



Roj: **STS 2851/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2851**

Id Cendoj: **28079110012018100462**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2018**

Nº de Recurso: **2673/2014**

Nº de Resolución: **450/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11762/2014,**
STS 2851/2018,
AATS 10202/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 450/2018

Fecha de sentencia: 17/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2673/2014

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/07/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 28

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2673/2014

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 450/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 17 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Esparga S.L., representada por el procurador D. David García Riquelme, bajo la dirección letrada de D.^a Isabel Sobrepera Millet, contra la sentencia núm. 216/2014, de 7 de julio, dictada por la Sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 710/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 459/2009, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Madrid. Ha sido parte recurrida Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., representada por el procurador D. Fernando Gala Escribano y bajo la dirección letrada de D.^a Mercedes Villarrubia García.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

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

«por la que resuelva:

»1.º Declare que el Acuerdo de cesión de explotación de estación de servicio-Arrendamiento de industria y exclusiva venta, de 06/07/1989 suscrito por las parte infringe el artículo 81 (1) del Tratado CE .

»2.º Declare, en aplicación del art. 81 (2) del Tratado CE , la nulidad del Negocio Jurídico Complejo compuesto por (a) Escritura Pública de constitución derecho de superficie, de fecha 06/07/1989; (b) Contrato de cesión de explotación de estación de servicio-Arrendamiento de industria y de exclusiva venta, de fecha 06/07/1989, con sus anexos.

»3.º Como consecuencia de la infracción del art. 81 (1) del Tratado CE , condene a REPSOL CPP al pago a ESPARGA de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados cuyo importe resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL CPP a ESPARGA bien desde el 14 de enero de 1993 bien desde el 1 de enero de 2002, según el caso, hasta el momento de cumplimiento de la futura sentencia estimatoria, por la diferencia media anual existente entre el precio de transferencia de REPSOL CPP a ESPARGA (PVP medio anual fijado por REPSOL CPP a ESPARGA deducido tanto el margen/comisión fijado por REPSOL CPP, como el IVA y el IVMH) y los precio de venta medios anuales más favorable aplicados a otras estaciones de servicio de la zona de Cataluña, que actúan como distribuidores independientes a las cuales su proveedor no les haya fijado, directa o indirectamente, el PVP y a los que no se les hayan aplicado condiciones económicas desiguales, incrementándose el total con los intereses que correspondan.

»4.º Subsidiariamente, para el improbable supuesto de que no sea admitida la nulidad de la unidad negocial referida, sea declarada la nulidad del pacto de no competencia (suministro en exclusiva) contenido en el Contrato para Cesión de la explotación de estaciones de servicio referido.

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

2.- La demanda fue presentada el 28 de mayo de 2009 y repartida al Juzgado Mercantil n.º 3 de Madrid y fue registrada con el núm. 459/2009 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

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

«[...]acuerde dictar Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte actora, sin la limitación establecida en el apartado tercero del artículo 394 LEC ».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado Mercantil n.º 3 de Madrid dictó sentencia n.º 189/2012, de 16 de abril , con la siguiente parte dispositiva:

«ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por ESPARGA, S.L., frente a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., y, en su consecuencia, DECLARAR que la duración de la exclusiva de suministro inicialmente pactada no se ajustaba, a partir de 31 de diciembre de 2001, a los límites temporales



admitidos por el Derecho europeo de la competencia, sin que haya lugar a las demás peticiones deducidas en la demanda.

No se condena en costas a ninguno de los litigantes».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 710/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de julio de 2014, cuya parte dispositiva dice:

«En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de ESPARGA S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución. 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

»2.- Estimar el recurso interpuesto contra la misma resolución por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. y, revocando en lo menester la sentencia apelada, desestimamos la demanda interpuesta contra dicha entidad por ESPARGA S.L. con expresa imposición a esta última de las costas ocasionadas en la instancia precedente por dicha demanda.

»3.- Imponer a ESPARGA S.L. las costas derivadas de su recurso y no efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las causadas por el recurso de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.

