



**JDO. DE LO MERCANTIL N. 12
MADRID**

SENTENCIA: 00125/2010

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 124 /2009

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña. JOSE MIGUEL TATAY ALABAU TAYGRAO S.L.

Procurador/a Sr/a. DAVID GARCIA RIQUELME, DAVID GARCIA RIQUELME

Contra D/ña. REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A.

Procurador/a Sr/a. JOAQUIN FANJUL DE

ANTONIO

13 ENE 2011

SENTENCIA

Artículo 151.2

L.E.C. 1/2000

En Madrid, a 22 de diciembre de 2010.

Doña Ana María Gallego Sánchez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil N.º 12 de Madrid y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado al número 124/2009 a instancia de La mercantil TAYGRAO, S.L. y DON JOSÉ MIGUEL TATAY ALABAU, representados por el Procurador Don David García Riquelme y bajo la Dirección Letrada de Don Alfredo Hernández Pardo, Doña Susana Beltrán Ruíz y Don Gonzalo Grandes Hernández, contra la entidad mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., representado por el Procurador Don Joaquín Fanjul de Antonio y bajo la Dirección Letrada de Doña Mercedes Villarrubia García.

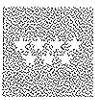
ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de marzo de 2009, la mercantil TAYGRAO, S.L. y DON JOSÉ MIGUEL TATAY ALABAU, representados por el Procurador Don David García Riquelme, formularon demanda de Juicio Ordinario frente a la entidad mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A..

SEGUNDO.- Por Auto se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada.

TERCERO.- La entidad mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. contestó a la demanda, oponiéndose a la misma.

CUARTO.- Señalada la Audiencia, se celebró con la comparecencia de la debida representación y defensa de la parte actora y de la demandada, en ella la partes propusieron las pruebas que tuvieron por conveniente, declarándose la pertinencia de diversa documental, testifical y pericial, del modo que consta en el acta y soporte audiovisual.



QUINTO.- La vista del Juicio Ordinario tuvo lugar el 13 de julio de 2010 y en ella se practicó la prueba declarada pertinente y se concluyó por las partes, quedando los autos pendientes de la práctica de Diligencia Final.

SEXTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, salvo algunos plazos y términos procesales, debido a la propia complejidad del asunto así como la carga de trabajo de este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil TAYGRAO, S.L. y DON JOSÉ MIGUEL TATAY ALABAU formulan demanda de Juicio Ordinario frente a la entidad mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., en aplicación de los artículos 81. 1 y 2 del Tratado CE y del Reglamento CE nº 2790/99 y suplica sentencia por la que:

- Declare que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997 suscrito por las partes, infringe el art. 81.1 del Tratado CE.

- Declare, en aplicación del art. 81.2 del Tratado CE la nulidad del Contrato Privado de cesión de superficie de 17 de enero de 1994, de la Escritura Pública de Cesión de Derechos de Superficie de 7 de abril de 1995 y del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, desde el 1 de enero de 2002.

- Declare, en consecuencia, la obligación de TAYGRAO, S.L. de reintegrar a REPSOL la parte proporcional del precio pagado por el derecho de superficie correspondiente al periodo no disfrutado y la parte de inversión en la construcción de la estación de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad que provisionalmente (por cuanto al día de la fecha mi mandante continúa vinculada con REPSOL) se fija en 427.380,28 euros.

- Como consecuencia de la infracción del art. 81 del Tratado CE por parte de REPSOL, se condene a la demandada a indemnizar a TAYGRAO, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que habrá de ser fijada en el periodo de ejecución de Sentencia, y a la vista de los que se practicará en el periodo probatorio, y cuyas bases, conforme a lo dispuesto por el art. 219 LEC, resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a TAYGRAO desde el 1 de enero de 2002 hasta el día 4 de enero de 2010, por la diferencia media anual existente, para cada periodo, entre el precio medio anual de los suministros fijados por REPSOL a TAYGRAO (deducidos el importe de los impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales aplicados por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio sin bandera y/o con contratos de suministros en exclusiva en régimen de reventa referenciado a Platt,s ubicadas en la Comunidad Valenciana. Cantidad

resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes.

- Además de la condena en costas a la demandada. Teniendo en cuenta que en el acto de la audiencia previa, se desistió del punto cuarto del suplico y se modificó el punto quinto.

En efecto, tal parte aduce la práctica contraria a las normas que rigen la competencia en que incurre REPSOL, contraviniendo reiteradamente, desde el 1 de enero de 2002 el art. 81.1 del Tratado CE. En concreto denuncia la práctica de exceder los límites de duración exigidos por las cláusulas de no competencia, sin que REPSOL procediera a la preceptiva adaptación de la misma en los términos y plazos exigidos por el Reglamento CE nº 2790/99. Según tal parte, la consecuencia de esta no adaptación resulta ser la nulidad ex art. 81.2 del Tratado CE.. Finalmente alega que se le han ocasionado, en consecuencia, daños y perjuicios.

La demanda se opone a la demanda y suplica sentencia desestimatoria de lo peticionado por la parte actora.

En primer lugar, aduce que el Contrato de arrendamiento de Estación de Servicio y Exclusiva de Suministro cumple las disposiciones del derecho comunitario, tanto las previstas en el Reglamento CE Nº 1984/83, como las del posterior Reglamento Comunitario el nº 1790/99.

