



Roj: **SJM M 2498/2020 - ECLI:ES:JMM:2020:2498**

Id Cendoj: **28079470052020100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **10/02/2020**

Nº de Recurso: **505/2017**

Nº de Resolución: **58/2020**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **TEODORO LADRON RODA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 05 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 4 - 28013

Tfno: 914930570

Fax: 914930577

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0084344

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 505/2017

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS ART. 101 Y 102 UE NEGOCIADO AI

Demandante:: ESTACION DE SERVICIO CARVOLTA, S.L. y O FORMIGOSO S.L. PROCURADOR D./Dña. DAVID GARCIA RIQUELME

Demandado:: CEPESA COMERCIAL PETROLEO SA PROCURADOR D./Dña. JORGE DELEITO GARCIA

SENTENCIA Nº 58/2020 JUEZ/

MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. TEODORO LADRÓN RODA

Lugar: Madrid

Fecha: diez de febrero de dos mil veinte

Vistos y oídos por D. TEODORO LADRÓN RODA, Magistrado-Juez titular del Juzgado Mercantil nº 5 de esta localidad, los presentes autos de juicio ordinario seguidos bajo el número **505/2017**, a instancia de O FORMIGOSO, S.L. y ESTACIÓN DE SERVICIO CARVOLTA, S.L. (también, CARVOLTA, en adelante), ostentando su representación e/l/a Procurador/a D./Dª. DAVID GARCÍA RIQUELME y su defensa técnica e/l/o/a/s Letrado/a/s D./Dª. BLANCA ZABALLOS PALOP y D./Dª. LOURDES RUIZ EZQUERRA, contra CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A. (también, CEPESA, en adelante), ostentando su representación e/l/a Procurador/a D./Dª. JORGE DELEITO GARCÍA y su defensa técnica e/l/o/a/s Letrado/a/s D./Dª. RAÚL DA VEIGA MEJÍA y D./Dª. GERARD PÉREZ OLMO, sobre infracción del artículo 101.1 y 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículos 81.1 y 81.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), su Derecho Derivado, y resultando los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por e/l/a Procurador/a D./Dª. DAVID GARCÍA RIQUELME, en nombre y representación de la parte actora, O FORMIGOSO, S.L. y ESTACIÓN DE SERVICIO CARVOLTA, S.L., se presentó escrito formulando demanda de juicio ordinario contra CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A. . Demanda basada en los hechos y



fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar por suplicar al Juzgado dicte SENTENCIA "por la que RESUELVA:

1º.- Declarar que la duración del pacto de suministro en exclusiva a favor de CEPSA CP contenido en el Contrato de 22.05.2000 infringe el artículo 101.1 del TFUE y no respeta las condiciones de exención del Reglamento (CE) nº 2790/99.

2º.- Declarar la nulidad/ineficacia/invalidez a 01.01.2002 del pacto de suministro en exclusiva ex artículo 101.2 del TFUE.

3º.- Declarar que la nulidad/ineficacia/invalidez a 01.01.2002 del pacto de suministro en exclusiva es extensible a todo el Contrato de 22.05.2000 (incluidos actos derivados del mismo y anexos) y, por ende, a la totalidad del negocio jurídico complejo existente entre las partes, cesión de derecho de superficie incluido.

4º.- Condenar a la demandada a liquidar la relación contractual en los términos previstos en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 12.01.2015, Recurso nº. 1279/2011, en el sentido de abonar a CARVOLTA la diferencia entre la inversión realizada por CEPSA CP no amortizada y las cantidades que CARVOLTA pagó de más por los combustibles suministrados en relación con los precios medios de *suministro de la zona, durante el periodo 01.01.2002 hasta el cumplimiento de la sentencia*.

5º.- Y, en consecuencia, condenar a la demandada a pagar a CARVOLTA el importe *que resulte de conformidad con lo precisado en el HECHO SEXTO, con sus correspondientes intereses en todo caso*.

6º.- Condenar expresamente a la demandada al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- Se dictó decreto por el que fue admitida a trámite la demanda interpuesta y se confirió traslado de la misma emplazándose a la parte demandada. Por e/l/a Procurador/a D./D^a. JORGE DELEITO GARCÍA, en nombre y representación de CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A., se presentó escrito solicitando que se le tuviera por comparecido/a y parte en el procedimiento, que se tuviera por contestada en tiempo y forma la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, efectuando al Juzgado la petición de que se dicte SENTENCIA "por la que por la que desestime íntegramente la demanda interpuesta por O FORMIGOSO S.L. y ESTACION DE SERVICIO CARVOLTA S.L en todos sus pedimentos, con expresa imposición de costas a las actoras".

TERCERO.- En diligencia de ordenación se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a audiencia previa, celebrada el día señalado con asistencia de las partes. Audiencia que se documentó en soporte audiovisual con el resultado que consta en autos. Recibido el juicio a prueba, la proposición y admisión de la prueba se efectuó en la forma que consta en autos y en la grabación. Por la actora se interpuso recurso por la admisión de la prueba consistente en interrogatorio del Legal Representante de la demandante. Por la demandada se interpuso recurso por la admisión de la prueba consistente en exhibición documental, testifical escrita y ampliación de la pericial, solicitadas por la actora para fijar los precios medios de suministro de estaciones de servicio de la zona donde está CARVOLTA con mayor precisión. Ambos recursos, previo traslado a las contrapartes, fueron determinados por las razones que constan en autos y en la grabación, haciendo constar las recurrentes sus protestas a los efectos de la segunda instancia.

CUARTO.- El acto de juicio, con asistencia de las partes, se desarrolló el día señalado. Juicio que se documentó en soporte audiovisual con el resultado que consta en autos. Tras practicarse el resto de las pruebas declaradas pertinentes y efectuarse las conclusiones por los letrados, quedaron los autos pendientes de dictarse sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de los plazos procesales, por la sobrecarga de trabajo que pesa sobre el Órgano Judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- En primer lugar, hemos de desestimar la excepción de prescripción alegada. Cuando un acuerdo o cláusula de no competencia (pacto de exclusiva de *suministro*) *deja de estar exento pasa a estar prohibido. No estamos ante un supuesto de anulabilidad susceptible de confirmación y, en su caso, sujeto a los plazos de prescripción de 4 años (artículo 1.301 CC)*. Indicar al respecto que el TS no admite que estemos ante un *tema de nulidad radical, es decir, con efectos ex tunc. La sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante), de 30/6/09 (Repertorio Oficial de Jurisprudencia, ROJ, en adelante: STS 5094/2009), después de aludir a la imposibilidad de conservar el contrato una vez ha sido declarada nula la cláusula de exclusiva, expresa que "no cabe tampoco declarar la nulidad originaria del contrato como interesa la parte actora toda vez que la invalidez es sobrevenida en virtud del Reglamento 2790/99 CE, ya que las partes son conformes en que se ajustaba al Reglamento 1984/83 (prorrogado por el Rto. núm. 1582/97, de 30 de julio)"*. Pero sí estamos ante una nulidad



de pleno derecho. Así lo dice el artículo 101.2 del TFUE: "Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho". Al tratarse de una acción de nulidad de pleno derecho, no se aplica plazo de prescripción. La excepción de prescripción debe ser desestimada.

