

Roj: **STS 4925/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4925**Id Cendoj: **28079110012012100416**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/07/2012**Nº de Recurso: **586/2009**Nº de Resolución: **447/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SJM M 104/2007,**
SAP M 6/2009,
STS 4925/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por las compañías mercantiles demandantes COMILLAS 2 S.A. y ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II S.L., representadas ante esta Sala por el procurador D. David García Riquelme, contra la sentencia dictada el 23 de enero de 2009 por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 63/08 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 343/05 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, sobre nulidad de constitución de derecho de superficie y de contrato de **abanderamiento** de estación de servicio. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil demandada GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 3 de agosto de 2005 se presentó demanda interpuesta por las compañías mercantiles COMILLAS 2 S.A. y ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II S.L. contra la compañía mercantil GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A. solicitando se dictara sentencia por la que:

*"1.- Declare NULA y sin efectos la relación contractual que vincula a las partes formada por el Contrato privado de fecha 7 de Noviembre de 1.994 de Cesión de Derecho de Superficie, la Escritura de Cesión de Derecho de Superficie de fecha 18 de Mayo de 1995 y del Contrato de **Abanderamiento** y Abastecimiento en exclusiva de fecha 19 de junio de 1.995, que vincula a mi representada con la mercantil demandada:*

a) En cuanto a la fijación del los Precios de Venta al Público por parte de GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A. a ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA, S.L., en aplicación del art. 81. 2 del Tratado de Ámsterdam, por incurrir el Contrato en la prohibición del art. 81.1 del Tratado de Ámsterdam, al no encontrarse el Contrato exento de su prohibición por vulnerar tanto el Considerando 13º, en relación con el art. 12.1.c) del Reglamento CE 1984/83 vigente en el momento de la suscripción del contrato, así como por vulneración del art. 5 a) del Reglamento CE 2790/99, vigente a día de la fecha.

b) En cuanto a la duración de la relación contractual que vincula a COMILLAS 2, S.A., GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A. y ESTACIÓN DE SERVICIO CARBALLAL, S.L. en virtud de la cual ésta última contrae la obligación de suministrarse en exclusiva de GALP ESPAÑA, S.A., en aplicación del art. 81.2 del Tratado de Ámsterdam por incurrir el Contrato en la prohibición del art. 81.1 del Tratado de Ámsterdam, al no encontrarse el Contrato exento de su prohibición por vulnerar tanto el Considerando 8º, en relación con el art. 10 y 11 del Reglamento CE 1984/83 vigente en



el momento de la suscripción del contrato, así como por vulneración del art. 4 a) del Reglamento CE 2790/99, vigente a día de la fecha.

2.- En cualquier caso, y sin perjuicio de la declaración de Nulidad radical solicitada, y por entender la concurrencia de Causa torpe imputable exclusivamente a la demandada, se solicita se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306 punto 2º del Código Civil, de conformidad con todo lo expuesto en el presente escrito, y subsidiariamente, para el caso de que el anterior pedimento fuese rechazado, se ordene el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes, minorados en las cantidades que ya hubieran sido amortizadas, cuya fijación habrá de quedar diferida para el periodo de ejecución de sentencia.

3.- Se condene a la demandada GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A. a indemnizar a esta parte por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del mantenimiento de una relación contractual Nula de pleno derecho y por la imposición unilateral a mi mandante de los precios de los productos petrolíferos. Indemnización que será la resultante de aplicar: la diferencia global existente entre la media mensual del precio efectivamente cobrado por GALP a SANTILLANA II por los suministros realizados y la media mensual de los precios más competitivos a los que venden los carburantes y combustibles, en régimen de compra en firme, los Operadores Petrolíferos y/o suministradores autorizados, a Estaciones de Servicio del mismo área geográfica de SANTILLANA II, por el total de litros vendidos en la Estación de Servicio objeto del presente procedimiento desde la fecha de la firma del Contrato Privado de Arrendamiento de Industria, **Abanderamiento** y Exclusiva de Suministro de 19 de Junio de 1995, hasta el momento efectivo de cumplimiento de la Sentencia, incrementada dicha cantidad con los intereses que la misma hubieran generado, conforme a las bases establecidas en la presente Demanda y que, sin perjuicio de la liquidación final que haya de practicarse, por lo que se refiere al espacio temporal comprendido entre el 19 de Junio de 1995 hasta finales de 2005, asciende a SEISCIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTISEIS EUROS CON SETENTA Y TRES CÉNTIMOS (603.426.73 ?).

4.- Condene a la demandada al pago de las costas."

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 343/05 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció en las actuaciones planteando declinatoria por falta de competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil, la cual fue desestimada por auto de 26 de enero de 2006 confirmado por el 2 de marzo siguiente que desestimó el recurso de reposición de la propia demandada.

