



Roj: **STS 132/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:132**

Id Cendoj: **28079110012019100044**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **2525/2015**

Nº de Resolución: **54/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7400/2015,**
STS 132/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 54/2019

Fecha de sentencia: 24/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2525/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 28

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2525/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 54/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 24 de enero de 2019.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Área de Servicios Francás S.A., representada por el procurador D. David García Riquelme bajo la dirección letrada de D.ª Isabel Sobrepera Millet, contra la sentencia núm. 116/2015, de 27 de abril, dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 563/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 359/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid, sobre defensa de la competencia. Ha sido parte recurrida Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., representada por el procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio y bajo la dirección letrada de D.ª 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 Área de Servicios Francás 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 30 de Abril de 1.992 suscrita por las partes infringe el artículo 101 (1) de TFUE .

" 2º.- Declare, en aplicación del art. 101 (2) del TFUE , la nulidad del Negocio Jurídico compuesto por: (a) Contrato de derecho de superficie y construcción de estación de servicio; (b) Escritura constitución de derecho de superficie de fecha 30 de Abril de 1.992, y (c) Contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento de 30 de Abril de 1.992, con sus anexos y addendums, en su integridad, por afectar a elementos esenciales e inseparables de la misma.

" 3º.- Declare la aplicación a la declaración de nulidad de la relación jurídica objeto de Litis por vulneración del Art. 101 TFUE , los efectos del Art. 1306.2 CC, o en su caso de no ser estimando, la aplicación de los efectos previstos en el artículo 1303 del CC de conformidad con las bases sentadas en la presente demanda, estimando como importe a restituir por esta parte el que resulte como canon para el ejercicio del rescate a aquella fecha, y subsidiariamente, el establecido en el extremo 2º del informe pericial acompañado como Doc. núm 42, con la minoración en el mismo prevista.

" 4º.- En cualquier caso , como consecuencia de la infracción del art. 101 TFUE , se condene a la demandada a satisfacer a mi mandante la consiguiente INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS derivada del Principio de reparación a particulares ante violaciones de disposiciones dotadas de efecto directo, recogido en el Considerando 7º del Reglamento 1/2003, incluyéndose el daño emergente y el lucro cesante, con intereses, de conformidad con lo expuesto en el hecho sexto de la presente demanda, y que para el periodo de 01.01.2003 a 31.05.2010 y mediante informe pericial acompañado como Doc. núm.42, ha sido cuantificado en 846.767,73 €.

5 Sentencia FRANCOVICH de 19 de Noviembre de 1991. Doctrina Jurisprudencial que encuentra su último reconocimiento en la Sentencia COURAGE de 20 de Septiembre de 2001.

" 5º.- Condenar expresamente a la demandada al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 10 de junio de 2010 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid, fue registrada con el núm. 359/2010 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio, en representación de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...]dictar Sentencia desestimando íntegramente la demanda formulada, con expresa imposición de costas a la actora.

"Subsidiariamente, para el negado supuesto que se declare la nulidad contractual: a) declare no ha lugar a la indemnización de daños y perjuicios a favor de la actora; b) subsidiariamente a la petición anterior, declare prescritas las acciones de indemnización de daños y perjuicios conforme a los criterios de prescripción expuestos en los fundamentos de derecho de la presente contestación; y c) subsidiariamente a las peticiones anteriores, declare los efectos liquidatorios desde la fecha de la resolución y nunca con efectos retroactivos anteriores a dicha resolución judicial conforme a lo expresado en el correspondiente fundamento de derecho de esta contestación".

Asimismo, formuló demanda reconvenzional en la que solicitaba:



"[...] DEMANDA RECONVENCIONAL SUBSIDIARIA, frente a la actora, para que se acoja sólo en caso de que, en estimación total del pedimento 2º del suplico la demanda formulada de contrario, se declare la nulidad o invalidez sobrevenida del derecho de superficie, condene a la actora reconvenida a proceder a satisfacer a mi mandante el valor del derecho de superficie, determinado con arreglo al criterio y método de cálculo establecido en la Decisión CE 12-04-06 (y explicado en el cuerpo de esta reconvenición) con referencia al 22.06.2010 en que la reconvenida ejerció la facultad de rescate y en consecuencia, se produjo la pérdida efectiva de las facultades propias del superficiario. Es decir, se solicita sea declarada la obligación de la actora de reintegrar a REPSOL el importe de la inversión, conforme al cálculo de la Decisión y, en consecuencia, sea condenada a la restitución a REPSOL de la suma calculada correspondiente al derecho de rescate pendiente de satisfacer, sin devolución de la parte ya abonada, así como al pago de las costas de esta reconvenición."

