

Roj: **STS 445/2010 - ECLI:ES:TS:2010:445**Id Cendoj: **28079110012010100046**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/01/2010**Nº de Recurso: **1182/2004**Nº de Resolución: **863/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP NA 271/2004,**
STS 445/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil diez.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandado-reconviniendo D. Rafael , representado ante esta Sala por el Procurador D. David García Riquelme, contra la sentencia dictada con fecha 10 de marzo de 2004 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra en el recurso de apelación nº 2/04 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 756/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pamplona, sobre resolución de contrato de **abanderamiento**. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil actora- reconvvenida Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., representada por el Procuradora D. Joaquín Banjul de Antonio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de noviembre de 2002 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. contra D. Rafael solicitando se dictara sentencia por la que: "1.- Se declare el incumplimiento por Rafael , de la exclusiva de abastecimiento pactada en el Contrato de Abastecimiento en Exclusiva de Productos Petrolíferos, en régimen de Agencia de fecha 25 de Enero de 1993.

2.- Se declare resuelto el Contrato de 25 de Enero de 1993, por incumplimiento del mismo por la demandada, con efectos a 11 de Julio de 2002 (fecha de la recepción por el demandado de la Carta enviada por mi mandante instando la resolución del contrato y que se aporta como Documento nº 25), en aplicación de la Cláusula Undécima apartado 3) del reiterado Contrato.

3.- Se condene al demandado a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual de la exclusiva de suministro por la demandada, en concreto, de las ganancias o beneficios de explotación que habría obtenido por la distribución de productos de su tráfico a través de la estación explotada por el demandado, cuya expresión cuantitativa viene expresada por el margen comercial por litro de producto dejado de ingresar por la demandante durante el periodo del incumplimiento y que asciende a la cantidad de 267.755,35 ?.

4.- Se imponga a la demandada la condena al pago de las costas que se devenguen en la presente instancia."

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pamplona, dando lugar a los autos nº 756/02 de juicio ordinario, y emplazado el demandado, éste compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con expresa condena en costas de la actora y, además, formulando reconvención para que se dictara sentencia por la que:

"1. Se declare la condición de revendedor del demandante.



2. Se declare la nulidad del Contrato de Abastecimiento en Exclusiva de Productos Petrolíferos a Estaciones de Servicio, en Régimen de Agencia, de fecha 25 de Enero de 1.993, que vincula a las partes, por resultar incompatible con el art. 81.1 del Tratado Constitutivo de la CEE, y, de acuerdo con el art. 6.3 del Código Civil, por vulnerar una norma imperativa como lo es el antedicho art. 81 del Tratado, mediante la contravención de los Reglamentos CEE N° 1984/83, de 22 de Junio, y CE N° 2790/1999, de 22 de Diciembre, de la Comisión.

3. Se declare que el Contrato de Abastecimiento en Exclusiva de Productos Petrolíferos a Estaciones de Servicio, en Régimen de Agencia, de 25 de enero de 1.993, resulta igualmente nulo por resultar su causa inexistente e ilícita, al encontrarse el precio indeterminado y quedar su fijación al arbitrio de una sola de las partes.

4.- Se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306.2º del Código Civil, conforme a las bases especificadas en Hecho Decimoquinto del presente escrito.

5.- Se condene expresamente, y en ambos casos, a la demandada al pago de las costas ocasionadas en la instancia, en caso de oponerse a la presente demanda."

TERCERO.- Contestada la reconvencción por la demandante inicial pidiendo su íntegra destimación con imposición de costas al reconviniendo, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 23 de septiembre de 2003 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Que desestimando la demanda inicial interpuesta por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. y estimando parcialmente la demanda reconvenccional interpuesta por D. Rafael debo reconocer el carácter de revendedor de este último, y declarar nulo el contrato que vinculaba a ambas partes de fecha 25 de enero de 1993 por ser incompatible con las normas de Derecho Comunitario y concretamente con el artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la CEE y los Reglamentos 1984/83 y 2790/99 así como con el artículo 6.3 del Código civil español; igualmente debo declarar su nulidad por causa inexistente o ilícita. Las costas causadas por la interposición de la demanda serán impuestas a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. sin que proceda hacer expresa condena en costas en relación con las de la demanda reconvenccional."

CUARTO.- Interpuesto por la actora-reconvenida contra dicha sentencia recurso de apelación, formulada impugnación subsiguiente por el demandado-reconviniendo para que se estimara íntegramente su reconvencción y tramitadas las actuaciones de segunda instancia por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra en actuaciones nº 2/04, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 10 de marzo de 2004 con el siguiente fallo: "Con estimación del recurso de apelación interpuesto por la demandante Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pamplona en el juicio ordinario nº 756/2.002, y dictamos la presente por la que:

Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la demandante Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA, contra el demandado D. Rafael, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de fecha 25 de Enero de 1.993 que ligaba a las partes por haber incurrido el indicado demandado en incumplimiento con efectos de 11 de Julio de 2.002, rechazando la pretensión indemnizatoria articulada por dicha parte demandante por falta de prueba del perjuicio, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia con dicha demanda.

Debemos desestimar y desestimamos la reconvencción articulada por el indicado demandado D. Rafael contra la demandante Repsol, a quien absolvemos de las pretensión de nulidad ejercida en su contra, condenando al indicado demandado a que abone a la actora las costas causadas con motivo de la reconvencción desestimada.

No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia."

QUINTO.- Anunciados sendos recursos de casación por ambas partes contra la sentencia de apelación, el tribunal de instancia los tuvo por preparados y, a continuación, aquéllas los interpusieron ante el propio tribunal.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las dos partes litigantes por medio de los Procuradores mencionados en el encabezamiento, por auto de 9 de octubre de 2007 se admitió el recurso de casación del demandado-reconviniendo D. Rafael, al amparo del art. 477.2-2º LEC de 2000, y se inadmitió el de la actora-reconvenida.

SÉPTIMO .- Ese único recurso de casación admitido interesaba con carácter previo el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acerca de la aplicabilidad del art. 81.1 del Tratado de Ámsterdam (antiguo art. 85 TCE) al contrato litigioso y del encuadre de éste en los apdos. 12 al 20 de las Directrices relativas a las restricciones verticales. En cuanto a sus motivos, se articulaba en cinco, aunque el quinto y último aparecía designado como "sexto": el primero por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y vulneración de los arts. 1281 y siguientes CC; el segundo por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y vulneración de los arts. 1256, 1449 y 1281



y siguientes CC , así como del art. 81 (antiguo 85) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y de los Reglamentos comunitarios 1984/83 y 2790/99; el tercero por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; es el cuarto por errónea aplicación del Reglamento CE nº 2790/99 ; y el quinto, designado "sexto", por omitir la sentencia recurrida lo dispuesto en el Reglamento CE nº 1/2003 .

