apreciarse la nulidad, o efectuarse la declaración de la misma, pero, dado el carácter declarativo de la nulidad radical, resulta adecuado un pronunciamiento en tal sentido, además de quedar equiparados en tal aspecto la reconvencción y la denominada excepción reconvenccional. Por lo demás, dado el carácter complementario del pronunciamiento, sin necesidad de un nuevo razonamiento justificador respecto de la sentencia, la adición de la declaración de nulidad efectuada en el denominado Auto de Aclaración no afecta al principio de intangibilidad o inmutabilidad de la sentencia y ámbito de su posible complemento una vez firmada (arts. 214 y 215 LEC).

Por todo ello, el motivo decae.

#### **RECURSO DE CASACION DE ESSO ESPAÑOLA, S.L.**

**CUARTO.-** En el *primer motivo* del recurso de casación se denuncia infracción del art. 6 de la Ley 7/1.998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, sobre prevalencia de las condiciones particulares, y de los arts. 1.282 y 1.284 del Código Civil sobre interpretación de los contratos, que se estima cometió la sentencia recurrida en el momento de interpretar el contrato litigioso, y en particular la cláusula general 4ª, apartado 2, y la condición particular 3ª, al hacer prevalecer la primera sobre la segunda, cuando es esta última la que disciplina específicamente el tema de la determinación del precio de los carburantes frente a terceros en la relación entre la actora y VERGELGAS, S.L.

El motivo se descompone en *tres submotivos*.

El *primer submotivo* acusa vulneración del principio de prevalencia de las cláusulas particulares en relación con las generales de un contrato ex art. 6 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación 7/1.998, de 13 de abril. Se argumenta, en síntesis, que conforme a la condición particular tercera Vergelgas, S.L. podía libremente conceder descuentos y aplicar libremente su política de precios, siempre que lo hiciera con cargo a su margen de comisión, y que si posteriormente en la dinámica de ejecución del contrato lo que se denuncia por la demandada es una supuesta actuación unilateral de la demandante que le impedía practicar descuentos incumpliendo lo dispuesto expresa y claramente en el contrato suscrito, dicha conducta no podía ser considerada sino un incumplimiento contractual.



El *submotivo se desestima* porque, si bien es verdad que el art. 6 de la LCGC establece la normativa de la prevalencia de las condiciones particulares específicamente previstas para el contrato respecto de las condiciones generales, cuando exista contradicción y las generales no resulten más beneficiosas para el adherente, y la regla es de aplicación general según la doctrina jurisprudencial que reconoce el principio de "lex specialis derogat lex generalis", sin embargo no es aplicable al caso porque la alegación conculca la propia conducta observada por la parte alegante en la ejecución del contrato, reiterada en diversas comunicaciones que obran documentadas en autos, de imponer conminatoriamente a la demandada el respeto al precio que se le fijaba, lo que ha sido reconocido por el delegado de zona de la actora, y ello revela, por un lado, una actitud de imposición amparada en la indudable posición dominante o prevalente de la actora que modula de forma sustancial el contenido escrito del contrato, y, por otro, el carácter de mera apariencia de la condición para soslayar el efecto del ilícito, lo que se ratifica, como se verá más adelante, por la carta de 6 de marzo de 2.001, a la que incluso se pretende atribuir una eficacia novatoria. La conducta de la actora, que se acaba de expresar, aparece claramente expuesta en las Sentencias de instancia, y así, en tanto la del Juzgado de 1ª Instancia afirma (con un examen detenido de la documental y testifical del propio Delegado de Esso para la zona de Levante) que Vergelgas, S.L. nunca gozó de libertad para fijar un precio ni superior ni siquiera inferior al fijado por ESSO, y que los precios venían impuestos por esta entidad, sin que la demandada pudiera bajarlos aunque quisiera, incluso a costa de su comisión, porque ESSO no le dejaba, la Sentencia de la Audiencia resume su apreciación diciendo que "la realidad demostrada en autos revelaba claramente que no se aceptaba por la proveedora [ESSO ESPAÑOLA S.L.] ningún cambio de precio que no fuera aprobado por la misma, advirtiendo de ello a la distribuidora y conminándole para que en el futuro no se produjera ninguna variación en ese sentido". Por consiguiente, no se trataba de un tema de incumplimiento contractual, sino de imposición por la actora de un determinado contenido contractual.

En el *segundo submotivo* se aduce vulneración del principio de conservación del contrato ex art.1.284 CC , y se razona que la aplicación del principio de conservación del contrato a la interpretación contractual obliga a sostener una interpretación que se encamine a lograr que la cláusula discutida (o el contrato) sea eficaz.

