



Roj: **STS 4067/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4067**

Id Cendoj: **28079110012018100662**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **1020/2015**

Nº de Resolución: **676/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18403/2015,**  
**STS 4067/2018,**  
**AATS 13899/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 676/2018**

Fecha de sentencia: 29/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1020/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 28

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1020/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 676/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Gasolinera Fontsera S.L., representada por el procurador D. David García Riquelme bajo la dirección letrada de D.ª Isabel Sobrepera Millet, contra la sentencia núm. 13/2015, de 16 de enero, dictada por la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 933/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 124/2009 del Juzgado Mercantil n.º 10 de Madrid, sobre derecho de la competencia. Ha sido parte recurrida Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., representada por el procurador D. Pedro Vila Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Pedro Arévalo Nieto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de Gasolinera Fontsera S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"RESUELVA:

"1º.- Declare que el Contrato de Arrendamiento de Estación de Servicio y Exclusiva de Suministro de 27 de mayo de 1997 suscrito por las partes infringe el artículo 81 (1) del Tratado CE.

"2º.- Declare, en aplicación del art. 81 (2) del Tratado CE, la nulidad del **Negocio Jurídico Complejo** compuesto por: **a)** Contrato de constitución derecho de usufructo, recíprocamente concesión de explotación, de 16 de diciembre de 1996; **b)** Contrato de Arrendamiento de Estación de Servicio y Exclusiva de Suministro de 27 de mayo de 1997, con sus anexos.

"3º.- Como consecuencia de la infracción del artículo 81 (1) del Tratado CE, condene a REPSOL CPP al pago a GASOLINERA FONTSERE de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados cuyo importe resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL CPP a GASOLINERA FONTSERE desde el 27 de mayo de 1997/1 de enero de 2002, según el caso, hasta el momento de cumplimiento de la futura sentencia estimatoria, por la diferencia media anual existente entre el precio de transferencia de REPSOL CPP a GASOLINERA FONTSERE (PVP medio anual fijado por REPSOL CPP a GASOLINERA FONTSERE deducido tanto el margen/comisión fijado por REPSOL CPP, como el IVA y el IVHM) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados a otras estaciones de servicio de la zona de Barcelona, que actúan como distribuidores independientes a las cuales su proveedor no les haya fijado, directa o indirectamente, el PVP y a los que no se les hayan aplicado condiciones económicas desiguales, incrementándose el total con los intereses que correspondan.

"4º.- Condenar expresamente a la demandada al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 25 de junio de 2009 y repartida al Juzgado Mercantil n.º 10 de Madrid, fue registrada con el núm. 124/2009. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, en representación de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil n.º 10 de Madrid dictó sentencia de fecha 6 de marzo de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

"SE ESTIMA EN PARTE LA DEMANDA interpuesta por D. DAVID GARCÍA RIQUELME, Procurador de los Tribunales, actuando en representación de la mercantil GASOLINERA FONTSERE, S.L, contra la mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales D. JOSE PEDRO VILA RODRIGUEZ y en consecuencia DEBO DECLARAR Y DECLARO que:

La duración de la exclusiva de suministro inicialmente pactada entre la mercantil GASOLINERA FONTSERE, S.L., y REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., no se ajustaba, a partir de 31 de diciembre de 2001, a los límites temporales admitidos por el Derecho europeo de la competencia.

No ha lugar a pronunciamiento especial en cuanto a las costas causadas, por lo expuesto en el último fundamento de derecho".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. y de Gasolinera Fontserre S.L.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 933/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 16 de enero de 2015, cuya parte dispositiva dice:

"1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por GASOLINERA FONTSERE, S.L. contra la sentencia dictada el 6 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid en el juicio ordinario nº 124/2009 del que este rollo dimana.

"2.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. contra la meritada sentencia.

"3.- En consecuencia, revocar la sentencia dictada en la anterior instancia, acordando en su lugar:

3.1.- Desestimar la demanda interpuesta por GASOLINERA FONTSERE S.L. contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS. S.A.

3.2.- Condenar a GASOLINERA FONTSERE, S.L. al pago de las costas ocasionadas en la primera instancia.

"4.- Imponer a GASOLINERA FONTSERE, S.L. las costas ocasionadas por su recurso

"5.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas derivadas del recurso promovido por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A."

**TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. David García Riquelme, en representación de Gasolinera Fontserre S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Infracción del art. 216, en relación con el artículo 217 y 456.1 de la LEC, así como del artículo 218.1 y 2 de la LEC. Modificación de los términos del debate y la causa de pedir, que deriva en una manifiesta incongruencia.

"Segundo.- Con fundamento en el art. 469.1.3º LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determina la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, en concreto, de los artículos 216, 217 LEC y art. 2 Reglamento CE 1/2003.

"Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución: Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), así como del derecho a un proceso con todas las garantías (ex art. 24.2 CE).

"Cuarto.- Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 469.1 de la LEC por vulneración, en el proceso civil, del art. 222 del mismo cuerpo legal, referido a la cosa juzgada material en relación con el artículo 24 de la Constitución, en tanto en cuanto se entiende que la sentencia recurrida infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte, que protege y garantiza la eficacia de cosa juzgada material".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del art. 81 1º, 2º y 3º TCE (actual 101 1º, 2º y 3º TFUE), y del artículo 6.3 del Código Civil; infracción del art. 12.2 Reglamento (CE) 2790/1999; infracción del principio fundamental de primacía del derecho comunitario; infracción del art. 234 TCE (actual art. 267 TFUE), así como del art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

"Segundo.- Infracción del artículo 81.1º, 2º y 3º del Tratado CE (actual artículo 101.1º, 2º y 3º TFUE), en relación con el art. 5 a) y del art. 12.2 del Reglamento CE nº 2790/99. Infracción del artículo 6.3 del Código Civil, así como del art. 1303 Código Civil en relación con las consecuencias de la infracción del art. 101 TFUE".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:



"1º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Gasolinera Fontsera S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 16 de enero de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) en el rollo de apelación Mercantil núm. 10 de Madrid.

"2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Gasolinera Fontsera S.L. contra la citada sentencia.

"3º) Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente, quien perderá el depósito constituido para recurrir".

**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

**4.-** Mediante providencia de 7 de junio de 2017 se acordó, por si la resolución por parte del TJUE de la cuestión prejudicial planteada por este tribunal en el recurso 757/2014 pudiera afectar a este caso, la suspensión del procedimiento.

**5.-** Dictada por el TJUE sentencia en el asunto C- 547/16, con fecha 23 de noviembre de 2017, se reanudó el curso de las actuaciones y se concedió a las partes un trámite de alegaciones.

**6.-** Por providencia de 8 de octubre de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

**1.-** El 27 de mayo de 1997, la sociedad Gasolinera Fontsera S.L. y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. suscribieron un contrato de abanderamiento y suministro en exclusiva sobre la estación de servicio número 15.963, sita en La Garriga (Barcelona).

**2.-** Como antecedente de dicho contrato, las mismas partes, el 16 de diciembre de 1996 celebraron un negocio jurídico complejo compuesto por un contrato de constitución de un derecho de usufructo sobre la finca donde su ubica la gasolinera y un contrato de arrendamiento.

**3.-** Fontsera presentó una demanda contra Repsol, en la que solicitó que se declarase que las relaciones contractuales entre las partes eran contrarias al art. 81 TCE (actual art. 101 TFUE) y su derecho derivado y por tanto nulas y que se condene a Repsol a indemnizar a la demandante.

**4.-** La sentencia dictada en primera instancia estimó en parte la demanda y declaró que la duración del contrato de suministro en exclusiva no se ajustaba, a partir de 31 de diciembre de 2001, a los límites temporales establecidos en el Derecho Europeo de la Competencia.

**5.-** Recurrida dicha sentencia en apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de Fontsera y estimó el de Repsol, fundamentalmente, por lo que ahora importa, por considerar que la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 impedía la declaración de nulidad pretendida. Como consecuencia de ello, desestimó la demanda.

**6.-** Cuestiones sustancialmente idénticas a las suscitadas en este recurso han sido objeto de tratamiento en la sentencia del pleno 67/2018, de 7 de febrero, y en la sentencia 135/2018, de 8 de marzo. Por lo que nos remitiremos en gran parte a lo ya decidido en tales resoluciones.

