



Roj: **STS 1375/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1375**

Id Cendoj: **28079119912012100005**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **15/02/2012**

Nº de Recurso: **1560/2008**

Nº de Resolución: **31/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 12281/2008,**  
**STS 1375/2012**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 31/2011

**Fecha Sentencia :** 15/02/2012

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**

**Recurso Nº :** 1560/2008

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimando

**Votación y Fallo:** 18/01/2012

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Francisco Marín Castán

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Madrid

**Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

**Escrito por :** KSR

**DEFENSA DE LA COMPETENCIA-ESTACIONES DE SERVICIO:** Regla "de minimis"; la cuota de mercado de la proveedora, un 3'5%, determina que los contratos, por su duración, no estén incursos en la prohibición del art. 81.1 del Tratado (hoy art. 101.1 TFUE) y por tanto releva de examinar si dicha duración queda amparada por los Reglamentos nº 1984/83 y 2790/99. Matización del criterio de "la doble barrera" conforme al Reglamento nº 1/2003. Inexistencia de imposición de precios por el proveedor. **RECURSO DE CASACIÓN:** Hace supuesto de la cuestión el motivo que da por sentada tal imposición en contra de lo declarado probado por la sentencia recurrida; no es un verdadero motivo de casación el que propone las consecuencias que procederían si llegara a casarse la sentencia impugnada. **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL:** No es infracción la no suspensión del procedimiento hasta una decisión prejudicial del TJUE si contra la sentencia de apelación cabe recurso de casación.

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.:** 1560/2008

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Francisco Marín Castán



**Votación y Fallo: 18/01/2012**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**SENTENCIA Nº: 31/2011**

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**D. Jesús Corbal Fernández**

**D. Francisco Marín Castán**

**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**D. José Antonio Seijas Quintana**

**D. Antonio Salas Carceller**

**D<sup>a</sup>. Encarnación Roca Trías**

**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**

**D. Román García Varela**

**D. Xavier O' Callaghan Muñoz**

**D. Rafael Gimeno Bayón Cobos**

En la Villa de Madrid, a quince de Febrero de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por las compañías mercantiles demandantes ESTACIÓN DE SERVICIO LOS EUCALIPTOS S.L., ESTAGÁS S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO EL MORO S.L. y SOGESTÍN S.L., representadas ante esta Sala por el procurador D. David García Riquelme, y el recurso de casación interpuesto por el codemandado allanado D. Alfonso ....., representado ante esta Sala por el procurador D. Roberto Sastre Moyano, contra la sentencia dictada el 6 de junio de 2008 por la Sección 28<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 372/07 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 37/04 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, sobre nulidad de contratos por vulnerar normas imperativas del derecho de defensa de la competencia. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil DISA PENÍNSULA S.L.U. (antes Shell Peninsular S.L.), representada ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> María Teresa de las Alas Pumariño Larrañaga.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 28 de octubre de 2004 se presentó demanda interpuesta por las compañías mercantiles ESTACIÓN DE SERVICIO LOS EUCALIPTOS S.L., ESTAGÁS S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO EL MORO S.L. y SOGESTÍN S.L. (todas ellas integradas en el Grupo SOGESTÍN) contra la compañía mercantil SHELL ESPAÑA S.A. solicitando se dictara sentencia "por la que: 1.- Declare NULOS y sin efectos:

*La Cesión del Derecho de Superficie de fecha 1 de julio de 1996 y el Contrato de Arrendamiento de Industria de 30 de octubre de 2000, relativos a E.S. Alicante.*

*El Contrato Privado para la cesión de un derecho de superficie de 7 de octubre de 1993, y la Escritura Pública en la que se instrumentó, y del Contrato de Arrendamiento de Industria de 17 de marzo de 1999, en relación con E.S. El Moro.*

*El Contrato de Compraventa de 10 de agosto de 1994, y el Contrato de Arrendamiento de Industria de 1 de diciembre de 1999, en relación con E.S. Los Eucaliptos.*

*Y los Contratos Privados de fecha 24 de Agosto de 1995 y 21 de diciembre de 1995.*

*Contratos todos ellos que, respectivamente, conforman una única relación contractual compleja que vincula a mi representado con la mercantil demandada.*



2.- Sin perjuicio de la declaración de Nulidad radical solicitada y apreciándose la concurrencia de causa torpe a la que es ajena la actora, se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306 punto 2º del Código Civil, de conformidad con las bases señaladas en el Hecho Séptimo de la presente demanda, y subsidiariamente, para el caso de que el anterior pedimento fuese rechazado, se ordene el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes, conforme al art. 1.303 del Código Civil, minoradas en las cantidades que ya hubieran sido amortizadas, cuya fijación habrá de quedar diferida para el periodo de ejecución de sentencia.

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

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 37/04 de juicio ordinario, y emplazada la demanda, esta compareció y contestó a la demanda pidiendo se tuviera por parte a la compañía mercantil DISA PENÍNSULA S.L.U. como sucesora de Shell España S.A., alegando falta de legitimación activa *ad causam* en cuanto a la petición de nulidad del contrato de compraventa de 10-8-94 y del contrato de arrendamiento de industria de 1-12-99, ambos relativos a la estación de servicio "Los Eucaliptos"; proponiendo subsidiariamente la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario; interesando se declarase la nulidad de los contratos privados de 24-8-95 con la consecuencia de tener que devolverle la parte actora la cantidad de 20 millones de ptas.; pidiendo la desestimación de las demás peticiones de la demanda; y formulando reconvenición para que se declarase la resolución de los contratos de 17-3-99, 1-12-94 y 30-10-00 por incumplimiento de las codemandantes, con la consiguiente restitución de las estaciones de servicio y pago de diversas cantidades.

**TERCERO.-** Admitida la sucesión procesal de SHELL ESPAÑA S.A. por DISA PENÍNSULA S.L.U. como parte demandada, no admitida la reconvenición por falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil, para conocer de la misma, ampliada la demanda inicial contra D. Miguel....., Dª María ----- y D. Alfonso....., comparecido este en las actuaciones allanándose a la demanda, declarados en rebeldía los otros dos nuevos demandados y seguido el juicio por sus trámites, la magistrada-juez del referido Juzgado dictó sentencia el 29 de septiembre de 2006, aclarada por auto de 30 de octubre siguiente, desestimando íntegramente la demanda e imponiendo las costas a la parte demandante.

