



Roj: **STS 3241/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3241**

Id Cendoj: **28079110012018100514**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **610/2015**

Nº de Resolución: **512/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18846/2014,**  
**STS 3241/2018,**  
**AATS 11575/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 512/2018**

Fecha de sentencia: 20/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 610/2015

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: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 610/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 512/2018**

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 Arper Desac S.L., representada por el procurador D. David García Riquelme, bajo la dirección letrada de D.ª Susana Beltrán Ruíz, contra la sentencia núm. 350/2014, de 5 de diciembre, dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 167/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 651/2010 del Juzgado Mercantil n.º 6 de Madrid, sobre derecho comunitario de 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 Arper Desac 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, en aplicación del artículo 81.1 y 2 del Tratado CE y de su derecho derivado:

»1.- Declare que el Contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 19 de Julio de 1994 entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 81 del Tratado CE .

»2.- Declare que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el referido Contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 19 de Julio de 1994 suscrito por las partes infringía el artículo 81 del Tratado CE y su derecho derivado, Reglamentos (CEE) n° 1984/83 y (CE) n° 2790/99.

»3.- Declare, en aplicación del art. 81.2 del Tratado CE , la nulidad de la Escritura Pública de Cesión de Derecho de Superficie de 10 de febrero de 1.994, del Contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 19 de julio de 1994 y de la Escritura Pública de rescate de derecho de superficie sobre estación de servicio de 11 de Diciembre de 2007.

»4.- Declare, en consecuencia, la obligación de REPSOL de devolver a ARPER DESAC la cantidad pagada en fecha 11/12/2007 por el rescate del derecho de superficie, en concreto 532.160,69?.

»5.- Como consecuencia de la infracción del artículo 81 del Tratado CE por parte de REPSOL, se ordene a la demandada a indemnizar a ARPER DESAC SL, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que habrá de ser fijada en el período de ejecución de Sentencia, y a la vista de lo que se practicará en el período probatorio, y cuyas bases, conforme a lo dispuesto por el artículo 219 LEC , resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a ARPER DESAC desde el día 19/07/1994 y hasta el día 11/12/2007, por la diferencia media anual existente, para cada período, entre el precio medio anual de los suministros fijados por REPSOL a ARPER DESAC (es decir, PVP deducidos el importe de los impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados por la propia REPSOL y por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio ubicadas en la Comunidad de Andalucía a las que los mismos han respetado su condición de distribuidores independientes, y por tanto no les han fijado los PVP ni de modo directo ni indirecto (es decir, a aquellos a los que se les ha suministrado con un precio referenciado a la Cotización Internacional Platt,s y a aquellos sin bandera o independientes). Cantidad resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes.

»6.- Subsidiariamente al pedimento 5, y para el supuesto de que se desestime la nulidad basada en la fijación por parte de REPSOL de los precios de venta al público, estimándose únicamente la nulidad sobrevenida de la relación contractual por no adaptación de la duración de la cláusula de no competencia a las exigencias del Reglamento (CE) n° 2790/99, suplicamos se condene a la demandada a indemnizar a ARPER DESAC SL, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que habrá de ser fijada en el período de ejecución de Sentencia, y a la vista de lo que se practicará en el período probatorio, y cuyas bases, conforme a lo dispuesto por el artículo 219 LEC , resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a ARPER DESAC (es decir, PVP deducidos el importe de los impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados por la propia REPSOL y por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio ubicadas en la Comunidad de Andalucía a las que los mismos han respetado su condición de distribuidores independientes, y por tanto no les han fijado los PVP ni de modo directo ni indirecto (es decir, a aquellos a los que se les ha suministrado con un precio referenciado a la Cotización Internacional

Platt,s y a aquellos sin bandera o independientes), cantidad ésta que habrá de ser minorada con lo invertido y no amortizado por parte de REPSOL, de conformidad con lo detallado en el Fundamento Jurídico sexto de la presente.

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

**2.-** La demanda fue presentada el 5 de mayo de 2010 y repartida al Juzgado Mercantil n.º 6 de Madrid, fue registrada con el núm. 651/2010 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

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

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

»Subsidiariamente, para el negado supuesto que se declare la nulidad contractual por fijación de precios: a) declare que no ha lugar ni a la devolución de derecho de rescate pagado, ni tampoco a la indemnización de daños y perjuicio 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 (lo que es lo mismo que declarar la improcedencia de la misma, al llevar resuelta la relación desde que el ejercicio de la facultad de rescate por pare de la actora).

»Subsidiariamente, para el negado supuesto que se declare la nulidad contractual por excesiva duración: **a)** declare que no ha lugar ni a la devolución del derecho de rescate pagado, ni tampoco 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; **c)** Subsidiariamente limite el precio de cálculo de la misma, desde el 01 de enero de 2006 (cinco años después de la entrada en vigor del Reglamento CE 2790/99) al ejercicio por la actora de la facultad de rescate.»

Asimismo, formuló demanda reconvenional, en la que solicitaba:

«[...]frente a la actora, para que en el solo caso de que, en estimación de la demanda principal estime la nulidad del conjunto de relaciones contractuales, incluido el Derecho de rescate en su día ejercitado por la reconvenida y restitución del precio por ello recibido (pedimento 4º del suplico la demanda formulada de contrario) se declaren los efectos del art. 1303 del CC y, consecuentemente, se condene a la actora a satisfacer a mi mandante:

1º).- El importe del precio del rescate en su día ejercitado.

2º).- Subsidiariamente, igual al importe de las inversiones no amortizadas.

