



Roj: **STS 4263/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4263**

Id Cendoj: **28079110012018100705**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2018**

Nº de Recurso: **1184/2016**

Nº de Resolución: **729/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 34/2016,**  
**STS 4263/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 729/2018**

Fecha de sentencia: 20/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1184/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2018

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.: 1184/2016

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. 729/2018**

Excmos. Sres.

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 20 de diciembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Transportes Evaristo Molina S.A., representada por el procurador D. David García Riquelme, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> María Lourdes Ruiz Ezquerra, contra la sentencia núm. 41/2016, de 5 de febrero, dictada por la sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 73/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 467/2005 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, sobre derecho comunitario de defensa de la competencia. Ha sido parte recurrida Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., representada por el procurador D. José Pedro Vila Rodríguez y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Mercedes Villarrubia García.

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 Transportes Evaristo Molina S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que:

En cumplimiento del Artículo 81.1 y 2 del Tratado de Ámsterdam, del Artículo 4 a) y 5 a) del Reglamento CE 2790/99, de los Artículos 10, 11 y 12, así como de los Considerando 8 y 13 del Reglamento CEE N° 1984/83, y de la Directriz 47 de la Comunicación de la Comisión de 13 de Octubre de 2.000, se declare la *NULIDAD del Contrato privado de Constitución de derecho de superficie de 2 de Abril de 1992, con su anexo n° 1, y de los Contratos que de éste se derivan y que se concretan en*

*La Escritura pública de Cesión de derecho de superficie de 11 de Junio de 1992 otorgada ante el Iltrre. Notario de Granada D. Alberto Agüero de Juan, con el n° 1.574 de su protocolo*

*el contrato de Arrendamiento de E.S. y exclusiva de suministro de 11 de Julio de 1992*

*se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306 punto 2º del Código Civil , de conformidad con todo lo expuesto en el presente escrito, y SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que el anterior pedimento fuese rechazado, se ordene el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes, minoradas en las cantidades que ya hubieran sido amortizadas, en base a lo dispuesto en el Art. 1.303 del Código Civil ,*

*Se sanciones a la demandada REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., a indemnizar a "TRANSPORTES EVARISTO MOLINA, S.A.", por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la imposición unilateral, a mi mandante de las condiciones económicas de las operaciones de venta al público de productos petrolíferos. Indemnización que sin perjuicio de ser cuantificada en fase probatoria, deberá ser la resultante de aplicar los términos de la siguiente ecuación: *la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por "TRANSPORTES EVARISTO MOLINA,S.A.", en cumplimiento del Contrato de Arrendamiento de E.S. y exclusiva de Suministro de 11 de Julio de 1992, *deducidos los márgenes asignados por la petrolera, y la media de los precios semanales que se acredite en periodo probatorio, fueran ofrecidos y /o abonados por REPSOL, así como otros Operadores y/o suministradores autorizados, en régimen de compra en firme o reventa, a otras Estaciones de Servicio de similares características a la gestionada por mi mandante, por el número de litros vendidos desde Enero de 1.993 (fecha de la efectiva extinción del Monopolio de Petróleos), hasta el momento efectivo de cumplimiento de la Sentencia, con los intereses que dichas cantidades hubieran generado hasta el día de la fecha, conforme a las bases establecidas en la presente Demanda.***

Se condene expresamente a la Demandada al pago de las Costas ocasionadas en el presente Procedimiento."

2.- La demanda fue presentada el 21 de octubre de 2005 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, fue registrada con el núm. 467/2005. 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 S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"1) De conformidad con la **Excepción de Litispendencia** alegada en la misma, y de conformidad con lo dispuesto en el **art. 421.1 de la LEC** , dicte Auto de Sobreseimiento del presente procedimiento, con expresa imposición de costas a la demandante.

"2) Subsidiariamente a la anterior, y de conformidad con la **Excepción de Prejudicialidad Civil**, y de acuerdo con lo ordenado por el **art. 43 de la LEC** , dicte Auto de suspensión del curso del presente procedimiento hasta que



finalice por sentencia firme el procedimiento ordinario nº 968/2005, seguido a instancias de REPSOL frente a TRANSPORTES EVARISTO MOLINA, S.A. tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid.