De conformidad con el artículo 212.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, comuníquese la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia».

3.- La representación procesal de Esparga S.L. solicitó la aclaración y/o complemento de la anterior sentencia que fue denegada mediante auto por la Audiencia Provincial.

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

1.- El procurador D. David García Riquelme, en representación de Esparga S.L., 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 producirse 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. 24.1 CE)».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Infracción del art. 81.1º, 2º y 3º TCE (actual artículo 101.1º, 2º y 3º TFUE), y del artículo 6.3 del Código Civil; infracción del art. 12.2 Reglamento (CE) 2790/1999; infracción del principio fundamental de primacía del Derecho Comunitario; infracción del art. 234 TCE (actual art. 267 TFUE), así como del art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 6 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) NO ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de la mercantil "Esparga, S.L." contra la sentencia dictada, con fecha 7 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 28ª- en el rollo de apelación nº 710/2012 dimanante de



los autos de juicio ordinario 459/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, con imposición de costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto 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.- Mediante providencia de fecha 21 de diciembre de 2016 se acordó, al existir identidad de razón entre las cuestiones suscitadas, la suspensión del trámite de este recurso hasta la resolución del recurso 757/2014, en el que se había acordado plantear una petición de decisión prejudicial ante el TJUE, sobre la interpretación del art. 16 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 81 y 82 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 8 de junio de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 5 de julio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Mediante escritura pública de 6 de julio de 1989, la entidad mercantil Rogerflor S.A., en cuya posición se subrogó con posterioridad Esparga S.L. (en adelante, Esparga), otorgó a Campsa (posteriormente sustituida por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., en adelante, Repsol) un derecho de superficie sobre la finca sita en el nº 371 de la calle Diputació, de Barcelona, en la que estaba instalada una estación de servicio, hasta el 1 de septiembre de 2025 años. Asimismo, Campsa arrendó a Rogerflor la estación de servicio por un plazo de 25 años, prorrogables por periodos sucesivos de 5 años, con un pacto expreso de suministro en exclusiva.

2.- 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 sus distribuidores -entre los que figuraba la estación de servicio objeto de este procedimiento- pudieran desvincularse de su red con mayor antelación de la inicialmente prevista y acceder así a contratar con otros proveedores.

3.- Repsol comunicó a Esparga 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.

El 29 de julio de 2010, Esparga rescató el derecho de superficie, por lo que las relaciones entre las partes quedaron concluidas a dicha fecha.

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

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

6.- Esparga presentó demanda contra Repsol, en la que solicitó que se declarase que las relaciones contractuales entre las partes eran contrarias al art. 81 TCE 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.



7.- La sentencia dictada en primera instancia admitió que la relación quedaba sujeta a las exigencias del Derecho europeo de la competencia, rechazó la existencia de un mecanismo de imposición directa o indirecta de precios por parte de Repsol (al ser lícito el de precio máximo o recomendado) y consideró que, en materia de duración, el contrato se ajustaba a las exigencias del Reglamento 1984/83, pero que, como consecuencia de la ulterior entrada en vigor del Reglamento 2790/99, había quedado fuera de los límites señalados por la normativa europea, por lo que se limitó a declararlo así en el fallo. Desestimó asimismo que hubiese mediado en esta relación contractual un mecanismo de imposición de condiciones desiguales que hubiese podido generar una desventaja competitiva y consideró improcedente la fijación de indemnización alguna a favor de las demandantes.

8.- Recurrida dicha sentencia en apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la demandante y estimó íntegramente el recurso de apelación de la demandada, por lo que desestimó, también íntegramente, la demanda. En síntesis, la Audiencia consideró que cuando se interpuso la demanda no cabía sostener que se estuviese ante un contrato con exclusiva de suministro que, por su duración excesiva, afectase negativamente al Derecho de la Competencia, ya que existía un modo de desvincularse del mismo que las autoridades comunitarias habían considerado que satisfacía las exigencias de aquél.

9.- 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 las sentencias 135/2018, de 8 de marzo, y 272/2018, de 10 de mayo. Por lo que nos remitiremos en gran parte a lo ya decidido en tales resoluciones.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Formulación. Admisibilidad

1.- Esparga formuló un único 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, 234 TCE (actual 267 TFUE) y 16 del Reglamento CE 1/2003.

2.- En el desarrollo del motivo argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial debió cumplir la jurisprudencia comunitaria, 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 las SSTJUE de 11 de septiembre de 2008 y 2 de abril de 2009, el ATJUE de 27 de marzo de 2014 y la sentencia del pleno de esta sala 312/2011, de 5 de mayo.

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 conforme al Reglamento (CE) 2790/1999.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, por considerar que incurría en *mutatio libelli* (cambio de demanda) y que supone un abuso de derecho invocar un precepto (el art. 101 TFUE) que tiene una finalidad diferente a la pretendida.

Dichas alegaciones son inatendibles. Respecto del supuesto cambio de demanda, no se especifica en qué habrían consistido las nuevas alegaciones que variaban las pretensiones iniciales. Y la alegación relativa al art. 101 TFUE no puede ser causa de inadmisión del recurso, sino en su caso, de desestimación. Máxime cuando 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 formulado consistía, básicamente, en si se consideraba que el contrato litigioso (más propiamente, el entramado contractual, puesto que son varios los pactos o negocios jurídicos que conforman las relaciones entre las partes) estaba adaptado a la normativa comunitaria, como consecuencia de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006, y debía resolverse en la misma línea que las SSTS 311/2011, de 9 de mayo; 310/2011, de 11 mayo; 709/2012, de 30 de noviembre; y 789/2012, de 4 de enero de 2013. O si, por el contrario, debía considerarse que la Decisión de la Comisión no constituía una causa de exención y tras el ATJUE de 27 de marzo de 2014 (asunto C-142/13, *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, debe resolverse el recurso 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 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. Es decir, se declara la ineficacia sobrevenida; no se aprecia causa torpe; y no cabe una mera restitución de prestaciones, sino que ha de procederse a liquidación de la relación jurídica en un procedimiento posterior, donde se discuta, a través de los correspondientes dictámenes periciales, el alcance de tal liquidación.

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 respectivos recursos de apelación interpuestos por ambas partes.

CUARTO.- Recurso de apelación de Esparga

1.- El recurso de apelación de la demandante se fundamenta en tres 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. El segundo se refiere al trato discriminatorio a la demandante. Mientras que el tercero rebate las conclusiones de la sentencia apelada sobre la duración y sus consecuencias

2.- El tercero 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 quedan por resolver los motivos primero y tercero 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 Esparga 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.

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

8.- En cuanto al segundo motivo de apelación, sobre aplicación de condiciones desiguales, se aduce que la demandada ha cometido la conducta prohibida en el art. 81.1 d) TCE, consistente en «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a estos una desventaja competitiva»; en relación con el art. 14.c-2 del Reglamento CE 1984/83, que impedía la aplicación, respecto de un revendedor ligado por el compromiso de compra exclusiva, de precios o condiciones de venta menos favorables con relación a los que se apliquen a otros revendedores que se hallen en la misma fase de distribución.



Para que concurra esta conducta infractora debe darse un trato desigual a personas o empresas que reúnen las mismas circunstancias y condiciones, lo que determina la desventaja competitiva. Desde este punto de vista, no hay prueba alguna que acredite que Repsol ha otorgado a Esparga un trato contractual diferente al que ha dado a otras empresas de estaciones de servicio en condiciones semejantes. La asunción de riesgos significativos por parte del agente o comisionista no transmuta la naturaleza del contrato para convertirlo en contrato de compraventa, sino que su única virtud es la de someter ese contrato a la disciplina del Derecho de la competencia.