También entiende que la eventual declaración de nulidad pretendida por la parte actora jamás podría alcanzar al derecho de superficie.

Asimismo entiende que la duración pactada para la exclusiva del suministro es plenamente válida y ajustada a derecho, atendiendo al dato de que REPSOL es titular del derecho de superficie sobre los terrenos sobre los que está construida la estación de servicio, como a la inversión efectuada.

SEGUNDO.- La acción deducida por DON JOSÉ MIGUEL TATAY ALABAU se asienta en el denominado Derecho de la competencia, que tiene por objeto, en sucintos términos, garantizar jurídicamente, mediante un marco de prohibiciones, en el mercado común de bienes, productos y servicios, la libertad concurrencial entre los diferentes empresarios oferentes de aquellos, con el fin de obtener la mayor eficiencia económica por competencia en las ofertas presentes en el mercado, en beneficio del propio sistema económico general y de los consumidores.

En concreto, tal parte alega afectación significativa de la competencia, desde la perspectiva del mercado comunitario. Se aduce que la concreta práctica denunciada es la de exceder los límites de duración exigidos para las cláusulas de no competencia, sin que REPSOL procediera a la preceptiva adaptación de la misma en los plazos y términos exigidos por el Reglamento (CE) Nº 2790/99.

Las normas de defensa de la competencia se articulan en un doble sistema de fuentes, uno nacional, contenido básicamente por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y otro el comunitario europeo, basado en los arts. 81 y 82 TCEE, que disciplinan, en sus respectivos ámbitos, los diferentes aspectos del Derecho de la competencia, como

son, en primer lugar, la represión de práctica colusorias entre empresas, o autorización de ciertas colusiones en supuestos excepcionales, en segundo lugar, la prohibición del abuso de posición de dominio, en tercer término, el control sobre concentraciones económicas, y en cuarto y último lugar, el control sobre ayudas públicas a ciertas actividades económicas concurrenciales.

Por tanto, la cuestión litigiosa se centra fundamentalmente en si el contrato enjuiciado es contrario al Derecho europeo de la competencia, y en concreto al art. 81.1 TCE y la normativa que lo desarrolla.

Aún cuando se han producido cambios por el Tratado de Lisboa en la nomenclatura del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TFUE), también en la numeración (art. 101 TFUE), la presente resolución se va a referir a las antiguas denominaciones y numeración, tal y como se aluden por las partes y siguiendo lo explicitado por la Sentencia de la Ilma. A.P. de Madrid, Sección 28°, de fecha 30 de marzo de 2010.

La delimitación del ámbito de aplicación entre las normas nacionales y las comunitarias viene determinado por el criterio de afectación al mercado común constituido en la UE por el art. 2 TCEE, esto es, que la práctica comercial o económica objeto de examen a la luz de esta normativa, afecte o no al comercio entre los Estados miembros de la UE, tal cual refieren los arts. 81 y 82 TCEE. No puede confundirse este criterio con la exigencia de que en la práctica concurren en efecto relaciones jurídicas transfronterizas, sino que aún manteniéndose la afectación dentro de un solo Estado, cuando ésta abarque una parte sustancial de tal mercado nacional de modo que pueda tener influencia directa o indirecta en la libre circulación de bienes o servicios entre los Estados miembros, se estará ante un supuesto de aplicación del Derecho comunitario. Es decir, aquella regla de afectación se ha de interpretar en un sentido amplio, como indican las SstJCE 1 de febrero de 1978 a. Miller, 29 de octubre de 1980 a. Landewyck, o de 17 de julio de 1997 a. Ferriere Nord.

En este sentido cabe traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 16 de octubre de 2009: SEGUNDO.- Idénticas cuestiones a las planteadas en el presente litigio han sido resueltas recientemente por este Tribunal en sendas Sentencias de 23 de enero de 2009 EDJ 2009/15763 EDJ 2009/15764 por lo que se seguirá lo en ellas razonado para el enjuiciamiento del presente

El artículo 81.1 del Tratado CE establece el principio general prohibitivo de los pactos colusorios entre empresas, es decir, de cualquier entendimiento entre éstas que puedan dar lugar a una eliminación o restricción de la competencia. Los requisitos para que opere la prohibición son los siguientes: 1º) que medie un entendimiento entre dos o más empresas; 2º) que con ello se afecte al comercio entre los Estados miembros de la CE (que la posible restricción de la competencia consecuencia de los actos colusorios pueda afectar al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea - Comunicación de la Comisión 2004/C 101/08 sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts.

81 y 82 del Tratado, DOCE de 27 de abril de 2004); y 3º) que el mencionado entendimiento entre empresas tenga por objeto o produzca el efecto de restringir la competencia o alterar el funcionamiento normal del sistema competitivo, de forma objetiva, por lo que se exige una restricción sensible, es decir, de cierta significación (deberá tratarse, en cualquier caso, de actos con un efecto relevante sobre el mercado, de modo que al analizar las posibles restricciones verticales a la competencia, como podría serlo en el caso objeto de litigio, es fundamental poder llegar a la conclusión de que la restricción afecte o pueda afectar a la competencia en el mercado en sentido objetivo, no bastando con constatar que un contrato de suministro en exclusiva no cumpla los requisitos del Reglamento de exención por categorías - en lo que se refiere a este litigio el Reglamento 1984/83 o el Reglamento 2790/99 - para poder aplicar el artículo 81.1 del TCE y declarar por ese motivo la nulidad de la operación; porque la prohibición de colusiones sólo se aplica cuando ello puede producir una restricción sensible en el mercado - Comunicación de 22 de diciembre de 2001, de minimis, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible, DOCE C 368).