TERCERO.- Entre ambos autos, el 27 de febrero de 2006, la demandada presentó escrito de contestación a la demanda pidiendo su íntegra desestimación con expresa imposición de costas a las demandantes.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 31 de julio de 2007 desestimando la demanda, absolviendo a la demandada de todos sus pedimentos e imponiendo las costas a la parte demandante.

QUINTO.- Interpuesto por las codemandantes contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 63/08 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 23 de enero de 2009 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la parte recurrente las costas de la segunda instancia.

SEXTO.- Anunciado por la parte actora-apelante recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador lo tuvo por preparado y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal mediante un solo motivo fundado en infracción del art. 81 del Tratado CE pero dividido en cinco apartados que ponían dicho artículo en relación con el art. 5 a) del Reglamento (CE) nº 2790/99 y con las SSTJUE 11-9-2008 (asunto C-279/06), 28-2-1991 (caso *Delimitis*) y 7-12-2000 (caso *Neste*) (apartado A); con los arts. 10 y 12.1c) del Reglamento (CEE) nº 1984/83 y esas mismas sentencias del TJUE (apartado B); con el art. 11 del mismo Reglamento de 1983, la STJUE 11-9-2008 y la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 20-11-2008 (apartado C); con el art. 4 a) del ya citado Reglamento de 1999 en relación con el apdo. 47 de la comunicación de la Comisión de 13-10-2007 (apartado D); y con el art. 14 del ya citado Reglamento de 1983 y la jurisprudencia de esta Sala en sentencia de 29-3-2007 (apartado E).

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 6 de abril de 2010, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso con expresa imposición de costas a las recurrentes.

OCTAVO.- En el propio escrito de oposición al recurso la parte demandada-recurrida interesaba de esta Sala el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE con el siguiente contenido: "1. A la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 28 de febrero de 1991 *Delimitis*, en el asunto C-237/89), teniendo en cuenta el criterio de la Comisión Europea sobre lo que constituye una restricción sensible a



la competencia recogido en su Comunicación relativa a los acuerdos de *minimis* (2001/C 368/07), ¿puede interpretarse el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el sentido de que un contrato de suministro de carburante con una cláusula de compra en exclusiva, suscrito por un proveedor con una cuota de mercado inferior al 3%, no tiene capacidad para afectar la competencia de forma sensible, quedando así excluido del artículo 101.1 TFUE, independientemente de la duración de dicho contrato o, por el contrario, para llegar a tal conclusión es necesario, en todo caso, valorar la duración del contrato?

2. En caso de que la respuesta a la anterior cuestión sea que debe valorarse, en todo caso, la duración de un contrato para determinar su capacidad de afectar de forma sensible a la competencia, ¿a la luz de la Sentencia del TJUE de 28 de febrero de 1991 (*Delimitis*, en el asunto C-237/89), debe interpretarse el artículo 101.1 TFUE en el sentido de que un contrato como el descrito en la anterior cuestión, por el mero hecho de tener una duración superior a los cinco años previstos en el artículo 5 del 'Reglamento (CE) 2790/1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas', debe considerarse que tiene capacidad para afectar de forma sensible la competencia o, por el contrario, únicamente podría considerarse que el contrato tiene capacidad para afectar de forma sensible a la competencia si tuviese una duración manifiestamente excesiva en relación con la duración efectiva y real de otros contratos de suministro con cláusulas de compra exclusiva concluidos en el sector?"

NOVENO.- Tanto la parte actora-recurrente como el Ministerio Fiscal se opusieron al planteamiento de dicha cuestión prejudicial por considerar que sobre todos sus extremos ya se había pronunciado el TJUE.

DÉCIMO.- Por providencia de 28 de marzo del corriente año 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 19 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación se interpone por las compañías mercantiles demandantes "Comillas 2 S.A." (en adelante *Comillas*) y "Estación de Servicio Santillana II S.L." (en adelante *Santillana*) contra la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid que confirmó la desestimación de la demanda interpuesta por aquellas contra la compañía mercantil "Galp Energía España S.A." (antes "Petrogal Española S.A.", en adelante *Galp*), pidiendo, en esencia, la nulidad tanto de la cesión de derecho de superficie a *Galp* en 1995 por un plazo de 30 años como del contrato de arrendamiento de industria, **abanderamiento** y exclusiva de abastecimiento del mismo año por un periodo igual y en régimen de reventa; las consecuencias previstas en el art. 1306-2ª CC y, subsidiariamente, el reintegro de las contraprestaciones recíprocas, minoradas en las cantidades ya amortizadas; y en fin, una indemnización de daños y perjuicios cifrada en 603.426'75 euros por el periodo comprendido entre los años 1995, fecha de los referidos negocios jurídicos, y 2005, año de interposición de la demanda.

