

Roj: **STS 6891/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6891**Id Cendoj: **28079110012012100611**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/10/2012**Nº de Recurso: **347/2010**Nº de Resolución: **601/2012**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 10820/2009,**
STS 6891/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Octubre de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la compañía mercantil demandante ZORITA S.L. ESTACIÓN DE SERVICIO, representada ante esta Sala por la procuradora D^a Patricia Gil Guillorme, contra la sentencia dictada el 30 de octubre de 2009 por la Sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 10/09 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 324/05 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, sobre nulidad de contrato de **abanderamiento** de estación de servicio. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil demandada GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A. (Unipersonal), representada ante esta Sala por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de julio de 2005 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil ZORITA S.L. ESTACIÓN DE SERVICIO contra la compañía mercantil "Galp Energía S.A." solicitando se dictara sentencia por la que:

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

En cuanto a la fijación de los Precios de Venta al Público por parte de GALP ESPAÑA, S.A. a ESTACIÓN DE SERVICIO ZORITA, S.L., en aplicación del art. 81. 2 del Tratado de Amsterdam, por incurrir el Contrato en la prohibición del art. 81.1 del Tratado de Amsterdam, al no encontrarse el Contrato exento de su prohibición por vulnerar tanto el Considerando 8º, en relación con el art. 11 del Reglamento CE 1984/83 vigente en el momento de la suscripción del contrato, así como por vulneración del art. 4 a) del Reglamento CE 2790/99, vigente a día de la fecha, y el apartado 47 de las Directrices sobre Restricciones Verticales.

*2.- En cualquier caso, y sin perjuicio de la declaración de Nulidad radical solicitada, se condene a la demandada GALP ESPAÑA, S.A., a indemnizar a ESTACIÓN DE SERVICIO ZORITA, S.L., por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la imposición unilateral a mi mandante de las condiciones económicas de las operaciones de venta al público de productos petrolíferos. Indemnización que sin perjuicio de ser cuantificada con total exactitud en fase probatoria, deberá ser la resultante de aplicar los términos de la siguiente ecuación: la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por ESTACIÓN DE SERVICIO ZORITA, S.L., en cumplimiento del Contrato privado de fecha 7 de marzo de 1995 de **Abanderamiento** y Abastecimiento en exclusiva y la media de los precios semanales que se acredite en periodo probatorio, fueran ofrecidos por otros Operadores en régimen de compra en firme o reventa, a otras Estaciones de Servicio, por el número*



de litros vendidos desde el momento en que entró en vigor el contrato (6 de octubre de 1995), hasta el momento de extinción del contrato cuya nulidad denunciarnos, con los intereses que dichas cantidades hubieran generado, conforme a las bases establecidas en la presente Demanda (Fundamento de Derecho V, apartado D), indemnización que, por otro lado, trae su causa en la vulneración por parte de la demandada del artículo 81 del Tratado de Ámsterdam y de su derecho derivado.

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

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 324/05 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció planteando declinatoria por falta de competencia objetiva de dicho Juzgado, la cual fue desestimada por auto de 8 de diciembre de 2005, confirmado por otro de 7 de febrero de 2006 que desestimó el recurso de reposición interpuesto por dicha demandada.

TERCERO.- Contestada la demanda por la demandada pidiendo su íntegra desestimación con imposición de costas a la demandante, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 27 de junio de 2007 desestimando íntegramente la demanda, absolviendo de todas sus pretensiones a la parte demandada e imponiendo las costas a la parte demandante.

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 10/09 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 30 de octubre de 2009 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la parte recurrente las costas de la segunda instancia.

QUINTO.- Anunciados por la parte demandante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal mediante un solo motivo cada recurso: el del recurso por infracción procesal alegando vulneración del art. 216 en relación con el art. 217, y de los apdos. 1 y 2 del art. 218, todos de la LEC; y el del recurso de casación por infracción del art. 81 del Tratado CE.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 2 de noviembre de 2010, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación de ambos recursos, con imposición de costas al recurrente, y oponiéndose a la aportación, con el escrito de interposición del recurso, de un informe y una resolución de la Comisión Nacional de la Competencia.