**CUARTO.-** Interpuestos sendos recursos de apelación por la parte actora y por el codemandado allanado D. Alfonso, formulada impugnación añadida por DISA PENÍNSULA S.L.U. únicamente para que se fijara la cuantía litigiosa y correspondiendo la segunda instancia a la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 6 de junio de 2008 desestimando tanto los dos recursos de apelación como la impugnación añadida e imponiendo las costas a las respectivas partes apelante e impugnante.

**QUINTO.-** Anunciados por la parte actora recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación y por el codemandado allanado D. Alfonso recurso de casación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dichas partes los interpusieron ante el propio tribunal.

**SEXTO.-** De los recursos de la parte actora, el extraordinario por infracción procesal se componía de un solo motivo, fundado en infracción de los arts. 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003, 43 LEC, 234 del Tratado CE y 24 de la Constitución española, así como del principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario. Y el recurso de casación se articulaba en tres motivos: el primero por infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con los Reglamentos CE de exención nº 1984/83 y 2790/99, las Directrices relativas a las restricciones verticales y la jurisprudencia del TJCE, todo ello en relación con la duración máxima permitida para las cláusulas de no competencia, desarrollándose los argumentos sobre tales infracciones en tres apartados; el segundo por infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con el considerando 8º del Reglamento CE nº 1984/83, con el art. 4a) del Reglamento CE nº 2790/99 y su considerando 10º y con el apartado 47 de las Directrices relativas a restricciones verticales (Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000), todos ellos referidos a la práctica de la fijación de precios de venta al público por parte del proveedor al revendedor; y el tercero por infracción del art. 81.2 del Tratado CE, así como de los arts. 1306-2ª y 1303 CC, del apartado 10 de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 sobre cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, de los apdos. 4, 10, 11 y 17 de la Comunicación de la Comisión de 13 de febrero de 1993 sobre la misma materia y del considerando 7º del Reglamento CE nº 1/03.

**SÉPTIMO.-** El recurso de casación de D. Alfonso se articulaba en tres motivos: el primero por infracción del art. 81 del Tratado CE, del considerando 3º del Reglamento (CE) nº 1984/83, del considerando 13º y del art. 6 del Reglamento (CE) nº 2790/99 y de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales; el segundo por infracción del considerando 13º y los arts. 3 d), 10 y 12.1 c) del Reglamento nº 1984/83 y del art. 5 del Reglamento (CE) nº 2790/99; y el tercero por infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con el considerando 8º del Reglamento CE nº 1984/83, con el art. 4 a) y el considerando



10º del Reglamento CE nº 2790/99 y con el considerando 10º y el apdo. 47 de las Directrices relativas a restricciones verticales.

**OCTAVO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes mencionadas en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 26 de enero de 2010, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición a los tres recursos planteando como cuestión previa que eran inadmisibles por ser la cuantía litigiosa indeterminada y, por tanto, no superior a 150.000 euros, impugnando a continuación todos y cada uno de sus motivos y solicitando se desestimaran los tres recursos con expresa condena en costas a las respectivas partes recurrentes.

**NOVENO.-** Como quiera que la parte actora-recurrente había presentado un escrito acompañando copia de la STJUE 2-4-09 (asunto C-260/07) "*a los meros efectos ilustrativos*", se dio traslado del mismo, después del auto de admisión, a la parte recurrida, que hizo alegaciones en el sentido de que dicha sentencia no favorecía en nada a dicha recurrente.

**DÉCIMO.-** Por providencia de 27 de septiembre de 2011 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 7 de diciembre siguiente.

**UNDÉCIMO.-** Llegado el día del señalamiento, se dictó providencia de la misma fecha suspendiéndolo y acordando que la sentencia se dictara por el pleno de los magistrados de la Sala al haberse advertido la posibilidad de que debiera formar doctrina sobre algunas de las cuestiones planteadas en los motivos de los recursos de casación.

**DUODÉCIMO.-** Por providencia de 5 de enero del corriente año se señaló para la votación y fallo de los recursos por el pleno de los magistrados de la Sala el siguiente día 18, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Marín Castán**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Los recursos a resolver en este acto son muy similares a otros ya resueltos por esta Sala, ya que el litigio versa sobre la nulidad de contratos relativos a estaciones de servicio por su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de defensa de la competencia.

Interpuesta la demanda el 5 de noviembre de 2004 por las compañías mercantiles, todas de un mismo grupo empresarial y familiar, que explotaban tres estaciones de servicio y se proponían explotar una cuarta en la provincia de Alicante, contra la compañía mercantil, propietaria de las instalaciones y en su caso también del terreno, que en exclusiva les suministraba los carburantes y combustibles (SHELL ESPAÑA S.A., sucedida por DISA PENÍNSULA S.L.U., en adelante *Disa*), esta se opuso a la demanda, planteando excepciones relativas a la integración de todos quienes debían ser parte y en cualquier caso pidiendo la desestimación de la demanda por razones de fondo, y además formuló reconvenición pidiendo la resolución de los contratos en virtud de los cuales las demandantes explotaban las gasolineras y, en consecuencia, la restitución de estas a *Disa* y el pago por las demandantes de distintas cantidades por diversos conceptos, todo ello por incumplimiento de la exclusiva desde el 4 de octubre de 2004, es decir, desde antes de que interpusieran su demanda.

La reconvenición no fue admitida a trámite por falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil, pero las objeciones de la demandada sobre la necesidad de que fueran parte en el litigio otras personas a quienes podría afectar la nulidad sí fueron atendidas y, en consecuencia, la parte actora amplió su demanda dirigiéndola también contra tres personas naturales, dos de las cuales no comparecieron en las actuaciones, siendo por ello declaradas en rebeldía, mientras la otra sí que lo hizo, aunque para allanarse por completo a la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda por no afectar los contratos litigiosos a la competencia intracomunitaria al ser la cuota de mercado de la compañía demandada solamente de un 3'5% o, a lo sumo, de un 3'9%.

