



Roj: **STS 3239/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3239**

Id Cendoj: **28079110012018100512**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **501/2015**

Nº de Resolución: **511/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18954/2014,**  
**STS 3239/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 511/2018**

Fecha de sentencia: 20/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 501/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/09/2018

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<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 501/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 511/2018**

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 20 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Hernández y Tejada S.L.U, representada por el procurador D. David García Riquelme, bajo la dirección letrada de D.ª Susana Beltrán Ruiz, contra la sentencia núm. 314/2014, de 11 de noviembre, dictada por la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 96/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 834/2009 del Juzgado Mercantil n.º 2 de Madrid, sobre derecho comunitario de defensa de la competencia. Ha sido parte recurrida Cepsa Comercial Petróleo S.A. (antes denominada Cepsa Estaciones de Servicio S.A.), representada por el procurador D. Jorge Deleito García y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Pera Bajo.

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 Hernández y Tejada S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Cepsa Estaciones de Servicio S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que, en aplicación del artículo 81.1 y 2 del Tratado CE, del Reglamento CEE nº 1984/83 y del Reglamento CE Nº 2790/99:

»1.- Se declare la nulidad de la relación jurídica compleja que vincula a las partes en relación con la Estación de Servicio nº 12.121, conformada por el "Protocolo entre CEPESA RED, S.A. y particulares para la cesión de terrenos y construcción de una Estación de Servicio", la "Escritura de Cesión de Derecho de Superficie de 4 de febrero de 1993" y el "Contrato de Arrendamiento de Industria de Estación de Servicio propiedad de CEPESA RED DE 1 de julio de 1993" con su "Addendum de 1 de Octubre de 2004").

»2.- Subsidiariamente, y para el caso de que se estime el pedimento 1, se declare la nulidad del pacto de no competencia (exclusiva de suministro) contenido en el Contrato de Arrendamiento de Industria de Estación de Servicio propiedad de CEPESA RED de 1 de julio de 1993.

»3.- Se condene a la demandada a indemnizar a esta parte, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que habrá de fijada en el período de ejecución de Sentencia, y a la vista de lo que se practicara en el periodo probatorio, y cuyas base, conforme a lo dispuesto por el artículo 219 LEC, deberá concretarse en la diferencia existente entre el precio efectivamente abonado por la Estación de Servicio que gestiona mi mandante a CEPESA, y los precios que se acredite fueran ofrecidos y/o abonados por otros Operadores y / o suministradores autorizados, en régimen de compra en firme o reventa a otras Estaciones de Servicio de similares características a la gestionada por mi mandante, por el número de litros vendidos en la Estación de Servicio, desde el 1 de julio de 1993 hasta el momento efectivo de cumplimiento de la Sentencia, incrementada con los correspondientes intereses.

»4.- Se condene a la demandada al pago de las costas.»

2.- La demanda fue presentada el 2 de septiembre de 2009 y repartida al Juzgado Mercantil n.º 2 de Madrid, fue registrada con el núm. 834/2009. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Jorge Deleito García, en representación de Cepsa Estaciones de Servicio S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dictar Sentencia, desestimando íntegramente la demanda formulada contra mi mandante, con expresa imposición de costas a la actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado Mercantil n.º 2 de Madrid dictó sentencia de fecha 22 de diciembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

«Debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS la Demanda interpuesta por el Procurador D. David García Riquelme en nombre y representación de la entidad HERNANDEZ Y TEJADA S.L., contra la entidad CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO S.A representada por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito, condenando a la parte demandante al pago de las costas devengas durante esta litis».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Hernández y Tejada S.L.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 96/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva dice:

«DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por HERNÁNDEZ Y TEJADA, S.L. contra la Sentencia dicta por el Juzgado de lo Mercantil núm. Dos de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas».

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

1.- El procurador D. David García Riquelme, en representación de Hernández y Tejada 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 ordinal 4º del artículo 469.1 LEC por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en tanto en cuanto se entiende que la sentencia recurrida infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte.

»Segundo.- Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 469.1 LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: infracción de los artículos 216, 218, 400 y 412 LEC.

»Tercero.- Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 469.1 LEC por infracción de las normas procesales 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.

»Cuarto.- Con fundamento en el ordinal 3º del artículo 469.1 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.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al considerar la Ilma. Sala de apelación que procede la expresa condena en las costas causadas en la segunda instancia.

»Segundo.- Infracción del artículo 81.1º, 2º y 3º del Tratado CE (actual artículo 101.1º, 2º y 3º TFUE), así como del artículo 6.3 del Código Civil; Infracción del art. 12.2 del Reglamento CE nº 2790/1999; Infracción del principio fundamental de primacía del derecho comunitario, consagrado por el TJUE en la Sentencia Costa contra Enel de 15 de julio de 1.964; Infracción del art. 267 TFUE que otorga al Tribunal de Luxemburgo de forma exclusiva y excluyente, la competencia de hermeneusis de la referida normativa, a cuyas decisiones quedan vinculados la totalidad de órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros; e infracción del art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de Diciembre de 2.002.»