SÉPTIMO.- Por providencia de 12 de junio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 26 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los presentes recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, son idénticos a los desestimados por la sentencia de esta Sala de 7 de septiembre de 2012 (actuaciones nº 166/2010), dándose también coincidencia en la materia del litigio (nulidad de contrato de **abanderamiento** de estación de servicio, con exclusividad a favor del proveedor durante diez años), en la compañía proveedora demandada (GALP ENERGÍA DE ESPAÑA S.A., "Petrogal Española S.A." al tiempo de celebrarse el contrato), en la fecha de celebración del contrato (7 de marzo de 1995), en el contenido del contrato, en la presentación de la demanda casi al límite de la duración pactada (27 de julio de 2005 en aquel caso y 28 de julio de 2005 en el presente), en el pronunciamiento coincidente de las sentencias de ambas instancias (desestimatorio de la demanda) y, en fin, incluso en la consideración de experto empresario del sector del representante legal de la compañía mercantil demandante (en el presente caso, empresario del sector desde 1972 que, además, ha desempeñado desde entonces cargos directivos en la Asociación de Estaciones de Servicio de la Comunidad de Madrid y gestionado cinco gasolineras).

Procede por tanto, sin rechazar el informe ni la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia acompañados con el escrito de interposición de los recursos, ya que su contenido se habría podido alegar en el propio escrito como razones jurídicas en apoyo de los motivos, y sin entrar en las razones de inadmisión parcial de los motivos que propone la parte recurrida desgranando a veces línea por línea sus respectivos alegatos, desestimar ambos recursos por las mismas razones que justificaron la desestimación de los recursos por infracción procesal y de casación idénticos en la citada sentencia de 7 de septiembre último.



SEGUNDO .- Tales razones se contienen en los fundamentos de derecho segundo a quinto de la referida sentencia, cuyo tenor literal es el siguiente:

"SEGUNDO .- El recurso extraordinario por infracción procesal consta de un solo motivo que, sin indicar su amparo en ninguno de los ordinales del art. 469.1 LEC, se funda en infracción 'del artículo 216, en relación con el artículo 217 de la LEC, así como del artículo 218.2 y 2 de la LEC'.

Según su desarrollo argumental, la sentencia recurrida 'obvia las más elementales reglas referidas a la carga de la prueba pues esta parte sí ha acreditado la fijación por medios indirectos del PVP' porque Buafi debe pagar a Galp a los diez días del suministro y porque así se desprendería de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre Repsol, Cepsa y BP en relación con los contratos de comisión. Se añade que ha de presumirse 'un control del precio de venta al público por parte de cada operador', que en el mercado hay una 'escasa competencia intermarca', que 'buena parte de los revendedores actúan con un esquema similar al de los comisionistas' y, en fin, que los parámetros que determinan la formación de los precios 'suponen el control de la petrolera del precio de reventa'. Por último, como medios indirectos de fijación del precio de venta al público se señalan la formación del precio de adquisición, la fijación de las comisiones/márgenes y el sistema de comunicación de precios recomendados/máximos.

Así planteado, el motivo, y en consecuencia el recurso, ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) No cumple las exigencias formales de un recurso extraordinario, como es el de infracción procesal, de precisar el concreto ordinal del art. 469.1 LEC en que se ampara el motivo, y aun cuando se sobreentendiera que es el ordinal 2º, por su referencia explícita a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, seguiría sin cumplir dichas exigencias al mezclar en un mismo motivo normas relativas al principio de justicia rogada (art. 216 LEC), a la carga de la prueba (art. 217 LEC) y a la exhaustividad, congruencia y motivación de las sentencias (art. 218) para, en el alegato del motivo, razonar únicamente acerca de la infracción de las reglas sobre carga de la prueba.

2ª) Desde una perspectiva material, es decir prescindiendo en beneficio de la parte recurrente de los defectos formales del motivo, este se reduce a la pura petición de principio de que la recurrente sí ha probado la imposición del precio de venta al público por Galp, cuando resulta que la sentencia recurrida declara probado lo contrario, esto es, que los precios indicados por Galp a Buafi lo eran siempre con el carácter de recomendados, declaración que no resulta de aplicar las reglas sobre carga de la prueba sino de una valoración probatoria por el tribunal sentenciador de las comunicaciones de Galp a Buafi, es decir de prueba documental efectivamente practicada.

3ª) Lo que en realidad pretende la parte recurrente es que, al margen de la prueba practicada, se presuma a toda costa que Galp imponía el precio de venta al público, dando por sentado que Buafi tenía que garantizar unos ingresos constantes a Galp o que una resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre otras compañías petroleras diferentes es trasladable sin más a Galp.

4ª) El motivo deja sin explicar por qué el pago de los suministros a los diez días equivalía a garantizar unos ingresos constantes al proveedor, pues siendo evidente que los suministros tenía que pagarlos, no se sabe qué plazo sería el que dejaría de ser equivalente a esa alegada garantía de ingresos constantes.