Recurrida la sentencia en apelación tanto por la parte actora como por el codemandado allanado, y formulada impugnación añadida por *Disa* únicamente para que se fijara la cuantía litigiosa, el tribunal de segunda instancia desestimó los recursos y la impugnación y confirmó la sentencia apelada. Fundamentos de su fallo son, en síntesis, los siguientes: 1) Según la STJUE 28-2-91 (asunto C-234/89, *Delimitis*) "*los contratos de suministro celebrados por los proveedores cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no entran en la prohibición del artículo 81.1*"; 2) según el apdo. 8 de la Comunicación de la Comisión 2001/C 368/07, relativa a los acuerdos de menor importancia (*de minimis*), estos no restringen la competencia cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 5% en ninguno de los mercados de referencia afectados, de modo que, en general, "*se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado*



que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado"; 3) en casos como el examinado sí se produce el efecto de exclusión en el mercado de venta de carburantes nacional, difícilmente accesible para competidores que deseen instalarse en él o incrementar su cuota de mercado, especialmente como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, del efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales, de las dificultades para establecer una red alternativa, de la saturación del mercado y de la naturaleza de los productos; 4) por tanto, conforme a la citada sentencia *Delimitis* debía examinarse en qué medida los contratos litigiosos contribuían al efecto acumulativo producido por el conjunto de contratos similares de todos los proveedores; 5) que la cuota de mercado de *Disa* estaba entre el 3'5 y el 3'9% se había declarado probado por la sentencia apelada, las partes apelantes no lo habían impugnado y, además, era un dato resultante de la propuesta de sobreseimiento de un expediente instruido por el extinto Servicio de Defensa de la Competencia; 6) en consecuencia, los contratos litigiosos quedarían en principio excluidos de la aplicación del art. 81 del Tratado CE al no restringir la competencia de forma sensible, salvo que existiera una imposición de los precios de reventa por el suministrador; 7) según el apdo. 3 de la cláusula 23ª de los contratos litigiosos, el gasolinero tenía "*plena libertad*" para fijar los precios de venta al público de los combustibles y carburantes; 8) de una interpretación de las cláusulas contractuales sobre la composición del precio de compra por el gasolinero tampoco se desprende que este no tuviera margen alguno para determinar el precio de reventa; 9) la tesis de la parte actora, pretendiendo que la petrolera le garantizase la percepción de los descuentos, parecía situar al gasolinero en la posición de un mero agente, en cuyo caso no operaría la prohibición de fijación de precios por el proveedor; 10) como la duración de la exclusiva, a diferencia de la fijación de precios, no impedía aplicar la regla *de minimis*, resultaba innecesario analizar la duración de los contratos a la luz de los Reglamentos nº 1984/83 y 2790/99; 11) además, no era aplicable al caso enjuiciado el art. 2.2 e) del Reglamento de Defensa de la Competencia de 2008, no vigente al tiempo de interponerse la demanda, como tampoco lo estaba el art. 86 ter. 2 f) LOPJ, en su redacción según la D. Final 1ª de la LO 13/2007, ni la Ley de Defensa de la Competencia de 2007, y en cualquier caso la restricción no se contemplaba para la aplicación del artículo 81 del Tratado CE.

Contra la sentencia de apelación la parte actora interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, y el codemandado allanado solamente recurso de casación.

Dado que la parte recurrida plantea como cuestión previa, en su escrito de oposición, que los recursos de casación no son admisibles en atención a la cuantía litigiosa, lo que determinaría que a su vez tampoco lo fuera el extraordinario por infracción procesal, esta cuestión será la primera a examinar por esta Sala.

**SEGUNDO** .- No se aprecia el óbice de admisibilidad alegado por la parte recurrida.

Si bien es cierto que en la demanda se indicó que la cuantía era indeterminada, lo que dio lugar a la petición de *Disa* de que se fijara una cuantía determinada, e incluso a que formulara impugnación añadida a los recursos de apelación con el exclusivo objeto de que judicialmente se declarase que la cuantía litigiosa era indeterminada o en su caso se fijara la cuantía, no lo es menos que de las peticiones de la demanda, que implicaban la entrega a la actora de cuatro gasolineras, terrenos incluidos, más el pago de cantidades según los criterios expuestos en el hecho séptimo de la propia demanda, resultaba claro que la cuantía litigiosa superaba el límite de 150.000 euros establecido en el art. 477.2-2º LEC según su redacción aplicable a los presentes recursos.

Se está, por tanto, ante unos recursos muy similares a los que esta Sala ha considerado admisibles por razón de la cuantía, a la vista de las pretensiones de la demanda, en su auto de 27 de febrero de 2007 (rec. 657/06) y en sus sentencias de 9 de mayo y 28 de septiembre de 2011 (recursos núms. 1350/97 y 600/08, respectivamente).

**TERCERO** .- Entrando por tanto a conocer de los recursos, conviene adelantar desde ahora mismo que el gran número de sentencias sobre la materia litigiosa dictadas por esta Sala permite dar una respuesta abreviada a aquellos motivos que sean prácticamente idénticos a otros ya desestimados por dichas sentencias.

Esto ocurre con el *motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal*, que comienza por no citar el art. 469.1 LEC y por consiguiente no se ampara concretamente en ninguno de sus ordinales. Fundado en infracción de los arts. 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003 y 43 LEC, del principio de aplicación uniforme del Derecho Comunitario y de los arts. 234 del Tratado CE y 24 de la Constitución, denuncia indefensión por no haberse suspendido el procedimiento hasta que el TJUE resolviera la cuestión prejudicial C-279/06, planteada por el propio tribunal de apelación en otro litigio mediante auto de 16 de junio de 2006, o las cuestiones prejudiciales C-260/07 y C-506/07, planteadas por otros tribunales de apelación españoles, así como por no haber planteado él mismo cuestión prejudicial en el presente litigio.

Pues bien, motivos idénticos han sido desestimados por esta Sala en sus sentencias de 10 de mayo, 13 de junio y 28 de septiembre de 2011 (recursos nº 1820/07, 2202/07 y 600/08, respectivamente) y otros muy similares en sentencias de 8, 18 y 28 de febrero de 2011 (recursos nº 1016/07, 1044/07 y 1420/07, respectivamente)



por ser una facultad del tribunal de apelación el planteamiento de cuestión prejudicial cuando su sentencia, como sucede en el presente caso, sea susceptible de recurso y por no resultar preceptiva la suspensión del curso de un litigio cuando esté pendiente una cuestión prejudicial planteada en otro litigio diferente.