"3) **Suspender el presente procedimiento**, al amparo de lo previsto en el artículo 16 del Reglamento CEE 1/2003, por estar pendiente de resolución definitiva por parte de la Comisión Europea el expediente COMP/38348/REPSOL CCP. S.A.

"4) Subsidiariamente a los anteriores pedimentos, dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con imposición de las costas a la parte demandante, sin la limitación establecida en el párrafo tercero del artículo 394 de la LEC."

**4.-** Al contestar a la demanda se formuló demanda reconvenional, en la que se solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1. Se DECLARE el incumplimiento por TRANSPORTES EVARISTOMOLINA, S.A. de la exclusiva de abastecimiento pactada en el contrato de 11 de julio de 1.992.

"2. Se DECLARE resuelto el contrato de arrendamiento de industria y la exclusiva de abastecimiento de fecha 11 de julio de 1.992 por incumplimiento del mismo por la demandada TRANSPORTES EVARISTO MOLINA, S.A., con efectos desde la fecha de recepción de la carta de resolución del contrato (el 14 de junio de 2005), ordenando el desahucio de la demandada y la entrega de la posesión de la Estación de Servicio sita en Berja (Almería) a mi mandante.

"3. Se CONDENE a la demandada al pago a nuestra mandante, en concepto de daños y perjuicios de:

a).- La cantidad de 19.500,1 €, por los daños y perjuicios producidos durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 20 de diciembre de 2005 calculados los mismos conforme a las bases establecidas en el Hecho Quinto de esta demanda.

b).- La cantidad que se determine bien en la Sentencia, bien en fase de ejecución de Sentencia, por el período de tiempo que transcurra entre el 21 de diciembre de 2005 y la fecha en la que nuestra mandante recupere efectivamente la posesión de la E.S. Para la determinación de dicha cantidad, tanto si se hace en la Sentencia, como si se reserva para ejecución de la misma, deberán aplicarse las bases contenidas en el Hecho Quinto de la presente demanda.

"4.- Se CONDENE a la demandada al pago de las costas que se devenguen en la presente instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 349 LEC".

**5.-** En la audiencia previa celebrada el día 18 de diciembre de 2006 se apreció la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y se acordó llamar como demandado a la entidad Surtial S.A.

**6.-** El procurador D. Carlos Mairata Laviña, en representación de Surtial S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] por contestada la demanda, estimar la excepción de demanda defectuosa en la audiencia previa, decretando el sobreseimiento del pleito, y, subsidiariamente, seguir el juicio por todos sus trámites hasta en definitiva dictar sentencia desestimando la demanda respecto de mi mandante con expresa condena en costas a la parte actora, y, subsidiariamente a la parte que ha solicitado la intervención de mi mandante".

**7.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid dictó sentencia n.º 47/2012, de 13 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por el procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de TRANSPORTES EVARISTO MOLINA SA contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA representada por el procurador D. José Pedro Vila Rodríguez y contra SURTIAL SA, representado por el procurador D. Carlos Mairata Laviña, ABSOLVIENDO a las demandadas de los pedimentos formulados en su contra, con expresa condena en costas a la parte actora".

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

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Transportes Evaristo Molina S.A.

La representación procesal de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos presentó escrito oponiéndose al recurso. Surtial no hizo alegación alguna.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 73/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 5 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva dispone:



"1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de TRANSPORTES EVARISTO MOLINA SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, con fecha 13 de marzo de 2012, en el seno del proceso nº 467/2005.

2º.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en esta segunda instancia".

3.- La parte apelante solicitó la aclaración de dicha sentencia, que fue denegada mediante auto por la Audiencia Provincial.

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

1.- El procurador D. David García Riquelme, en representación de Transportes Evaristo Molina, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- De conformidad con el ordinal 4º del artículo 496.1 LEC se impugna la sentencia por vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en tanto en cuanto, se entiende que ésta infringe el derecho a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- De acuerdo con el ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, se impugna la sentencia por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, dado que la valoración de la prueba efectuada en la sentencia impugnada es arbitraria, ilógica o absurda."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de los artículos 1281 y 1285 CC, que determina la infracción del artículo 101 TFUE, así como del Considerando 8º y del artículo 11 del Reglamento (CEE) nº 1984/83 y del artículo 4 a) del Reglamento (CE) nº 2790/99.