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 23 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º No admitir los motivos tercero y cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Hernández y Tejada S.L. contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 96/103, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 834/2009 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid.

2.º No admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por Hernández y Tejada S.L. contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 26/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 834/2009 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid.

3.º.- Admitir los motivos primero y segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.

4.º Admitir el motivo segundo del recurso de casación».

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 10 de julio 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 5 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 4 de febrero de 1993, la compañía mercantil Hernández y Tejada SL, como propietaria de una finca sita en Benalúa de Guadix (Granada), constituyó, mediante escritura pública, a favor de Cepsa Red S.A., un derecho de superficie sobre el terreno y sobre una estación de servicio instalada en el mismo, por un período de 25 años.

2.- El 1 de julio de 1993, Cepsa y Hernández Tejada firmaron un contrato de arrendamiento de industria sobre la estación de servicio, por un plazo de 25 años, que incluía la estipulación de una exclusiva de abastecimiento de carburantes. Este contrato se novó parcialmente mediante un documento («Addendum») de 1 de octubre de 2004.

3.- Hernández y Tejada S.L. presentó una demanda contra Cepsa en la que solicitó que se declarase la nulidad de la relación jurídica compleja existente entre las partes; y subsidiariamente, la nulidad del pacto de no competencia (exclusiva de suministro); en ambos casos, con indemnización de daños y perjuicios.

4.- El juez de lo mercantil desestimó las pretensiones ejercitadas, por las siguientes y abreviadas razones: (i) En relación a la fijación de precios, porque debe quedar al margen el periodo correspondiente al monopolio de petróleos; la carta de 2 de noviembre de 2001 reconoce plena libertad para conceder descuentos a los clientes con cargo a la comisión a percibir por la empresa; se permitía realizar descuentos, como demuestra tanto el uso de tarjetas de fidelización con descuentos especiales, como determinadas facturas. (ii) Respecto a la duración del pacto de exclusiva, el contrato está protegido por las exenciones previstas en el Reglamento CE 1984/1983, en a la Resolución CNC de 29 de julio de 2009, por la que se adoptaron una serie de compromisos. (iii) Rechaza la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte demandante. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, por las siguientes razones: (i) La apelante tergiversa la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31 de mayo de 1999. El régimen de comisión no significa que en todo caso hubiera imposición de la fijación de precios, ya que podían realizarse descuentos a los clientes. Además, se introducen alegaciones nuevas no efectuadas en la demanda. (ii) Respecto a la afectación y restricción sensible de la competencia, la cuota de mercado de Cepsa no permite aplicar la regla *de minimis*. (iii). Respecto a la duración del pacto de exclusiva, la Resolución de la CNC de 29 de julio de 2009 subsana el problema potencial de cierre de mercado.

6.- Dado que las cuestiones objeto de enjuiciamiento en este recurso podrían tener semejanza con las debatidas en el recurso 757/2014, en el que se planteó una petición de decisión prejudicial al TJUE, se acordó suspender el trámite hasta que se resolviera. Dictada sentencia por el TJUE el 23 de noviembre de 2017, se oyó a las partes y se reanudó el curso de las actuaciones.

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

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada. El valor de las resoluciones firmes dictadas en otros órdenes jurisdiccionales*

*Planteamiento:*

1.- Hernández y Tejada formuló un primer motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4º LEC , en relación con el art. 24 CE .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el efecto positivo de cosa juzgada que se deriva de la sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 (recurso de casación 6136/2007 ), que da como probado que Cepsa fijaba el precio de venta al público de los carburantes y combustibles.

*Decisión de la Sala :*

1.- Aunque en un determinado momento esta sala consideró improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (por ejemplo, sentencias de 16 de octubre de 1986 y 67/1998 , de 6 de febrero, entre otras), más adelante ha matizado dicha doctrina, en línea con la jurisprudencia constitucional.



Así, las sentencias 23/2012, de 26 de enero , 532/2013, de 19 de septiembre , y 196/2015, de 17 de abril , afirman que el art. 222.4 LEC se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos pudiera producirse tal efecto, pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre , fija la doctrina de dicho tribunal sobre este extremo, al declarar:

«Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE ), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo , F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3).

»Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero , F. 4)».

**2.-** En suma, los tribunales deben tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, de modo que sólo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes.