Para analizar el requisito de la afectación del comercio comunitario, debemos recordar también la sentencia de la sección 28 de la AP de Madrid de 22 de enero de 2008, que el TJCE, en sentencias de 30 de junio de 1966, caso Société Technique Minière, asunto 56/65, de 29 de octubre de 1980, caso Van Landewyck/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, apartado 170, de 11 de julio de 1985, caso Remia BV y otros contra la Comisión de las Comunidades europeas, asunto 42/84, apartado 22, y de 17 de julio de 1997, caso Ferriere Nord SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C-219/95 P, apartado 20 EDJ 1997/15439 había señalado que "para que una decisión, acuerdo o práctica concertada pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe permitir prever con un grado de probabilidad suficiente, sobre la base de un conjunto de elementos de Derecho o de hecho, que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, en los flujos de intercambios entre Estados miembros, hasta el punto de hacer temer que puedan obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros.". Esta línea jurisprudencial ha sido recogida posteriormente en el apartado 23 de las directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 TCE, de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 (2004/C 101/07).

Aunque los contratos de abanderamiento y suministro de productos petrolíferos tienen por lo general ámbito local, se ha considerado que producen efectos sobre el comercio entre Estados miembros. Como señala la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 2005 EDD 2005/337613, los acuerdos de exclusiva contenidos en los contratos de abanderamiento "pueden operar como barreras de entrada al comercio en un Estado Miembro,

siendo igualmente aplicable el art. 81.1 TCE". El TJCE, en la sentencia de 18 de marzo de 1970, asunto 43/69, ya admitió que un acuerdo entre empresas que contuviera restricciones de la competencia podía afectar al comercio entre Estados pese a que participasen en tal acuerdo empresas de un solo Estado miembro, y el acuerdo no afectase a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros. También el TJCE ha examinado con frecuencia la posible incompatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia de contratos destinados a producir sus efectos en un solo Estado miembro sin descartar que pudieran quedar afectados por la nulidad de pleno derecho del art. 81.1 - antiguo 85.1 TCE-, como es el caso de las sentencias de 10 de noviembre de 1993, caso Petr6leos de Portugal, asunto C-39/92 EDJ 1993/14705 (que versa justamente sobre una cuesti6n prejudicial en relaci6n a la posibilidad de exenci6n de una cl6usula de exclusiva en el suministro de carburantes en un contrato suscrito entre una distribuidora de carburantes y el titular de una estaci6n de servicio, en base a los arts. 10 y siguientes del Reglamento 1984/83), o de 30 de abril de 1998, caso Cabour, asunto C-230/96 EDJ 1998/4186 . Tanto m6s cuando seg6n la jurisprudencia representada por la sentencia parcialmente transcrita, y que ha servido para la elaboraci6n de la Comunicaci6n de la Comisi6n de 27 de abril de 2004, sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los art6culos 81 y 82 del Tratado (2004/C 101/07), basta con que esta influencia o afectaci6n sea potencial, no necesariamente real, o indirecta, no necesariamente directa.

Por tanto, no se puede ignorar que la posible restricci6n de la competencia consecuencia de los pretendidos actos colusorios podr6a afectar al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea (Comunicaci6n de la Comisi6n 2004/C 101/08 sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, DOCE de 27 de abril de 2004), atendiendo a la interpretaci6n flexible de tal requisito, lo que significa admitir que una restricci6n que se realiza solamente dentro del territorio de un 6nico Estado, como ocurrir6a en el caso objeto de este litigio, pudiera afectar al comercio entre los Estados miembros porque influyese en la posibilidad de importar un producto o por el riesgo que supone de compartimentar el mercado com6n.

Por otra parte, son ya numerosas las resoluciones dictadas por este tribunal en las que, plante6ndose la nulidad de contratos de suministro en exclusiva de carburantes entre las compa6as petroleras y una estaci6n de servicio, se examina la relaci6n a la luz del art6culo 81 del Tratado y de su derecho derivado por entender que concurre el presupuesto para su aplicaci6n aqu6 analizado. As6, podemos citar, entre otras, las sentencias de esta secci6n 28ª de la AP de Madrid de 27 de octubre de 2006, 16 de noviembre de 2006 EDJ 2006/342850 , 31 de enero de 2007 EDJ 2007/64137 , 6 de febrero de 2007, 22 de enero de 2008 y 3 de diciembre de 2008 EDJ 2008/300526".

TERCERO.- Veamos, con fecha de 17 de enero de 1994, Don



José Miguel Tatay Alabau y REPSOL suscribieron el contrato privado de cesión de derecho de superficie sobre terrenos y construcción de estación de servicios. De forma que se constituyó un derecho de superficie sobre los terrenos propiedad de Don José Miguel Tatay Alabau a favor de REPSOL, con una duración de 40 años a contar desde la puesta en marcha de la estación de servicio a construir (Cláusula Primera Apartado a). En cuanto al canon superficiario, el mismo sería e 100.000 pesetas. Asimismo tal contrato contenía el compromiso por parte del ahora actor de construir sobre la finca una estación de servicio, que sería costeada por REPSOL, a precio alzado. También se pactó que, una vez construida la estación de servicio, la explotación de la misma sería cedida al Sr. Tatay o a la sociedad que éste constituyera por idéntico plazo que el derecho de superficie.