"Segundo.- Infracción del artículo 101 TFUE, en relación con el artículo 267 TFUE, así como del artículo 12 del Reglamento (CE) n.º 2790/99, del artículo 6.3 CC y de los artículos 1, 2, 9, y 16 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16.12.2002, en relación con el artículo 288 TFUE.

"Tercero.- Infracción de los artículos 394 y 398 de la LEC. Este motivo se formula al amparo del ordinal 3º del artículo 477.1 LEC pues, se considera que el recurso presenta interés casacional pues la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

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 4 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

" 1.º No admitir el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Transportes Evaristo Molina, S.A. contra la sentencia dictada el 5 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 73/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 467/2005 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid.

"2.º No admitir el motivo tercero del recurso de casación interpuesto por Transportes Evaristo Molina, S.A. contra la sentencia dictada el 5 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 73/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 467/2005 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid.

"3.º Admitir el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal.

"4.º Admitir los motivos primero y segundo del recurso de casación.

"5.º Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal y a los motivos primero y segundo del recurso de casación. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

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

4.- Por providencia de 12 de noviembre 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 12 de diciembre de 2018, en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*

- 1.- El 2 de abril de 1992, la entidad mercantil Surtial S.A., como propietaria de una finca sita en el punto kilométrico 1,700 de la carretera AL-401, en el término municipal de Berja (Almería), constituyó un derecho de superficie por veinte años a favor de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., por precio de ocho millones de pesetas.
- 2.- El 11 de mayo de 1992 las mismas partes concertaron un contrato por el que Repsol cedía a Surtial la explotación de la estación de servicio instalada en el referido terreno, en régimen de arrendamiento de industria, por un plazo de 20 años, con una exclusiva de abastecimiento de carburantes y combustibles líquidos en régimen de comisión .
- 3.- El 1 de abril de 2000, Transportes Evaristo Molina S.A. (en adelante, Evaristo Molina) se subrogó en la posición contractual de Surtial.
- 4.- El 20 de diciembre de 2001, Repsol solicitó de la Comisión Europea una declaración negativa o, en su defecto, una exención individual con arreglo al art. 81.3 TCE, que fue definitivamente resuelta mediante Decisión de 12 de abril de 2006, que admitió una serie de compromisos de dicha petrolera para permitir en determinadas condiciones que pudieran sus distribuidores desvincularse de su red con mayor antelación de la inicialmente prevista y acceder así a contratar con otros proveedores.
- 5.- Evaristo Molina demandó a Repsol y solicitó la declaración de nulidad radical de los contratos de superficie y de arrendamiento de industria, por no adecuarse a las exigencias del art. 81 TCE, ni a las condiciones de exención de los Reglamentos 1984/83 y 2790/99, y la condena al pago de una indemnización.
- 6.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por considerar que no hubo imposición de precios y que el desajuste temporal tras la entrada en vigor del 2790/99 no justificaba la nulidad radical pretendida.
- 7.- Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo desestimó, por considerar, resumidamente y en lo que ahora importa, que la duración del contrato no determina *per se* su nulidad, ya que existía un modo de desvincularse del mismo que las autoridades comunitarias habían considerado que satisfacía las exigencias del Derecho de la Competencia, mediante la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006; así como que el titular de la estación de servicio tenía margen de decisión sobre los precios de venta al público.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

#### **SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Cosa juzgada*

##### *Planteamiento:*

- 1.- Este motivo de infracción procesal (único admitido) fue formulado al amparo del art. 469.1.4º LEC, por infracción del art. 24 CE 218 LEC, al no haberse concedido valor probatorio a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 11 de julio de 2001, confirmada por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010.
- 2.- Al desarrollar el motivo, se aduce resumidamente que en tales resoluciones administrativas y judiciales se reconoce que había imposición de precios por el suministrador, lo que ha sido ignorado por la sentencia recurrida.