9.- La Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 (Directrices 12 a 20) analiza los acuerdos de agencia y distingue entre acuerdos de agencia genuinos y no genuinos, en función de que el agente asuma o no riesgos en su actuación comercial. Como indica la Directriz 17, los acuerdos de agencia genuinos son ajenos a la disciplina del TCE, salvo en lo relativo al problema de las cláusulas de no competencia, mientras que los acuerdos no genuinos están sometidos a la posibilidad de que se les aplique el régimen prohibitivo del art. 81.1 TCE como a cualquier otro tipo de acuerdo entre empresas. En consecuencia, si a las obligaciones de compraventa propias del contrato de suministro de combustible se añade la asunción por el explotador de la estación de servicio de funciones propias del contrato de agencia, se crea una figura mixta que excede de ambas figuras contractuales individualmente consideradas.

En cualquier caso, aunque a efectos dialécticos considerásemos que Esparga era un mero revendedor no podríamos considerar que fue tratada desigualmente por Repsol, por la sencilla razón de que no se ha acreditado cuáles son esas condiciones que supuestamente se le han aplicado a otras empresas y no a Esparga.

10.- Como consecuencia de todo lo cual, el recurso de apelación de Esparga debe ser desestimado.

QUINTO. - *Recurso de apelación de Repsol*

1.- El recurso de apelación de Repsol se basaba en los siguientes motivos: (i) Infracción de las normas reguladoras de la congruencia, al concederse en la sentencia algo distinto a lo pedido en la demanda; (ii) Infracción del Reglamento CEE 2790/99 y de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C291/01), en cuanto a la superación por el pacto de exclusiva de los límites temporales admitidos por el Derecho europeo de la competencia; (iii) Infracción del art. 16.1 del Reglamento CE 1/2003, en relación con la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 y la adaptación de las relaciones contractuales en cumplimiento de los compromisos contraídos por Repsol en el asunto Comp/B-A/38.348-Repsol C.P.P.; (iv) Infracción del art. 1261 CC, porque la estimación parcial de la demanda ha dejado al contrato de arrendamiento sin causa.

2.- Los motivos de apelación segundo a cuarto deben entenderse resueltos por lo ya expuesto para resolver el recurso de casación, por lo que deben ser desestimados por los mismos argumentos ya expresados.

3.- En cuanto al motivo primero, no es correcto afirmar que la sentencia de primera instancia sea incongruente, puesto que en la demanda se solicitó, entre otros pedimentos, que la relación contractual entre las partes no podía gozar de la exención del art. 81 TCE, por no cumplir las condiciones de exención exigidas por los Reglamentos CE 1984/83 y 2790/99. Y la sentencia declaró que la duración de la exclusiva de suministro inicialmente pactada no se ajustaba, a partir del 31 de diciembre de 2001, a los límites temporales admitidos por el Derecho europeo de la competencia. Lo que supone una estimación en parte de la demanda que no infringe en modo alguno los arts. 216 y 218 LEC. Sin perjuicio de la aclaración, que no modificación o alteración, que haremos en el fallo, para una mejor delimitación de lo resuelto.

4.- En su virtud, el recurso de apelación de Repsol también debe ser desestimado.

SEXTO. - *Costas y depósitos*

1.- Al haberse estimado el recurso de casación no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según previene el art. 398.2 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación supone la desestimación de los dos recursos de apelación, por lo que deben imponerse a ambas partes apelantes las costas causadas por ellos, a tenor del art. 398.1 LEC.

3.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y la devolución del constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

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



:

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Esparga S.L. contra la sentencia 216/2014, de 7 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el recurso de apelación núm. 710/2012, que dejamos sin efecto, y en su lugar acordamos la desestimación de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y la confirmación de la sentencia n.º 189/2012, de 16 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid, en el juicio ordinario n.º 459/2009.

Con la precisión de que la estimación en parte de la demanda formulada por Esparga S.L. contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. conlleva 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 la calle Diputació n.º 371 de Barcelona, conformada por el contrato de superficie y el contrato de cesión de la explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento; así como la desestimación del resto de las pretensiones contenidas en la demanda.

2.º- Imponer a Esparga S.L. y a Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. las costas causadas por sus respectivos recursos de apelación.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

4.º- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y la devolución del constituido para el recurso de 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.