OCTAVO. - La parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso negando la pertinencia del planteamiento de cuestión prejudicial, proponiendo la inadmisión del recurso por su defectuosa interposición y no presentar la sentencia recurrida interés casacional, impugnando además todos y cada uno de sus motivos y solicitando se inadmitiera el recurso o, de no ser así, se desestimara íntegramente y se confirmara la sentencia recurrida en cuanto desestimaba la reconvenición, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

NOVENO .- Por providencia de 30 de abril de 2009 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de junio siguiente.

DÉCIMO .- Entre medias, concretamente el 12 de mayo, la parte recurrente presentó un escrito renunciando a su propuesta de planteamiento de cuestión prejudicial al haber quedado aclarados todos los problemas de interés por la STJCE de 11 de septiembre de 2008 que acompañaba con dicho escrito.

UNDÉCIMO .- Por providencia de 3 de junio de 2009, fecha señalada para la votación y fallo del recurso, se acordó suspender el señalamiento y, con base en el art. 197 LOPJ , someter el contenido del recurso al conocimiento del Pleno de la Sala a celebrar el 16 de julio siguiente.

DUODÉCIMO .- Sin embargo, por providencia de 8 de julio se suspendió el referido señalamiento por enfermedad del Magistrado ponente.

DECIMOTERCERO .- Por providencia de 15 de septiembre de 2009 se rechazaron diversos escritos presentados por ambas partes en el mes de julio anterior y en el propio mes de septiembre al no resultar admisibles según el art. 271.2 LEC y pretenderse mediante los mismos una aportación extemporánea de documentos y una ampliación de alegaciones no menos extemporánea.

DECIMOCUARTO .- Presentado un nuevo escrito el siguiente día 22 por la parte recurrida, mediante Diligencia de ordenación de 1 de octubre de 2009 se dio traslado a la parte recurrente y se procedió a la devolución de documentos acordada por la providencia de 15 de septiembre.

DECIMOQUINTO .- Evacuado por la parte recurrente el traslado conferido, se dictó providencia, con fecha 29 de octubre de 2009, acordando no haber lugar a modificar una providencia del 18 de mayo anterior por la que se había acordado unir a las actuaciones una copia de la STJCE de 11 de septiembre de 2008, se reiteró la devolución de escritos y documentos ya acordada mediante providencia de 15 de septiembre y se advirtió a las partes de que debían abstenerse en lo sucesivo de hacer nuevas alegaciones que ampliaran, desvirtuaran o modificasen los términos en que inicialmente se planteó el litigio y los de sus respectivos escritos de recurso de casación y oposición al mismo.

DECIMOSEXTO .- Por providencia de 13 de noviembre de 2009 se señaló la votación y fallo del recurso, por el Pleno de la Sala, para el 15 de diciembre siguiente.

DECIMOSÉPTIMO .- Con fecha 1 de diciembre de 2009 la parte recurrida aún presentó un nuevo escrito pidiendo el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJCE sobre el amparo del contrato litigioso en el Reglamento CEE 1984/1983 en atención a las ventajas económicas y financieras atribuidas al agente no genuino y en atención a la posibilidad del agente de disminuir el precio de venta al público mediante descuentos con cargo a su comisión.

DECIMOCTAVO .- Por providencia de 4 de diciembre de 2009 se rechazó el planteamiento solicitado por haberse pronunciado ya al respecto el TJCE y corresponder a los órganos jurisdiccionales nacionales la decisión del caso concreto, debiendo estarse al señalamiento acordado por providencia de 13 de noviembre anterior.

DECIMONOVENO .- El 15 de diciembre de 2009 tuvo lugar la votación y fallo del recurso.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación, interpuesto por el titular de una estación de servicio y articulado en cinco motivos aunque el último aparezca designado como "sexto" en el escrito de interposición, no plantea en realidad más que una sola cuestión jurídica de la que deba conocer esta Sala: a saber, si el contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos celebrado el 25 de enero de 1993 entre



las partes litigantes, la compañía mercantil actora-reconvenida REPSOL como abastecedora y el demandado-reconviniente como titular de la estación de servicio, era en principio encuadrable o no en la prohibición y consiguiente nulidad de pleno derecho establecida en los apdos. 1 y 2 del art. 81 CE (antes art. 85 del Tratado CE) y, en caso afirmativo, si no obstante quedaba o no amparado por los reglamentos comunitarios de exención que autorizan o legalizan bajo estrictas condiciones determinados tipos de contratos, encuadrables en principio en dicho art. 81 por poder afectar al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea y tener por objeto restringir el juego de la competencia dentro del mercado común mediante cláusulas de exclusiva.

En definitiva, se trata de determinar si el contrato litigioso, perteneciente a los comúnmente denominados "contratos de **abanderamiento**", era o no compatible con el Derecho Comunitario, hoy Derecho de la Unión porque mediante el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuyo Instrumento de Ratificación por el Reino de España se ha publicado en el BOE de 27 de noviembre de 2009, se dispone esa nueva terminología y, además, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 2 del Tratado de Lisboa), el art. 81 CE (antes art. 85 del Tratado CE) pasa a ser el art. 101 del TFUE (tablas de correspondencias del anexo al que se refiere el art. 5 del Tratado de Lisboa) y, en fin, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 9 del Tratado de la Unión Europea modificado por el art. 1 del Tratado de Lisboa). No obstante, a efectos de claridad expositiva se mantendrá la referencia al art. 81 , pero las citas de sentencias del Tribunal de Justicia se harán mediante la abreviatura STJUE siguiendo la práctica actual del propio Tribunal.