3º).- Declarando para ambos casos que REPSOL no deberá devolver el importe recibido a título de precio de rescate, o sólo en la cantidad que, en su caso, excediera de la que hubiera de determinarse en ejecución de sentencia de acuerdo con el punto subsidiario 2º, determinado con arreglo al criterio y método de cálculo establecido en la Decisión CE 12-04-06».

**4.-** El procurador D. David García Riquelme, en representación de Arper Desac S.L., contestó a la demanda reconvenional mediante escrito en el que solicitaba su desestimación con expresa condena en costas a Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.

**5.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid dictó sentencia n.º 956/2012, de 17 de diciembre , con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando íntegramente la demanda inicial seguida a instancia de la mercantil ARPER DESAC, S.L., representada por el Procurador Sr. García Riquelme y asistida de la Letrado Dña. Susana Beltrán Ruiz; contra la mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., representada por el Procurador Sr. Fanjul de Antonio y asistida del Letrado D. Pedro Arévalo Nieto; debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas; con expresa condena en costas a la parte actora.

Que siendo subsidiaria de la estimación total o parcial la demanda reconvenional formulada por la mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., representada por el Procurador Sr. Fanjul de Antonio y asistida del Letrado D. Pedro Arévalo Nieto, contra la mercantil ARPER DESAC, S.L., representada por

el Procurador Sr. García Riquelme y asistida de la Letrado Dña. Susana Beltrán Ruiz, no procede hacer respecto a la misma pronunciamiento alguno; sin hacer imposición de las costas».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Arper Desac S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 167/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 5 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de ARPER DESAC S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

»2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

»3.- Imponer a la apelante las costas ocasionadas en esta segunda instancia.

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

»Segundo.- 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 .

»Tercero.- 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 : Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE ), así como del derecho a un proceso con todas las garantías (ex artículo 24.2CE)».

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 81.1 º, 2 º y 3º del Tratado CE (actual artículo 101.1 º, 2 º y 3º TFUE ), así como del artículo 6.3 del Código Civil ; Infracción del artículo 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 artículo 267 TFUE que otorga al Tribunal de Luxemburgo, de forma *exclusiva y excluyente* , la competencia de hermenéusis de la referida normativa, a cuyas decisiones quedan vinculados la totalidad de órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros; e infracción del artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de Diciembre de 2.002 .

»Tercero.- Infracción del artículo 81.2º del Tratado CE (actual artículo 101.2º TFUE) y del artículo 1310 Código Civil , así como de la jurisprudencia tanto nacional como del TJUE referida a los mismos.»

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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, mediante providencia de fecha 16 de noviembre 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 .

3.- 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».

4.- Recibida dicha sentencia, se alzó la suspensión acordada y se concedió trámite de audiencia a las partes sobre las posibles causas de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y del motivo primero del recurso de casación.

5.- Se dictó auto de fecha 16 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Arper Desac, S.L. contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 167/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 651/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid; con condena en costas y pérdida del depósito constituido.

»2.º No admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Arper Desac, S.L. contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 167/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 651/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid.

»3.º Admitir los motivos segundo y tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Arper Desac, S.L. contra la citada resolución».

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

7.- Por providencia de 10 de julio 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 septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Mediante escritura pública de 10 de febrero de 1994, la sociedad Feranto S.L. (posteriormente sucedida por Arper Desac S.L., en lo sucesivo, Arper) constituyó a favor de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. (en adelante, Repsol) un derecho de superficie sobre una finca, sita en Benalmádena (Málaga), con una duración de 25 años y por el precio de 22.000.000 de pesetas. Asimismo, Feranto se comprometió a construir sobre dicha finca una estación de servicio para Repsol.

2.- El 19 de julio de 1994, Repsol, como titular de la estación de servicio, suscribió con Arper 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.

3.- 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.

4.- En ejecución de tales compromisos, en 2007 Repsol autorizó a Arper el rescate del derecho de superficie, por un precio de 532.160,69 ?.

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

6.- Arper 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, con las consecuencias legales inherentes.



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 .

7.- 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) falta de prueba de que Repsol dispensara a Arper un trato diferente y discriminatorio al de otros distribuidores; y (iii) 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.

8.- Recurrida 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.

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.- Segundo motivo de casación. Formulación. Admisibilidad**

1.- La recurrente formuló un segundo motivo de casación (el primero no fue admitido), 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.

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.

Tampoco es admisible la objeción de que no se respetan los hechos probados en relación con las consecuencias de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006, porque lo que se cuestiona en el recurso es el efecto jurídico de dicha Decisión.

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 motivos 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 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 (...)». 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 n.º 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.

**CUARTO.-** *Asunción de la instancia. Consecuencias de la estimación en parte del recurso de apelación de la demandante*

1.- Arper no ha sostenido en casación las pretensiones que mantuvo en apelación distintas a la duración del contrato, 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.- 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.

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 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.

4.- 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 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, 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, si bien de manera implícita, la reconvención, en los términos que acabamos de exponer.

#### **QUINTO.- 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 (e implícitamente, también en parte, de la reconvención), 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 15ª, 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 Arper Desac S.L. contra la sentencia 350/2014, de 5 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, en el recurso de apelación núm. 167/2013 , que dejamos sin efecto, y en su lugar acordamos:

1.1 . La estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por Arper Desac S.L. contra la sentencia 111/2012, de 29 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid , en el juicio ordinario n.º 369/2010.

1.2. La estimación en parte de la demanda formulada por Arper Desac S.L. contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., en el sentido de declarar la ineficacia sobrevenida desde el 1 de enero de 2002, de la relación jurídica compleja que vinculaba a las partes en relación con la estación de servicio sita en Benalmádena, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