### SEGUNDO.- *Improcedencia del planteamiento de una solicitud de decisión prejudicial ante el TJUE*

**1.-** En el extensísimo escrito presentado por Fontsera para evacuar el trámite de alegaciones concedido en relación con la STJUE de 23 de noviembre de 2017, solicitó que se planteara ante el TJUE una petición de decisión prejudicial con las siguientes cuestiones:

- "¿Puede entenderse a la luz del Reglamento (CE) nº 1/2003 que los hechos investigados y declarados probados en una Resolución dictada por una Autoridad Nacional de Competencia de un Estado miembro de la UE (cuando una Autoridad actúa en aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE dentro de las funciones que le son conferidas en virtud del citado Reglamento, y de la Comunicación de Cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, así como, de la Comunicación de la Comisión sobre cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C101/03) de 27/04/2004, y que posteriormente es confirmada y deviene firme por el órgano jurisdiccional nacional superior, tienen valor probatorio de prueba para el enjuiciamiento por otro órgano jurisdiccional en posteriores asuntos que tengan que ver con los mismos



hechos, si como en el supuesto que nos ocupa, han sido adoptadas en coordinación con la Comisión, en su condición de Autoridad mejor posicionada y con la finalidad de evitar la duplicidad de esfuerzos? ¿Los efectos de esa Resolución firme de la Autoridad Nacional de competencia pueden equipararse a los que provoca una Decisión de la propia Comisión?".

- "En el supuesto de que la Autoridad Nacional de Competencia se pronuncie sobre la existencia de una infracción en relación a una red de acuerdos, ¿debe presuponerse salvo prueba en contrario por el infractor, que todos los acuerdos que componen esa red están afectos al contenido de la resolución? Esto es, ¿provocan las resoluciones que se dictan sobre redes de acuerdos, una inversión de la carga de la prueba? ¿Es conforme con el Derecho Europeo de competencia que por el órgano jurisdiccional nacional se requiera el análisis concreto del acuerdo litigioso por la autoridad nacional de competencia para estimarlo afectado por la resolución firme dictada?".

- "La posibilidad de efectuar descuentos con cargo a la comisión por un agente al que se le aplica el art. 101 TFUE, ¿exime al juez nacional de verificar la existencia de mecanismos indirectos que convierten el precio máximo y/o recomendado comunicado por ese principal, en un precio fijo o mínimo? Esto es, ¿puede el órgano jurisdiccional nacional limitarse a analizar en ese supuesto, los requisitos de la directriz 48 y obviar el análisis de los requisitos que se recogen en la directriz 47 y contenidas en la Comunicación de la Comisión de 13.10.2000 (o directrices 49 y 48, respectivamente, de la Comunicación de 19.05.2010?".

- "Una vez que se constata que un operador ostenta una cuota superior al 30% del mercado de referencia, ¿resulta imprescindible que ese operador acredite que todos y cada uno de sus acuerdos reúnen las condiciones acumulativas que establece el art. 101.3 TFUE?".

**2.-** El planteamiento de la petición de decisión prejudicial resulta improcedente, porque ninguna de las cuestiones que se proponen resultan necesarias para que este tribunal dicte sentencia, que es el requisito esencial que, para plantear tal petición, como establece el art. 267 TFUE.

En efecto, en el recurso de casación únicamente se mantienen, en sus dos motivos, las alegaciones relativas a la duración del contrato, en relación con la entrada en vigor del Reglamento 2790/99 y sus consecuencias, así como la incidencia de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2016, que pueden ser perfectamente resueltas por este tribunal con fundamento en la STJUE de 23 de noviembre de 2017, que a estos efectos tiene el valor de acto aclarado (STJ de 6 de octubre de 1982, C-283/81, *Cilfit*) y las resoluciones de esta sala que la han aplicado.

Esas resoluciones de la Autoridad Nacional de la Competencia se referían fundamentalmente a la fijación de precios, cuestión sobre la que no se ha interpuesto ningún motivo de casación.