##### *Decisión de la Sala:*

- 1.- La sentencia recurrida no desconoce las resoluciones de las autoridades administrativas de competencia a que se hace referencia en el recurso, sino que, simplemente, no les concede el valor absoluto que pretenden los recurrentes, puesto que la relación contractual litigiosa no fue objeto del expediente administrativo.
- 2.- En todo caso, puesto que no consta la existencia de ningún expediente administrativo en que se examinara concretamente la relación contractual entre Evaristo Molina y Repsol, no cabe otorgar a la invocada sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo el valor vinculante de cosa juzgada pretendido por la parte.
- 3.- Sobre esta base, no puede apreciarse la concurrencia de cosa juzgada, porque no concurren las necesarias identidades de partes, objeto y causa de pedir, dado que en el caso resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa no se enjuició el concreto entramado contractual que liga a las partes de este procedimiento. Como no consta que el contrato litigioso fuera uno de los examinados en el expediente administrativo que dio lugar a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que, a su vez, fue revisada por la jurisdicción



contencioso-administrativa, no puede concluirse sin más que en el contrato entre Repsol y Evaristo Molina hubiera imposición de precios.

Ya hemos dicho en las sentencias 709/2012, de 30 de noviembre, 272/2018, de 10 de mayo, y 511/2018, de 20 de septiembre, que la imposibilidad real de hacer descuentos no puede quedar probada sin más en virtud de expedientes de los órganos de defensa de la competencia en los que no haya sido examinado el contrato objeto del litigio.

**4.-** Como consecuencia de lo cual, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

### **Recurso de casación**

#### **TERCERO.-** *Primer motivo de casación. Fijación de precios*

*Planteamiento:*

**1.-** En el primer motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 1281 y 1285 CC y 101 TFUE, en relación con el considerando 8º y el art. 11 del Reglamento (CEE) 1984/83 y el art. 4 a) del Reglamento (CE) 2790/99.

**2.-** En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia se basa, para descartar la fijación de precios, en una cláusula contractual, sin tener en cuenta el canon hermenéutico de la totalidad del contrato previsto en el art. 1285 CC, tal y como hizo la sentencia de esta sala de 15 de enero de 2010, que ante un clausulado contractual básicamente idéntico al litigioso sí consideró que el precio de venta al público era fijado por Repsol.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** En lo que se refiere a la nulidad de los acuerdos por fijación directa o indirecta de los precios de venta ( art. 81.1º, apartado a), TCE; actual art. 101.1 a) TFUE), hemos recordado en la sentencia de pleno 67/2018, de 7 de febrero, que, si bien en un primer momento, respecto de contratos de abanderamiento similares al de este procedimiento, esta sala mantuvo una postura muy estricta en las sentencias 1066/2008, de 20 noviembre, y 249/2009, de 15 de abril, el criterio se matizó a partir de la sentencia 863/2009, de 15 de enero de 2010, en la que, siguiendo la pauta fijada por el Tribunal de Justicia en la STJCE de 11 de septiembre de 2008, C-279/06 (caso *Cepsa*), y la STJUE de 2 de abril de 2009, C- 260/07 (caso *Pedro IV*), estableció que las cláusulas relativas a los precios de venta al público pueden acogerse a la exención por categorías prevista en el Reglamento CEE nº 1984/83 si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y el revendedor tiene la posibilidad real de determinar el precio final de venta al público.

Las sentencias 214/2102, de 16 de abril; 447/2012, de 10 de julio; 491/2012, de 20 de julio; y 601/2012, de 24 de octubre, refrendaron esta postura. Y las sentencias 713/2014, de 17 de diciembre, 764/2014, de 13 de enero de 2015 (Pleno), 699/2015, de 17 de diciembre, y 450/2018, de 17 de julio, han culminado esta evolución jurisprudencial. Tales resoluciones parten de la doctrina fijada por el TJUE en la citada sentencia de 2 de abril de 2009, caso *Pedro IV* (C-260/07), que atribuye al tribunal nacional que conoce del litigio la facultad de "verificar, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo" (apartado 79). Y para ello debe "examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado. En particular, debe comprobar si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos" (apartado 80).

**2.-** Las sentencias 713/2014 y 764/2014 se remiten expresamente a la sentencia 789/2012, de 4 de enero de 2013, conforme a la cual "si el contrato permite hacer descuentos en el precio de venta al público, la prueba de su imposibilidad real incumbe a la parte litigante que pide la nulidad, normalmente mediante prueba pericial, de modo que por regla general habrá de respetarse el juicio probatorio del tribunal de instancia sobre este punto", como ya se dijo en las SSTs 61/2011, de 28 de febrero; 312/2011, de 5 de mayo; 300/2011, de 13 de junio; 647/2011, de 28 de septiembre; 739/2011, de 2 de noviembre; 166/2012, de 3 de abril; y 236/2012, de 10 de abril. Y la doctrina contenida en las mismas vuelve a reiterarse en la sentencia 699/2015, de 17 de diciembre.

**3.-** Las alegaciones de la parte recurrente sobre la fijación de precios son inatendibles. No cabe apreciar infracción de las normas sobre interpretación del contrato cuando la sentencia recurrida parte de la propia literalidad de la cláusula que permite la reducción del precio de venta recomendado con cargo a la comisión del agente. La interpretación integradora o sistemática a que se refiere el art. 1285 CC solo procede cuando



existen dudas en la literalidad del contrato, lo que no sucede en este caso, en que prima lo dispuesto en el primer párrafo del art. 1281 CC (por todas, sentencia 82/2014, de 20 de febrero, y las que en ella se citan).

Además, como dijimos en la citada sentencia 236/2012, de 10 de abril:

"[...] no es cierto que el mero hecho de fijar precios a un empresario económico independiente infringiera el art. 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE). Muy al contrario, la ya citada STJUE 2-4-2009, matizando lo declarado en la STJUE 11-9-2008, acordó que las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público podían acogerse a la exención tanto del Reglamento nº 1984/83 como del Reglamento nº 2790/99 "si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público".

**4.-** En consecuencia, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

#### **CUARTO.-** *Segundo motivo de casación. Duración del contrato*

*Planteamiento:*

**1.-** En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del art. 101 TFUE, en relación con los arts. 12 del Reglamento (CE) nº 2790/99, 6.3 CC y 1, 2, 9 y 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, en relación con el art. 288 TFUE.

**2.-** Al desarrollar el motivo, aduce la parte, resumidamente, que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia comunitaria y a la de esta sala, en cuanto a la duración del contrato, que devino nulo desde el 1 de enero de 2002, al carecer de una exención individual, ex art. 101.3 TFUE.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** Esta sala adaptó su jurisprudencia a lo establecido por el TJUE en el auto de 27 de marzo de 2014 (asunto *Brigth Service*), a partir de la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015, por lo que desde entonces venimos estableciendo que contratos como el litigioso incurrieron en ineficacia sobrevenida a partir del 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 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 los demandantes poder apartarse anticipadamente del entramado contractual.

**2.-** No obstante, la STJUE de 23 de noviembre de 2017, C-547/16, *Gasorba*, en respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por esta sala, estableció 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".

**3.-** 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.

**4.-** 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 este segundo motivo de casación.

#### **QUINTO.-** *Consecuencias de la estimación del recurso de casación*

**1.-** Como hemos dicho, el entramado contractual entre las partes devino en situación de ineficacia sobrevenida desde el 1 de enero de 2002. 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 la empresa antecesora de la demandante constituyó el derecho de superficie a favor de la petrolera sobre el terreno, y se comprometió 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 merítadas sentencias.

2.- En consecuencia, respecto de esta cuestión relativa a la duración de la relación contractual y las consecuencias de su extinción, procede estimar en parte el recurso de apelación y con él, también en parte, la demanda.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación supone la estimación en parte del recurso de apelación, razón por la cual no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ambos, según previene el art. 398.2 LEC.

3.- La estimación del recurso 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.

4.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

#### **FALLO**

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

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Transportes Evaristo Molina S.A., contra la sentencia núm. 41/2016, de 5 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el recurso de apelación núm. 73/2014.

2º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma recurrente contra la indicada sentencia, que dejamos sin efecto, y en su lugar acordamos:

2.1. La estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por Transportes Evaristo Molina S.A. contra la sentencia núm. 47/2012, de 13 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, en el juicio ordinario n.º 467/2005.

2.2. La estimación en parte de la demanda formulada por Transportes Evaristo Molina S.A. contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. y Surtial 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 sita en Berja (Almería), conformada por el contrato de superficie y el contrato de cesión de la explotación de estaciones 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.

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

3º.- Imponer a Transportes Evaristo Molina S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

4º.- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y apelación.

5º.- No hacer expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.

6º.- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los 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.