Asimismo con fecha de 7 de abril de 1995, las partes suscribieron escritura pública de constitución de derecho de superficie, cesión y venta de derechos de construcción y licencia.

Finalmente, la sociedad constituida por Don José Miguel Tatay Alabau, TAYGRAO, S.L. y REPSOL suscribieron en fecha 1 de julio de 1997 contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro.

Obviamente y como después se expondrá, nos encontramos ante contratos que se hallan vinculados o coligados, formando una unidad de fin económico.

CUARTO.- Partiendo de tal situación fáctica, la actora aduce que nos encontramos ante un supuesto en que se produce una afectación significativa de la competencia. Así, habrá que estar a las exigencias que resultan de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, concretamente de las sentencias de los casos "Delimitis" (STJCE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89) y "Neste" (STJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-214/99) EDJ 2000/37158.

Por tanto, la aplicabilidad de la prohibición contenida en el art. 81.1 TCE, en el caso de mercados difícilmente accesibles por la existencia de redes paralelas de acuerdos entre proveedores y distribuidores cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares, depende de que el acuerdo esté suscrito por un proveedor cuya contribución al efecto acumulativo no sea insignificante, habida cuenta de su posición en el mercado (esto es, porque su cuota de participación en el mercado relevante no sea insignificante) y, además, de la duración de dichos contratos, que debe ser ponderada no con los plazos previstos en los reglamentos de exención, como pretende la apelante, sino con "la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado". Se trata, pues, de dos requisitos cumulativos, de tal modo que si no se da el primero, huelga entrar a considerar si concurre el segundo. (S.A.P. de Madrid, Sección 28, de fecha 16 de octubre de 2009)

Desde esta perspectiva cobra importancia la alegación de la importancia de la cuota de mercado que ocupa la demandada REPSOL, así un 42 %, alcanza el umbral requerido.



Con lo que cabe concluir que REPSOL ostenta una cuota de mercado suficiente para que la duración del pacto de exclusiva de suministro pueda afectar sensiblemente a la competencia.

QUINTO.- Como se ha indicado, se alega como infracción del Derecho de la libre competencia, la duración de los acuerdos contractuales que ligan a las partes. Y así, la parte actora considera que los acuerdos suscritos entre las partes infringen el art 81.1.1º TCE al convenirse el suministro de carburantes en exclusiva por un plazo de 40 años.

De forma que debe recordarse que la actora suplica resolución por la que se declare la nulidad del Contrato Privado de cesión de superficie de 17 de enero de 1994, de la Escritura Pública de Cesión de Derechos de Superficie de 7 de abril de 1995 y del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, desde el 1 de enero de 2002.

Partiendo de esa estructura compleja de la relación jurídica, la cuestión suscitada en torno a la duración del contrato debe analizarse de acuerdo a las previsiones del Reglamento CEE 1984/83 y del Reglamento CEE 2790/1999.

Y así, el primero de ellos, en su artículo 10, declara "inaplicable el apartado 1 del artículo 85 del TCE a los acuerdos en los que sólo participen dos empresas y en los cuales una de ellas, el revendedor, se comprometa con la otra, el proveedor, como contrapartida de la concesión de ventajas económicas o financieras, a comprarle en exclusiva sus productos para su reventa en una estación de servicios". Ello no obstante el art 12 declara, a su vez, "inaplicable el artículo 10 a determinados tipos de acuerdo", entre los que se encuentran los "celebrados por una duración indeterminada o por más de 10 años" (apartado c/). Sin embargo el apartado segundo del citado artículo 12 expresamente dispone que "no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente título, durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio.

Así, en el caso que nos ocupa, la duración del suministro en exclusiva supera los 10 años; y la sentencia del TSJCE de 2 de abril de 2009 (A. Total), que resuelve la cuestión de competencia planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, señala que ni en el articulado del Reglamento ni en su exposición de motivos se establece como requisito que el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio como del terreno en el que está construida (punto 52).

En cuanto a las ventajas económicas y financieras específicas reseñadas en el Reglamento 1984/83, que justifican la aplicación del Reglamento de exención, evitando que la práctica comercial caiga en la prohibición general, la sentencia de 11 de septiembre de 2008 (asunto

CEPSA) señala que "estas ventajas deben no sólo ser importantes para justificar una exclusividad en el suministro de una duración de 10 años -o superior, en caso de cesiones en usufructo o arrendamiento por parte del proveedor-, sino que también "deben servir para mejorar la distribución, facilitar la instalación o la modernización de la estación de servicio y reducir los costes de distribución".

Respecto de ello, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA ha aportado el anexo al contrato de fecha 7 de mayo de 1997 (documento nº 14 de la contestación a la demanda) donde consta el acuerdo referente a que el importe total de la inversión en la construcción de la estación de servicio alcanzaría la cifra de 459.141,81 euros. Asimismo se aducen otras inversiones posteriores en tal estación de servicio, acompañándose facturas acreditativas de éstas y el documento nº 13 en el que la demandada cifra sus inversiones en la estación de servicio en la cantidad de 529.083,62 euros.