**3.-** Sobre esta base, no puede apreciarse la concurrencia de cosa juzgada prejudicial, porque dicha cosa juzgada también requiere las identidades de partes, objeto y causa de pedir, que no se dan entre el supuesto resuelto por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo y el que es ahora objeto de enjuiciamiento. Puesto que en el caso resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa no se enjuició el concreto entramado contractual que liga a las partes de este procedimiento. Como no consta que el contrato litigioso fuera uno de los examinados en el expediente administrativo que dio lugar a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que, a su vez, fue revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede concluirse sin más que en el contrato entre Cepsa y Hernández y Tejada hubiera imposición de precios.

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

**4.-** Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

**TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Preclusión de alegaciones**

*Planteamiento :*

**1.-** El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC y denuncia la infracción de los arts. 216 , 218 , 400 y 412 LEC .

**2.-** En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la Audiencia Provincial no puede dejar de examinar la alegación relativa a la fijación de precios de venta al público por mecanismos indirectos derivados del escaso margen comercial, cuando dicha cuestión fue tratada en el escrito de conclusiones que se presentó en primera instancia.

*Decisión de la Sala:*





1.- La propia formulación del motivo conduce a su desestimación. Un escrito de conclusiones (que sustituye a la intervención al final del juicio prevista en el art. 433.2 LEC ) no puede introducir una alegación no formulada en la demanda ni en la audiencia previa.

La prohibición del cambio de demanda o *mutatio libelli* en nuestro Derecho Procesal Civil se encuentra en el artículo 412 LEC («Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles»), en relación con los arts. 400 («Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos») y 426 («Alegaciones complementarias y aclaratorias») de la misma Ley . Como recuerda la sentencia del Pleno de esta sala 537/2013, de 14 de enero de 2014 , la prohibición del cambio de demanda que establece el art. 412.1 LEC tiene su fundamento último en la prohibición de la indefensión que se contiene en el art. 24 CE , pues si se permitiera al actor variar algún aspecto esencial de la pretensión -petición, *causa petendi* o sujetos contra quienes la dirige-, se limitarían las posibilidades de defensa de la parte demandada.

En consecuencia, actuó correctamente la Audiencia Provincial al no atender una alegación no solo introducida indebidamente en el recurso de apelación, sino que ya se había introducido sorpresivamente en primera instancia fuera de los cauces procesales permitidos.

2.- Pero es que, además, dado que en el motivo se denuncia incongruencia omisiva, ni siquiera hay tal, puesto que la Audiencia Provincial sí se pronunció sobre la improcedencia de la alegación extemporánea, al decir:

«Por último hemos de señalar que se introducen en el recurso alegaciones completamente novedosas sobre la fijación indirecta de precios para acabar ahora sustentando la fijación de precios en el escaso margen comercial, alegaciones que, dada la naturaleza y alcance del recurso de apelación, deben ser rechazadas».

3.- Por lo que este segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

### **Recurso de Casación**

**CUARTO.- Único motivo de casación admitido. Duración del pacto de exclusiva. Ineficacia sobrevenida**

*Planteamiento :*

1.- La recurrente formuló un segundo motivo de casación (único admitido), por infracción del art. 81. apartados 1 , 2 y 3, TCE (actual art. 101.,1 , 2 y 3 TFUE ), art. 6.3 CC , art. 12.2 del Reglamento (CE) 2790/1999 , art. 234 TCE (actual art. 267 TFUE ) y art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 .

2.- En el desarrollo del motivo se alega, sintéticamente, que el contrato quedó extinguido el 31 de diciembre de 2001 y no puede acogerse a una exención individual, por lo que es nulo.

*Decisión de la Sala:*

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

Conforme al cambio de criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015 , como consecuencia de la doctrina contenida en el ATJUE de 27 de marzo de 2014, asunto *Brighth Service* , cuando un «acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento nº 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento nº 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento nº 2790/1999 (...)». Y se rectifica expresamente la interpretación que veníamos haciendo con anterioridad, relativa a que tal acuerdo siguiera estando excluido del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE , por dicho Reglamento de exención, hasta el 31 de diciembre de 2006. Esto es, no cabe sumar al período transitorio previsto en el art. 12.2 del Reglamento, otro período de una duración equivalente al máximo durante el cual un contrato que incluya una cláusula de no competencia puede estar exento en virtud del Reglamento nº 2790/1999 .

2.- En consonancia con tal conclusión jurisprudencial, el entramado contractual litigioso incurrió en ineficacia sobrevenida a partir de 1 de enero de 2002, con las consecuencias que, desde la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015 , hemos establecido para casos similares de contratos de abanderamiento y abastecimiento de combustible en exclusiva.