4.- El procurador D. David García Riquelme, en representación de Área de Servicios Francás S.L., contestó a la demanda reconvenicional mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de las pretensiones de la parte contraria con expresa condena en costas a la misma.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez, en sustitución, del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid dictó sentencia de fecha 31 de julio de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por ÁREA DE SERVICIOS FRANCÁS, SL frente a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., debo absolver y absuelvo a la referida demandada de las pretensiones articuladas en su contra. Y respecto de la RECONVENCIÓN formulada por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S, A, frente a ÁREA DE SERVICIOS FRANCÁS, SL, estese al Fundamento de Derecho Sexto, con expresa condena en costas a la actora".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Área de Servicios Francás, S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 563/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 27 de abril de 2015, cuya parte dispositiva dice:

"DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por ÁREA DE SERVICIO FRANCÁS, S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Doce de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas".

3.- Por la parte apelante se solicitó la subsanación y/o rectificación de la anterior sentencia, que fue aclarada mediante auto por la Audiencia Provincial en el sentido expuesto en su fundamentación jurídica.

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

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

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción del artículo 218.º y 2 de la LEC. Modificación de los términos del debate y la causa de pedir, que deriva en una manifiesta incongruencia, en la apreciación contenida en el fundamento de derecho noveno de la Sentencia, a resultas de la cual la Sala entiende satisfechas las condiciones del art. 101.3 TFUE, otorgando una exención individual.

"Segundo.- Al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción de los artículos 217.2 LEC, art. 2 Reglamento (CE) 1/2003 y 281.3 LEC en relación con el art. 405.2 LEC, en la apreciación contenida en los fundamentos jurídico cuarto y quinto de la Sentencia, a resultas de los cuales la Sala desestima la existencia de fijación de precios denunciada por esta parte, a pesar de la admisión expresa que REPSOL efectúa ante las autoridades nacionales de competencia en relación a tal fijación y a la imposibilidad de las estaciones de servicio de apartarse del mismo.

"Tercero.- Al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC se impugna la Sentencia objeto del presente recurso por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución "

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del art. 101 TFUE, apartados 1º, 2º y 3º y art. 12.2 Reglamento (CE) Núm. 2790/1999 en relación con el art. 267 TFUE y del art. 6.3 CC.



"Segundo.- Infracción del art. 101 TFUE , apartados 1 º, 2 º y 3º, del art. 6.3 CC y del art. 288 TFUE en relación con los arts. 1 , 2 , 9 y 16 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002 .

"Tercero.- Infracción de los arts. 1281.2 , 1282 y 1285 CC , que determina la infracción de los arts. 101.1 y 2 TFUE, así como del considerando 8º y el art. 11 del Reglamento CE 1984/83 y del art. 4 a) del Reglamento CE 2790/99 ".

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 26 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Área de Servicio Francás, S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 27 de abril de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 563/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 359/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid".

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

4.- Por providencia de 3 de diciembre 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 16 de enero de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 18 de marzo de 1992, la entidad mercantil Estación de Servicio Francás S.L. (en adelante, Francás), como propietaria de una finca y de las licencias para instalar una estación de servicio en Perafort (Tarragona), celebró con Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. (en adelante, Repsol), un acuerdo por el que Francás constituyó un derecho de superficie sobre la finca por un plazo de veinticinco años y un precio de 15.000.000 ptas., y se comprometió a construir una estación de servicio, por precio de 53.000.000 ptas.

El 30 de abril de 1992, Repsol otorgó a favor de Francás un contrato de arrendamiento de industria y abastecimiento en exclusiva, por plazo de veinticinco años.

2.- 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.

3.- Francás 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. 101 TFUE , ni a las condiciones de exención de los Reglamentos 1984/83 y 2790/99, y la condena al pago de una indemnización.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por considerar, resumidamente, que ninguna de las estipulaciones del contrato supone imposición de precios y respecto a la duración del contrato, los compromisos de REPSOL frente a las autoridades europeas permiten una salida razonable para desvincularse de la red con antelación a lo pactado.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo desestimó.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Congruencia*

Planteamiento :

1.- El primer motivo de infracción procesal fue formulado al amparo del art. 469.1. 2º LEC , por infracción del art. 218. 1 y 2 LEC , en cuanto la sentencia recurrida ha modificado los términos del debate y la causa de pedir, lo que deriva en manifiesta incongruencia.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la argumentación contenida en el fundamento de derecho noveno de la sentencia, y a resultas de la cual, la Audiencia Provincial entiende satisfechas las condiciones del art. 101.3 TFUE , otorgando una exención individual, no tiene apoyo en las alegaciones de las partes y fue introducida al margen del debate.