5ª) Como ha declarado la sentencia de esta Sala de 3 de abril de 2012 (rec. 62/09), la carga de la prueba de la imposición de precios por el proveedor incumbe al distribuidor cuando es este el que pide la nulidad por esta razón, y si el tribunal sentenciador declara probada la posibilidad real de hacer descuentos hay que respetar en casación su juicio de hecho, no desvirtuado por actuaciones de la Comisión Nacional de la Competencia cuya finalidad es distinta de la de un proceso civil (SSTS 2-11-11, 28-9-11, 13-6-11, 5-5-11 y 28-2-11).

6ª) En suma, del planteamiento de este motivo se desprende que la verdadera queja de la parte recurrente se debe a no poder vender a un precio superior al recomendado por Galp o a tener que pagar los suministros en un plazo que le parece demasiado corto, pero nada de esto tiene que ver con el Derecho europeo de la competencia.

TERCERO.- El apartado a) del motivo único del recurso de casación se funda en infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con el considerando 8º y el art. 11 del Reglamento (CEE) nº 1984/83, con las SSTJUE 14-12-2006 y 11-9-2008 y con la jurisprudencia representada por la sentencia de esta Sala de 20-11-2008.

Según su desarrollo argumental, la mera previsión contractual de vender al público por los precios que determinara el proveedor era suficiente para determinar la nulidad, pues su no aplicación no era excluyente de la nulidad según las SSTJUE 1-2-78, 21-2-84 y 31-1-93. A esto se uniría que durante el primer año de vigencia del contrato, es decir hasta que terminó la intervención administrativa de los precios, Buafi sí tuvo que vender al público por el precio que determinara Galp. Finalmente, aun cuando los precios indicados por Galp desde que finalizó la intervención administrativa solo fueron máximos o recomendados, esta práctica no habría quedado



exenta de la prohibición en virtud del Reglamento de 1983, ya que en este la fijación del precio de venta al público por el proveedor no tenía paliativo alguno.

Este apartado o submotivo ha de ser desestimado por las mismas razones que otros idénticos han sido desestimados por las sentencias de esta Sala de 10 y 20 de julio del corriente año (recs. 586/09 y 769/09), según las cuales:

'Así planteado, este fundamento o apartado ha de ser asimismo desestimado porque, circunscrita la cláusula contractual en cuestión al periodo de intervención de precios por la Administración, declarado como hecho probado no solo que la demandada, finalizado ese periodo, permitió que la recurrente Santillana vendiera los carburantes y combustibles por debajo del precio indicado sino también que esa misma recurrente hacía descuentos a quien consideraba conveniente y, en fin, despejada por la STJUE 2-4-2009 cualquier duda acerca de que el Reglamento de 1983 también permitía, como el del 1999, la indicación del precio de venta al público como máximo o recomendado, lo que a su vez dio lugar a que esta Sala, a partir de su sentencia de Pleno de 15 de enero de 2010 (rec. 1182/04), matizara el criterio más rigorista mantenido en la de 20 de noviembre de 2008 (rec. 2396/03) y 15 de abril de 2009 (rec. 1016/04), carecería de sentido declarar retrospectivamente la nulidad del contrato litigioso por vulneración del Derecho de la competencia, pedida en una demanda presentada en 2005, teniendo principalmente en consideración un régimen transitorio no de libertad de precios sino de intervención administrativa del precio de venta al público.

En definitiva, el último párrafo del desarrollo argumental de este fundamento o apartado revela, al citar tanto la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008 como la de esta Sala de 20 de noviembre de 2008, que se sustenta en una tesis interpretativa del Reglamento de 1983 ya superada tanto por la propia doctrina del TJUE como por la jurisprudencia de esta Sala'.

A lo anterior cabe añadir, de un lado, que la cita de la doctrina del TJUE sobre la mera existencia de la posibilidad contractual de determinar los precios como suficiente por sí sola para declarar la nulidad no es exacta, pues en este caso la prueba ha demostrado que la existencia de la cláusula no supuso impedimento alguno para, durante la efectiva ejecución del contrato, prescindir de cualquier imposición del precio de venta al público por el proveedor; y de otro, que la cláusula sexta parece referida más al precio de adquisición por el distribuidor que al de venta al público.

CUARTO.- El apartado b) del motivo único de casación se funda en infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con el art. 4 a) del Reglamento (CEE) nº 2790/99, con los apdos. 46, 47, 111, 112 y 225 a 228 de la comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, con la doctrina de las SSTJUE 11-9-2008 y 2-4-2009 y con la jurisprudencia de esta Sala contenida en su sentencia de 20-11-2008 .