Dicho eso, dos son las cuestiones fundamentales que hay que resolver en el presente pleito:

1º).- Determinar si la duración de la cláusula de no competencia (pacto de exclusiva de suministro) infringe el artículo 101.1 del TFUE y produce la nulidad del negocio jurídico completo, es decir, de los contratos de celebrados el 16/2/00, 22/5/00 y 1/11/12 (puntos 1º a 3º del *petitum* de la demanda).

2º).- En el caso de que se declare dicha nulidad, proceder a la liquidación de los contratos.

Los hechos y consideraciones relevantes para la decisión del presente pleito son los siguientes:

Con fecha 16/2/00, O FORMIGOSO, S.L. firmó con CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A. una escritura pública en la que la primera sociedad cede a la segunda un derecho de superficie sobre unos inmuebles (Fincas registrales nº NUM000 y nº NUM001), durante veinticinco años, a cambio de un canon superficiario del diez por ciento anual (10%) de las comisiones o márgenes de venta obtenidos sobre los combustibles y carburantes de automoción comprados en la estación de servicio, asumiendo CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A. los costes de construcción de una Estación de Servicio de carburantes (documento nº 2 de la demanda).

O FORMIGOSO, S.L. y ESTACIÓN DE SERVICIO CARVOLTA, S.L. son empresas vinculadas, que comparten administradores sociales y socios.

Mediante Contrato de Arrendamiento de servicios de explotación de estación de servicio de fecha 22/5/00 (también, Contrato de Arrendamiento de Servicios, en adelante), CEPSA cede a su vez a CARVOLTA, la explotación de la estación de servicio, en los siguientes términos:

- a. Objeto: ceder la explotación de la estación de servicio (Pacto Primero)²
- b. Pacto de suministro en exclusiva: E.S. CARVOLTA debe suministrarse en exclusiva de CEPSA CP (Pactos Segundo, Quinto, Sexto y Octavo).
- c. Duración: Veinticinco (25) años contados a partir de la puesta en marcha de la *estación de servicio* (Pacto cuarto)(documento nº 3 de la demanda).

En fecha 1/11/12, las partes suscribieron el "Acuerdo para la modificación de las relaciones contractuales y vínculos obligacionales vigentes entre ESTACIÓN DE SERVICIO CARVOLTA, S.L., CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A. y CEPSA CONVENIENCIA, S.A." (documento nº. 5 de la demanda). El referido acuerdo no supuso modificación alguna de la duración del pacto de suministro a favor de CEPSA CP, única y exclusivamente, las partes novaron alguna de las condiciones económicas aplicables a la relación contractual.

Conforme al artículo 5 del Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999 (también, Reglamento 2790/1999, en adelante), relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas "La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales:

- a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador **desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor** o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador...".

La aplicación directa de dicho precepto al caso de autos lleva a que la cláusulas de exclusiva obrantes en el contrato de Arrendamiento de Servicios de 22/5/00, que son las que conforman el pacto de no competencia, tienen una duración de 25 años y, por tanto, superior a 5 años. Para que CEPSA pudiera evitar la aplicación del artículo 5 a) del Reglamento 2790/1999 sería necesario que "los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador" [último inciso del artículo 5.a) del Reglamento 2790/1999]. Sin embargo, esto no ocurre en el caso de autos, pues la propiedad de los terrenos desde la que se venden "los bienes y servicios contractuales" (carburantes) no es del proveedor (CEPSA), que sólo es superficiario, sino de O FORMIGOSO, S.L., que es el propietario de las fincas y concedente del derecho de superficie. Y tampoco se da la circunstancia de que los terrenos desde los que se venden los bienes y servicios contractuales (sobre los que está construida la Estación de Servicio CARVOLTA) estén arrendados



por CEPSA a un tercero no vinculado con el comprador (CARVOLTA), ya que los terrenos están arrendados al propio comprador, CARVOLTA.

Como tan claramente se matiza en la precitada STS de 30/6/09: "en el derecho de superficie hay dos propiedades separadas que recaen sobre objetos distintos, la que recae sobre la finca que corresponde en exclusiva (a diferencia del derecho de vuelo que hay cotitularidad) al concedente (constituyente del gravamen real) (O FORMIGOSO, S.L., en nuestro caso), y la que recae sobre la edificación (o, en su caso, plantación), que constituye la propiedad superficiaria (claudicante, en cuanto de duración temporal)

(CEPSA, en nuestro caso); y, como consecuencia, el concedente (O FORMIGOSO, S.L.) conserva como propietario de la finca todos los derechos del dueño que sean de posible utilización y no incompatibles, en cada caso, con la superficie".

Por tanto, la consecuencia de la aplicación directa del Reglamento 2679/1999 al caso, es que CEPSA no puede aplicarse la exención del artículo 2 del Reglamento por que no cumple con los requisitos del artículo 5 a) de dicho Reglamento.

Y si CEPSA no puede aplicarse la exención del artículo 2 del Reglamento, resulta aplicable al caso el artículo 101.1 del TFUE (82.1 del Tratado CEE) que establece la prohibición de las cláusulas de exclusiva pactada en el contrato de Arrendamiento de Servicios (cláusulas de no competencia) por afectar a la competencia del mercado interior y declara la nulidad de pleno derecho de los contratos afectados, que son todos los concertados entre CEPSA y las demandantes.

A estas alturas del debate jurídico, es totalmente pacífica la doctrina jurisprudencial que establece:

1º).- Que dicha nulidad supone una ineficacia sobrevenida, por el hecho de que la conducta del caso de autos se ajustaba al Reglamento CEE 1984/43, prorrogado por el Rto. núm. 1582/97, de 30 de julio (STS de 30/6/09).

2º).- Que dicha ineficacia sobrevenida afecta a todos los contratos por que todos ellos forman parte de un negocio jurídico complejo. Así, la STS, Pleno, de 12/1/15 (ROJ: STS 277/2015) dice al respecto lo siguiente:

"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 día 1 de enero de 2002, **sino que afecta a todo el entramado contractual, esto es, a los contratos de superficie y de arrendamiento, pues todos ellos, aunque tuvieran su causa propia, respondían a una finalidad común y entre ellos existía un equilibrio de prestaciones, que se rompe cuando se declara la nulidad de la cláusula de suministro en exclusiva a los pocos años de firmarse el contrato, sin que haya habido tiempo de amortizarse la inversión realizada por la demandada**".

3º).- Que el *dies a quo* de la ineficacia sobrevenida es el 1/1/02 y no el 31/12/06. La STS, Pleno, de 12/1/15 (ROJ: STS 277/2015), expone que la línea jurisprudencial iniciada con la STS de 30/6/09 "ha quedado afectada por la interpretación que sobre esta cuestión ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Auto de 27 de marzo de 2014, asunto BRIGTH SERVICE (C:2013:142)" y debe cambiarse "la interpretación que hasta ahora veníamos haciendo, y entender que, en un caso como el presente, el pacto de exclusividad estuvo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE (actual art. 101.1 TFUE) hasta el 31 de diciembre de 2001. La consecuencia, como afirma el Tribunal de Justicia, es que a partir del día siguiente (**1 de enero de 2002**), el acuerdo era nulo de pleno derecho, sin perjuicio de que, una vez casada la sentencia de instancia, respecto de esta cuestión, precisemos a continuación las consecuencias de esta nulidad". Por tanto, queda meridianamente claro que la ineficacia sobrevenida ha de computarse, en el caso que nos ocupa, no desde el 31/12/06, como propone la demandada; **sino desde el 1/1/02**.