Además, no se alcanza a comprender qué indefensión ha podido sufrir la parte recurrente cuando, de un lado, esta Sala sí estaría obligada a plantear cuestión prejudicial si tuviese dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión aplicable al caso, pese a lo cual la parte recurrente no pide su planteamiento, y, de otro, las cuestiones prejudiciales C-279/06, esto es la planteada en su día por el mismo tribunal de apelación en otro litigio, y C-260/07, planteada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, ya han sido resueltas por SSTJUE 11-9-2008 y 2-4-2009 respectivamente, cuya doctrina habrá de ser atendida en su caso por esta Sala y ha podido ser objeto de alegaciones tras haberse aportado por la propia parte recurrente copia de la STJUE 2-4-2009. Por último, la absoluta indefinición de la parte recurrente, que omite cualquier referencia al efecto que habría de producir una eventual apreciación de la infracción procesal denunciada, viene a demostrar la dificultad de encuadrar lo que ella plantea en alguno de los motivos taxativamente enumerados en el art. 469.1 LEC.

En cuanto a los *recursos de casación*, esta Sala también se ha pronunciado ya sobre motivos idénticos o muy similares al *segundo del recurso de la parte actora* y al *tercero del recurso del codemandado allanado*, ambos dedicados a impugnar la sentencia recurrida por haber declarado que las compañías demandantes que explotaban las estaciones de servicio tenían libertad para decidir el precio de venta al público de los carburantes y combustibles.

No discutido en el presente caso que las compañías demandantes eran distribuidoras en régimen de compra en firme y reventa, ambos motivos se fundan en infracción del art. 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE) en relación con el considerando 8º del Reglamento CE nº 2790/99 y con el apdo. 47 de las directrices relativas a restricciones verticales objeto de la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2000, en tanto el motivo tercero del recurso del codemandado allanado se funda en las mismas infracciones. Según el desarrollo argumental del motivo de la parte actora, la fórmula del precio a pagar por ella a *Disa* demostraría una imposición de precios por medios indirectos, y además una providencia dictada por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia en un expediente seguido contra las tres principales operadoras del mercado español revelaría que el minorista carece de incentivos y de capacidad para desviarse del precio recomendado. Por su parte, el desarrollo argumental del motivo del codemandado allanado se limita a dar por sentado que en el sector español de los hidrocarburos difícilmente se pueden permitir precios máximos recomendados.

Pues bien, esta Sala ha desestimado motivos idénticos o muy similares en sus sentencias de 5 y 10 de mayo (Pleno), 7 y 13 de junio, 28 de septiembre y 20 de noviembre de 2011 (recursos nº 1043/07, 1820/07, 2096/07, 2202/07, 600/08 y 1050/08, respectivamente) por hacer supuesto de la cuestión, pues al margen de que los considerandos de los Reglamentos de exención y las directrices de la Comisión no son normas capaces de sustentar un motivo de casación, se hace supuesto de la cuestión cuando la infracción normativa se da por sentada contradiciendo el hecho probado, declarado como tal por la sentencia recurrida, de que los codemandantes tenían libertad tanto contractual como material para fijar el precio de venta al público. Frente a este hecho probado, que tiene como punto de partida la cláusula contractual que expresamente reconocía esa libertad, lo único que podrían haber invocado las partes recurrentes, y además en recurso extraordinario por infracción procesal y no de casación, sería una prueba pericial que sin lugar a dudas acreditara que en realidad las compañías codemandantes carecían de esa libertad, y no proponer fórmulas que nada demuestran por sí mismas, actuaciones de autoridades de la competencia relativas a las operadoras con mayor cuota de mercado en España, caso precisamente opuesto al de *Disa*, o, en fin, argumentos que, además de parecer orientados a que las estaciones de servicio puedan, en perjuicio de los consumidores, vender a precios superiores a los recomendados, están en abierta contradicción con la doctrina sentada por la STJUE 2-4-2009 (asunto C-260/07) en el apdo. 3 de su fallo al resolver una cuestión prejudicial planteada precisamente por un tribunal español y, por tanto, a partir de unos hechos que necesariamente se encuadran en las concretas circunstancias del sector español de los hidrocarburos tan invocadas por ambas partes recurrentes.

En consecuencia, procede desestimar el motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, el motivo segundo del recurso de casación de la parte demandante y el motivo tercero del recurso de casación del codemandado allanado.

**CUARTO** .- También ha de ser desestimado, aunque por razones diferentes, el *motivo tercero del recurso de casación de la parte demandante*, fundado en infracción de los arts. 81.2 del Tratado CE y 1306-2ª y 1303 CC, del apdo. 10 de la Comunicación de la Comisión de 27-4-2004 sobre cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de los apdos. 4, 10, 11 y 17 de la Comunicación de 13-2-1993 sobre la misma materia y del considerando 7º del Reglamento (CE) nº 1/2003, pues impugna la



sentencia recurrida "por cuanto rechaza la pretensión indemnizatoria formulada por esta parte en el escrito de demanda" sin advertir dicha parte que el tribunal sentenciador, precisamente porque no apreció ninguna razón para declarar la nulidad de las relaciones jurídicas litigiosas, no entró a conocer de "la pretensión indemnizatoria" de esta parte recurrente y, por tanto, no pudo cometer las infracciones alegadas en el motivo.

Lo que sucede, por tanto, es que el contenido material de este motivo no es el de un verdadero motivo de casación, sino el de unas alegaciones sobre las consecuencias de una eventual estimación de alguno de los motivos precedentes del mismo recurso que esta Sala solo podrá tener en cuenta si, por ser procedente estimar alguno de los motivos aún pendientes de examen, hubiera de asumir la instancia para decidir sobre los efectos de la nulidad pretendida.

**QUINTO** .- Procede por tanto examinar los restantes motivos de ambos recursos.

Estos motivos pendientes aún de analizar son el primero del recurso de casación de la parte actora y el primero y el segundo del recurso de casación del codemandado allanado, que impugnan la sentencia recurrida por no haber declarado la nulidad de las relaciones jurídicas litigiosas pese a su larga duración. En definitiva, lo que se considera en estos motivos constitutivo de infracción es que la regla de *minimis*, aplicada por la sentencia recurrida, permita considerar lícita la larga duración de la exclusiva pactada.

El motivo primero del recurso de la parte actora se funda, a modo de enunciado general, en infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con los Reglamentos de exención nº 1984/83 y 2790/99 y con la jurisprudencia del TJCE (hoy TJUE). A continuación se divide en tres apartados o submotivos. El primero se funda en infracción del considerando 3º del Reglamento (CE) 1984/83, del considerando 13º y el art. 6 del Reglamento (CE) 2790/99, de los apdos. 121 a 133 de la Comunicación de la Comisión sobre directrices relativas a las restricciones verticales y de la jurisprudencia consolidada del TJCE, todo ello en relación con el art. 81 del Tratado CE. El submotivo segundo se funda en infracción del considerando 13º y de los arts. 3 d), 10 y 12. 1 c) del Reglamento (CEE) nº 1984/83 en relación con el mismo art. 81 del Tratado. Y el submotivo tercero se funda en infracción del art. 5 del Reglamento (CE) nº 2790/99 en relación también con el artículo 81 del Tratado.