Según su desarrollo argumental, el contrato litigioso impondría en realidad el precio de venta al público supuestamente recomendado por Galp acudiendo a algunos de los medios indirectos señalados por la citada comunicación de la Comisión, como la vinculación del precio recomendado a los precios de reventa de los competidores y la fijación del margen de distribución al revendedor, circunstancia esta también valorada por la STJUE 11-9-2008 , a lo que se unirían los hechos acreditados según la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia ya citada en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Pues bien, este apartado o submotivo también ha de ser desestimado por entremezclar precio de adquisición con precio de venta al público y margen como equivalente a comisión con el margen comercial del distribuidor. Lo cierto es que, declarados como hechos probados que Galp se limitaba a indicar un precio de venta al público recomendado y que el precio de venta al público no se imponía por medios indirectos, ha de compartirse el juicio del tribunal sentenciador de que, en realidad, es la hoy recurrente la que pretendía unos márgenes de beneficio garantizados, en definitiva 'petrificar' su ganancia, y no se alcanza a comprender cómo, si se prescinde de las peticiones de principio encadenadas del recurso, la sentencia impugnada ha podido cometer las infracciones normativas denunciadas, pues la doctrina del TJUE confía precisamente a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar si el revendedor tiene o no una posibilidad real de determinar el precio de venta (STJUE 2-4-2009 y ATJUE 3- 9-2009), lo que no significa que haya de obtener siempre los mismos beneficios o ganancias.

QUINTO.- El apartado c), último del motivo único del recurso de casación , ha de ser desestimado sin más porque, fundado en infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con la jurisprudencia de esta Sala representada por las sentencias de 29-3-2007 y 20-11-2008 , con el apdo. 10 de la comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 y con el considerando 7º del Reglamento (CE) nº 1/2003, ratifica una pretensión inicial de indemnización de daños y perjuicios que se formuló como una consecuencia de la nulidad contractual previamente pretendida.

Por tanto, y como en tantas ocasiones viene puntualizando esta Sala ante motivos similares incluidos en recursos de casación interpuestos en litigios también similares, no se trata de un verdadero motivo de casación sino



de unas alegaciones para el caso de que, por estimación de algún motivo referido a la nulidad del contrato, procediera casar la sentencia impugnada y, solo entonces, tener que resolver esta Sala, como órgano de instancia, sobre la indemnización de daños y perjuicios (p. ej. SSTs 15-2-12 y 10-4-12).

En cualquier caso, y por más que la sentencia recurrida no haya apreciado abuso de derecho en la conducta de la hoy recurrente al interponer su demanda muy poco antes de expirar el plazo de duración del contrato litigioso, esta Sala debe insistir, como ha hizo en su sentencia de Pleno de 10 de abril de 2012 (rec. 501/09), en la frecuencia con que el Derecho europeo de la competencia se manipula 'como mero pretexto para intentar un enriquecimiento no amparado por el ordenamiento jurídico'.

*De ahí que, siendo cierto el rigor de la doctrina del TJUE sobre los efectos de la nulidad, no sea menos cierto que, en este caso, la presentación de la demanda muy poco antes de expirar el contrato, pidiendo una indemnización como si no hubiera existido **abanderamiento**, prescindiendo de la cuantiosa inversión de Galp y planteando la nulidad más por no haber podido vender por encima de los precios recomendados que por no haber podido vender por debajo de esos precios, tiene muy poco que ver con el Derecho de la competencia."*

TERCERO .- A las anteriores razones se une, en el presente caso, que en la prueba de su interrogatorio el representante legal de la compañía actora-recurrente, como subraya la sentencia de primera instancia, respondió negativamente a la pregunta de si los comerciales de la compañía demandada que le visitaban frecuentemente habían empleado alguna fórmula intimidatoria para que observara estrictamente los precios recomendados, y a preguntas del juez respondió no tener ningún argumento para pensar que, si se hubiera apartado de las recomendaciones de Galp en cuanto a precios, habría podido ser víctima de algún tipo de reacción adversa, lo que en definitiva refuerza la conclusión de que no hubo ningún tipo de imposición del precio de venta al público, ni directa ni indirecta.

CUARTO .- Conforme a los arts. 476.3, 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente.

QUINTO .- Conforme al art. 212.3 LEC procede comunicar la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

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

FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuestos por la compañía mercantil demandante ZORITA S.L. ESTACIÓN DE SERVICIO contra la sentencia dictada el 30 de octubre de 2009 por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 10/09.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- Imponer las costas a la parte recurrente.

4º.- Y que por el Secretario judicial se comunique esta sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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.-Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA.** 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.