Que la referida cuestión es la única verdaderamente planteada en el recurso se desprende, en primer lugar, de su propuesta previa de planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, propuesta a la que el recurrente renunció tras dictar dicho Tribunal su sentencia de 11 de septiembre de 2008 respondiendo a una petición de decisión prejudicial de la Audiencia Provincial de Madrid en un litigio entre la abastecedora CEPSA y la sociedad limitada titular de una estación de servicio, y, en segundo lugar, del enunciado y desarrollo de sus motivos, que pese a adolecer de patentes defectos técnicos debidos al intento de que el recurso presente interés casacional con arreglo al apdo. 3 del art. 477 LEC de 2000 , giran constantemente en torno a la referida cuestión, impugnando la interpretación del contrato litigioso por el tribunal sentenciador como contrato de agencia no encuadrable en la referida prohibición (motivo primero, con cita de los arts. 1281 " y siguientes" del CC y de la jurisprudencia de esta Sala); reprochando a la sentencia recurrida su desconocimiento de la supremacía del Derecho Comunitario sobre el nacional (motivo segundo, con cita de los arts 1256, 1449 y 1281 "y siguientes" del CC, del art. 81 del Tratado CE y de los Reglamentos Comunitarios 1984/83 y 2790/99); señalando la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la posibilidad de que determinados contratos de **abanderamiento** denominados "de agencia" sean encuadrables en la prohibición de que se trata (motivo tercero); invocando el Reglamento Comunitario 2790/99 , que sustituyó al Reglamento 1984/83 , como norma con menos de cinco años en vigor que determinaría el interés casacional del recurso (motivo cuarto); y en fin, citando con este mismo fin el Reglamento Comunitario 1/2003 , que en opinión del recurrente se habría vulnerado por la falta de uniformidad entre la sentencia impugnada y las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre contratos idénticos al aquí litigioso (motivo quinto y último, designado "sexto" en el escrito de interposición).

Esta factible identificación de la cuestión jurídica planteada en el recurso comporta que deba rechazarse el óbice de admisibilidad alegado por la compañía abastecedora recurrida en su escrito de oposición al recurso, pues el auto de esta Sala de 9 de octubre de 2007 ya declaró que procedía admitirlo por razón de la cuantía litigiosa (art. 477.2-2º LEC de 2000), algo evidente por cuanto ya en la demanda inicial se pedía la condena del demandado a pagar a la actora la cantidad de 267.755'55 euros, razonándose en el mismo auto que nada impedía la alegación de interés casacional como complemento de la infracción de ley. Por tanto, si el núcleo perfectamente identificable del recurso es la contravención del Derecho de la Unión por la sentencia recurrida, claro está que procede entrar a conocer del mismo pese a las objeciones previas de la parte recurrida.

SEGUNDO. Antes de analizar la razón de fondo del recurso conviene exponer cómo fue el desarrollo del litigio.

La demanda inicial se presentó el 12 de noviembre de 2002 por la compañía abastecedora pidiendo la resolución, con efectos del 11 de julio del mismo año, del contrato celebrado el 25 de enero de 1993 con el demandado por haber incumplido éste el pacto de exclusiva, abasteciéndose de otros proveedores, y una indemnización de daños y perjuicios cifrada en 267.755'55 euros por los beneficios que la actora habría podido obtener de la distribución de sus productos en la estación de servicio explotada por el demandado.

En su escrito de contestación a la demanda el demandado alegó, ya con carácter previo, la nulidad absoluta del referido contrato por inexistencia de causa, indeterminación del precio y, subsidiariamente, ilicitud de la causa por dejarse la fijación del precio al exclusivo arbitrio de la compañía abastecedora; puso de manifiesto que el contrato, al margen de su denominación, era de compra en firme o reventa y no de comisión; negó que hubiera



incumplido el pacto de exclusiva, justificando el descenso de ventas de los productos de la actora por diversas razones; discutió la suma indemnizatoria fijada por ésta; pidió la íntegra desestimación de la demanda; y en fin, formuló reconvencción pidiendo la nulidad del contrato por resultar incompatible con el art. 81.1 del Tratado CE, norma imperativa vulnerada mediante la contravención de los Reglamentos comunitarios 1984/83 y 2790/99, y por inexistencia e ilicitud de la causa, así como la aplicación a su favor del art. 1306-2º CC, proponiendo como criterio a seguir en este punto que la actora-reconvenida le pagara una cantidad calculada por la diferencia entre los precios ofrecidos por otros operadores y los precios de adquisición abonados efectivamente a aquélla, aunque con detracción de la comisión.

La sentencia de primera instancia, desestimando la demanda inicial y estimando parcialmente la reconvencción, reconoció el carácter de revendedor del demandado-reconviniente y declaró nulo el contrato litigioso no sólo por su incompatibilidad con el art. 81.1 del Tratado CE y los Reglamentos 1984/83 y 2790/99, así como con el art. 6.3 CC, sino también por inexistencia o ilicitud de la causa, pero sin condenar a la actora-reconvenida a pagar cantidad alguna al demandado-reconviniente. Fundamentos de este fallo son, en esencia, los siguientes: el contrato litigioso, denominado "*CONTRATO DE ABASTECIMIENTO EN EXCLUSIVA DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS A ESTACIONES DE SERVICIO EN RÉGIMEN DE AGENCIA*", dejaba el control de los precios en manos de la compañía abastecedora; impedía por tanto el juego de la libre competencia; además obligaba al propietario de la estación de servicio a asumir unos riesgos que excedían de los propios de un agente, ya que debía abonar el importe de los productos antes incluso de su suministro, corría con el riesgo de tales productos desde el momento mismo en que los recibía y asumía el riesgo derivado de impagos por los consumidores finales; en consecuencia el demandado-reconviniente era un empresario independiente que actuaba como comprador y vendedor, pues no se limitaba a buscar compradores en interés de la compañía abastecedora sino que compraba en firme para revender, pagando un precio que en ningún caso podía considerarse como comisión; por ello la cuestión litigiosa debía resolverse desde la perspectiva de la sentencia de esta Sala de 2 de junio de 2000, es decir, examinando la adecuación o inadecuación del contrato litigioso al Derecho Comunitario; al no ser este contrato de agencia, entraba en el ámbito prohibitivo del artículo 85 del Tratado CEE; además, el contrato también era nulo por inexistencia o ilicitud de la causa al no determinarse suficientemente el precio, cuya fijación se dejaba al arbitrio de la actora-reconvenida mediante la fórmula genérica "*dentro de los límites legalmente autorizados*"; sin embargo, en fin, no procedía aplicar el art. 1303 CC en favor del demandado-reconviniente porque éste había asumido voluntariamente el contenido del contrato durante toda su vigencia y la larga duración de ésta impedía calcular con exactitud el desequilibrio patrimonial, a lo que se unía la prohibición por la LEC de 2000 de dejar para ejecución de sentencia la cantidad a pagar por la parte perdedora del litigio.