Pues bien; todo lo que acaba de exponerse, lleva a una estimación de los tres primeros puntos del *petitum* de la demanda:

" 1º.- Declarar que la duración del pacto de suministro en exclusiva a favor de CEPSA CP contenido en el Contrato de 22.05.2000 infringe el artículo 101.1 del TFUE y no respeta las condiciones de exención del Reglamento (CE) nº 2790/99.

2º.- Declarar la nulidad/ineficacia/invalides a 01.01.2002 del pacto de suministro en exclusiva ex artículo 101.2 del TFUE .

3º.- Declarar que la nulidad/ineficacia/invalides a 01.01.2002 del pacto de suministro en exclusiva es extensible a todo el Contrato de 22.05.2000 (incluidos actos derivados del mismo y anexos) y, por ende, a la totalidad del negocio jurídico complejo existente entre las partes, cesión de derecho de superficie incluido".

Con ello, quedaría resuelta la primera de las dos cuestiones fundamentales que plantea el presente pleito: que la duración de la cláusula de no competencia (pacto de exclusiva de suministro) infringe el artículo 101.1 del



TFUE y produce la nulidad del negocio jurídico completo, es decir, de los contratos celebrados el 16/2/00, 22/5/00 y 1/11/12.

Pues bien; esto que se acaba de exponer de una forma clara, no es para nada claro para la representación procesal de la parte demandada. En consecuencia, nos vemos obligados a abordar los hechos impositivos, extintivos y/o enervatorios opuestos por dicha representación procesal a las pretensiones de la actora. Recapitulamos y valoramos jurídicamente estos hechos y alegaciones jurídicas en el FUNDAMENTO DE DERECHO que subsigue.

SEGUNDO.- La representación procesal de la parte demandada se opone a las pretensiones de la demanda alegando los siguientes hechos y fundamentaciones jurídicas:

SEGUNDO.1.- Ausencia de infracción por duración excesiva de las obligaciones de exclusiva de suministro.

La representación procesal de la parte demandada lo expresa en estos términos literales:

"Esta parte niega categóricamente la infracción de la normativa de defensa de la competencia que se le imputa, en tanto en cuanto la duración de la cláusula de no competencia y suministro exclusivo incluida en el contrato de Arrendamiento de Servicios de Explotación de E.S. de 22.5.2000 es: i) plenamente compatible con el Reglamento de exención por categorías nº 2790/1999, referido a este tipo de restricciones verticales y ii) a título subsidiario, merecedora en todo caso de una exención individual, en aplicación del artículo 101.3 del TFUE".

Dicha representación procesal se refiere a la Resolución de 29/7/09 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (también, la Resolución, en adelante) por la que dicho Consejo acuerda la terminación convencional con carácter vinculante del expediente sancionador abierto a CEPSA (y los operadores GALP, AGIP y TOTAL) al amparo de lo previsto en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, teniendo por propuestos los compromisos formulados por CEPSA en cuanto a su cumplimiento y los efectos establecidos en artículo 39.7 del Reglamento de Defensa de la Competencia y acordando que CEPSA cumpliera dichos compromisos. Dicha Resolución está aportada a autos como documento nº 16 de la demanda. Dentro del ámbito subjetivo de la propuesta, se menciona expresamente como arrendataria a la ESTACIÓN DE SERVICIO CARVOLTA, S.L., que aparece relacionada en el documento nº 1 de la Resolución.

Continúa expresando la representación procesal de la parte demandada en su contestación de la demanda:

"En definitiva, el Consejo de la CNC confirmó, en la citada Resolución, que los compromisos vinculantes presentados por Cepsa garantizaban una adaptación de los contratos vigentes antes de la aprobación del Reglamento 2790/1999 de modo que cabía descartar su objeto y sus potenciales efectos anticompetitivos. Con ello se confirmaba la exención de prohibición de dichos acuerdos - incluidos los pactos de suministro en exclusiva acordados con los gestores de las EESS citadas en la Resolución- a la luz de lo previsto por el artículo 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC, pues recordemos que el Reglamento 2790/1999 no es sino un reglamento de exención por categorías de acuerdos, siempre evaluando la concurrencia de los requisitos de aplicación del artículo 101.3 TFUE" (Contestación de la demanda, pág. 25)... "mi mandante sí ha acreditado los motivos por los cuales el Contrato de 22.5.2000 en su conjunto, con su duración concreta, no merece ser considerado como anticompetitivo, a pesar de la cláusula de no competencia contenida en el mismo, y sí, en su caso, individualmente autorizado al amparo de lo dispuesto por el artículo 101.3 TFUE, que recordemos reza:" (Contestación de la demanda, pág. 40).

Los hechos y alegaciones que opone la representación procesal de la parte demandada a los que acabamos de referirnos presuponen que la Resolución tiene efectos sanatorios sobre las infracciones del derecho de la competencia que CEPSA haya podido cometer con la firma de los negocios jurídicos complejos con los arrendatarios de las Estaciones de Servicio que aparecen relacionadas en el documento nº 1 de los que acompañan a la Resolución.

Pues bien; a estas alturas del debate jurídico, constituyen jurisprudencia consolidada del TS (doctrina jurisprudencial) los siguientes extremos:

1º).- *La existencia de una Decisión de la Comisión Europea que afecta a un determinado acuerdo entre empresas, no constituye causa de exención del artículo 101.1 del TFUE, ni impide a los órganos jurisdiccionales nacionales conocer del asunto tratado en la Decisión, ni garantiza que los compromisos a los que las empresas han llegado en el marco de la Decisión no constituyan infracción del derecho de la competencia, ni tiene eficacia sanatoria sobre los acuerdos entre las empresas que infrinjan las normas del derecho de la competencia. Cuando la duración de la cláusula de no competencia (cláusula de suministro en exclusiva) excede de cinco años, el TS declara la ineficacia sobrevenida por infracción del artículo 101.1 TFUE, al no poderse apreciar la exención del artículo 5.a) del Reglamento 2790/1999.*



La STS de 7/2/18 (ROJ. STS 297/2018) (Asunto GASORBA, SL versus REPSOL, SA) quedó suspendida hasta que se resolvió la cuestión prejudicial que planteaba por la STJUE (Sala Tercera) de 23/11/17. La STJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada por el TS en estos términos:

"El artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE], debe interpretarse en el sentido de que una decisión de compromisos relativa a determinados acuerdos entre empresas y adoptada por la Comisión Europea en virtud del artículo 9, apartado 1, del referido Reglamento no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas en materia de competencia y declaren, en su caso, la nulidad de tales acuerdos con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 2".

Pues bien; la STS de 7/2/18 expresa al respecto lo siguiente:

"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 primeros 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 (fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida), 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, Brighth Service) debería adoptarse una solución como la acordada en la sentencia 162/2015, de 31 de marzo...

...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...

...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, deben estimarse los dos primeros motivos de casación, y sin necesidad de examinar el tercero, anular dicha sentencia y asumir la instancia, a fin de examinar los motivos del recurso de apelación...

2.- 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 nº 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento nº 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 nº 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".

2º).- *En la STS de 10/5/18 (ROJ: STS 1626/2018), el Alto Tribunal deja bien claro, otra vez, que la Decisión de la Comisión Europea de 12/4/06, (Asunto REPSOL, SA) no permite subsanar las infracciones del derecho de la competencia ni supone su acomodación al Reglamento 2790/1999. En la exégesis de dicha resolución hemos de poner de manifiesto como la STS de 10/5/18 destaca cómo en la propia Decisión de la Comisión que recoge los compromisos de REPSOL, SA se aprecian y expresan problemas de infracción del derecho de la competencia en el asunto sobre el que se aceptaron dichos compromisos. La STS de 10/5/18 concluye que la Decisión de 12/4/06 no certificó que la duración de los contratos de exclusiva, firmados por REPSOL, fuera conforme a las normas del derecho de la Unión que prohíben las conductas contrarias a la competencia como, por ejemplo, el artículo 5 a) del Reglamento 2790/1999 y la duración quinquenal de los contratos.*

Lo expresa en estos términos literales:

"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...

...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 motivos del recurso de apelación interpuesto por la demandante".



3º).- Para la STS de 20/9/18 (ROJ: STS 3239/2018) (Asunto HERNANDEZ y TEJADA, SL versus CEPESA) lo mismo ocurre cuando estamos ante una Resolución de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC, antes, Comisión Nacional de la Competencia, CNC).

Cuando la duración de la cláusula de no competencia (cláusula de suministro en exclusiva) excede de cinco años, el TS declara la ineficacia sobrevinida por infracción del artículo 101.1 TFUE, al no poderse apreciar la exención del artículo 5.a) del Reglamento 2790/1999.

Se trata del asunto HERNANDEZ y TEJADA, SL y CEPESA, que había sido resuelto en apelación por la Sentencia de la Audiencia Provincial (también, SAP, en adelante) de Madrid, Sección 28ª, de 11/11/2014 (ROJ. SAP M 18954/2014), ampliamente comentada y transcrita en la contestación de la demanda. La apelación ha versado sobre la fijación de precios (por considerar que ha sido fijada por el arrendador) y por la duración de la cláusula de exclusiva, respecto de la que se considera que no puede resultar exenta conforme al Reglamento 2790/1999 ("En cuanto al Reglamento (CE) nº 2790/99 el régimen excepcional no es aplicable cuando CEPESA no es propietaria de las instalaciones y del terreno, salvo que arriende las mismas a un tercero no vinculado"). En la SAP de Madrid, de 11/11/14, se dice lo siguiente:

"La relación contractual queda, pues, definitivamente conformada e integrada con los compromisos impuestos en virtud de una Decisión de la Comisión, y su evaluación, a la vista de dichos compromisos, no carece por lo tanto de relevancia en orden a aplicar el *artículo 101.3 TFUE* .

En su evaluación, en lo que aquí nos ocupa, el Consejo de la CNC ya ha considerado específicamente la duración de estos contratos, y no cabe apreciar obstáculo a que se entiendan satisfechas las condiciones del *apartado 3 del artículo 101 TFUE* . El Consejo ha evaluado la duración de los contratos atendiendo a los posibles efectos de cierre del mercado.

En atención a lo expuesto, y teniendo en cuenta la inexistencia de obstáculos a la aplicación del *apartado tercero del artículo 101 TFUE* , tras apreciar los compromisos ofrecidos tal y como aquí resultan de la Resolución adoptada en el caso concreto (en este sentido podemos citar la Decisión de 17 de septiembre de 2001, As. DSD), hemos de concluir que no cabría una declaración de nulidad de los contratos, que era lo que invocaba la parte demandante".

Pues bien; la STS de 20/9/18, que resuelve el recurso de casación contra la SAP M de 11/11/14, considera que debe tenerse en cuenta lo resuelto en la STJUE de 23/11/17 y en la STS de 7/2/18 y considera que "las decisiones de compromisos 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 y que dichas decisiones *no puede legalizar de manera retroactiva un comportamiento infractor. Por lo 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. Y todo lo dicho resulta de aplicación tanto si la decisión proviene de una autoridad comunitaria como si emana (como sucede en este caso) de una autoridad nacional*".

Seguidamente, la STS de 20/9/18 pasa a analizar la duración de la cláusula de no competencia (pacto de suministro en exclusiva) que la SAP de Madrid de 11/11/14 había dado por buena, por que "el Consejo de la CNC ya ha considerado específicamente la duración de estos contratos, y no cabe apreciar obstáculo a que se entiendan satisfechas las condiciones del *apartado 3 del artículo 101 TFUE* . El Consejo ha evaluado la duración de los contratos atendiendo a los posibles efectos de cierre del mercado" y revoca en ese punto dicha sentencia "conforme a la jurisprudencia de esta sala antes expuesta, la relación jurídica compleja que unía a las partes sobrevino ineficaz desde el 1 de enero de 2002, debe estimarse el recurso de casación".

La exégesis de la jurisprudencia expuesta es que, cuando un acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento nº 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento nº 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del *artículo 81 CE* , apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, si a partir de esa fecha no cumple los requisitos de exención del Reglamento 2790/1999, no cabe prorrogar la exención hasta el 31/12/06, sino que la ineficacia sobrevinida del negocio jurídico complejo se produce el **1/1/02**. Al respecto, no tiene trascendencia que una decisión del Consejo de la CNC haya evaluado la duración de los contratos y no haya apreciado obstáculos en relación al mantenimiento de la exención. Si por la duración del contrato la cláusula o acuerdo no resulta exenta por el artículo 5 a) del Reglamento 2790/999, hay ineficacia sobrevinida desde el 1/1/02, y hay que liquidar los contratos en la forma expresada en la STS, Pleno, de 12/1/15. Literalmente, la STS de 9/9/18 lo expresa en estos términos:

"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.

Conforme al cambio de criterio jurisprudencial expuesto en la *sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015*, como consecuencia de la doctrina contenida en el ATJUE de 27 de marzo de 2014, asunto *Brighth Service*, cuando un «acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento nº 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento nº 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 nº 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.

2.- En consonancia con tal conclusión jurisprudencial, el entramado contractual 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 cuando ya estaba en vigor el Reglamento CE 2790/99, se modificó la relación contractual entre las partes, mediante el acuerdo de 2004, que recogía la decisión de compromisos aceptada por las autoridades españolas de competencia. Y dice al respecto:

«Si los compromisos pasan a integrar el contrato desde un punto de vista jurídico (obligando a CEPSA y concediendo fórmulas al que contrató con ella para que, si le interesase, pueda liberarse del compromiso de suministro en exclusiva en un período más corto del que tenía pactado), la evaluación de las autoridades de competencia en relación a los compromisos que vienen a integrar el contrato (CNC en este caso) debe tenerse en consideración, como veremos, desde un punto de vista fáctico».

3.- Esta tesis no puede ser confirmada tras la *STJUE de 23 de noviembre de 2017*, puesto que si dicho Tribunal, 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, lo mismo cabe predicar respecto de una decisión de compromisos adoptada por los órganos nacionales de defensa de la competencia. Como dice el TJUE, 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. Lo que vale tanto si la decisión proviene de una autoridad comunitaria como si emana (como sucede en este caso) de una autoridad nacional...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".

Este es nuestro caso.

Aplicando la jurisprudencia expuesta, resulta que no tiene trascendencia para apreciar si se cumplen o no los requisitos para la exención que exige el artículo 5 a) del Reglamento 2790/1999, que haya habido una Decisión (Resolución) del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29/7/09 (documento nº 16 de la demanda) que afecta directamente a CEPSA y CARVOLTA, por que al no cumplirse el requisito de exención del artículo 5 a) del Reglamento 2790/1999, se produce la ineficacia sobrevenida de todo el entramado contractual. Y esa ineficacia sobrevenida, no se produce desde el 31/12/06, sino desde el 1/1/02, como viene siendo doctrina jurisprudencial en todas las resoluciones del TS posteriores a la STS de 19/1/15.

Conforme a lo que acabamos de exponer, ninguna acogida pueden tener las siguientes alegaciones de la página 44 de la contestación de la demanda:



1ª).- El visto bueno del Consejo de la CNC confirma la inexistencia de infracción del artículo 101 TFUE ("Por un lado, reconociendo que es evidente que el visto bueno expreso del Consejo de la CNC a los compromisos propuestos por Cepsa respecto al Contrato de 22.5.2000, discutido en este pleito - que insistimos, es objeto específico del expediente S/2697/06 - confirma la inexistencia de infracción alguna del artículo 101 TFUE, por duración indebida del pacto de no competencia incluido en dicho contrato, contraria al Reglamento 2790/1999").

2ª).- Que, aun dándose una infracción del artículo 101 TFUE, debe apreciarse una exención para las cláusulas de no competencia (pacto de suministro en exclusiva) ("En segundo lugar, a modo subsidiario, incluso en caso de identificarse eventualmente una supuesta infracción del Reglamento 2790/1999 a partir del 1 de enero de 2002, reconociendo que se dan claramente las condiciones para considerar que el citado Contrato de 22.5.2000, y su cláusula de suministro en exclusiva, merece una exención individual, al amparo del artículo 101.3 TFUE, a la vista de las circunstancias antes descritas (compromisos propuestos y estrictamente respetados por Cepsa, reacción del gestor de la ES nº 17.364 al respecto, concurrencia de las condiciones para la exención individual, importantes ventajas para el gestor de la ES, etc.)". En absoluto es así, por que no se cumplen los requisitos de exención del artículo 5 a) del Reglamento 2790/1999 de una forma clara y abierta; o lo que es lo mismo, las cláusulas en cuestión infringen de forma directa los requisitos de duración fijados por dicho precepto.

3ª).- Referencias al abuso del derecho y fraude de los demandantes que aquí no se enjuician, pues son objeto de enjuiciamiento las infracciones del derecho de la competencia. Vía civil para el ejercicio de estas pretensiones de la demandada ("Y por último, rechazando, a la vista de los actos de CARVOLTA, las abusivas y fraudulentas pretensiones de nulidad ejercidas por las demandantes con efectos desde el 1 de enero de 2002 respecto de un Contrato que la propia arrendataria CARVOLTA ha ratificado libremente, en todos sus extremos - incluida la duración de la cláusula de suministro exclusivo - hace pocos años (desde luego, con pleno conocimiento de lo dispuesto por el Reglamento 2790/1999 o incluso por su reglamento sucesor, el Reglamento 330/2010)").

En resumen y como reiteradamente hemos expuesto:

Cuando la duración de la cláusula de no competencia (cláusula de suministro en exclusiva) excede de cinco años, el TS declara la ineficacia sobrevinida por infracción del artículo 101.1 TFUE, al no poderse apreciar la exención del artículo 5.a) del Reglamento 2790/1999.

Pues bien; eso es lo que se pide en el punto 1º del *petitum* de la demanda: que se declare que la duración del pacto de suministro en exclusiva a favor de CEPESA CP contenido en el Contrato de 22.05.2000 infringe el artículo 101.1 del TFUE y no respeta *las condiciones de exención del Reglamento (CE) nº 2790/1999*. Los puntos 2º y 3º del *petitum* de la demanda, son derivados de la declaración que se solicita en el punto 1º. Como puede verse, la demanda para nada ha entrado a considerar un aspecto más controvertido jurisprudencialmente (ver STS de 10/5/18, FUNDAMENTO JURÍDICO 4), como es el de la nulidad de los acuerdos por fijación directa o indirecta de los precios de venta por parte del arrendador de la estación d servicio al arrendatario.

De todo lo expuesto concluimos que los hechos y alegaciones efectuados por la representación procesal de la parte demandada en relación a la ausencia de infracción por duración excesiva de las obligaciones de exclusiva de suministro deben ser desestimados.

SEGUNDO.2.- La representación procesal de la parte demandada sostiene que las cláusulas de no competencia que nos ocupan estarían exentas hasta el 31/12/06, por que en el presente caso se le aplicaría a CEPESA el Reglamento 2790/1999, que establece un plazo de duración del contrato de cinco años, que se suplementaría a la fecha del 1/1/02. Hasta esa fecha, se aplicaría el Reglamento 1984/1983, conforme al cual, las cláusulas de no competencia estarían exentas. Luego, el periodo de exención de las cláusulas no finalizaría el 1/1/02, sino el 31/5/06.

La representación procesal de la parte demandada lo expresa en su contestación de la demanda (páginas 48 a 51) en estos términos literales:

"Pues bien, debe destacarse que en el caso de Cepsa y de sus acuerdos con ciertos agentes comisionistas como CARVOLTA, debemos tener en cuenta que su cuota de mercado inferior al 30% sí habría permitido, desde el primer momento, la aplicación del Reglamento 2790/1999 a sus acuerdos con agentes y distribuidores. Partiendo de esta fundamental premisa (no aplicable a los casos que afectan a Repsol):

a) En virtud de lo previsto por la cláusula 12.2 del Reglamento 2790/1999, y dado que los Contratos cumplían con las condiciones de exención del Reglamento 1984/83, no había duda de su compatibilidad con el artículo 101 del TFUE hasta 31 de (diciembre) de 2001 (por error, se pone 31 de enero de 2001).

b) A partir del 1 de enero de 2002, bien podría aplicarse, a diferencia de lo que sucede con Repsol - empresa a quien NO SE APLICA EL REGLAMENTO 2790/1999- el plazo máximo de 5 años previsto por el artículo 5



del Reglamento 2790/1999 para las cláusulas de no competencia, de modo que los contratos suscritos por Cepsa estuvieran, en todo caso, exentos hasta 31 de diciembre de 2006. No existe ningún pronunciamiento judicial, ni nacional ni europeo, que haya descartado esa posibilidad hasta la fecha al analizar los contratos concretamente suscritos por Cepsa, un operador con cuota de mercado por debajo del 30%".

No es cierto que no exista ningún pronunciamiento judicial que haya declarado que la exención hasta el 31/12/16 no se aplica a una empresa arrendadora de estaciones de servicio con una cuota de mercado inferior al 30%, como ocurre con CEPSA. Este Juzgador conoce, al menos, dos resoluciones judiciales, que afectan a una empresa *arrendadora de estaciones de servicio con cuota de mercado inferior al 30%* (GALP DISTRIBUCIÓN OIL ESPAÑA, SAU, con cuota de mercado del 6,5% en 2008) en las que se ha declarado la ineficacia sobrevinida del negocio complejo, con efectos del 1/1/02; y en las que, por tanto, no se ha reconocido la prórroga de la exención hasta el 31/12/06 por la aplicación del plazo de cinco años previsto en el Reglamento 2790/1999.

Se trata de la sentencia nº 78/2016 de este Juzgado, de fecha 13/5/16, dictada en los autos de juicio ordinario nº 611/2009 (Asunto ARBA, SA versus GALP DISTRIBUCIÓN OIL ESPAÑA, SAU) y de la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 4/6/18 (ROJ: SAP M 9493/2018), que resuelve la apelación contra la primera de las sentencias citadas y a cuya íntegra lectura en la base de datos del CENDOJ nos remitimos.

En la sentencia de este Juzgado de fecha 13/5/16 se debate si se puede suplementar el plazo de 5 años del Reglamento 2790/1999 desde el 1/1/02. Se concluye lo siguiente:

"La sentencia del Pleno del TS de 12/1/15 (ROJ: STS 277/2015), expone que la línea jurisprudencial iniciada con la STS de 30/6/09 "ha quedado afectada por la interpretación que sobre esta cuestión ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Auto de 27 de marzo de 2014, asunto BRIGTH SERVICE (C:2013:142)" y debe cambiarse "la interpretación que hasta ahora veníamos haciendo, y entender que, en un caso como el presente, el pacto de exclusividad estuvo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE (actual art. 101.1 TFUE) hasta el 31 de diciembre de 2001. La consecuencia, como afirma el Tribunal de Justicia, es que a partir del día siguiente (**1 de enero de 2002**), el acuerdo era nulo de pleno derecho, sin perjuicio de que, una vez casada la sentencia de instancia, respecto de esta cuestión, precisemos a continuación las consecuencias de esta nulidad". **Por tanto, queda meridianamente claro que superada la fecha del 31/12/01, los acuerdos que pudieran estar exentos conforme al Reglamento 1984/83, dejan de estar exentos conforme al Reglamento 2790/1999, si a fecha 1/1/2002 la duración del pacto de exclusiva es superior a cinco años. Así ocurriría en el caso que nos ocupa en el que, a fecha 1/1/02, el contrato tiene una duración hasta el 31/5/18, como luego se explicará.** Sin embargo, en el presente caso, ha de analizarse, además, si concurre el supuesto de no aplicación del plazo de duración de 5 años del artículo 5.a) del Reglamento 2790/1999, por estar arrendados los terrenos de la estación de servicio por el proveedor (GALP DISTRIBUCIÓN OIL ESPAÑA, SAU) a terceros (GESOIL, SA) no vinculados con el comprador (ARBA, SA)".

La sentencia de 13/5/16 declara que, superada la fecha de 31/12/01, los acuerdos que estaban exentos conforme al Reglamento 1984/1983, dejan de estar exentos conforme al Reglamento 2790/1999, si a fecha 1/1/02 la duración del pacto de exclusiva es superior a cinco años.

Dicha sentencia estima PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de ARBA, SA contra GALP DISTRIBUCIÓN OIL ESPAÑA, SAU y DECLARA la nulidad de la Relación Contractual Compleja que vincula a las partes en litigio, conformada por el Contrato de constitución de Derecho de Superficie, por el Contrato Privado de Arrendamiento de Industria, y por el Contrato de Abastecimiento en exclusiva, formalizados todos en fecha 27 de mayo de 1992, nulidad que procede en cumplimiento de los apartados 1 y 2 del Artículo 81 del Tratado CE y del apartado 1 y 2 del art. 1 de la LDC. *El motivo por el que declara esta nulidad es por que, al no ser GALP DISTRIBUCIÓN OIL ESPAÑA, SAU propietaria del terreno de la gasolinera no estamos ante uno de los supuestos previstos en el Reglamento 2790/1999 [artículo 5 a)] que permiten la aplicación de la exención prevista en su artículo 2 a acuerdos que contengan restricciones de la competencia (cláusula de compra en exclusiva) como la que nos ocupa, por que estamos ante un contrato de duración superior a cinco años y GALP DISTRIBUCIÓN OIL ESPAÑA, SAU no es propietaria del terreno de la gasolinera.*

Todos estos pronunciamientos son confirmados por la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 4/6/18, que añade a la sentencia de instancia la liquidación del negocio jurídico complejo que el Juzgador de instancia, erróneamente, pensó que no podía practicar por falta de datos.

Luego, la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 4/6/18, recoge un caso que presenta analogías con el presente, por que se declara la nulidad del negocio jurídico complejo en un supuesto en que una empresa arrendadora de estación de servicios tiene una cuota de mercado inferior al 30%, con efectos desde el 1/1/02 (no desde el 31/12/06) y como consecuencia de que, a fecha 1/1/02, la cláusula con el pacto de exclusiva de suministro tiene una duración superior a cinco años.



En definitiva; todos los hechos impeditivos, extintivos y enervatorios y las alegaciones jurídicas opuestas por la representación procesal de la parte demandada han de ser desestimados, con lo que queda incólume la solución clara y sencilla del presente caso que hemos expuesto en el FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO de esta resolución, con la consecuencia de que los puntos 1º a 3º del *petitum* de la demanda han de ser estimados.

TERCERO.- Resta por efectuar la liquidación del contrato, consecuencia de la nulidad.

Partimos de la precitada STS, Pleno, de 12/1/15 que, en relación a la liquidación de los contratos que componen el negocio jurídico complejo, establece, con énfasis propio, lo siguiente.

"El efecto consiguiente a la nulidad de todo el entramado contractual, a la referida fecha de 1 de enero de 2002, es no sólo que queden sin efecto las reseñadas relaciones contractuales de superficie, arrendamiento de industria y distribución, sino que deba liquidarse esta relación contractual compleja, para restablecer un equilibrio económico entre las partes, para lo que debe tenerse en cuenta la inversión realizada por la demandada, y no amortizada, que habrá revertido a favor de la demandante propiedad del terreno en que se construyó la estación de servicio, **así como las cantidades de más que la distribuidora pagó por el combustible suministrado, en relación con los precios medios de suministro de la zona**".

El TS ha determinado que los "precios medios de suministro de la zona" son los que sirven para determinar las cantidades que la distribuidora (CARVOLTA) ha pagado de más.

En ese sentido, el dictamen de AUREN aportado por la actora se ciñe a tratar de *determinar esos precios medios*.

En cuanto al periodo comprendido entre enero de 2012 y diciembre de 2016, AUREN *sí utiliza para su cálculo los precios de suministro de la estación RECTA DE XOANE, abanderada de CEPSA y próxima a la explotada por CARVOLTA, aunque CARVOLTA estaba en régimen CODO (Company Owned-Dealer Operated, osea, CEPSA titular del derecho de superficie, con contrato de arrendamiento de servicios a CARVOLTA) comisionista (en régimen de agencia, el explotador percibe su comisión que descuenta del carburante vendido) y RECTA DE XOANE está en régimen de DODO (Dealer Owned-Dealer Operated, el terreno y las instalaciones son propiedad de la empresa explotadora, y la empresa operadora tiene un grado de control débil, limitándose al suministro de carburante con pacto de exclusiva) reventa a precio de referencia (la empresa explotadora compra el carburante a la operadora, y lo revende a los clientes de la gasolinera) hasta noviembre de 2010, ejercicio en el que dicha relación contractual pasó a ser de tipo DODO reventa Platt's. El precio Platt's se establece individualizadamente para cada clase de producto, en función del valor dólar/tonelada, de la gasolina o gasóleo, en el mercado CIF MEDITERRANEO, alto o medio, según lo establecido en contrato, del día anterior o de la semana inmediatamente anterior a la fecha de cada pedido o al día de suministro (según operador y lo establecido en contrato), publicado en el "Platt's Oilgram" (Platts European Marketscan). Tanto el precio Platt's a tener en cuenta, como los valores de las densidades, según clase de producto, así como el tipo de cambio dólar-euro para convertir la cotización Platt's en \$/Tn a €/m3, son establecidos contractualmente. A la cantidad anteriormente obtenida se adiciona un diferencial, previamente establecido contractualmente por las partes, por metro cúbico del combustible y carburante vendido, que varía según el operador teniendo en cuenta distintos conceptos. Al precio resultante se le aplican los impuestos que correspondan.*

Para el periodo comprendido entre enero de 2002 y enero de 2012, AUREN considera los precios medios diarios ofrecidos por dos operadores distintos a Cepsa CP (ESERGUI, S.A. y KUWAIT PETROLEUM ESPAÑA, S.A.) a nivel nacional y a estaciones de servicio tanto abanderadas como libres. Tal como dijo Dª Alicia (min. 15.10 y ss. del CD de grabación del juicio) tienen en cuenta la STS de 12/1/15 y comparan con precios medios de suministro, por eso toman también precios de reventa. Comparamos precios locales (CARVOLTA, RECTA DE XOANE) con los nacionales (ESERGUI, KUWAIT) y resultan unas diferencias mínimas. Eso dio confort a los peritos para coger los precios nacionales, que eran los que teníamos disponibles y hacer una media. Los precios proporcionados por CEPSA no los han podido utilizar, por que CEPSA no incluyó en ellos la marca y el *know how*. Explicó que la STS de 12/1/15 habla de precios, no de márgenes. La STS habla de precios de compra, lo que se pagó de más por el precio de compra. No habla de márgenes, de si se ha ganado más o menos. El margen depende de muchos factores, precio e venta al público, gastos de personal, cómo te organices. La STS de 12/1/15 habla de lo que se ha pagado de más por precio, lo que se ha pagado de más por el combustible, no el margen que se haya ganado. La diferencia de precio entre lo pagado de más por CARVOLTA y otros operadores, se ha multiplicado por el número de litros suministrado obtenido de las propias facturas de CEPSA, por que en la sentencia se habla de lo pagado de más por el combustible suministrado.

La fórmula aplicada por AUREN para liquidar el contrato es:

Diferencia de precios - Inversión pendiente de amortizar a 01.01.2002 - Inversión con posterioridad a 01.01.2002.



Este Juzgador considera que como la liquidación de la relación comercial compleja se *determina por una diferencia entre minuendos y sustraendos a favor de una u otra parte contractual*, no se producen variaciones de resultados en la diferencia final siempre que se aplique a minuendo y sustraendo el mismo criterio de actualización: ya sea al tipo del interés legal del dinero, ya sea al IPC.

Las periciales de la actora y de la demandada están contestes en que el importe de la inversión realizada por CEPSA en la estación de servicios debe determinarse aplicando la amortización contable.

Asimismo, de ambas periciales resulta que quien percibe ingresos por la liquidación contractual son las demandantes y no CEPSA que, incluso, en su propia pericial, sale beneficiado en la relación contractual desarrollada hasta el momento de la liquidación y tiene que pagar dinero a CARVOLTA.

La conclusión que se obtiene del Informe Pericial de AUREN es que, como consecuencia de la liquidación del negocio jurídico complejo, teniendo en cuenta la inversión pendiente de amortizar por CEPSA a 01.01.2002, y las inversiones posteriores a 1 de enero de 2002 realizadas por CEPSA, aplicando una amortización contable, CEPSA ha de indemnizar a los demandantes en **1.926.374 €**, a 28/2/17. AUREN lo explica en su informe como sigue (págs. 30, 34 y 35 del documento nº 22 de la demanda):

"Tras los cálculos llevados a cabo en los Apartados 5.1, 5.2 y 5.3 anteriores, en nuestra opinión, el importe por los que habría de liquidarse la relación contractual compleja entre CARVOLTA, FORMIGOSO y CEPSA, ascendería a **2.203.433** Euros, según el siguiente detalle:

Si finalmente tienen que tomarse en consideración las inversiones posteriores a 1 de enero de 2002, el importe por el que habría de liquidarse la relación contractual compleja entre CARVOLTA, FORMIGOSO Y CEPSA, ascendería a 1.926.374 Euros, según el siguiente detalle:

CONCEPTO	IMPORTE INICIAL	INTERESES GENERADOS A 28/02/17	IMPORTE FINAL
+ Diferencia de precios	2.629.725	720.662	3.350.387
- Inversión no amortizada a 01.01.2002	(722.824)	(424.152)	(1.146.976)
TOTAL	1.906.901	296.510	2.203.411

Si finalmente tienen que tomarse en consideración las inversiones posteriores a 1 de enero de 2002, el importe por el que habría de liquidarse la relación contractual compleja entre CARVOLTA, FORMIGOSO Y CEPSA, ascendería a 1.926.374 Euros, según el siguiente detalle:

CONCEPTO	IMPORTE INICIAL	INTERESES GENERADOS A 28/02/17	IMPORTE FINAL
+ Diferencia de precios	2.629.725	720.662	3.350.387
- Inversión no amortizada a 01.01.2002	(722.824)	(424.152)	(1.146.976)
- Inversión posterior a 01.01.2002	(242.328)	(34.737)	(277.065)
TOTAL	1.664.573	271.773	1.936.346

..

Desde las reglas de la sana crítica, el Informe pericial aportado por CEPSA incurre en *errores de planteamiento y enfoque a criterio de este Juzgador*.

Este Juzgador considera que la STS de 12/1/15 fija un concepto claro que debe tenerse en cuenta necesariamente en la liquidación de la relación contractual compleja: los precios medios de suministro en la zona.

Parece sencillo: se trata de aportar precios de estaciones de servicio de la zona, en distintos regímenes de explotación, establezcan un precio medio de suministro.

Pues ante este planteamiento sencillo, la respuesta de CEPSA, centrándose en los márgenes en lugar de en los precios medios, ha contribuido a dificultar la liquidación del negocio jurídico complejo.

En primer lugar, el Informe y el perito que depuso en el acto de juicio (D. Gabriel, min. 48.50 y ss.) manifiestan que la liquidación económica del contrato no se obtiene con el precio medio de suministro, sino que hay que tener en cuenta más factores. Hasta el punto de que el informe pericial de la parte demandada opta por fijar márgenes y no precios medios de suministro. A diferencia del precio medio, la fijación de márgenes supone tener en cuenta todos los costes y restarlos.

Pues bien; ni la pericial ni la representación procesal de la demandada deben obviar el concepto de precio medio de suministro determinado por el TS ni sustituirlo por el de margen. Pueden añadir los conceptos y criterios que consideren a la liquidación contractual compleja. **Pero no pueden sustituir el criterio del TS de precios medios de suministro en la zona por el criterio del margen, como efectivamente han hecho.**



CEPSA ha podido aportar precios medios de suministro de varias estaciones de servicio de la zona, por que tiene toda la facilidad probatoria para ello, y no ha aportado ningún precio medio. En el informe pericial aporta precios de tres estaciones de la zona, pero no para determinar el precio medio, sino para determinar el margen. Se le efectúa un requerimiento documental, lo cumplimiento y aporta precios de estaciones, pero en esos precios no se incluyen impuestos, *know how* y marca, con lo cual no han podido ser tenidos en cuenta en el Informe de AUREN. Hubiera sido deseable que hubieran aportado tanto los precios que no incluyen impuestos, *know how* y marca como los que los incluyen; en este último caso, esos precios hubieran sido considerados por AUREN.

Este Juzgador considera que la parte actora ha hecho lo que estaba en su mano para determinar los precios medios de suministro, que le han permitido fijar la liquidación del negocio complejo en **1.926.374 €**. La determinación del precio medio de suministro es la única cuestión que presenta problemas de prueba suficiente en el presente procedimiento. Podía ser más completa y más exacta. Mientras que la actora ha hecho todo lo posible y lo que estaba en su mano para determinar ese precio medio, la demandada ha ignorado ese concepto de precio medio y lo ha sustituido por el margen.

Por ello, este Juzgador considera que la actora ha acreditado los precios medios en la medida de sus posibilidades. Mientras que la parte demandada, no ha enervado, *impedido o extinguido la pretensión de que los precios medios sean otros, por que se ha ido -de forma errónea, a criterio de este Juzgador- al concepto de margen y a entender que la liquidación económica del contrato comprende bastantes más conceptos que el precio medio de suministro en la zona al que se refiere la STS*; para ello nos lleva en la pericial a un escenario ficticio de Estaciones de Servicio en situación DODO, de cuáles hubieran sido los márgenes obtenidos por CARVOLTA en una situación DODO comisionista que nunca tuvo (ha sido CODO comisionista), en relación a otras tres Estaciones de Servicio de CEPSA en A Coruña (ES Celas, ES Mingacho y ES Torres Quevedo, página 37 del Informe Pericial de BDO) o en relación a dos Estaciones de servicio de la zona (ES Recta de Xoane - también considerada por AUREN para determinar precios medios- y ES Estaser a Silva) que han sido DODOS reventa precio de referencia y luego han pasado a ser DODOS reventa Platt's. *Este Juzgador no entiende por qué CEPSA no ha desvirtuado el precio medio determinado por la actora, aportando otro precio medio (no márgenes) que impida, extinga o enerve el precio medio determinado por la actora. Ha preferido cuestionar el criterio de liquidación del TS y se ha ido al concepto de margen en lugar de al precio medio de suministro en la zona.*

La consecuencia de todo ello es que la actora acredita la pretensión de liquidación del negocio jurídico complejo por el importe, a fecha 28/2/17, de **1.926.374 €** (artículo 217.2 de la LEC); y que la demandada no ha extinguido, impedido o enervado las pretensiones de la demandada (artículo 217.3 de la LEC).

Actualizada la cantidad de **1.926.374 €**, al interés legal del dinero (3% anual), al día de la fecha, asciende a **122.549,05 €** de intereses, lo que hace un total de **2.048.523,05 €**.

Por ello, la demanda ha de ser totalmente estimada.

CUARTO.- Procedencia de intereses y costas. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley. En el presente caso, se considera que procede el devengo del interés legal, incrementado en dos puntos, desde la fecha de la presente resolución hasta el completo pago del principal.

Establece el artículo 394.1 de la LEC que "En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". En el presente caso, procede imponer las costas a la parte demandada porque sus pretensiones han sido rechazadas.

FALLO

ESTIMAR TOTALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de O FORMIGOSO, S.L. y ESTACIÓN DE SERVICIO CARVOLTA, S.L. contra CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A., y

1º.- DECLARAR que la duración del pacto de suministro en exclusiva a favor de CEPSA CP contenido en el Contrato de 22.05.2000 infringe el artículo 101.1 del TFUE y no respeta las condiciones de exención del Reglamento (CE) nº 2790/99.

2º.- DECLARAR la nulidad/ineficacia/invalidéz a 01.01.2002 del pacto de suministro en exclusiva ex artículo 101.2 del TFUE.



3º.- DECLARAR que la nulidad/ineficacia/invalidez a 01.01.2002 del pacto de suministro en exclusiva es extensible a todo el Contrato de 22.05.2000 (incluidos actos derivados del mismo y anexos) y, por ende, a la totalidad del negocio jurídico complejo existente entre las partes, cesión de derecho de superficie incluido.

4º.- CONDENAR a la demandada a liquidar la relación contractual en los términos previstos en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 12.01.2015, Recurso nº. 1279/2011, en el sentido de abonar a CARVOLTA la diferencia entre la inversión realizada por CEPESA CP no amortizada y las cantidades que CARVOLTA pagó de más por los combustibles suministrados en relación con los precios medios de suministro de la zona, durante el periodo 01.01.2002 hasta el cumplimiento de la sentencia.

5º.- Y, en consecuencia, CONDENAR a la demandada a pagar a CARVOLTA el importe que resulte de conformidad con lo precisado en el HECHO SEXTO, es decir, DOS MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS EUROS CON CINCO CÉNTIMOS DE EURO (**2.048.523,05 €**) al día de la fecha, devengando dicha cantidad el interés legal del dinero desde el la fecha de la presente resolución hasta el completo pago del principal.

6º.- CONDENAR expresamente a la demandada al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Al notificarse la resolución a las partes, se les indicará que, conforme a la D.A. decimoquinta de la LOPJ, introducida por la LO 1/09, para el anuncio o la preparación o la interposición del **recurso de apelación**, será precisa la consignación como depósito de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado en la entidad Banco de Santander y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito no deberá consignarse cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, *indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.*

Así por esta mi sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones originales y se *incluirá en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.*

E/

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACION.-La precedente sentencia ha sido leída en audiencia pública, por el Magistrado-Juez que la dicta, el mismo día de su fecha, de lo que yo, e/l/a Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.