**TERCERO.-** *Primer y segundo motivos de casación. Formulación. Admisibilidad. Tratamiento conjunto*

**1.-** La recurrente formuló un primer motivo de casación, por infracción del art. 81.1, 2 y 3 TCE (actual art. 101 TFUE), 6.3 CC, 12.2 del Reglamento CE núm. 2790/1999, el principio de primacía del Derecho Comunitario, el art. 234 TCE (actual art. 267 TFUE) y el art. 16 del Reglamento CE 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. Así como la sentencia del pleno de esta sala de 5 de mayo de 2011.

En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que debe realizarse una evaluación individual del entramado contractual para comprobar si concurren todos y cada uno de los requisitos necesarios para la aplicación de una exención individual del art. 81.3 TCE y no acogerse a la evaluación preliminar efectuada por la Comisión el 16 de junio de 2004.

**2.-** En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del art. 81.1, 2 y 3 TCE (actual art. 101 TFUE), en relación con los arts. 5 a) y 12.2 del Reglamento CE núm. 2790/1999, y los arts. 6.3 y 1303 CC, en relación con las consecuencias de la infracción del art. 101 TFUE, así como la jurisprudencia de esta sala contenida en la sentencia del pleno 763/2014, de 12 de enero de 2015, que adoptó la doctrina del ATJUE de 27 de marzo de 2014 en el caso *Bright Service*.

Al desarrollar el motivo, alega, resumidamente, que los acuerdos contractuales entre las partes estuvieron excluidos del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE hasta el 31 de diciembre de 2001 y que son nulos de pleno derecho a partir del 1 de enero de 2002.

**3.-** Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, por considerar que no existía el interés casacional alegado y que se pretende alterar la base fáctica de la sentencia recurrida.

Tales argumentos no se aceptan. Respecto del interés casacional, resulta evidente tras la STJUE de 23 de noviembre de 2017 y las resoluciones de esta sala que la han aplicado. Y en cuanto a los datos fácticos, los



esenciales para resolver la cuestión, eminentemente jurídica, relativos a la fecha de concertación del contrato y a su plazo de duración, no han sido alterados.

4.- Como quiera que tras la formulación del recurso de casación se han dictado diversas resoluciones relevantes, tanto por el TJUE, como por esta propia sala, se considera conveniente resolver conjuntamente ambos motivos de casación, con una mención previa a la situación actual tras esos pronunciamientos judiciales, a los que iremos haciendo referencia.

**CUARTO.- Análisis de las cuestiones jurídicas controvertidas a la luz de la STJUE de 23 de noviembre de 2017**

1.- Antes de que esta sala decidiera plantear la petición de decisión prejudicial que ha sido resuelta por la STJUE de 23 de noviembre de 2017, la cuestión jurídica a que se refieren los dos motivos de casación consistía, básicamente, en si se consideraba que el contrato litigioso (más propiamente, el entramado contractual, puesto que son varios los pactos o negocios jurídicos que conforman las relaciones entre las partes) estaba adaptado a la normativa comunitaria, como consecuencia de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 y debía resolverse en la misma línea que las SSTs 311/2011, de 9 de mayo; 310/2011, de 11 mayo; 709/2012, de 30 de noviembre; y 789/2012, de 4 de enero de 2013. O si, por el contrario, debía considerarse que la Decisión de la Comisión no constituía una causa de exención y tras el ATJUE de 27 de marzo de 2014 (asunto C-142/13, *Brigth Service*) debería adoptarse una solución como la acordada en la sentencia 162/2015, de 31 de marzo.

No obstante, la sala consideró en su momento que el mencionado ATJUE del caso C-142/13 no daba completa respuesta a la controversia, por lo que planteó su propia petición de decisión prejudicial. De manera que, aclarado ya por el TJUE en la indicada sentencia de 23 de noviembre de 2017 cuál es el valor de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006, deben resolverse los motivos de casación bajo esta nueva perspectiva.

2.- Cuando se concertó el contrato de distribución que contiene el pacto de suministro en exclusiva y su duración de veinticinco años, regía el Reglamento CE 1984/83, de 22 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (Reglamento de exención) y estaba amparado por el mismo. Este Reglamento expiró el 31 de diciembre de 1999, de forma que el día 1 de enero de 2000 entró en vigor el nuevo Reglamento CE 2790/1999, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Sin perjuicio de que se prorrogara la aplicación de las exenciones previstas en el anterior hasta el 31 de diciembre de 2001 a los acuerdos que ya estuvieran en vigor el 31 de mayo de 2000.