Interpuesto recurso de apelación por la compañía actora-reconvenida y formulada impugnación subsiguiente por el demandado-reconviniente, la sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de aquélla y considerando por esto innecesario analizar la impugnación subsiguiente, estimó parcialmente la demanda inicial, declaró resuelto el contrato litigioso por incumplimiento del demandado-reconviniente, aunque sin indemnización alguna a favor de la actora-reconvenida, y desestimó la reconvencción. Fundamentos de este fallo son, en síntesis, los siguientes: el contrato litigioso se asemejaba a los de agencia, pues el titular de la estación de servicio, como intermediario independiente, asumía la conclusión de contratos por cuenta y en nombre de la compañía abastecedora "*aceptando, por haberse así estipulado*", conforme autoriza el art. 1 de la Ley del Contrato de Agencia de 1992, "*los riesgos de las ventas no cobradas al contado*"; el contrato no contenía obligaciones propias de un contrato de compraventa en firme; el titular de la estación de servicio dispuso de plena libertad, a la fecha de celebración del contrato, para haber contratado con otros proveedores; este mismo litigante vino ejecutando el contrato voluntariamente a lo largo de los años, pues no lo denunció hasta el 25 de enero de 2002 y, por ende, de un modo puramente genérico, sin referirse a la naturaleza del contrato ni a su transformación al régimen de reventa; en ningún caso, por tanto, discutió ni se opuso a las comisiones que se le abonaban; que el contrato era de agencia y no de venta en firme resultaba de su propia estipulación 5ª.7 y del apdo. F) de su anexo II al prever la posible sustitución por mutuo acuerdo de un régimen por el otro; tanto de los documentos periódicos de liquidación como de la documentación fiscal presentada por el demandado-reconviniente ante la autoridad tributaria resultaba que lo que percibía eran auténticas comisiones; además, las finalidades de implantación, promoción y difusión de la imagen de la compañía abastecedora, e incluso la colaboración y asistencia técnica, financiera y comercial, casaban mal con un mero contrato de compraventa o venta en firme; conforme al art. 1 de la Ley de Contrato de Agencia de 1992 la asunción de un riesgo por el agente no desnaturaliza un contrato de este tipo; el que el riesgo de los productos corrieran a cargo del titular de la estación de servicio desde su entrega por la abastecedora no podía considerarse aisladamente como un indicio de transmisión de la propiedad de tales productos al agente, sino como una manifestación de la obligación de conservación propia de los agentes; tampoco eran relevantes ni la forma de pago de los productos suministrados ni la asunción del riesgo de impago por los consumidores finales; en la ejecución del contrato litigioso el pago anticipado por el titular de la estación de servicio sólo tuvo lugar en un periodo



muy concreto (diciembre de 1996 y abril a junio de 1998) y después de haber incurrido en algunos retrasos, aplicándose en general la fórmula alternativa, a elección del agente, de pago en el plazo máximo de nueve días; el que el demandado-reconviniente asumiera el eventual crédito a los consumidores finales por ventas al contado o mediante tarjeta tampoco desnaturalizaba el contrato, sino que implicaba la asunción del propio riesgo en el ejercicio de su actividad como empresario individual; no había, pues, contrato de compraventa de combustible cuyo precio quedara al libre arbitrio del vendedor; las obligaciones asumidas por la compañía abastecedora, además, difícilmente podían considerarse reveladoras de un contrato de compraventa (abono inicial de 134.550.000 ptas. por mejora de la gestión empresarial, inversiones para la implantación de su imagen, pago del calzado de los empleados, compensaciones de 19 millones de ptas. por objetivos y 2.083.800 ptas. por incentivos); el contrato litigioso resultaba conforme con el Reglamento 1984/83 según el criterio de las sentencias de esta Sala de 11 de diciembre de 2002 y 20 de junio de 2001 ; el contrato tenía una causa existente y lícita porque el importe de la comisión era determinable conforme al art. 1447 CC y, además, el demandado-reconviniente aceptó durante años las liquidaciones correspondientes sin oponer reparo alguno; el demandado-reconviniente incumplió el pacto de exclusiva con toda evidencia a partir del 22 de enero de 2002; la actora-reconvenida intentó acomodar el contrato al nuevo Reglamento Comunitario 2790/99 sin que aquél mostrara interés alguno; y en fin, sin embargo no procedía indemnización alguna a favor de la actora-reconvenida por no haber acreditado el perjuicio ni propuesto prueba alguna al respecto.

Contra la sentencia de apelación ambas partes prepararon e interpusieron sendos recursos de casación, pero el de la actora-reconvenida fue inadmitido por el ya citado auto de esta Sala de 9 de octubre de 2007 que, en cambio, admitió el del demandado-reconviniente.

Con posterioridad a dicho auto y al escrito de oposición de la parte recurrida el recurrente presentó un escrito aportando copia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2008 (asunto prejudicial C-279/06) y renunciando a su antedicha propuesta de que esta Sala planteara cuestión prejudicial. Pese a justificarse debidamente el traslado de dicho escrito y del referido documento a la parte recurrida, ésta no hizo alegación alguna al respecto, aunque posteriormente, tras acordarse que el presente recurso fuera resuelto por el Pleno de los magistrados de esta Sala, ambas partes se dedicaron a presentar escritos, algunos adjuntando documentos, que se han ido rechazando por extemporáneos y por suponer un intento de alterar los términos del debate, según se ha especificado ya en los antecedentes, pretendiéndose incluso por la parte recurrida, mediante un escrito presentado el 1 de diciembre de 2009, cuando la votación y fallo del recurso ya estaba señalada para el siguiente día 15, que esta Sala planteara cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pretensión rechazada mediante providencia de 4 de diciembre por haberse pronunciado ya dicho Tribunal sobre las cuestiones jurídicas a las que se refería la parte recurrida y corresponder al juez nacional, conforme a la doctrina del propio Tribunal, conocer de las controversias relativas a las circunstancias de hecho del litigio de origen.

TERCERO. La decisión del presente recurso ha de ajustarse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en la referida sentencia de 11 de septiembre de 2008, así como en las de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05) y 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), y a la jurisprudencia de esta Sala que a partir de su sentencia de 2 de junio de 2000 (rec. 2355/95) viene manteniendo la doctrina de la nulidad civil de los contratos de abastecimiento en exclusiva que no queden amparados por los Reglamentos Comunitarios de exención; dicho de otra forma, que restrinjan la libre competencia sin ofrecer las ventajas objetivas, de mejora de distribución de los productos, que excepcionalmente justifican su legalidad mediante la técnica de la exención por categorías propia de tales Reglamentos, que a su vez permiten a la Comisión retirar el beneficio de la exención a acuerdos o contratos entre empresas que, cumpliendo las condiciones para tal autorización, sin embargo, surtan efectos incompatibles con el apdo. 3 del art. 81 CE. La regla es, por tanto, la prohibición y consiguiente nulidad de los contratos entre empresas que restrinjan la libre competencia; la excepción, su admisibilidad y consiguiente validez si contribuyen a mejorar la distribución y cumplen determinados requisitos.

La STJUE 11-9-2008 (asunto C-279/06), respondiendo a la petición de decisión prejudicial formulada por la Audiencia Provincial de Madrid, resolvió lo siguiente: "1) *Un contrato de suministro exclusivo de carburantes y combustibles así como de lubricantes y demás productos afines puede estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, cuando el titular de la estación de servicio asume, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de estos productos a terceros y dicho contrato contiene cláusulas que pueden menoscabar el juego de la competencia, como la referente a la fijación de los precios de venta al público. En el caso de que el titular de la estación de servicio no asuma tales riesgos o asuma únicamente una parte insignificante de éstos, sólo pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición las obligaciones impuestas al titular en el marco de los servicios de intermediario que éste ofrece al comitente, como las cláusulas de exclusividad o de no competencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, además, si el contrato celebrado el 7 de febrero de 1996 entre CEPSA*



Estaciones de Servicio, S.A., y L.V. Tobar e Hijos, S.L., tiene por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el sentido del artículo 81 CE .

2) Un contrato de suministro exclusivo como el mencionado en el punto precedente del presente fallo puede beneficiarse de una exención por categoría prevista por el Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983 , relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo [81] del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, modificado por el Reglamento (CE) nº 1582/97 de la Comisión, de 30 de julio de 1997 , si respeta la duración máxima de diez años contemplada en el artículo 12, apartado 1, letra c), de este mismo Reglamento y si el suministrador concede al titular de la estación de servicio, como contrapartida de la exclusividad, ventajas económicas importantes que contribuyen a una mejora de la distribución, facilitan la instalación o la modernización de la estación de servicio y reducen los costes de distribución. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si se cumplen estos requisitos en el asunto principal.

3) Los artículos 10 a 13 del Reglamento nº 1984/83 , modificado por el Reglamento nº 1582/97 , deben interpretarse en el sentido de que excluyen la aplicación de la exención por categoría a un contrato de suministro exclusivo que prevé la fijación del precio de venta al público por parte del suministrador. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en virtud del Derecho nacional, la cláusula contractual relativa a este precio de venta puede modificarse mediante una autorización unilateral del suministrador, como la examinada en el asunto principal, y si un contrato nulo de pleno derecho puede pasar a ser válido tras una modificación de esta cláusula contractual que tenga por efecto hacerla conforme con el artículo 81 CE, apartado 1 .

4) La nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 81 CE, apartado 2 , únicamente afecta a un contrato en su integridad cuando las cláusulas incompatibles con el apartado 1 del mismo artículo no pueden separarse del propio contrato. En caso contrario, las consecuencias de la nulidad respecto de todos los demás elementos del contrato no están comprendidas en el ámbito del Derecho comunitario".

De los fundamentos de esta sentencia, que a su vez se remite a la STJUE 14-12-06 (asunto C-217/05 , cuestión prejudicial planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo español) en cuanto a los criterios para determinar cuándo los contratos entre compañías petroleras y titulares de estaciones de servicio entran en el ámbito de aplicación del art. 85 Tratado CEE por ser el titular de la estación de servicio un operador económico independiente y el contrato, por tanto, un acuerdo entre dos empresas, interesa destacar ante todo, en primer lugar, la presunción de que el titular de la estación de servicio, aunque el contrato se denomine de agencia, asume los riesgos financieros y comerciales, siendo entonces un empresario independiente, cuando se convierte en propietario de los productos suministrados en el momento en que los recibe del proveedor, cuando se hace cargo, directa o indirectamente, de los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular los costes de transporte, cuando corre con los gastos de conservación de las existencias, cuando asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros, o cuando soporta el riesgo financiero de los productos en el supuesto de que esté obligado a pagar al suministrador el importe correspondiente a la cantidad de carburantes suministrada en vez de la efectivamente vendida (apdo. 38); en segundo lugar, que el contrato no entraría en el ámbito prohibitivo del Tratado sólo si el titular de la estación de servicio soportara "una parte insignificante de los riesgos" (apdo. 40); en tercer lugar, que incluso en el caso de un verdadero o genuino contrato de agencia sólo quedarían excluidas de la prohibición las obligaciones impuestas al agente en relación con la venta de los productos a terceros, como sería la fijación del precio de venta al público, pero no las cláusulas de exclusividad y competencia (apdo. 41); en cuarto lugar, que si el contrato no es genuino de agencia y por tanto puede considerarse celebrado entre empresas independientes, la fijación del precio de venta al público constituye una restricción de la competencia que hace que el acuerdo caiga dentro del ámbito de la prohibición siempre que tenga por objeto o efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros (apdo. 42); y en quinto lugar, que si la relación contractual se da entre dos empresas, esto es si el contrato no es puro o genuino de agencia , "la aplicación de la exención por categoría queda excluida si, además de la cláusula de exclusividad de suministro, el contrato celebrado entre ambas contiene una cláusula que prevé la fijación por el suministrador del precio de venta al público" , por no aparecer en el art. 11 del Reglamento nº 1984/83 la fijación del precio de venta al público entre las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, podían imponerse al revendedor (apdos. 64 y 65).

Más recientemente, la STJUE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07) ha respondido a una petición de decisión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona, formulada en un litigio en el que era parte la abastecedora "TOTAL" , que " 3) Las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público, como las controvertidas en el litigio principal, pueden acogerse a la exención por categorías en virtud del Reglamento nº 1984/83 , en su versión modificada por el Reglamento nº 1582/97 , y del Reglamento nº 2790/99 , si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una



posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal."

De los fundamentos de esta sentencia interesa destacar que, en principio, las cláusulas de fijación del precio de venta al público no se consideran cubiertas por la exención del Reglamento nº 1984/83 (apdo. 73); que no pueden acogerse a los Reglamentos nº 1984/83 y nº 2790/99 los acuerdos por los que el proveedor fija el precio de venta al público o impone un precio de venta mínimo, aunque el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo (apdo. 75); que la manera de calcular el precio de venta recomendado carece de relevancia, siempre que se deje al revendedor un margen de libertad para determinar efectivamente el precio de venta, si bien *"no se da tal libertad cuando el proveedor impone al revendedor un margen de distribución fijo del que no puede apartarse"* (apdo. 78); que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar las modalidades de fijación del precio de venta al público en el litigio principal y en concreto verificar, *"teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo"* (apdo. 79); que asimismo incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado comprobando, en particular, si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos (apdo. 80); que si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que el revendedor estaba obligado a respetar el precio de venta fijo o mínimo fijado por el proveedor, el contrato no podrá acogerse a la exención por categorías ni en virtud del Reglamento nº 1984/83 ni en virtud del Reglamento nº 2790/99 (apdo. 81); que sin embargo la fijación del precio de venta al público, aun cuando constituya una restricción de la competencia expresamente prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, letra a), sólo supone que el contrato incurra en la prohibición si se reúnen todos los demás requisitos para la aplicación de ésta, es decir, si el acuerdo o contrato *"tiene por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros"* (apdo. 82); y en fin, que si bien los acuerdos de compra en exclusiva no tienen por objeto restringir la competencia, en el sentido del art. 81 CE, no obstante es preciso verificar *"si no tienen por efecto impedir, restringir o falsear su juego"*, debiendo tenerse en cuenta *"el contexto económico y jurídico"* y, por consiguiente, *"analizar los efectos que produce dicho contrato, en relación con otros contratos del mismo tipo, sobre las posibilidades de que disponen los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en éste su cuota de mercado"* (apdo. 83).

En cuanto a la jurisprudencia más reciente de esta Sala, la sentencia de 15 de abril de 2009 (rec. 1016/04) anula un contrato similar al aquí litigioso porque *"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"*; la sentencia de 20 de noviembre de 2008 (rec. 2396/03), con expresa cita de la STJUE 14-12-06, declara esto mismo sobre varios contratos idénticos al aquí litigioso y, además, que lo decisivo para enjuiciar la adecuación del contrato litigioso al Derecho comunitario *"es más la realidad económica que la calificación jurídica"*, en especial la distribución de los riesgos financieros y comerciales, especificando también, de un lado, que el Reglamento aplicable al caso era el nº 1984/03 por haberse celebrado el contrato litigioso antes de la entrada en vigor del Reglamento nº 2790/90 y, de otros, que la nulidad de la cláusula de fijación del precio *"es suficiente para acarrear la nulidad"*; y en fin, la sentencia de 3 de octubre de 2007 (rec. 3962/00), remitiéndose también expresamente a la STJUE 14-13-06, señala que si el titular de la estación de servicio asume en proporción no insignificante uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros, el contrato no está cubierto por el Reglamento nº 1984/83 en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público.

CUARTO .- De examinar el recurso con arreglo a la indicada doctrina del Tribunal de Justicia de las Unión Europea y a la reseñada jurisprudencia de esta Sala se desprende que procede su estimación porque, según el contrato, el titular de la estación de servicio asumía en proporción con insignificante riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros y, además, se le imponía la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por la compañía abastecedora.



Ciertamente, como se ha indicado ya, el recurso adolece de patentes defectos técnicos que, en no pocos pasajes de los respectivos alegatos de sus motivos, se traducen en falta de consistencia o base real. Así, cuando en el motivo primero parece reprochar al tribunal sentenciador el haber calificado el contrato litigioso prescindiendo de sus cláusulas, siendo así que, al margen del mayor o menor acierto de dicho tribunal al calificar el contrato, lo cierto es que sí atiende a su contenido, y la mejor prueba de ello es su declaración de que el hoy recurrente, según lo estipulado, asumió los riesgos de las ventas no cobradas al contado; cuando en el motivo segundo acusa al tribunal sentenciador de desconocer la primacía del Derecho comunitario, siendo así que basta con leer el fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada para comprobar lo contrario; cuando en el motivo cuarto invoca interés casacional por ser aplicable el Reglamento nº 2790 /99, con menos de cinco años de vigencia al iniciarse el litigio, siendo así que el contrato litigioso se celebró en 1993 y por tanto bajo la vigencia del Reglamento nº 1984/83 ; o en fin, cuando en el último motivo vuelve a invocar interés casacional pero citando ahora el Reglamento CE nº 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 , por no haber procurado el tribunal sentenciador la debida uniformidad con los criterios del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, siendo así que el art. 45 de dicho Reglamento dispone que éste sería aplicable a partir del 1 de mayo de 2004 y la sentencia recurrida se dictó el 10 de marzo anterior.

Sin embargo lo decisivo del recurso, la cuestión jurídica verdaderamente planteada, es, como también se ha indicado anteriormente, si el contrato litigioso era o no nulo por contravenir el Derecho comunitario sobre defensa de la competencia, cuestión que se plantea con la nitidez suficiente en el motivo segundo mediante la cita del art. 81 Tratado CE (antiguo art. 85 Tratado CEE), de los Reglamentos comunitarios nº 1984/83, de 22 de junio, y 2790/99, de 22 de diciembre, y de la jurisprudencia de esta Sala.

Sobre esta cuestión jurídica relevante el error de la sentencia impugnada consiste en no haber advertido la posibilidad de contratos que, aun siendo en abstracto calificables como de agencia con arreglo a la Ley española 12/92 , puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia ya que *"los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste"* (STJUE 14-12-06, apdo. 43). En definitiva, y desde el punto de vista que aquí interesa, se trata de que un acuerdo entre empresas formalmente calificable y denominado como de agencia, e incluso encuadrable como tal en la Ley 12/92 , no sirva, precisamente por ese amparo o cobertura formal, para eludir las normas de defensa de la competencia.

Que esto es lo sucedido con el contrato litigioso se desprende con toda claridad de su contenido, por más que se titule *"CONTRATO DE ABASTECIMIENTO EN EXCLUSIVA DE PRODUCTOS PETROLIFEROS A ESTACIONES DE SERVICIO, EN RÉGIMEN DE AGENCIA"* y sus cláusulas y parte expositiva aludan constante y continuamente al titular de la estación de servicio, hoy recurrente, como *"el AGENTE"*

Debiendo tomarse como punto de partida que *"el agente"* se obliga a abastecerse en exclusiva, y en su totalidad, de los carburantes que le suministre la otra parte (cláusulas 1ªb, 3ª.2 y 4ª), el contenido del contrato revela que aquél asume en proporción nada insignificante varios riesgos vinculados a la venta de los productos a terceros. Como especialmente significativo destaca el riesgo derivado de las ventas pagadas mediante tarjeta de crédito de la red de la compañía abastecedora; en definitiva, el del impago final por el cliente de la estación de servicio (doc. nº 35 de la contestación-reconvencción), siendo a su vez este riesgo uno de los expresamente contemplados por la STJUE 14-12-06 (apdo. 56) como índice para distinguir al agente no genuino. Además, el apdo. 5 de la cláusula quinta impone al hoy recurrente el pago al contado *"al tiempo de efectuarse los distintos pedidos de los productos"* , con la única alternativa de pagar en un plazo máximo de nueve días a partir de la entrega o suministro de los productos, pero esto último sólo si *"el agente"* prestaba *"previamente garantías suficientes a juicio de REPSOL COMERCIAL"*, y el apdo. 6 de la misma cláusula establece que el retraso en los pagos dará lugar al devengo automático de los correspondiente intereses de demora, sin necesidad de reclamación, a un tipo igual al interés legal del dinero incrementado en cuatro puntos porcentuales, pudiendo REPSOL *"suspender los suministros hasta la regularización de la deuda"* . Por otro lado el apdo. 2 de la cláusula séptima obliga al *"agente "* a *"tener la Estación de Servicio permanentemente abastecida de los productos objeto de la exclusiva de suministro, a cuyo efecto deberá formular sus pedidos con la antelación precisa, habida cuenta de las condiciones con que REPSOL COMERCIAL sirva tales pedidos y de las necesidades usuales del punto de venta"* . Finalmente, el apdo. 4 de la misma cláusula dispone que *"EL AGENTE asume el riesgo de los productos objeto de la exclusiva desde el momento en que los reciba de REPSOL COMERCIAL y éstos se introduzcan en los depósitos o almacenes existentes en la Estación de Servicio, teniendo, desde ese momento, la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y respondiendo, en su caso, tanto frente a REPSOL COMERCIAL como frente a terceros, de cualquier contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar"*.



Todo este conjunto de obligaciones impuestas al hoy recurrente revela que éste no era un agente genuino en el sentido señalado por doctrina del TJUE, pues si bien algunas de aquellas sí son propias de los agentes, como la de conservar los productos en las debidas condiciones, sin embargo globalmente consideradas destierran por completo la idea de que el hoy recurrente fuese, en el contexto real económico y jurídico, un operador económico dependiente de REPSOL o un auxiliar integrado en su empresa, pues como señaló la STJUE 14-2-06, *"el juez nacional debe determinar quién asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros"*, y *"en el caso de que el titular fuera responsable de estos daños, independientemente de si cumplió o no la obligación de conservar dichos productos en condiciones adecuadas para evitar toda pérdida o deterioro, debería considerarse que el riesgo se le ha transmitido"* (apdo. 55).

Por último, en lo que atañe a la calificación del contrato, no debe dejar de señalarse que la propia actora-reconvenida REPSOL, en su escrito presentado el 1 de diciembre último interesando que esta Sala plantease cuestión prejudicial al TJUE, viene a reconocer que la relación concertada por ella en 1993 con el hoy recurrente era *"una relación jurídica de agencia no genuina"* (1ª de las cuestiones prejudiciales propuestas).

QUINTO .- Por lo que se refiere a la fijación del precio de venta al público, el inicial criterio rigorista de la STJUE 14-12-06 de que el Reglamento nº 1984/83 no amparaba los contratos que impusieran al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador (punto 2º) ha sido modulado por las SSTJUE 11-9-08 y 2-4-09 en el sentido ya indicado de que las cláusulas relativas a los precios de venta al público sí pueden acogerse a la exención por categorías en virtud de aquel Reglamento si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público.

Esta doctrina determina que también deba matizarse la jurisprudencia de esta Sala sobre la falta de paliativo alguno, en el Reglamento nº 1984/83, de las cláusulas de fijación y control del precio por el proveedor (STS 15-4-09 y, sobre todo, STS 20-11-08, sobre unos contratos idénticos al aquí litigioso) y, en consecuencia, que proceda analizar el contrato litigioso en averiguación de si, realmente, permitía la hoy recurrente vender los productos a un precio inferior al indicado por la proveedora hoy recurrida.

Esta última parte litigante invoca en su favor la posibilidad, reconocida al "agente" en la cláusula quinta del contrato, de hacer descuentos con cargo a su comisión.

El apdo. 1 de la referida cláusula, que es el que hace mención al descuento, reza literalmente así: *"EL AGENTE, como comisionista, comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de REPSOL COMERCIAL en el precio y demás condiciones por la misma señalados, dentro de los límites legalmente autorizados. Cualquier descuento que pudiera aplicar será con cargo a su comisión. Las ventas a los clientes serán al contado. El crédito que pueda eventualmente conceder el Agente será por su cuenta y riesgo"*.

Ahora bien, este apartado no debe considerarse aisladamente o al margen de otros apartados de la misma cláusula que en gran medida permiten cuestionar que la posibilidad de descuento con cargo a la comisión del hoy recurrente fuera real. Así, el apdo. 3 dispone que *"para el cálculo a satisfacer a REPSOL COMERCIAL se tendrá en cuenta en todo caso el volumen íntegro suministrado y el precio de venta al público fijado por aquella, sin perjuicio de las oportunas liquidaciones o regularizaciones por las modificaciones de precios que se produzcan, respecto de los productos existentes en la Estación de Servicio al tiempo de aquellas"*. A su vez el apdo. 4 establece que *"a fin de proceder a las correspondientes liquidaciones, cuando por REPSOL COMERCIAL o en virtud de la oportuna disposición administrativa se varíen los precios de venta al público de los productos, el AGENTE deberá presentar una declaración de existencias de cada producto, referida al momento inmediatamente anterior a aquél en que entren en vigor los nuevos precios"*. El apdo. 5, ya examinado anteriormente al tratar de la condición de agente no genuino del hoy recurrente, imponía a éste el pago al contado, *"al tiempo de efectuarse los pedidos"*, con una única alternativa de pago a los nueve días previa constitución de garantías suficientes a juicio de REPSOL. Y, en fin, el apartado 7, que confería a esta misma parte contratante la facultad de sustituir el régimen de agencia por el de venta en firme, previendo para tal caso una determinación por mutuo acuerdo de los precios de adquisición a pagar por el titular de la estación de servicio, disponía que en tanto no se llegara a ese mutuo acuerdo el precio aplicable sería *"el resultante de detracer del precio de venta al público recomendado por el suministrador el importe de la comisión que últimamente viniera percibiéndose por el AGENTE"*, lo que indica que, en el régimen de "agencia" bajo el cual se vino ejecutando el contrato litigioso, para la propia REPSOL el precio de venta al público no era recomendado sino fijado por ella misma.

A igual conclusión se llega examinando los documentos relativos tanto a las comisiones para los sucesivos años de vida del contrato como a las liquidaciones por cada compra de productos por el hoy recurrente a REPSOL, pues márgenes comerciales entre 5 y 6 ptas. litro para productos que el hoy recurrente debía pagar a



entre 67 y 130 ptas., según producto y fase contractual, no permitían una posibilidad real de descuentos con cargo a esos márgenes por parte de quien tenía que correr con los gastos corrientes de la estación de servicio por más que REPSOL pechara con los de **abanderamiento**.

SEXTO .- Finalmente, una vez descartado que el contrato litigioso quedara amparado por la exención prevista en el art. 10 del Reglamento nº 1984/83 al contener una fijación por el proveedor del precio de venta al público (STJUE 2-4-09, apdo. 73), también se aprecia que dicho contrato, idéntico a los examinados por la STS 20-11-08, disminuía las posibilidades de los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en éste su cuota de mercado (STJUE 2-4-09, apdo. 83), pues es notoria la posición especialmente fuerte de REPSOL en el territorio español.

SÉPTIMO .- En consecuencia el recurso de casación ha de ser estimado al no quedar amparada la cláusula de exclusiva del contrato litigioso por dicho Reglamento, que era el aplicable porque los intentos de la compañía abastecedora de adaptar el contrato al nuevo Reglamento nº 2790/99 (que permitía fijar precios máximos) no podían implicar su validez retroactiva (STJUE 11-9-08, apdo. 73).

OCTAVO .- La estimación del recurso, sin embargo, no puede producir las consecuencias pretendidas por el recurrente en su escrito de interposición, consistentes en que la compañía abastecedora le pague la diferencia entre el precio que efectivamente le cobró, es decir el facturado menos comisiones, *"y el precio más bajo semanal ofrecido por otros Operadores, en régimen de compra en firme, a Estaciones de Servicio de sus mismas características"*.

Es cierto que según la doctrina del TJUE el Derecho comunitario, hoy de la Unión, debe tener un efecto útil, como también lo es que el art. 1303 CC impone la restitución recíproca de las prestaciones en caso de nulidad. Pero no lo es menos que, correspondiendo al Juez nacional determinar las consecuencias concretas de la nulidad en cada caso (apdo. 79 de la STJUE 17-9-08, con cita de otras anteriores), tales consecuencias deben limitarse, en el aquí examinado, a la mera declaración de nulidad por infracción de una norma prohibitiva, con arreglo a lo previsto en el art. 6.3 CC, lo que lógicamente comporta la improcedencia de la resolución por incumplimiento instada por la actora-reconvenida y acordada por la sentencia impugnada. Esto es así porque, como señala la sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2009 (rec. 192/04), la restitución recíproca contemplada en el citado art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual y, además, desde la perspectiva del enriquecimiento injusto habría que computar la ganancia del titular de la estación de servicio y todas las ventajas derivadas de su **abanderamiento**. Así las cosas, teniendo en cuenta que el hoy recurrente no denunció la contravención del Derecho comunitario hasta verse demandado por la compañía abastecedora por vulneración del pacto de exclusiva, a diferencia del litigio en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE 11-9-08; que en su momento pudo haber contratado con otras compañías abastecedoras; que durante más de nueve años estuvo beneficiándose del **abanderamiento** por una compañía líder del sector, obteniendo así importantes cantidades tanto directamente de la propia compañía como derivadas de la venta de los productos a terceros; y en fin, que la compañía abastecedora le ofreció adaptar el contrato al nuevo Reglamento nº 2790/99 sin que el hoy recurrente mostrara el menor interés, procede desestimar lo que en realidad constituye una pretensión resarcitoria por su parte, pues del art. 1306-1ª CC se desprende que la buena o mala fe de los contratantes también es relevante a la hora de determinar las consecuencias de la nulidad.

NOVENO .- Todo lo antedicho se traduce en que la casación de la sentencia recurrida comporte la confirmación del fallo de la sentencia de primera instancia salvo en cuanto declara nulo el contrato litigioso también por causa inexistente o ilícita, pronunciamiento revocado en apelación sin que el hoy recurrente haya extendido su recurso de casación a este punto.

La confirmación del fallo de la sentencia de primera instancia debe comprender también su pronunciamiento sobre costas, plenamente ajustado a los términos del art. 394 LEC de 2000.

En cuanto a las costas de la segunda instancia, deben imponerse a la actora-reconvenida las causadas por su recurso de apelación y al demandado-reconviniente las causadas por su impugnación-subsiguiente, todo ello conforme al art. 398.1 de dicha ley procesal, ya que el posible fundamento válido de aquella apelación inicial, en cuanto impugnaba la declaración de nulidad del contrato también por causa inexistente o ilícita, no debe ocultar que en cualquier caso procedía mantener la declaración de nulidad del contrato fundada en su incompatibilidad con el Derecho comunitario.

Finalmente, conforme al apdo. 2 de dicho art. 398 no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

DÉCIMO .- Conforme al apdo. 3 del art. 212 LEC añadido por la D. Adicional 2ª. 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la presente sentencia deberá ser comunicada a la Comisión Nacional de



la Competencia, como ya se acordó en su momento respecto de las sentencias de esta Sala de 3 de octubre de 2007, 20 de noviembre de 2008, 15 de abril de 2009 y 30 de junio de 2009 .

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

FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por el demandado-reconviniente D. Rafael , representado ante esta Sala por el Procurador D. David García Riquelme, contra la sentencia dictada con fecha 10 de marzo de 2004 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra en el recurso de apelación nº 2/04.

2º.- **CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA** , dejándola sin efecto en cuanto revoca totalmente la sentencia de primera instancia.

3º.- En su lugar, **CONFIRMAR EL FALLO DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** , salvo en su apreciación de inexistencia o nulidad de la causa, incluyéndose en la confirmación su pronunciamiento sobre costas.

4º.- Imponer a la actora-reconvenida las costas de su recurso de apelación y al demandado-reconviniente las de su impugnación subsiguiente.

5º.- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

6º.- Y que por el Secretario judicial se comunique la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.- Francisco Marin Castan.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- FIRMADO Y RUBRICADO.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.