Por su parte el motivo primero del recurso del codemandado allanado se funda en infracción del art. 81 del Tratado CE, del considerando 3º del Reglamento (CEE) nº 1984/83, del considerando 13º y el art. 6 del Reglamento (CE) nº 2790/99 y de la Comunicación de la Comisión sobre directrices relativas a las restricciones verticales. Y el motivo segundo del mismo recurso se funda en infracción del considerando 13 y los arts. 3 d), 10 y 12. 1 c) del Reglamento (CE) nº 2790/99.

El planteamiento común de estos tres motivos, cinco si los submotivos del recurso de la actora se consideran a su vez motivos independientes, es que la cuota de mercado de *Disa* en el mercado español de carburantes y combustibles, ciertamente inferior al 5%, no puede sin embargo impedir, contra lo que razona la sentencia impugnada aplicando la regla de *minimis* y la doctrina del TJUE al respecto, la nulidad de las relaciones jurídicas litigiosas por razón de su duración.

Los argumentos de las partes recurrentes son, en síntesis, los siguientes: 1) Necesariamente hay que tener en cuenta el efecto acumulativo de redes paralelas de restricciones verticales similares; 2) de la STJUE 28-2-1991 (caso *Delimitis*) se desprende que la incidencia de unas redes de contratos sobre el acceso al mercado depende del número de puntos de venta vinculados y de la duración de los compromisos suscritos, de modo que la existencia de un haz de contratos similares puede bastar por sí sola para concluir que el mercado es inaccesible; 3) las dificultades para introducirse en el mercado español han sido reconocidas por la propia *Disa* y afirmadas por la Comisión Europea en el asunto *Repsol*, así como por el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia españoles; 4) para decidir sobre el carácter insignificante de la contribución de unas determinadas empresas al efecto acumulativo hay que atender, ciertamente, a la posición de las partes contratantes en el mercado, pero también a la duración de las relaciones que establezcan, pues una larga duración de la exclusiva de abastecimiento, y más todavía una duración indefinida, contribuye sin duda al efecto de bloqueo; 5) según el anexo 7º de octubre de 2003 al contrato de arrendamiento de una de las estaciones de servicio (la de Avda. de Orihuela) y según el anexo de 16 de abril de 2004 al contrato de arrendamiento de otra (Petrer I - El Moro), cabría la tácita reconducción por meses sucesivos; 6) la tácita reconducción automática equivale, según las conclusiones del abogado general del TJUE en la cuestión prejudicial C- 279/06, a una duración indefinida, no amparada por ninguno de los Reglamentos de exención ni siquiera en el caso de inversiones significativas del proveedor; 7) tampoco el derecho de superficie a favor de *Disa* en el caso de las estaciones de servicio de Alicante y El Moro autorizaba la duración de que se trata; 8) esto es así porque el art. 12.2 del Reglamento de 1983 no permitía construcciones jurídicas artificiales que como tales fueron alegadas ante el TJUE por la Comisión en la cuestión prejudicial C-260/07 sosteniendo que el proveedor, para poder superar la duración de diez años, tendría que ser propietario no solo de las instalaciones sino también del terreno; 9) en cuanto al Reglamento de 1999, es claro que no



permitía duraciones indefinidas y que, para poder superar el límite máximo general de cinco años, exigía que el proveedor fuera propietario tanto de las instalaciones como del terreno; 10) los contratos litigiosos brindaban a *Disa*, "en concurso con el resto de los operadores", la posibilidad de eliminar la competencia.