Sin embargo, la sentencia recurrida consideró que no hubo infracción del art. 81.3 TCE, al analizar los requisitos para que proceda la exención individual, por considerar que cuando se concertó la relación contractual regía el art. 12.2 del citado Reglamento CE 1984/83, y cuando ya estaba en vigor el Reglamento CE 2790/99, se modificó la relación contractual entre las partes, mediante el acuerdo de 2004, que recogía la decisión de compromisos aceptada por las autoridades españolas de competencia. Y dice al respecto:

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

**3.-** Esta tesis no puede ser confirmada tras la STJUE de 23 de noviembre de 2017, puesto que si dicho Tribunal, en respuesta a nuestra petición de decisión prejudicial, ha establecido que una decisión de compromisos adoptada por la Comisión Europea relativa a determinados acuerdos entre empresas no impide que los tribunales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas comunitarias en materia de competencia y puedan declarar su nulidad, lo mismo cabe predicar respecto de una decisión de compromisos adoptada por los órganos nacionales de defensa de la competencia. Como dice el TJUE, las decisiones de compromisos convierten estos en obligatorios, pero no certifican la conformidad de la práctica objeto de tales pronunciamientos con las normas del derecho de la Unión que prohíben conductas contrarias a la competencia. Por tanto, no cabe excluir que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que la práctica objeto de la decisión de compromisos es ilegal, porque la decisión de compromisos no puede legalizar de manera retroactiva un comportamiento infractor. Lo que vale tanto si la decisión proviene de una autoridad comunitaria como si emana (como sucede en este caso) de una autoridad nacional.

**4.-** Dado que la decisión de compromisos de la CNC no convalidó el contrato y que, conforme a la jurisprudencia de esta sala antes expuesta, la relación jurídica compleja que unía a las partes sobrevino ineficaz desde el 1 de enero de 2002, debe estimarse el recurso de casación.

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

**1.-** Hernández y Tejada no ha sostenido en casación sus pretensiones sobre fijación de precios y aplicación de condiciones desiguales a situaciones equivalentes, por lo que debe entenderse que se aquietó a las conclusiones de la Audiencia Provincial sobre tales particulares. En consecuencia, únicamente nos pronunciaremos sobre las consecuencias de la ineficacia sobrevenida respecto de la duración del contrato.

**2.-** Si damos por reproducido lo ya expuesto 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.

**3.-** 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 n.º 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento n.º 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 n.º 2790/1999 (...)».

**4.-** Ahora bien, las consecuencias de esta ineficacia sobrevenida no pueden ser las pretendidas por la recurrente. Como hemos recordado en la sentencia del pleno 67/2018, de 7 de febrero, ya nos habíamos pronunciado sobre esta cuestión en las sentencias 763/2014, de 12 de enero de 2015, 162/2015, de 31 de marzo, y 762/2015, de 30 de diciembre, en las que mantuvimos 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 que «en el campo del derecho interno se admite la posibilidad de nulidad parcial con arreglo al aforismo '*utile per inutile non vitiatur*' ».

En los casos resueltos por las citadas sentencias, entendimos que la supresión de la cláusula restrictiva (la duración de la exclusiva de abastecimiento) afectaba a un elemento estructural y a la economía del negocio, sin que fuera posible mantenerlo vigente suprimiendo la exclusiva de abastecimiento. En el presente caso, se advierte fácilmente que, si la demandante constituyó el derecho de superficie a favor de la petrolera sobre el



terreno, la gasolinera y 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 cesión del derecho 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 cesión del derecho 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.

5.- En consecuencia, el recurso de apelación de la parte demandante debe ser estimado en estos mismos términos. Sin que pueda analizarse siquiera la alegación de la parte recurrida de que la acción de nulidad estaba caducada, porque no la adujo en la instancia y la introduce sorpresivamente al oponerse al recurso de casación.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos**

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

2.- 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.

3.- La estimación del recurso de casación supone la estimación del recurso de apelación, por lo que tampoco procede hacer expresa imposición de sus costas, a tenor del mismo art. 398.2 LEC.

4.- La estimación del recurso de apelación ha supuesto la estimación en parte de la demanda, por lo que tampoco procede hacer expresa condena de las costas de la primera instancia, conforme al art. 394.2 LEC.

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

#### **FALLO**

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Hernández y Tejada S.L. contra la sentencia 314/2014, de 11 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, en el recurso de apelación núm. 96/2013.

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

1.1. La estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por Hernández y Tejada S.L. contra la sentencia n.º 225/2011, de 22 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, en el juicio ordinario n.º 834/2009.

1.2. La estimación en parte de la demanda formulada por Hernández y Tejada S.L. contra Cepsa Estaciones de Servicio S.A., en el sentido de declarar la ineficacia sobrevenida desde el 1 de enero de 2002, de la relación jurídica compleja que vinculaba a las partes en relación con la estación de servicio sita en Benalúa de Guadix, 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.

**3.º-** Condenar a Hernández y Tejada S.L. al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

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

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

**6.º-** Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación y la pérdida del prestado para el recurso extraordinario por infracción procesal.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOT