



Roj: **STS 1626/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1626**

Id Cendoj: **28079110012018100263**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2018**

Nº de Recurso: **3128/2014**

Nº de Resolución: **272/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 19611/2014,**
STS 1626/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 272/2018

Fecha de sentencia: 10/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3128/2014

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/04/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 28

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3128/2014

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 272/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 10 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.^a Marta , representada por el procurador D. David García Riquelme bajo la dirección letrada de D.^a María Gaitán Luján, contra la sentencia núm. 279/2014, de 10 de octubre, dictada por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 811/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 369/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 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. Pedro Arévalo Nieto.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de D.^a Marta , interpuso demanda de juicio ordinario contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos en la que solicitaba se dictara sentencia:

«mediante la que, estimando los pedimentos de Marta :

»1º.- Declare que, la citada relación contractual compleja que vincula a las partes es contrario a las previsiones del artículo 101 del TFUE y a su derecho privado.

»2º.- Declare que, como consecuencia de lo anterior y por aplicación del apartado 2º del artículo 101 TFUE , la citada relación contractual DEVIENE NULA EN SU INTEGRIDAD por afectar a inseparables elementos esenciales de la misma.

»3º.- Declare que, con motivo de la nulidad de la relación jurídica, procede la aplicación de los efectos del artículo 1306.2 Código Civil , o subsidiariamente, para el caso de no ser estimado, la aplicación de los efectos previstos en el artículo 1303 del Código Civil .

»4º.- 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, equivalente a la cantidad de OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS Y SÉIS CÉNTIMOS (861.332,06 euros), de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Cuarto de la presente demanda.

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

2.- La demanda fue presentada el 25 de junio de 2010 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid, fue registrada con el núm. 369/2010 . 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 y formuló reconvención 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 que 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».

En la demanda reconvencional solicitaba:

«A).- Solo para el supuesto de que, en estimación total del pedimento 2º del suplico la demanda formulada de contrario, y por ello si se declarase la nulidad o invalidez sobrevenida del derecho de superficie, se 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 reconvención) con referencia a la fecha de efectividad de la sentencia en cuanto a la pérdida efectiva de las facultades propias del superficiario, todo ello con arreglo a los datos objetivos necesarios para dicho cálculo



que mi mandante proporcionará en ejecución de sentencia (por ser entonces cuando serán conocidos), así como al pago de las costas de esta reconvención.

»B).- Solo para el caso de que, se estimara parcialmente el pedimento 2º de la demanda formulada de contrario, y por ello, sólo se declarase la nulidad del contrato de arrendamiento de industria y suministro en exclusiva objeto de esta litis, se condene a la actora a restituir a nuestra mandante en la posesión de la E.S., al haberse quedado sin título alguno para poseer la misma, ordenando su desahucio de la E.S, y condenándole al pago de las costas de esta reconvención».

4.- El procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de D.ª Marta , contestó a la demanda reconvencional mediante escrito en el que solicitaba:

«1. Con carácter principal, tenga por interpuesta Excepción Procesal relativa a la Indevida Acumulación de Acciones, con carácter previo a la Contestación a la Demanda Reconvencional presentada de contrario con carácter subsidiario, y que, previos los trámites procesales oportunos dicte Resolución mediante la cual sea estimada.

»2.- Con carácter subsidiario, alternativo y excluyente, -sólo para el caso de inadmitirse la anterior Excepción Procesal-, tenga por formulada contestación a la Demanda Reconvencional deducida de contrario con carácter subsidiario, solicitando que, en su momento, y previos los trámites procesales oportunos, dicte Sentencia por la que desestime los pedimentos contenidos en la citada Demanda Reconvencional, con expresa imposición de costas a la parte demandante y cuanto más proceda en derecho».

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid dictó sentencia n.º 111/2012, de 29 de junio , con la siguiente parte dispositiva:

«SE DESESTIMA LA DEMANDA interpuesta por D. David García Riquelme, procurador de los Tribunales, actuando en representación de DOÑA Marta , contra la mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., representada por el procurador de los Tribunales don Joaquín Fanjul de Antonio.

Las costas causadas se imponen a la actora, por lo expuesto en el último fundamento de derecho».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Marta .

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 811/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don David García Riquelme en nombre y representación de DOÑA Marta contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de esta capital de fecha 29 de junio de 2012 , recaída en los autos de juicio ordinario nº 369/10 del que este rollo dimana.

»2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

»3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

»De conformidad con el artículo 213.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , comuníquese la presente sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia».

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

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

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Con fundamento en el art. 469.1.2º por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia: Infracción del artículo 216, en relación con el artículo 217 y 456.1 de la LEC , así como del artículo 218.1 y 2 de la LEC . Modificación de los términos del debate y la causa de pedir, que deriva en una manifiesta incongruencia.

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

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



»Cuarto.- De conformidad con el artículo 469.1.2º de la LEC , el mismo encuentra su fundamento en la "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia", como consecuencia de la vulneración del artículo 217.7 de la LEC en relación con los arts. 317.5º y 319.2 también de la LEC , en relación con los artículos 2 y 16 del Reglamento (CE) Nº 1/2003, que establecen los principios de carga de la prueba en los procesos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE y de uniformidad y aplicación coherente de la normativa comunitaria de competencia, al no tomar en consideración ni la Resolución de TDC de 31 de mayo de 2001 (Expte. NUM000 , Cepsa) ni la Resolución del Consejo de la CNC, de 30 de julio de 2009, Expte. NUM001 CEPSA/CEPSA/BP, cuando la primera ha devenido firme por haber sido confirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, mientras que la segunda de ellas ha sido confirmada por la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en Sentencia de 5 de noviembre de 2011 dictada en el procedimiento 5880/2009».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del art. 81.1 º, 2 º y 3º TCE (actual artículo 101 1 º, 2 º y 3º TFUE), y del artículo 6.3 del Código Civil ; infracción del art. 12.2 Reglamento (CE) 2790/1999; infracción del principio fundamental de primacía del Derecho Comunitario; infracción del art. 234 TCE (actual art. 267 TFUE), así como del art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

»Segundo.- La sentencia recurrida infringe el art. 81.1 TCE en relación con el art. 4 a) del Reglamento CE 2790/99, así como la jurisprudencia consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo[...]».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Inadmitir el motivo segundo del recurso de casación ni el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Dª Marta contra la sentencia dictada, con fecha 10 de octubre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) en el rollo de apelación n.º 811/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario 369/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid, con imposición de costas a la parte recurrente por el recurso extraordinario por infracción procesal y pérdida del depósito constituido para dicho recurso.

»2º) Admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Marta contra la citada sentencia».

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

4.- Por providencia de fecha 21 de diciembre de 2016 se suspendió el trámite de este recurso hasta que se resolviese, en el recurso 757/2014, la petición de decisión prejudicial formulada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , sobre la interpretación del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado del TCE .

5.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), en el asunto C- 547/16 , dictó sentencia de 23 de noviembre de 2017, con el siguiente fallo:

«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».

6.- Recibida dicha sentencia, se alzó la suspensión acordada y se concedió trámite de audiencia a las partes, que presentaron sus alegaciones.

7.- Por providencia de 14 de marzo 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 25 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1.- Mediante contrato privado de 1 de marzo de 1992, D. Jesús Luis , en cuya posición se subrogó con posterioridad D.^a Marta , se comprometió a constituir a favor de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. (en adelante, Repsol) un derecho de superficie sobre una finca, sita en el término municipal de Castillo de Locubín (Jaén), con una duración de 25 años y por el precio de 5.000.000 de pesetas (que finalmente ascendió a 5.650.000 de pesetas, esto es, 33.957,18 ?). Asimismo, el Sr. Jesús Luis se comprometió a construir sobre dicha finca una estación de servicio para Repsol, por un precio alzado de 20.000.000 de pesetas (120.202,42 ?) que sería abonado por Repsol que, además, se comprometía, a la finalización de las obras, a suscribir con el constituyente o la sociedad que éste indicase un contrato de cesión de explotación de estaciones de servicio.

2.- El 9 de julio de 1992 se otorgó escritura pública por la que D. Jesús Luis constituyó en favor de Repsol el derecho de superficie sobre la referida finca, para que ejercitara la facultad de edificar y construyera en el vuelo, suelo y subsuelo de la finca las instalaciones necesarias para el funcionamiento de una estación de servicio de carburantes y derivados, destinada a la venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción, para la que el cedente había obtenido las oportunas licencias de obras, actividad y para la construcción de la estación y que también se cedían a Repsol. Todo ello con una duración de 25 años, mediante un precio abonado por Repsol de 5.650.000 de pesetas (33.957,18 ?). El presupuesto de las obras se fijó en 20.000.000 de pesetas (120.202,42 ?). A la extinción del derecho de superficie, las instalaciones que integraran la estación de servicio pasarían a ser propiedad del dueño de los terrenos.

3.- Para la construcción de las instalaciones de la estación de servicio, Repsol abonó la cantidad de 283.568,33 ?.

4.- El mismo día 9 de julio de 1992, Repsol, como titular de la estación de servicio construida, suscribió con el Sr. Jesús Luis un contrato denominado «Contrato de Arrendamiento de E.S. y Exclusiva de Suministro», como arrendamiento de industria, con un plazo de duración de veinticinco años, en el que se aseguraba al arrendatario la exclusiva de abastecimiento, que asumía el riesgo empresarial. También se pactó que «Caso de que los productos objeto de la exclusiva de abastecimiento deban ser adquiridos en firme por el arrendatario, la Entidad Arrendadora fijará unos precios de adquisición tales, que permitan racionalmente a aquel obtener, mediante la ulterior reventa de tales productos a precios de mercado, unos márgenes o comisiones brutos que vengán obteniendo por lo general otros suministradores con significación en el mercado y en la misma área geográfica o comercial».

5.- El Sr. Jesús Luis vendió a D.^a Marta la propiedad de los terrenos sobre los que está construida la estación de servicio mediante contrato de fecha 2 de agosto de 1999. La compradora quedó subrogada en la posición jurídica del transmitente como concedente y arrendatario, todo ello con consentimiento de Repsol.

6.- El 20 de diciembre de 2001, Repsol solicitó a la Comisión Europea una declaración negativa o, en su defecto, una exención individual con arreglo al artículo 81.3 del Tratado (CE) respecto de los acuerdos y contratos tipo de su red en el territorio español, que, tras el cambio normativo experimentado, acabó derivando en el expediente COMP/B.1/38.348, que finalizó mediante Decisión de la Comisión Europea de fecha 12 de abril de 2006, en la que admitió una serie de compromisos de dicha petrolera para permitir en determinadas condiciones que pudieran sus distribuidores -entre los que figuraba la estación de servicio objeto de este procedimiento- desvincularse de su red con mayor antelación de la inicialmente prevista y acceder así a contratar con otros proveedores.

7.- El 7 de noviembre de 2001, Repsol remitió una carta a la Sra. Marta , en la que, ante la proximidad de la expiración del período transitorio establecido en el Reglamento 2790/99 (CE) y con la finalidad de adaptarse a las previsiones de éste, le ofrecía la firma de un modelo revisado de contrato. Asimismo, recordaba a los agentes comisionistas de su red que vendían los combustibles por cuenta de Repsol que, no obstante, tenían plena libertad, como ya habían establecido en su relación contractual efectiva, para reducir el precio a pagar por los clientes, repartiendo así con éstos el importe de su comisión.

8.- El 25 de julio de 2006, Repsol envió un burofax a la Sra. Marta en el que le comunicaba la posibilidad de ejercitar la facultad de rescate del derecho de superficie previo abono de la correspondiente contraprestación, todo ello de conformidad con los compromisos asumidos por Repsol, aceptados por la Comisión en la Decisión de 12 de abril de 2006.

9.- No se discute que la cuota de mercado de Repsol en el mercado de referencia supera el 30%.

10.- Las relaciones de suministro y abanderamiento entre las partes cesaron el 27 de julio de 2010.

11.- D.^a Marta presentó demanda contra Repsol, en la que solicitó que se declarase que las relaciones contractuales entre las partes eran contrarias al art. 101 TFUE y su derecho derivado y por tanto nulas y que,



como resultado de ello, se diera lugar a las consecuencias previstas en el art. 1306-2 CC, o subsidiariamente en el art. 1303 CC. También solicitó que se condenara a Repsol a indemnizar a la demandante en 861.332,06 ?.

Repsol se opuso a la demanda y formuló reconvencción, en la que solicitó que, si se declaraba la nulidad del contrato, se ordenaran las restituciones previstas en el art. 1303 CC.

12.- La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda y no se pronunció sobre la reconvencción, por falta de objeto, por los siguientes y resumidos motivos: (i) la inexistencia de fijación directa o indirecta de precios de venta al público; (ii) la adaptación de la relación contractual al Derecho de la Competencia como consecuencia de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006, ya que la demandante pudo desvincularse de Repsol y ejercitar el derecho de rescate; y (iii) mala fe en el ejercicio de las acciones objeto de la demanda, en la que se contienen unas pretensiones que, en realidad, tienen una finalidad muy distinta de la amparada por el Derecho de la Competencia.

13.- Recurrída dicha sentencia en apelación por la demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, por los siguientes y resumidos argumentos: (i) no hubo fijación directa o indirecta de los precios de venta al público; (ii) la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 impide la declaración de nulidad pretendida.

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

SEGUNDO.- *Primer motivo de casación. Formulación. Admisibilidad*

1.- La recurrente formuló un primer motivo de casación, por infracción de los arts. 81, apartados 1º, 2º y 3º, TCE (actual art. 101 TFUE), 6.3 CC, 12.2 del Reglamento CE 2790/1999, 267 TFUE y 16 del Reglamento CE 1/2003.

2.- En el desarrollo del motivo argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial debió efectuar una evaluación individual y analizar el cumplimiento a 1 de enero de 2002 de todas y cada una de las condiciones establecidas en el art. 81.3 TCE para acogerse a una exención individual, en vez de considerar que la Decisión de la Comisión había subsanado las infracciones del Derecho comunitario de la Competencia. Cita como infringidos la sentencia del pleno de esta sala 312/2011, de 5 de mayo, y el ATJUE de 27 de marzo de 2014.

En el propio encabezamiento del motivo se especifica que va dirigido contra el fundamento jurídico quinto de la sentencia de la Audiencia Provincial, que es el que se refiere a la duración contractual.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, por considerar que la parte recurrente no justifica el interés casacional, pese a que fue esta la modalidad en que lo admitió inicialmente la sala. Sin embargo, esta objeción no puede ser tenida en cuenta, puesto que, aparte de que en el recurso se invoca expresamente la oposición de la sentencia recurrida a la sentencia del pleno de esta sala 312/2011, de 5 de mayo, el interés casacional es evidente, a la luz de la última jurisprudencia del TJUE y su impacto en nuestro enjuiciamiento.

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

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

1.- Antes de que esta sala decidiera plantear la petición de decisión prejudicial que ha sido resuelta por la STJUE de 23 de noviembre de 2017, la cuestión jurídica a que se refiere el único motivo de casación admitido 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.

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



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

A tenor del cambio de criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015, como consecuencia de la doctrina contenida en el antes citado ATJUE de 27 de marzo de 2014, asunto *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.

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

4.- No obstante, la STJUE de 23 de noviembre de 2017, en respuesta a nuestra petición de decisión prejudicial, ha establecido que una decisión de compromisos adoptada por la Comisión Europea relativa a determinados acuerdos entre empresas no impide que los tribunales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas comunitarias en materia de competencia y puedan declarar su nulidad. Así como que las decisiones de compromisos convierten estos en obligatorios, pero no certifican la conformidad de la práctica objeto de tales pronunciamientos con las normas del derecho de la Unión que prohíben conductas contrarias a la competencia. Por tanto, no cabe excluir que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que la práctica objeto de la decisión de compromisos es ilegal, porque la decisión de compromisos no puede legalizar de manera retroactiva un comportamiento infractor. Pero añade la sentencia en el apartado 29:

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

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



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

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

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

CUARTO.- Recurso de apelación de Marta

1.- El recurso de apelación de la demandante se fundamenta en dos motivos. El primero de ellos se refiere a la fijación directa o indirecta de los precios de venta al público de carburantes por parte del suministrador. Mientras que el segundo se refiere a la vulneración contractual de los límites temporales de duración del contrato.

2.- El segundo de tales motivos coincide esencialmente con el motivo de casación resuelto y estimado, por lo que debe seguir la misma suerte, en atención a la argumentación ya expuesta, con las consecuencias que posteriormente se indicarán. De manera que ahora solo queda por resolver el primer motivo de apelación.

3.- En lo que se refiere a la nulidad de los acuerdos por fijación directa o indirecta de los precios de venta (artículo 81.1º, apartado a), TCE), 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), y 699/2015, de 17 de diciembre , 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).



4.- 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.

5.- Bajo este prisma, las alegaciones de la parte recurrente sobre la fijación de precios son inatendibles. En primer lugar, cabe descartar que la sentencia recurrida se aparte de la doctrina establecida en la sentencia del pleno de esta sala 863/2009, de 15 de enero de 2010, porque el contrato litigioso no contiene una cláusula sobre la imposibilidad de realizar descuentos como la analizada en la indicada sentencia. Y en segundo término, porque no cabe la vinculación pretendida por la recurrente a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, y las sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 10 y 17 de noviembre de 2010. No consta que el contrato litigioso fuera uno de los examinados en el expediente administrativo que dio lugar a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que el mismo no puede servir para mantener que Repsol impuso a la Sra. Marta los precios de venta al público. Y ya dijimos en la sentencia 709/2012, de 30 de noviembre, con cita de otras muchas, 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.

Además, consta probado que no existe impedimento para que la estación de servicio efectúe descuentos con cargo a su comisión y que, de hecho realiza, al menos, los que se denominan descuentos compartidos, siendo descuentos a su cargo a favor de determinados clientes, sin perjuicio de que, además, pueda hacer otros descuentos.

6.- Tampoco cabe apreciar fijación indirecta de precios de venta al público. La cuestión relativa a lo que la parte recurrente denomina «regalos», ya ha sido resuelta por esta sala, por ejemplo en la sentencia 789/2012, de 4 de enero de 2013, al decir:

«[...] las alusiones del motivo a la forma de regularización de las comisiones, al sistema de facturación y al modo y momento de comunicación de los cambios del precio de venta al público por Repsol no son argumentos que verdaderamente permitan apreciar una infracción de las reglas sobre carga de la prueba, sino alegaciones que, amén de demostrar que la hoy recurrente sí hizo descuentos en el precio de venta al público, por más que los denomine "regalos", servirían también para defender que no pudiera haber precios máximos o recomendados por la imposibilidad de todo control por parte del proveedor e, incluso, que la defensa de la competencia fuera incompatible con el pago mediante tarjeta y con la informatización de los sistemas y solo fuera posible mediante un retorno al pago obligatorio en efectivo y a sistemas de contabilidad hoy superados. De aquí que el argumento del IVA como demostrativo de una imposibilidad real de hacer descuentos también sea rechazado por la doctrina de esta Sala antes referida».

Como también hemos concluido en otras resoluciones antes citadas, no existe impedimento para que la estación de servicio haga descuentos en el precio de venta al público indicado por Repsol con cargo a la comisión. Práctica que no constituye un regalo o una subvención, sino la efectiva minoración del precio que paga el cliente por el carburante adquirido. Y en cuanto a la tarjeta Solred, es correcto el argumento de la sentencia de primera instancia de que el uso de dicha tarjeta de descuento prueba precisamente que la estación de servicio podía disminuir los precios con cargo a su comisión.

7.- Por último, que la empresa demandante haya sufrido pérdidas en varios de los ejercicios anteriores a la interposición de la demanda no justifica por sí mismo que hubiera imposición de precios, porque se trata de un dato que puede concurrir tanto en supuestos de precios de venta al público completamente libres o impuestos por el proveedor, ya que la existencia de pérdidas o beneficios depende de otros múltiples factores distintos al precio de venta al público, como la demanda, la competencia en el entorno de la estación, la estructura de costes y el importe de la comisión.

8.- En consecuencia, el motivo del recurso de apelación relativo a la fijación de precios, que examinamos como tribunal de instancia, debe ser desestimado.

QUINTO. - *Consecuencias de la estimación en parte del recurso de apelación de la demandante*

1.- Como hemos dicho, la estimación del recurso de casación conlleva la estimación en parte del recurso de apelación, en cuanto a la duración del entramado contractual. Si damos por reproducido lo expuesto anteriormente sobre la transición entre los Reglamentos de exención 1984/1983 y 2790/1999, la solución a esta cuestión debe ser la misma que ya adoptamos en la sentencia 162/2015, de 31 de marzo, reproducida



en otras posteriores. Sobre la base de que el acuerdo celebrado por las partes no pueda beneficiarse de la aplicación del nuevo Reglamento 2790/1999, no significa que de modo retroactivo se produzca la nulidad total del contrato, pese a ser válido conforme a la normativa vigente en el momento en que fue concertado, sino que, efectivamente, el cambio normativo sobrevenido no permite que el contrato como tal pueda pervivir y desarrollarse en los términos en que fue concertado.

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.

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

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

Y, consiguientemente, en atención a esta vinculación, hemos de concluir que la ineficacia sobrevenida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro no puede determinar únicamente la nulidad de dicha cláusula desde el 1 de enero de 2002, sino que afecta a todo el entramado contractual. Esto es, al contrato de superficie por veinticinco años, por un lado, y, por otro, a los contratos de cesión de la explotación de la estación de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento. Todos ellos, aunque tuvieran su causa propia, respondían a una misma finalidad y entre ellos existía un equilibrio de prestaciones, que se rompe cuando se declara la nulidad de la cláusula de suministro en exclusiva antes de cumplirse el tiempo inicialmente convenido para amortizar la inversión realizada por la demandada. El hecho de que las consecuencias de la ineficacia sobrevenida no sean las inicialmente pedidas en la demanda, en aplicación del art. 1306.2 CC, 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.

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

SEXTO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación supone la estimación en parte 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.

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



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

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Marta contra la sentencia 279/2014, de 10 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, en el recurso de apelación núm. 811/2012 , que dejamos sin efecto, y en su lugar acordamos:

1.1. La estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por Dña. Marta contra la sentencia 111/2012, de 29 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid , en el juicio ordinario nº 369/2010.

1.2. La estimación en parte de la demanda formulada por Dña. Marta contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., y de la reconvención formulada por esta última, 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 Castillo de Locubín (Jaén), conformada por el contrato de superficie y el contrato de cesión de la explotación de la estación de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento.

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

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

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

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

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

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

Así se acuerda y firma.