**SEXTO** .- La demandada-recurrida *Disa*, en su escrito de oposición, impugna los motivos de ambos recursos relativos a la cuestión de la duración alegando, en síntesis, lo siguiente: 1) La sentencia impugnada aplica correctamente la denominada regla *de minimis* comunitaria, ya que es un hecho indiscutido que la cuota de mercado de *Disa* es inferior al 5%, el TJUE ha precisado en diversas ocasiones que el art. 81.1 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE) no es de aplicación cuando los efectos de un determinado acuerdo o práctica sobre la competencia o sobre el comercio intracomunitario no sean sensibles y la Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001 sobre acuerdos de menor importancia consideró que, incluso en el caso de un mercado de referencia en el que la competencia se viera restringida por los efectos acumulativos de exclusión por redes paralelas de acuerdos, no restringía la competencia un acuerdo concreto cuando la cuota conjunta de las partes del mismo no excediera del 5%; 2) la propia Comisión, en su otra Comunicación de 2001, sobre directrices relativas a las restricciones verticales, señaló que incluso cuando un acuerdo no reuniera los requisitos para beneficiarse de la exención con arreglo al Reglamento nº 2790/99, por ejemplo al no respetar el límite temporal de cinco años, podía restringir la competencia de forma poco significativa, precisando también que cuando el proveedor tuviera una cuota de mercado inferior al 5% cabía entender que el acuerdo no restringía de forma significativa la competencia, ni siquiera cuando existiese un efecto acumulativo de exclusión provocado por las diferentes redes de contratos; 3) esta Sala no se ha pronunciado de manera uniforme sobre la regla *de minimis*, pues mientras su sentencia de 22 de junio de 2006 la reconoce para excluir la aplicación del art. 81 del Tratado CE, su sentencia de 30 de junio de 2009, en cambio, considera que dicha regla no obsta a que el acuerdo pueda considerarse nulo con base en el Derecho español de defensa de la competencia conforme a la teoría de la "doble barrera"; 4) no existiendo, pues, jurisprudencia reiterada de esta Sala sobre la materia, es improcedente aplicar en este caso el criterio de dicha sentencia de 2009, pues excluir de la regla *de minimis* los acuerdos de duración superior a cinco años con base en la legislación española va en contra tanto del art. 3.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 como del principio de primacía del Derecho comunitario y de interpretación del Derecho nacional conforme al mismo; 5) cuando el Reglamento nº 1/2003 prevé la posibilidad de que los Estados miembros adopten y apliquen en sus territorios legislaciones de competencia nacionales más estrictas en relación con conductas unilaterales de las empresas, se está refiriendo a los casos de abuso de una posición de dominio (art. 82 del Tratado CE) y no a los de acuerdos entre empresas, como son los de suministro de carburantes (art. 81 del Tratado CE); 6) el Reglamento nº 1984/83 no exigía, para la exención de acuerdos de duración superior a diez años, que el proveedor fuese propietario del terreno además de propietario de las instalaciones, según declaró la STJUE 27-5-2009 en doctrina luego aplicada por las sentencias de esta Sala de 30 de junio y 23 de diciembre de 2009; 7) por tanto, dada la importancia de las inversiones de *Disa* en las estaciones de servicio litigiosas (3.954.355'70 euros más 795.236 euros en concepto de cánones por derechos de superficie), es claro que los contratos cumplían las condiciones de exención de dicho Reglamento de 1983; 8) la entrada en vigor del Reglamento nº 2790/99 no supuso la nulidad sobrevinida de los contratos en litigio, pues aunque ciertamente la exención de los acuerdos de duración superior a cinco años sí exigía ya que el proveedor fuera también propietario del terreno, sin embargo habría que respetar su validez al menos durante esos cinco años, es decir hasta el 31 de diciembre de 2006 (STS 30-6-09); 9) además, en el caso de una de las estaciones de servicio litigiosas, la denominada *Los Eucaliptos* en Elda, *Disa* era propietaria no solo de las instalaciones sino también del terreno, y en el caso de las otras tres la duración pactada en los contratos de arrendamiento no excedía de cinco años; 10) la alegación de que la duración de los contratos es indefinida, fundada en los anexos a dos de ellos, que permiten su tácita reconducción, supone un abuso de derecho de las demandantes, pues tras conseguir la renovación de unos contratos cuya vigencia había expirado y estando muy próxima la finalización del plazo de prórroga, decidieron unilateralmente dejar de cumplir todos los contratos amparándose en la prejudicialidad civil (nulidad, a decidir por el Juzgado de lo Mercantil) para evitar la acción de *Disa* de resolución por incumplimiento (Juzgado de Primera Instancia); 11) en último extremo, por tanto, la demanda tendría que ser desestimada con base en el art. 7 CC; 12) incluso desde el punto de vista del Derecho español de defensa de la competencia, la escasa cuota de mercado de *Disa* excluiría la ilicitud, como entendieron las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 y 29 de septiembre de 2009 (casos *Total* y *Agip* respectivamente) aplicando el art. 3 del Reglamento español de Defensa de la Competencia para considerar de menor importancia conductas que en principio no lo serían conforme al art. 1 por estar incursas en alguna de las excepciones del art. 2; 13) en definitiva, dada la cuota de mercado de *Disa*, "[t]anto si aplicamos la regla *de minimis* de forma automática como si procedemos a un análisis más pormenorizado con arreglo a la jurisprudencia aplicable, la conclusión siempre es la misma: los acuerdos de *DISA* no restringen la competencia de manera apreciable y no están, por tanto, prohibidos por el artículo 81 TCE".





**SÉPTIMO** .- Dados los respectivos planteamientos de las partes recurrentes y recurrida y la motivación de la sentencia impugnada en relación con la duración de los contratos litigiosos, la cuestión fundamental sobre la que ha de pronunciarse esta Sala es si la regla *de minimis*, reconocida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia, excluye o no por sí sola, dada la escasa cuota de mercado de la demandada *Disa*, la nulidad de los contratos litigiosos por razón de su duración. Si se da una respuesta afirmativa, los motivos de casación ahora examinados habrán de ser desestimados sin necesidad de mayores razonamientos; en cambio, si se da una respuesta negativa aún será necesario determinar si los contratos relativos a cada una de las estaciones de servicio, ya que no todos ellos tienen el mismo contenido, estaban o no amparados por los Reglamentos de exención nº 1984/83 y nº 2790/99.

En relación con dicha cuestión fundamental se da la circunstancia de que al interponerse los recursos (año 2008) no se había dictado aún la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2009 (rec. 315/04), aparentemente favorable al planteamiento de las partes recurrentes por su criterio de la "doble barrera" que permitiría declarar la nulidad, pese a la regla *de minimis*, con base en el Derecho español de defensa de la competencia. Como quiera que al formularse la oposición a los recursos (8 de marzo de 2010) sí se había dictado ya dicha sentencia, la parte recurrida interesa que no se siga ese criterio en el presente caso, aunque sí otros de la misma sentencia en relación, por ejemplo, con la fecha límite de validez de los contratos litigiosos con arreglo al Reglamento nº 2790/99 si la nulidad no queda descartada sin más por aplicación de la regla *de minimis*.

Ante todo debe puntualizarse que la referida sentencia de 30 de junio de 2009 trata de la regla *de minimis* al asumir la instancia (FJ 3º, párrafo primero), no por tanto para sentar doctrina resolviendo un motivo de casación, y rechaza su aplicación al caso, como proponía la parte recurrida en su escrito de oposición (entonces *Shell*, antecesora de *Disa* en los contratos objeto del presente litigio), por tratarse de una cuestión nueva (FJ 3º, inciso primero del párrafo cuarto). Solo como argumento de refuerzo "[a]parte de ello..." se añade, desde luego reconociendo la regla *de minimis* y haciéndose cargo de los criterios de la Comisión europea en su Comunicación de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia, que dicha regla, en su dimensión europea o comunitaria, no impide la nulidad fundada en el Derecho español de defensa de la competencia, interpretado en función del art. 2.2 e) del Reglamento aprobado por RD 261/2008, por aplicación de "la tesis de la doble barrera, el Reglamento Comunitario 1/2003, art. 9.2 LOPJ y jurisprudencia de esta Sala", toda vez que la relación jurídica allí litigiosa tenía una duración de 25 años y, por tanto, superaba el plazo de cinco años contemplado en dicho artículo del Reglamento español como excluyente de la menor importancia de una conducta entre no competidores. Posteriormente, la sentencia de 30 de julio del mismo año (rec. 72/05) volvió a tener en cuenta la "doctrina de la doble barrera", en cuanto reconocida por la STJUE 14/1968, si bien el litigio versaba entonces sobre unos contratos de franquicia relativos a un tratamiento capilar, es decir muy diferentes de los aquí litigiosos.

En el presente caso, en cambio, la procedencia de la nulidad pese a la regla *de minimis* (tesis de las recurrentes) o la exclusión de la nulidad en virtud de la regla *de minimis* (tesis de la parte recurrida y fundamento de la sentencia impugnada) se le plantea a esta Sala como órgano de casación y, además, mediante unos motivos fundados única y exclusivamente en infracción del Derecho comunitario (hoy de la Unión) y no, subsidiariamente, del Derecho español de defensa de la competencia.

Pues bien, a partir de las anteriores consideraciones los tres motivos aquí examinados han de ser desestimados por las siguientes razones:

1ª) La regla *de minimis* en su formulación *de minimis non curat lex*, es decir como regla de legalidad, distinta de la formulación *de minimis non curat praetor*, más relacionada con el principio de oportunidad y por tanto ajena a los órganos jurisdiccionales del orden civil por su incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a todos en el art. 24 de la Constitución española, viene siendo afirmada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), como por demás admiten todas las partes aquí litigantes.

2ª) En su concreta aplicación a las relaciones jurídicas entre compañías petroleras y gestores de estaciones de servicio el auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, en respuesta precisamente a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español del orden civil ( Audiencia Provincial de A Coruña, asunto C-506/07, Lubricantes y Carburantes Galaicos S.L.- Galp Energía España S.A.U.), expresa su doctrina sobre la regla *de minimis* del siguiente modo: a) En general un acuerdo que tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia "queda al margen de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, cuando solo afecta al mercado de forma insignificante, habida cuenta de la débil posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate", según sentencias del propio Tribunal de 9-6-1969, 25-11-1971, 28-4-1998 y 23-11-2006 (apdo. 24); b) "[d]e lo anterior resulta que un acuerdo que se considere de importancia menor puede, aun cuando contenga cláusulas como las mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente [derecho de superficie del proveedor durante veinticinco años], no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1" (apdo. 26); c) el órgano jurisdiccional debe tomar en consideración el marco



concreto en que se inscribe el acuerdo, "especialmente en el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes" (apdo. 28); d) cuando se trata de un acuerdo de compra en exclusiva es preciso "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 este su cuota de mercado" (sentencias de 28-2-1991, caso *Delimitis*, y 7-12-2000, caso *Neste* (apdo. 30); e) también debe examinarse "la naturaleza e importancia del conjunto de contratos similares que vinculan a un número importante de puntos de venta con varios proveedores y tomar en consideración, entre los demás elementos del contexto económico y jurídico en el que se insertan los contratos, los que determinan las posibilidades de acceso al mercado de referencia", por lo que habrá de examinarse "si existen posibilidades reales y concretas para que un nuevo competidor se infiltre en el haz de contratos" y tener en cuenta, igualmente, "las condiciones en que tiene lugar el juego de la competencia en el mercado de referencia", según declararon las sentencias de los casos *Delimitis* y *Neste* (apdo. 31); f) "[s]i el examen del conjunto de contratos similares revela que el mercado afectado es difícilmente accesible, deberá analizarse en qué medida los contratos celebrados por el proveedor de que se trate contribuyen al efecto acumulativo producido por dicho conjunto de contratos" (apdo. 32); g) "[l]a responsabilidad de este efecto de cierre del mercado debe imputarse, conforme a las normas sobre competencia comunitarias, a los proveedores que contribuyan a él de manera significativa" (apdo. 32); h) "[l]os contratos celebrados, por los proveedores cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no están comprendidos, por tanto, dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1" (apdo. 32); i) "[c]on el fin de analizar la importancia de la contribución de los contratos celebrados por un proveedor al efecto de bloqueo acumulativo, debe tomarse en consideración la posición de las partes contratantes en el mercado" y, además, la duración de los contratos, de modo que "[s]i esta duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, el contrato concreto está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1", según las sentencias de los casos *Delimitis* y *Neste* (apdo. 32); j) por tanto, un contrato que contenga cláusulas de imposición de una obligación de compra en exclusiva o de prohibición de competencia con un periodo de aplicación superior a los límites temporales previstos en los Reglamentos nº 1984/83 y nº 2790/99 "no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, siempre que no pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y que no tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia, lo que debe determinar el órgano jurisdiccional remitente teniendo en cuenta, en particular, el contexto económico y jurídico en el que se inscribe dicho contrato" (apdo. 32 y pronunciamiento 1º del fallo).

3ª) Aunque sin valor propiamente normativo, la Comunicación de la Comisión Europea de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ( *de minimis*, 2001/C 368/07) reduce los umbrales de cuota de mercado del 15% (acuerdos entre no competidores) y del 10% (acuerdos entre competidores), por encima de los cuales se entiende que puede haber restricción sensible de la competencia, a un más seguro 5% cuando se trate de un mercado de referencia en el que "la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes y servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares)". En consecuencia, "se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado" (puntos 7 y 8), extremo en el que viene a coincidir la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 relativa a las restricciones verticales (2000/C 291/01, apdos. 140 y 142).

4ª) En sentido similar, la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros si la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad no es superior al 5% y, además, tratándose de acuerdos verticales, no se supera una determinada cifra de volumen de negocio total anual, si bien, tratándose de acuerdos verticales que afecten a un solo Estado miembro, "al proceder a la evaluación se debe tener en cuenta no solo el acuerdo o la red concreta de acuerdos en cuestión, sino también otras redes paralelas que produzcan efectos similares" (apdos. 44 y 87).

5ª) En España, según la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009 (expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), hay tres proveedores cuya cuota de mercado suma un 67%, correspondiendo un 41% a *Repsol*, un 18% a *Cepsa* y un 8% a *BP* (apdo. 1 de los "Hechos acreditados").

6ª) De todo lo dicho hasta ahora, y especialmente del dato anterior puesto en relación con la doctrina del TJUE sobre la regla *de minimis* en su concreta aplicación a contratos como los aquí litigiosos, se sigue que



estos no están incursos en la prohibición del art. 81 CE (hoy art. 101 TFUE) porque su contribución al efecto acumulativo es insignificante y no cabe imputar a *Disa* la responsabilidad de ese efecto cuando en España una sola compañía proveedora tiene una cuota de mercado superior al 30% (por encima del cual el apdo. 8 de la ya citada Comunicación de *minimis* de 2001 apreciaba riesgo de efecto acumulativo) y entre la misma y otras dos alcanzan el 67%.