A tenor del cambio de criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015, como consecuencia de la doctrina contenida en el antes citado ATJUE de 27 de marzo de 2014, asunto *Brigth Service*, cuando un "acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento n.º 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento n.º 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento n.º 2790/1999 (...)". Y se rectifica expresamente la interpretación que veníamos haciendo con anterioridad, relativa a que tal acuerdo siguiera estando excluido del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE, por dicho Reglamento de exención, hasta el 31 de diciembre de 2006. Esto es, no cabe sumar al período transitorio previsto en el art. 12.2 del Reglamento, otro período de una duración equivalente al máximo durante el cual un contrato que incluya una cláusula de no competencia puede estar exento en virtud del Reglamento nº 2790/1999.

3.- Conforme a tal conclusión jurisprudencial, el contrato litigioso incurrió en ineficacia sobrevenida a partir de 1 de enero de 2002, con las consecuencias que, desde la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015, hemos establecido para casos similares de contratos de abanderamiento y abastecimiento de combustible en exclusiva. Sin embargo, la sentencia recurrida consideró que no hubo infracción del art. 81.3 TCE, al analizar los requisitos para que proceda la exención individual, por considerar que cuando se concertó la relación contractual regía el art. 12.2 del citado Reglamento CE 1984/83 y en el periodo transitorio entre ese Reglamento y el Reglamento CE 2790/99, Repsol instó, conforme al Reglamento CEE 17/1962, un procedimiento de declaración negativa y subsidiaria de exención individual. Según la Audiencia Provincial, como quiera que a la entrada en vigor del Reglamento CE 2790/99 la cuota de mercado de Repsol era superior al 30%, la cláusula de duración pactada entre las partes quedó protegida por la mencionada solicitud de exención, según se desprende de las Directrices 59 y 155 de Aplicación del Reglamento CE 2790/99 (en este sentido, sentencia de esta sala 991/2014, de 12 de enero de 2015). Y como consecuencia de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006, las relaciones contractuales entre las partes quedaron acomodadas al nuevo marco jurídico, dado que Repsol ofreció a la demandante poder apartarse anticipadamente del entramado contractual.

4.- No obstante, la STJUE de 23 de noviembre de 2017, en respuesta a nuestra petición de decisión prejudicial, ha establecido que una decisión de compromisos adoptada por la Comisión Europea relativa a determinados



acuerdos entre empresas no impide que los tribunales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas comunitarias en materia de competencia y puedan declarar su nulidad. Así como que las decisiones de compromisos convierten estos en obligatorios, pero no certifican la conformidad de la práctica objeto de tales pronunciamientos con las normas del derecho de la Unión que prohíben conductas contrarias a la competencia. Por tanto, no cabe excluir que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que la práctica objeto de la decisión de compromisos es ilegal, porque la decisión de compromisos no puede legalizar de manera retroactiva un comportamiento infractor. Pero añade la sentencia en el apartado 29:

"No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden ignorar este tipo de decisiones porque, en cualquier caso, tales actos tienen carácter decisorio. Además, tanto el principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, como el objetivo de la aplicación eficaz y uniforme del Derecho de la Unión en materia de competencia obligan al juez nacional a tener en cuenta el análisis preliminar de la Comisión y a considerarlo un indicio -o, incluso, un principio de prueba- del carácter contrario a la competencia del acuerdo en cuestión a la luz del artículo 101 TFUE, apartado 1".

5.- Pues bien, la tan mencionada Decisión de 12 de abril de 2006 consideró en su evaluación preliminar que este tipo de contratos puede, según el caso, presentar un problema de competencia, en particular cuando, en virtud de las cláusulas inhibitorias de la competencia aplicables a los carburantes destinados a la venta en las estaciones de servicio, otros proveedores del mercado no pueden vender a compradores concretos, lo que puede conducir a la exclusión del mercado (exclusión de otros proveedores mediante el incremento de las barreras de entrada) y a reducir la competencia inter-marca.

También estimó la Comisión que las cláusulas inhibitorias de la competencia contenidas en contratos como el litigioso podían contribuir de manera significativa a crear un efecto de exclusión en el mercado español de la venta al por menor de carburantes, dado que por el contexto económico y jurídico de esos contratos, el mercado era difícilmente accesible para los competidores que desearan instalarse o incrementar su cuota de mercado. El acceso era difícil, en particular, 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 y de otras condiciones de la competencia (principalmente la saturación del mercado y la naturaleza del producto). Conclusiones que se desprendían, según la Decisión, de los siguientes elementos: el alcance de las obligaciones inhibitorias de la competencia impuestas por Repsol (la cuota de mercado vinculada de las ventas de Repsol era considerable, en torno al 25-35%); la larga duración de los compromisos de inhibición de la competencia suscritos, en particular en el caso de los contratos de usufructo y de superficie, que son contratos a largo plazo (entre 25 y 40 años); la posición débil y atomizada de las empresas que explotan estaciones de servicio y de los clientes finales con relación a la de los proveedores, y en particular a la de Repsol, cuya cuota de mercado era considerable.

En esa evaluación preliminar, la Comisión concluyó que, de conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo, los contratos de estas características, al aplicarse en el conjunto del territorio de un Estado miembro, pueden surtir, por su naturaleza, el efecto de consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando la interpenetración económica perseguida por el Tratado, máxime cuando las posibles restricciones de la competencia crearían una barrera de entrada.

6.- En conclusión, la Decisión de la Comisión no certificó (en palabras del TJUE) la conformidad de la práctica objeto de sus pronunciamientos -la relativa a la duración del contrato de exclusiva- con las normas del Derecho de la Unión que prohíben conductas contrarias a la competencia. Por lo que, en tanto en cuanto la sentencia recurrida consideró que la Decisión de la Comisión enervaba la posibilidad de nulidad contractual por infracción del Derecho de la competencia, debe estimarse el recurso de casación, anular dicha sentencia y asumir la instancia, a fin de examinar los recursos de apelación interpuestos ambas partes.

**QUINTO.- Asunción de la instancia. Consecuencias de la estimación en parte de ambos recursos de apelación**

1.- Fontserre no ha sostenido en casación las pretensiones que mantuvo en apelación, distintas a la duración del contrato, por lo que debe entenderse que se aquietó a las conclusiones de la Audiencia Provincial sobre tales particulares. En consecuencia, únicamente nos pronunciaremos sobre las consecuencias de la ineficacia sobrevenida respecto de la duración del contrato, que coinciden, además, con el objeto del recurso de apelación de Repsol.

2.- Si damos por reproducido lo expuesto anteriormente sobre la transición entre los Reglamentos de exención 1984/1983 y 2790/1999, la solución a esta cuestión debe ser la misma que ya adoptamos en la sentencia 162/2015, de 31 de marzo, reproducida en otras posteriores. Sobre la base de que el acuerdo celebrado por las partes no pueda beneficiarse de la aplicación del nuevo Reglamento 2790/1999, no significa que de modo retroactivo se produzca la nulidad total del contrato, pese a ser válido conforme a la normativa vigente en el



momento en que fue concertado, sino que, efectivamente, el cambio normativo sobrevenido no permite que el contrato como tal pueda pervivir y desarrollarse en los términos en que fue concertado.

**3.-** También hemos dicho que hubo un cambio de criterio jurisprudencial, plasmado en la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015, como consecuencia de la doctrina contenida en el también ya citado ATJUE de 27 de marzo de 2014, *Brighth Service*, de manera que cuando un "acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento n.º 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento n.º 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento n.º 2790/1999 (...)".

Lo que, a los efectos que ahora nos ocupan, conlleva que, negada virtualidad sanadora a la Decisión de la Comisión de 2006, deba declararse la nulidad sobrevenida de las relaciones jurídicas entre las partes a partir del día 1 de enero de 2002. Sobre todo, si pese a existir un indicio o principio de prueba, Repsol no lo ha desvirtuado.

**4.-** Respecto de las consecuencias de esta ineficacia sobrevenida, nos hemos pronunciado en las sentencias 763/2014, de 12 de enero de 2015, 162/2015, de 31 de marzo, 762/2015, de 30 de diciembre, 67/2018, de 7 de febrero, y 135/2018, de 8 de marzo, en las que recordamos que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, "la nulidad del art. 81.2 TCE se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición (...) o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo ( STJCE de septiembre de 2008, C-279/2006)", y "en el campo del derecho interno se admite la posibilidad de nulidad parcial con arreglo al aforismo '*utile per inutile non vitiatur*'".