Tal cifra representa una importante cantidad en aquella fecha, cuantía fundamental para la puesta en marcha de la actividad económica desarrollada en la estación de servicio, permitiendo en condiciones correctas su acceso al mercado de la venta de carburante para automoción, con edificación de los elementos fundamentales de inmovilizado material de la misma.

Es decir, aquella inversión permitió a TAYGRAO, S.L. ingresar con éxito en el mercado de esta clase de producto, supuso el desembolso para hacerse con una infraestructura adecuada para esa clase de empresa y además ha permitido ejercitarla con eficiencia durante más de 10 años. Estos indicios evidencian, art. 386 LEC, que se trató de una inversión suficientemente relevante e importante para superar los límites temporales impuestos al pacto de exclusiva en el Reglamento 1984/83, sin que por TAYGRAO, S.L. y DON JOSÉ MIGUEL TATAY ALABAU se haya alegado ni acreditado lo contrario.

Pese a esa consideración, de que la inversión efectuada es de tal cuantía e importancia estratégica que permite cobijarla en la excepción a la excepción del citado Reglamento 1984/83, la situación cambia con el Reglamento 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, cuyo artículo 5, apartado a), excluye de la exención prevista en el artículo 2 .a los acuerdos verticales que contengan cláusulas de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años. Aún cuando el mismo precepto establezca que dicho límite temporal no se aplicará "cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor", la sentencia del TSJCE de 2 de abril de 2009 obliga a realizar una interpretación literal del precepto, al señalar que "a efectos de la aplicación de la excepción que prevé el artículo 5 , letra a), se exige que el proveedor sea propietario tanto de la estación que arrienda al revendedor como del terreno sobre el que aquélla está construida o que, en el caso de no ser propietario los arriende a terceros no vinculados con el revendedor" (puntos 66 y 69). (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº

8 de Madrid de fecha 9 de febrero de 2010).

Al respecto de lo anterior ya se expuso la relación societaria existente entre las entidades TAYGRAO, S.L. y DON JOSÉ MIGUEL TATAY ALABAU, una propietaria del terreno y constitutiva del derecho de superficie, y la otra cesionaria del arrendamiento de industria, que no cabe, a estos estrictos fines de aplicación del derecho de la competencia, sino considerarlas como una unidad de actuación, como expresamente refiere la STS 5097/2009, de 30 de julio, pte. Corbal Fernández, al tratar un supuesto prácticamente idéntico en este punto, "examinadas las alegaciones de las partes y las circunstancias concurrentes se aprecia la existencia de importantes vínculos entre las empresas aclaras, las que por los lazos de parentesco próximo entre los componentes (padre e hijos) se pueden calificar de familiares o cerradas, coincidiendo además la identidad de objeto y que las facultades de administración se concentren en una persona que es precisamente el cabeza de la familia, siendo prácticamente irrelevantes las diferencias de composición accionarial y relativas a la administración sufridos a lo largo de su existencia. Por consiguiente, el reducido número de socios, los vínculos de parentesco y la unidad comercial, cualesquiera que fueren los móviles para establecer y mantener la dualidad societaria, revelan que existe una vinculación entre las empresas con recíproco y absoluto control de una respecto de la otra. Hay comunidad de intereses, identidad de objetivos, unidad de dirección y de decisión y control único. Entenderlo de otro modo implicaría consagrar construcciones artificiales que, en lo que aquí respecta, podrían permitir burlar la restricción de la normativa comunitaria europea en relación con derecho de la competencia (ap. 59, "in fine", Comunicación de la Comisión de 13 de octubre 2000 sobre Directrices en relación Rto. CE 2790/1999, de 22 dic.). Y teniendo en cuenta que ha transcurrido el plazo de adaptación previsto en el Reglamento -hasta el 31 de diciembre de 2001-, es evidente que a partir de dicha fecha los acuerdos suscritos entre las partes también infringen el artículo 81.1º del TCE en lo relativo a la duración de la exclusiva, como supuesto de invalidez sobrevenida.

SEXTO.- El efecto prevenido en Derecho para la Infracción del art. 81.1º TCE es la nulidad de pleno derecho de los acuerdos prohibidos, todo ello de conformidad con el apartado segundo de dicho precepto, de forma coincidente con la consecuencia general prevista en el art. 6.3 CC, para los actos que infrinjan las normas prohibitivas o imperativas.

En el caso que nos ocupa, la demandada aduce que "la causa en las que se basa la demanda para solicitar la declaración de nulidad no se deriva de la escritura de constitución a favor de nuestra mandante del Derecho de Superficie, sino únicamente del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro", por lo que concluye que "la eventual estimación de esta pretensión de nulidad nunca podría alcanzar al derecho de superficie del que nuestra mandante era titular.

Ahora bien, el conjunto de contratos firmados entre parte actora y demandada conforman un ejemplo de contratos vinculados, de modo que la invalidez o validez debe predicarse del conjunto, así como la de alguna de sus cláusulas influye o afecta al otro contrato en que puede no hallarse.

De forma que, constatada la unidad de interés económico social que perseguían las partes al concertarlos, se produce un fenómeno de causa negocial compleja única.

En su día se dijo: "Los contratos complejos toman elementos de distintos tipos contractuales, atípicos o no, y lo importante es tener en cuenta que la jurisprudencia no auspicia una tesis de absorción o prevalencia de uno sobre otro para su interpretación y aplicación, sino la utilidad de las normas y principios generales del Derecho de la contratación. En ocasiones, se trata el tipo mixto como al complejo (STS de 2 de febrero de 2001), aunque es cabal diferenciar lo mixto de lo complejo, en éste que no pueden diferenciarse las dos o más relaciones jurídicas que se integran (SSTS de 26 de enero de 1994 o 20 de junio de 1998).

En cualquier caso, este contrato complejo está vinculado a un contrato tan típico como el de constitución de un derecho real de superficie, por cuanto las cláusulas o estipulaciones de ambos contratos formalmente independientes, tienen una causa negocial común, determinando que lo interpretado o resuelto en uno comprometa el otro, puesto que uno y otro son consecuencias de un proyecto causal único en términos de art. 1.274 CCiv EDL 1889/1. La resultancia de esto es que la catalogación del contrato de exclusiva desde el Derecho europeo de defensa de la competencia, trasciende al contrato de adquisición del superficie, cuya función es permitir durante un largo lapso temporal, tal que justifique el precio y la inversión comprometida, la exclusiva de suministro para una empresa preexistente". Siguiendo en este punto lo razonado en Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Bilbao de fecha 31 de octubre de 2008.

En el presente caso, la infracción del art. 81 TCE conlleva la nulidad, tanto del contrato de cesión del derecho de superficie, como del contrato de arrendamiento de industria y exclusivo de venta.

SÉPTIMO.- Aduciéndose por la demanda la improcedencia de la demanda a la vista de lo resuelto por la Decisión de 12 de abril de 2006 y por la Jurisprudencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, cabe traer a colación la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n° 8 de Madrid, de fecha de 9 de febrero de 2010: Alcance de la Decisión de 12 de abril de 2006 de la Comisión.

Se reseña por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA que la relación jurídica que da lugar a la controversia del presente litigio ha sido objeto de examen por las Autoridades Europeas de la competencia, esto es, la Comisión Europea, la cual ha resuelto que el tipo de contrato que liga a aquella con TAYGRAO, S.L. Y DON JOSÉ MIGUEL TATAY ALABAU no infringe las normas de la libre competencia.

En efecto, se siguió el Expediente Comp/b-1/38.348 ante la Comisión Europea, que fue resuelto mediante Decisión de fecha 12 de abril de 2006, a la luz del Reglamento CE 1/2003. Pero dicha Decisión se adoptó en el marco precisamente del citado Reglamento CE 1/2003, norma comunitaria que expresamente faculta a los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación directa de los artículos 81 y 82 del Tratado. Es cierto que aquella Decisión de 12 de abril de 2006, analiza el mercado de referencia y evalúa las prácticas más controvertidas, si bien, a la vista de los compromisos asumidos por REPSOL, que le vinculan, de acuerdo con el artículo 9 del Reglamento, la Comisión da por concluido el procedimiento sin pronunciarse sobre la existencia de la infracción. Pero no es menos cierto que la Decisión de 12 de abril de 2006 no tiene más valor que el interpretativo, a tomar en consideración para analizar los acuerdos impugnados y nada impide a los órganos jurisdiccionales nacionales considerar que la red de acuerdos de REPSOL sigue planteando problemas de competencia, por lo tanto, adoptar decisiones contra REPSOL respecto al mismo asunto al que se refiere la Decisión de la Comisión, es decir, la exclusión del mercado de referencia mediante contratos de exclusividad a largo plazo y el establecimiento de precios máximos de los carburantes.

Además, el examen de sometimiento de la relación jurídica que liga a las partes no queda limitado al contraste formal del texto del contrato con las normas reguladoras de la libre competencia, tal cual hace la Comisión en su Decisión de 12 de abril de 2006, sino a la valoración material de cuál es el verdadero desarrollo efectivo de las obligaciones de cada parte, y si en la práctica real la ejecución del contrato, ajustada o no a su texto, choca con las normas de libre competencia.

OCTAVO.- Una vez fijada que como consecuencia de los hechos arriba analizados lo procedente es la declaración de nulidad, el siguiente paso consistirá en determinar los concretos efectos ínter partes de esa nulidad contractual. En efecto, la actora suplica que se condene a la demandada a indemnizar a TAYGRAO, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que habrá de ser fijada en el periodo de ejecución de Sentencia, y a la vista de los que se practicará en el periodo probatorio, y cuyas bases, conforme a lo dispuesto por el art. 219 LEC, resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a TAYGRAO desde el 1 de enero de 2002 hasta el día 4 de enero de 2010, por la diferencia media anual existente, para cada periodo, entre el precio medio anual de los suministros fijados por REPSOL a TAYGRAO (deducidos el importe de los impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales aplicados por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio sin bandera y/o con contratos de suministros en exclusiva en régimen de reventa referenciado a Platt,s ubicadas en la Comunidad Valenciana. Cantidad resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes. En tal sentido, la liquidación de los efectos de la nulidad



propuesta por la parte actora consistiría en la condena a la demandada al pago de los daños y perjuicios causados, que concreta en "la diferencia existente entre los precios efectivamente pagados por las Estaciones de Servicio de la actora (detráidas comisiones e impuestos) a REPSOL en cumplimiento del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, y los precios anuales que se acredite que fueron ofrecidos y/o abonados por otros operadores y/o suministradores autorizados a estaciones sin bandera y a revendedores en Platt,s de la Comunidad Valenciana, calculado sobre la totalidad de los litros de carburante y combustibles comprados por TAYGRAO a REPSOL desde el 1 de enero de 2002 y hasta el día indicado ex ante, con los intereses que dichas cantidades hubieran generado hasta el día del efectivo cumplimiento de la sentencia que se dicte".

Así, si se pondera no sólo el escrito de demanda, sino también el escrito de la parte actora de fecha 5 de octubre de 2010, tal indemnización se concreta por la actora en la cantidad de 1.322.889,83 euros.

La posibilidad de reclamar daños y perjuicios ha sido avalada expresamente por la STS de 20 de noviembre de 2008. La posibilidad de reclamar daños y perjuicios está contemplada en el considerando 7º del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, al señalar que "los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardar los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la Comisión de infracciones". Asimismo en la sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001, en cuyo apartado 24 se indica que "la plena eficacia de aquel artículo 81 y, en particular, el efecto de la prohibición establecida en su apartado 1, se verían en entredicho de no existir la posibilidad de solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato susceptible de restringir o falsear el juego de la competencia", pudiendo "las acciones de indemnización ante los órganos jurisdiccionales nacionales contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad" (apartado 27). El Derecho Comunitario -continúa el apartado 31- no se opone a que, respetando los principios de equivalencia o efectividad, el Derecho Nacional deniegue a una parte el derecho de obtener indemnización de la otra parte contratante cuando se haya comprobado que aquélla tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia", fijando como elementos de apreciación, a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional nacional, el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, el poder de negociación y el respectivo comportamiento de las partes en el contrato; y, en particular, "se impone examinar si la parte que alega el perjuicio se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que habría visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas como su capacidad para





evitar el perjuicio o limitar su cuantía" (apartado 33). Por tanto, la delimitación y cuantificación de los concretos efectos de la nulidad contractual deben solventarse conforme a las normas del Derecho nacional aplicable. Y esa remisión reconduce a los arts. 1.303 y 1.306 CC. El primero de los preceptos citados dispone que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". El art. 1306 CC, por su parte, distingue según que medie culpa de parte de ambos contratantes, en cuyo caso "ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido, o que la culpa esté de parte de un solo contratante. En este caso el "culpable" no podrá repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. "El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

Los daños y perjuicios reclamados por la parte actora, consistentes en la diferencia entre los precios efectivamente pagados por la estación de servicios de la demandante y los precios ofrecidos o abonados por otros operadores o por la propia REPSOL a otras estaciones de servicio en régimen de compra firme, tiene acomodo legal en el art. 1306.2º CC, precepto que permite al contratante extraño a la causa torpe reclamar "lo que hubiera dado". En definitiva, el perjuicio sufrido por la actora no es otro que la diferencia entre el margen comercial obtenido por cada litro comercializado de carburante y el margen que habría podido obtener de acceder libremente al

De forma que, a la vista de la respuesta dada por las compañías ESERGUI, S.A., CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., B.P. OIL ESPAÑA, S.A., MEROIL, S.A., KUWAIT PETROLEUM ESPAÑA, S.A., cabe estar al cálculo efectuado por la parte actora en su escrito de alegaciones de fecha 5 de octubre de 2010. Así, 1.322.889,83 euros.

NOVENO.- Llegados a este punto, debe recordarse que inicialmente se solicitaba en el suplico de la demanda: Declare, en consecuencia, la obligación de TAYGRAO, S.L. de reintegrar a REPSOL la parte proporcional del precio pagado por el derecho de superficie correspondiente al periodo no disfrutado y la parte de inversión en la construcción de la estación de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad que provisionalmente (por cuanto al día de la fecha mi mandante continúa vinculada con REPSOL) se fija en 427.380,28 euros. Con posterioridad, en el acto de la vista, se reconoció únicamente la cantidad pendiente de amortización.

Sin embargo, debe recordarse que en el acto de la audiencia previa, si bien se aclaró la demanda, tal aclaración no afectó a lo peticionado en el punto referido, aún cuando en la página 22 de la demanda se exponía que tal cantidad había de ser minorada.

Ahora bien, no exponiéndose en la demanda ni aclarado este



punto en la audiencia previa, el criterio para fijar tal minoración, debe ser la parte actora quién cargue con las consecuencias de tal imprecisión. De ahí que deba estimarse el punto 3 del suplico tal y como consta en la demanda.

DÉCIMO.- Ahora bien, ya se ha ponderado en esta resolución circunstancias como que gracias al concierto de estos acuerdos, las actoras entraron en el negocio de las Estaciones de Servicio, la consecución de la construcción y puesta en marcha de una estación de servicio con una compromiso por parte de REPSOL de que el importe total de la inversión en la construcción de la estación de servicio alcanzaría la cifra de 459.141,81 euros, otras inversiones efectuadas, la renta fijada en el contrato de arrendamiento, concurrir en el mercado con una imagen de marca de reconocido prestigio. circunstancias éstas que también han de valorarse a la hora de la determinación de los daños y perjuicios.