7ª) Por tanto, no es necesario analizar si la duración de los contratos litigiosos es o no manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, circunstancia acumulativa ( "*Dicha contribución depende, además...*" , apdo. 32 ATJUE 3-9-2009) a la de la cuota de mercado; como tampoco es preciso examinar, lógicamente, si la duración de los contratos litigiosos queda o no amparada por los Reglamentos de exención nº 1984/83 y nº 2790/99, pues estos solo se aplican a acuerdos que en principio aparezcan incursos en la prohibición del art. 81.1 del Tratado. No obstante, sí conviene puntualizar que la duración de dichos contratos, atendida la asignada al derecho de superficie como duración máxima de la exclusiva, tampoco es manifiestamente excesiva en comparación con contratos similares celebrados por las compañías proveedoras de carburante con mayor cuota de mercado, según resulta de las ya muy numerosas sentencias de esta Sala dictadas sobre la presente materia.

8ª) Resolver la cuestión de otra forma, es decir prescindiendo de la cuota de mercado de la demandada *Disa* para atender primordialmente a los plazos de duración del derecho de superficie comprometido o constituido a favor de la misma (cuarenta años en el caso de dos de las gasolineras y treinta años en el caso de otra, ya que en el caso de la cuarta gasolinera *Disa* es propietaria tanto del terreno como de las instalaciones), supondría contribuir al efecto acumulativo de bloqueo, ya que la nulidad de los contratos litigiosos dejaría libres a los demandantes para poder contratar con las compañías proveedoras que tienen las mayores cuotas de mercado a pesar de las importantes inversiones que ha tenido que hacer *Disa* para construir las estaciones de servicio en cuestión y del poco tiempo que, en proporción, se ha podido beneficiar de la exclusiva de abastecimiento (la demanda se interpuso el 28 de octubre de 2004 y las relaciones en régimen de arrendamiento de industria con exclusiva de abastecimiento comenzaron el 30 de octubre de 2000 para una gasolinera, el 17 de marzo de 1999 para otra y el 1 de diciembre de 1999 para la tercera, sin que respecto de la cuarta llegaran ni tan siquiera a comenzar).

9ª) El planteamiento de los motivos aquí estudiados, fundados exclusivamente en infracción del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del TJUE, impide que puedan examinarse, además, con base en el Derecho español de defensa de la competencia, es decir, aplicando el criterio de "la doble barrera". No obstante sí conviene aclarar que tal criterio debe conjugarse con lo dispuesto en el art. 3.2 del Reglamento (CE ) nº 1/2003, del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, según el cual "*[l]a aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero que no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado...*".

**OCTAVO** .- Desestimados todos los motivos de los tres recursos procede, conforme a los arts. 476.3 y 487.2 LEC , confirmar la sentencia recurrida.

No obstante, y toda vez que lo planteado ha sido una nulidad de diversos contratos ante la jurisdicción civil, lo que comporta no poder prescindir de las normas generales del Código Civil español sobre obligaciones y contratos como autoriza el art. 3.3 del ya citado Reglamento nº 1/2003 y declara la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 15-4-09 , 9-5-11 , 11-5-11 y 2-11-11 ), sí conviene añadir, de un lado, que las pretensiones de los recurrentes, resumidas no solo en desvincularse de la exclusiva pactada en su momento a favor de *Disa* sino también en quedarse para sí unas estaciones de servicio construidas a expensas de esta última muy pocos años antes (menos de cinco) de interponerse la demanda, una de ellas incluso sobre terreno de la propia *Disa* , y por ende proponiendo las recurrentes como solución principal, al amparo del art. 1306-2ª CC , esa apropiación sin contraprestación alguna y con derecho además a una indemnización, ya que el reintegro de las prestaciones recíprocas solo se proponía en la demanda como efecto subsidiario de la nulidad, pugnan de forma evidente con las consecuencias conformes a la buena fe que a los contratantes impone el art. 1258 CC ; y de otro, que no se alcanza a comprender cómo en la demanda se reprochaba a la demandada el no haber cumplido sus obligaciones contractuales respecto de la gasolinera que no se llegó a construir cuando resulta que en la propia demanda se consideraban nulos los contratos relativos a esa misma estación de servicio.

En suma, para demostrar lo irrazonable de las pretensiones de la demanda basta puntualizar que por el derecho de superficie durante cuarenta años sobre el terreno en que se construyó la primera gasolinera, *Disa* (en su momento *Shell* ) pagó 180 millones de ptas. en el acto, obligándose a pagar otros 320 millones en cuarenta cánones anuales de 8 millones de ptas. cada uno, y que, según la documentación aportada con la contestación a la demanda, *Disa* invirtió en la construcción de la gasolinera 117.428.856 ptas., cantidad de la que 75.077.293



ptas. correspondían a obra civil; que por el derecho de superficie durante treinta años sobre el terreno en que se construyó la segunda gasolinera, *Disa* pagó 30 millones de ptas. en el acto, además de obligarse a pagar una renta anual de 10 millones de ptas., y según la documentación aportada con la contestación a la demanda *Disa* invirtió 181.282.823 ptas. en su construcción, cantidad de la que 98.457.390 ptas. correspondían a obra civil; que por adquirir del recurrente Sr. Donato el derecho de opción de compra sobre el terreno de la tercera gasolinera, *Disa* pagó 20 millones de ptas., y su inversión en construir la gasolinera ascendió a 132.936.047 ptas.; y en fin, que por el derecho de superficie sobre el terreno en el que se proyectaba construir la cuarta gasolinera, para arrendarla después a una de las demandantes, se había pactado que *Disa* pagara 20 millones de ptas. al formalizarse la escritura pública y 5 millones de ptas. anuales durante treinta años, habiendo alegado en su momento *Disa* que efectivamente llegó a pagar esos 20 millones de ptas.

**NOVENO** .- Conforme al art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC, procede imponer a las partes recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos.

**DÉCIMO** .- 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 las compañías mercantiles demandantes ESTACIÓN DE SERVICIO LOS EUCALIPTOS S.L., ESTAGÁS S.L, ESTACIÓN DE SERVICIO EL MORO S.L y SOGESTÍN S.L contra la sentencia dictada el 6 de junio de 2008 por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 372/07 .

2º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto contra la misma sentencia por el demandado allanado D. Alfonso.

3º.- Confirmar la sentencia recurrida.

4º.- Imponer a las partes recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos.

5º.- Y que por el secretario judicial se comunique esta 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 Ríos Jesús Corbal Fernández**

**Francisco Marín Castán José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller**

**Encarnación Roca Trías Francisco Javier Arroyo Fiestas**

**Román García Varela Xavier O' Callaghan Muñoz**

**Rafael Gimeno Bayón Cobos**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Marín Castán**, 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.