En los casos resueltos por las citadas sentencias, entendimos que la supresión de la cláusula restrictiva (la duración de la exclusiva de abastecimiento) afectaba a un elemento estructural y a la economía del negocio, sin que fuera posible mantenerlo vigente suprimiendo la exclusiva de abastecimiento. En el presente caso, se advierte fácilmente que si el antecesor de la demandante constituyó el derecho de superficie a favor de la petrolera sobre el terreno, y se comprometió a construir la gasolinera y a ceder la concesión administrativa por un plazo de veinticinco años, es porque a su vez la petrolera cedía la explotación de la estación de servicio, junto con el arrendamiento de industria y la exclusiva de abastecimiento, por igual periodo de tiempo, además de las inversiones que iba a realizar en la estación. Es decir, no se habría concertado el contrato de superficie si no se concedía a continuación el de arrendamiento de industria y abastecimiento en exclusiva. Por lo que entre estos contratos existe un vínculo funcional, determinado por el propósito global que a través de ellos se pretendía conseguir, que permite considerarlos conexos.

Y, consiguientemente, en atención a esta vinculación, hemos de concluir que la ineficacia sobrevenida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro no puede determinar únicamente la nulidad de dicha cláusula desde el 1 de enero de 2002, sino que afecta a todo el entramado contractual. Esto es, al contrato de superficie por veinticinco años, por un lado, y, por otro, a los contratos de cesión de la explotación de la estación de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento. Todos ellos, aunque tuvieran su causa propia, respondían a una misma finalidad y entre ellos existía un equilibrio de prestaciones, que se rompe cuando se declara la nulidad de la cláusula de suministro en exclusiva antes de cumplirse el tiempo inicialmente convenido para amortizar la inversión realizada por la demandada. El hecho de que las consecuencias de la ineficacia sobrevenida no sean las inicialmente pedidas en la demanda no impide que pueda pedirse en un pleito posterior la liquidación de esta relación contractual que conformaban los contratos conexos afectados por la ineficacia sobrevenida, tal y como declaramos en las meritadas sentencias.

**5.-** En consecuencia, respecto de esta cuestión relativa a la duración de la relación contractual y las consecuencias de su extinción, procede estimar en parte, la demanda y, también en parte, si bien de manera implícita, la reconvencción, en los términos que acabamos de exponer.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos**

**1.-** La estimación del recurso de casación supone la estimación en parte de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, razón por la cual no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ninguno de ellos, según previene el art. 398.2 LEC.

**2.-** La estimación de los recursos de apelación ha supuesto la estimación en parte de la demanda, por lo que tampoco procede hacer expresa condena de las costas de la primera instancia, a tenor del art. 394.2 LEC.

**3.-** Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

## **FALLO**





Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por Gasolinera Fontsera S.L. contra la sentencia 13/2015, de 16 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el recurso de apelación núm. 933/2012, que dejamos sin efecto, y en su lugar acordamos:

1.1. La estimación en parte de los recursos de apelación interpuestos por Gasolinera Fontsera S.L. y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. contra la sentencia núm. 39/2012, de 6 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid, en el juicio ordinario n.º 124/2009.

1.2. La estimación en parte de la demanda formulada por Gasolinera Fontsera S.L. contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., en el sentido de declarar la ineficacia sobrevenida desde el 1 de enero de 2002, de la relación jurídica compleja que vinculaba a las partes en relación con la estación de servicio número 15.963, sita en La Garriga (Barcelona), conformada por el contrato de usufructo y el contrato de cesión de la explotación de la estación de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento. Con las consecuencias y efectos establecidos en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia, en particular que la liquidación de las relaciones contractuales entre las partes deberá realizarse en un pleito posterior.

1.3. La desestimación del resto de las pretensiones contenidas en la demanda.

**2.º**- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y apelación.

**3.º**- No hacer expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.

**4.º**- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Y comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ( arts. 16.3 LDC y 212.3 LEC) .

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.