El submotivo se *desestima* porque la relevancia o esencialidad de la cláusula nula se expande a todo el negocio e impide la aplicación de la regla "utile per inutile non vitiatur", que podría suponer una nulidad parcial, y no total. Así lo viene declarando esta Sala para supuestos sensiblemente similares al del caso que se enjuicia, en Sentencias de 2 de junio de 2.000, 30 de octubre de 2.007 y 20 de noviembre de 2.008 .

En el *tercer submotivo* se aduce vulneración del art. 1.282 CC por no haber valorado la sentencia recurrida el contenido de la carta de 6 de marzo de 2.001 enviada por ESSO ESPAÑOLA S.L. a todas las Estaciones de Servicio (operadores) con las que tenía contrato haciéndole saber que los precios por ella indicados eran meramente orientativos o recomendados.

El submotivo se *desestima* porque, con independencia de: que la cita del art. 1.282 debe acompañar a la del art. 1.281, párrafo segundo, ambos CC ; que si el documento de que se trata no se valoró en la resolución de la instancia el problema es de prueba, o de motivación, pero no discutible en casación; que difícilmente se puede interpretar mal un documento si no se interpretó (tomó en consideración); que resulta totalmente inapropiado hablar (como se hace en el desarrollo del motivo) de que por el documento aludido se "nova el contrato litigioso" (sic); que no es cierto que el envío fuera muy anterior a la controversia de este litigio, porque se olvida que el burofax en que la mercantil Esso da por resuelto el contrato es de fecha 14 de marzo de 2.001; con independencia de todo ello, la carta de que se trata es reveladora de la verdadera situación contractual, y del temor suscitado, ante la inminencia del planteamiento de la resolución contractual, de que la demandada pudiera invocar aquella circunstancia en protección de su propio interés. Por consiguiente, nada significa dicha misiva en la perspectiva de la intención de los contratantes (de ambos, no de uno) que es el factor jurídico a que atiende la normativa del precepto cuya infracción se acusa en el enunciado del submotivo, que por ello decae.

La desestimación de los tres submotivos supone la del primer motivo del recurso de casación.

**QUINTO.-** El *segundo motivo* del recurso se compone de dos submotivos.

En el *primer submotivo* se alega que la sentencia recurrida inaplica la doctrina de la separabilidad para fundamentar la nulidad total del contrato, confundiendo ambas doctrinas que son distintas.

El submotivo se *desestima* porque no indica la infracción legal cometida que es supuesto insoslayable para la admisión y examen del recurso (art. 477.1 y 479.2 LEC ).

Además, y con independencia de que el recurso solo se da contra argumentos "ratio decidendi", y sin necesidad de entrar aquí a examinar la doctrina comunitaria de la separabilidad a que se refiere el motivo, debe señalarse que la cláusula relativa a la fijación y control por la entidad proveedora del precio de venta -reventa- por el intermediario (estación de servicio) de los productos carburantes y combustibles es claramente contraria al



Tratado CE y no tiene ningún paliativo en los Reglamentos, y acarrea la nulidad del contrato como vienen reiterando las Sentencias de esta Sala (2 de junio de 2.000, 30 de octubre de 2.007, 20 de noviembre de 2.008 .

En el *segundo submotivo* se alega infracción del art. 1.300 CC y del 1.2 LDC al declarar la nulidad total del contrato.

El submotivo se *desestima* con base en los argumentos expuesto a propósito de motivos anteriores, y singularmente en relación con la doctrina jurisprudencial expresada en relación con supuestos similares.

Finalmente debe hacerse una breve referencia a la alusión que se hace en el último inciso del último párrafo del motivo respecto a que la propia sentencia no establece de conformidad con el art. 1.303 CC el régimen de restitución de las prestaciones entre los contratantes. Aunque el comentario se efectúa dialécticamente respecto de otro tema, debe decirse que el art. 1.303 CC era aplicable al caso (pues no nos hallamos ante un supuesto de causa torpe del art. 1.306 CC ) y el efecto de la nulidad de recíprocas restituciones, al tener carácter "ex lege", debió aplicarse incluso de oficio. Sin embargo, dada la complejidad de las cuestiones que el tema suscita, la conveniencia de observar el principio de contradicción al no existir un planteamiento claro al respecto, y la imposibilidad de diferir la cuestión a ejecución, aconseja remitir la temática en exclusiva (efectos de la extinción contractual por declaración de nulidad) al juicio declarativo que la parte interesada estima pertinente plantear.

**SEXTO.-** La desestimación de todos los motivos de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación conlleva la de éstos, y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas, de conformidad con lo establecido en los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1 todos ellos de la LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil ESSO ESPAÑOLA, S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante el 29 de enero de 2.004, en el Rollo núm. 663 de 2.003, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas. Por el Secretario Judicial deberá comunicarse esta Sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia de conformidad con lo establecido en el art. 212.3 LEC (añadido por Ley 15/2.007, de 3 de julio ). Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jesús Corbal Fernández** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.