Ciertamente, la parte actora reconoce en parte tal argumentación cuando en el mentado escrito de alegaciones con entrada en el Juzgado en fecha de 6 de octubre de 2010, se reconoce que ha de descontarse la cantidad pendiente de amortización.

Ahora bien, tal concepto de "cantidad pendiente de amortizar", en relación a la partida de construcción de la estación de servicios, deviene insuficiente, primero puesto que sólo se pondera uno de los parámetros valorados en esta resolución y segundo, porque incluso de aceptar que sólo se valorase éste, difícilmente cabría aceptar que la construcción de la estación de servicio en relación al concreto procedimiento que nos ocupa se valorara sólo de acuerdo a criterios económico contables. Así, por ejemplo, no se incluye una tasación del valor de la estación de servicios en la actualidad, en relación al costo de la instalación.

Incluso de partir exclusivamente del Informe pericial aportado por REPSOL, tal cantidad alcanzaría los 199.975,98 euros, y éste, a su vez, vuelve a referirse al valor de amortización, pero no es una tasación.

De forma que si recordamos las SSTS 6-10-06 y 4-12-08, al declarar que la obligación de restitución de las prestaciones recibidas que establece el art. 1303 (en relación con el art. 1.124 CC), para cuando se declare la nulidad de una obligación, aplicable según la doctrina de esta Sala a los supuestos de resolución contractual, aclarando las SSTS de 30 de noviembre de 1993 y 29 de septiembre de 1994, que la indemnización de daños y perjuicios procedente de la resolución y que prevé el precepto citado, exige que éstos sean ciertos y determinados, no siendo posible la condena por daños presuntos, siquiera a reserva de su determinación en ejecución de sentencia, pudiendo quedar para ésta sólo su cuantificación, partiendo de la declaración de su existencia en sentencia, y en relación con el lucro cesante, que su apreciación debe hacerse con un prudente criterio restrictivo, de modo que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin

que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas.

De ahí, que también quepa aplicar la facultad moderadora judicial, ponderando cada uno de los parámetros tomados en consideración. Así, en cuanto a la inversión en la construcción en relación con su valoración actual, a lo que hay que añadir, las otras inversiones efectuadas, lo que no ha sido negado de contrario, y la concurrencia en el mercado imagen de marca de reconocido prestigio, de la que se ha venido beneficiando la parte, puesto que pensemos en la adquisición de clientela por tal circunstancia y aún teniendo en cuenta la dificultad de valorar esta cuestión, se ha de moderar la indemnización, partiendo de tales consideraciones.

Pues bien, además de haberse de partir de la cantidad 1.475.598,84 euros, habrá de descontarse un porcentaje del 25% de reducción de la cantidad como moderación de la indemnización, de acuerdo a los parámetros explicados, así, la adquisición de clientela junto con el uso de una imagen de marca, acceso al mercado, ponderación de la valoración actual de la estación de servicio, otras inversiones efectuadas por REPSOL e incluso el tiempo transcurrido desde que la parte pudo ejercer la acción.

De forma que resulta la cantidad de 956.642,145 euros.

De ahí que la cantidad alzadamente reconocida por la parte actora deba moderarse en un 25%. La cantidad determinada devengará, desde el momento de su determinación, el interés legal art. 576 LEC.

DECIMOPRIMERO.- En materia de costas, ha de acogerse el principio general del vencimiento, así, la regla general prevista en el art. 394 LEC. Sin embargo, por la presente resolución se produce una estimación parcial de la demanda, por lo que no ha lugar a condenar en costas a ninguna de las partes.

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

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por La mercantil TAYGRAO, S.L. y DON JOSÉ MIGUEL TATAY ALABAU, contra la entidad mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A

- Declaro que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997 suscrito por las partes, infringe el art. 81.1 del Tratado CE.

- Declaro, en aplicación del art. 81.2 del Tratado CE la nulidad del Contrato Privado de cesión de superficie de 17 de enero de 1994, de la Escritura Pública de Cesión de Derechos de Superficie de 7 de abril de 1995 y del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, desde el 1 de enero de 2002.



- Declaro, en consecuencia, la obligación de TAYGRAO, S.L. de reintegrar a REPSOL la parte proporcional del precio pagado por el derecho de superficie correspondiente al periodo no disfrutado y la parte de inversión en la construcción de la estación de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad de 427.380,28 euros.

- Como consecuencia de la infracción del art. 81 del Tratado CE por parte de REPSOL, se condene a la demandada a indemnizar a TAYGRAO, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad de 956.642,145 euros. La cantidad determinada devengará, desde el momento de la presente resolución, el interés legal art. 576 LEC.

No ha lugar a condenar en costas a ninguna de las partes.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid que se preparará por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días contados desde el día siguiente a su notificación, limitándose a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna.

De conformidad con lo dispuesto en la DISPOSICIÓN ADICIONAL 15ª, PUNTO 6 Y 7 y la DISPOSICIÓN FINAL de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial por la que se modifica la L.O. 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; SE INDICA la necesidad de constitución de depósito para recurrir la presente resolución; resultando precisa la consignación como depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr/a. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en MADRID.