*Decisión de la Sala:*

1.- Si en la demanda se solicitaba que se declarase la nulidad del entramado contractual por no poder acogerse a ninguna exención individual, en virtud del art. 101.3 TFUE y Repsol se defendió alegando que no había infracción del mencionado precepto e hizo referencia expresa a la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 y el alcance que, a su juicio, tenía la misma respecto de las resoluciones judiciales de los Estados miembros. Por lo que es evidente que formó parte del debate si concurría o no alguna exención individual y en particular si lo era la mencionada Decisión.

Por lo que la Audiencia Provincial no incurrió en incongruencia al analizar si la Decisión de Compromisos de 12 de abril de 2006 tenía valor jurídico de exención y cuáles eran sus efectos respecto de la relación contractual entre las partes.

2.- Como consecuencia de lo cual, sin necesidad de mayor argumentación, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Carga de la prueba*Planteamiento :*

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC y denuncia la infracción de los arts. 217 LEC , 2 del Reglamento (CE) 1/2003 y 281.3 TFUE , en relación con el art. 405.2 LEC .

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, en relación con la argumentación de la Audiencia Provincial sobre la imposición de precios de venta al público, que la misma ignora que Repsol tiene reconocido ante las autoridades españolas de competencia que efectivamente realizaba tal imposición de precios y que las estaciones de servicio de su red no podían apartarse de los precios fijados.

Decisión de la Sala :

1.- La parte recurrente pretende una extrapolación a este caso de situaciones o hechos ajenos al entramado contractual que es objeto de enjuiciamiento. Que en un expediente ante las autoridades de competencia Repsol pudiera haber reconocido que, en relación con otros contratos relativos a otras estaciones de servicio, pudiera haber incurrido en la conducta prohibida de imposición de precios, no significa que dicha práctica concorra necesariamente en este caso. Aquí no se enjuician conductas colectivas, ni la posición global de mercado de Repsol, sino únicamente sus relaciones contractuales con Francás.

2.- El art. 405.2 LEC no puede haberse infringido desde el momento en que Repsol se opuso totalmente a la demanda y solicitó su completa desestimación. Y el art. 217 LEC ni siquiera es citado por la sentencia recurrida, que no hace uso de las reglas de la carga de la prueba, por lo que difícilmente puede infringirlas.

3.- En consecuencia, el segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

CUARTO.- Tercer motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba*Planteamiento :*

1.- El tercer motivo de infracción procesal se plantea al amparo del art. 469.1.4.º LEC , por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la valoración de la prueba que hace la Audiencia Provincial es irracional y arbitraria, al no considerar acreditado que era imposible para el agente apartarse de los precios de venta al público impuestos por Repsol, cuando los propios representantes de la petrolera habían reconocido dicha conducta ante las autoridades de la competencia.

Decisión de la Sala :

1.- Este motivo supone una reformulación del anterior, por lo que su destino debe ser el mismo. Puesto que no consta la existencia de ningún expediente administrativo en que se examinara concretamente la relación contractual entre Francás y Repsol, no cabe otorgar a determinadas actuaciones administrativas o incluso judiciales ajenas a esta relación contractual el valor probatorio pretendido por la parte recurrente.

2.- Asimismo, 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.

Recurso de casación**QUINTO.- Primer y segundo motivos de casación. Planteamiento y admisibilidad. Resolución conjunta**



Planteamiento :

1.- En el primer motivo de casación se denuncia la infracción del art. 101 apartados 1º, 2º y 3º TFUE y art. 12.2 del Reglamento (CE) 2790/1999, en relación con el art. 267 TFUE y art. 6.3 CC y la jurisprudencia de la sala dictada en su interpretación, con cita de la STS 763/2014, de 12 de enero de 2015.

En su desarrollo se alega, resumidamente, que la sentencia recurrida no respeta la interpretación dada por el TJUE y acogida por este tribunal, que obliga al órgano jurisdiccional nacional, tras la pérdida del beneficio de exención del Reglamento (CE) N.º 2790/99, ex art. 12.2, a verificar si el acuerdo es merecedor de una exención individual a 1 de enero de 2002, por cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos en el art. 101.3 TFUE. Así como que la sentencia también infringe el art. 101.1 TFUE, por falta de adecuación del acuerdo litigioso al plazo máximo de duración autorizado por el Reglamento CE 2790/99, perdiendo el acuerdo el beneficio de exención, a fecha de 31 de diciembre 2001, y, por tanto, deviniendo nulo a partir de esa fecha. Cita en apoyo de su tesis las SSTs 162/2015, de 31 de marzo, y 243/2015, de 13 de mayo.

2.- En el segundo motivo de casación, la parte recurrente denuncia la infracción de los arts. 101 apartados 1, 2 y 3 TFUE, 6.3 CC 288 TFUE, en relación con los arts. 1, 2, 9 y 16 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

En el desarrollo de este motivo, la parte recurrente aduce que la sentencia recurrida confunde la exención individual del art. 101.3 TFUE con la Decisión de compromisos de 12 de abril de 2006.

3.- Habida cuenta la evidente conexión argumental entre ambos motivos, se resolverán conjuntamente. Y frente a las objeciones de admisibilidad formuladas por la parte recurrida, debe tomarse en consideración que en el recurso se identifican las normas jurídicas sustantivas que se consideran infringidas y se argumenta por qué se considera que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia que se cita. Lo que resulta suficiente a efectos de admisión del recurso de casación, con independencia de que, tras su análisis, deba prosperar o no.

SEXTO.- Duración de la relación contractual

1.- Esta sala adaptó su jurisprudencia a lo establecido por el TJUE en el auto de 27 de marzo de 2014 (asunto *Brighth 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 mencionada sentencia 763/2014, 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 una 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, 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, deben estimarse estos dos primeros motivos de casación, con las consecuencias que se dirán una vez se resuelva el tercer motivo de casación, que se refiere a otra posible causa de nulidad.

SÉPTIMO.- Tercer motivo de casación. Fijación de precios

Planteamiento :

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1281.2 , 1282 y 1285 CC , en relación con los arts. 101.1 y 2 TFUE, el considerando 8º y el art. 11 del Reglamento (CE) 1984/83 y el art. 4 a) del Reglamento (CE) 2790/99 .

2.- En el desarrollo del motivo, aduce la parte recurrente, resumidamente, que la sentencia recurrida se opone al criterio de la sala, en concreto a la sentencia 863/2009, de 15 de enero de 2010 , al declarar que no existe fijación de precios de venta al público a la vista de que el contrato no contiene ninguna cláusula de imposición de precio de venta fijo, y que no se ha acreditado la imposibilidad de efectuar descuentos con cargo a la comisión. Y ello, por cuanto la relación jurídica analizada en la mencionada sentencia era un arrendamiento de industria, con exclusiva de suministro, sustancialmente similar al que ahora es objeto de enjuiciamiento.

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 en función de la intención de los contratantes - art. 1282 CC-, o la interpretación integradora o sistemática a que se refiere el art. 1285 CC , solo proceden 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 tercer motivo de casación debe ser desestimado.

OCTAVO.- *Consecuencias de la estimación de los dos primeros motivos 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 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.

Asimismo, Repsol formuló una reconvención subsidiaria, para el caso de que se estimara la nulidad total del contrato de arrendamiento y del derecho real de superficie, a fin de que se condenara a Francás a abonarle el valor del derecho de superficie. Como la sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, no resolvió sobre dicha reconvención subsidiaria, ni la cuestión fue objeto de la segunda instancia. Al asumir ahora este tribunal la segunda instancia, tampoco puede hacer ningún pronunciamiento al respecto, puesto que Repsol no lo instó, aunque como ha sucedido en casos similares previamente resueltos, pueda entenderse que la solución acordada por este tribunal supone estimación implícita en parte de la pretensión reconvencional, al remitir a las partes a un procedimiento posterior para la liquidación de sus relaciones contractuales.

NOVENO.- 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
:

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Estación de Servicio Francás S.L., contra la sentencia núm. 116/2015, de 27 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el recurso de apelación núm. 563/2013 .

2.º- 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 Estación de Servicio Francás S.L. contra la sentencia núm. 224/2012, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid , en el juicio ordinario nº 359/2010.

2.2. La estimación en parte de la demanda formulada por Estación de Servicio Francás 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 sita en Perafort (Tarragona), 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 octavo 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.



- 3.º- Imponer a Estación de Servicio Francás S.L. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.
- 4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y apelación.
- 5.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.
- 6.º- 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