Como quiera que la nulidad pedida en la demanda se funda en el art. 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE) en relación con los Reglamentos (CEE) nº 1984/83 y (CE) nº 2790/99; las sentencias de ambas instancias se fundan primordialmente en la regla de *minimis* según su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE); el recurso de casación se compone de un solo motivo fundado en infracción de dicho artículo del Tratado y dividido en varios apartados que lo ponen en relación con los mencionados Reglamentos; la parte recurrida, además de denunciar defectos formales del recurso y oponerse en el fondo a cada uno de sus apartados, interesa de esta Sala el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE; y, en fin, esta Sala se ha pronunciado ya sobre las cuestiones planteadas por ambas partes, se dará una respuesta sintética a todas estas cuestiones.

SEGUNDO .- Son datos esenciales del presente litigio, declarados por la sentencia recurrida como hechos probados, los siguientes:

1º) Las compañías mercantiles demandantes tienen relación entre sí, ya que *Comillas* adquirió en 2001 el patrimonio de la compañía mercantil "San José 8 S.A." (en adelante *San José*) afecto a la estación de servicio litigiosa, *San José* y una persona natural no litigante habían constituido *Santillana* en 1994, suscribiendo *San José* el 75% de su capital social, y en el mismo año *San José* había transmitido a *Santillana* la explotación de la estación de servicio.

2º) Las relaciones entre las partes litigantes comenzaron en 1994, cuando la Administración fijaba aún los precios máximos de carburantes y combustibles. En dicho año *San José*, dueña de una finca en la carretera de Torrejón de Ardoz a Loeches (Madrid), se comprometió a constituir a favor de *Galp* (entonces *Petrogal*) un derecho de superficie sobre la misma por 30 años, y *Galp* a pagar de una sola vez un canon de 2.450.000 ptas.



anuales (73.500.000 ptas.). Además, *Galp* encargó a *San José* la construcción de la estación de servicio por una cantidad de 75 millones de ptas. más IVA que se pagó anticipadamente, y se convino la cesión a *Galp* de la inscripción provisional de la estación de servicio por 30 años y 50.000 ptas. anuales, si bien el pago de la cantidad total (1.500.000 ptas.) también se convino anticipadamente.

3º) El 19 de junio de 1995, una vez construida la estación de servicio, *Galp*, como titular de la misma, celebró con *Santillana* el contrato de arrendamiento de industria, **abanderamiento** y exclusiva de abastecimiento por el que *Santillana* pasaba a explotar la gasolinera.

4º) En 2005, año de interposición de la demanda, el número de estaciones de servicio vinculadas a *Galp* era de 223 sobre un total de 8.000, lo que representaba una cuota de mercado del 2'5%; en 2000 la cuota era del 2'1% y en 2006 del 2'4%.

5º) Desde que se produjo la liberalización de precios, *Galp* no ha fijado los precios de venta al público de los carburantes y combustibles en la estación de servicio litigiosa. Se ha limitado a indicar un precio en sus comunicaciones con el carácter de "recomendado", y *Santillana* no solo ha podido hacer descuentos sino que los ha hecho cuando lo ha considerado conveniente.

TERCERO .- Los fundamentos del motivo único del recurso de casación, con una base común en el art. 81 del Tratado CE y necesariamente sometidos al respeto a los hechos probados, son los siguientes:

A) Infracción de dicho artículo en relación con el art. 5 a) del Reglamento de 1999 y con la doctrina del TJUE en sus sentencias de 11-9-2008 (asunto C-279/06, *Tobar e Hijos*), 28-2-1991 (*Delimitis*) y 7-12-2000 (*Neste*): la aplicación de la regla de *minimis* exige atender no solo a la cuota de mercado del proveedor sino también a la duración de los acuerdos, que conforme al Reglamento de 1999 no puede exceder de cinco años.

B) Infracción de dicho artículo en relación con los arts. 10 y 12.1 c) del Reglamento de 1983 y con las mismas sentencias del apartado anterior: este Reglamento no permitía una duración de la exclusiva superior a 10 años.

C) Infracción de dicho artículo en relación con el art. 11 del Reglamento de 1983, con la ya citada STJUE 11-9-2008 y con la jurisprudencia representada por la sentencia de esta Sala de lo Civil de 20-11-2008 (rec. 2296/03): la letra del contrato permitía a *Galp* fijar el precio de venta al público, durante el periodo de intervención administrativa de los precios (hasta 1998) ejerció esa facultad y el Reglamento de 1983, según la citada sentencia de esta Sala, no permitía ninguna limitación al revendedor en materia de precios, ni siquiera la fijación de un precio máximo.

D) Infracción de dicho artículo en relación con el art. 4 a) del Reglamento de 1999 en relación con el apdo. 47 de la Comunicación de la Comisión de 13-10-2000 y con la ya citada STJUE 11-9-2008: la posibilidad de hacer descuentos no era real porque había una fijación indirecta del precio de venta al público por *Galp*.

E) Infracción de dicho artículo en relación con el art. 14 del Reglamento de 1983 y con la jurisprudencia representada por la sentencia de esta Sala de 29-3-2007 (rec. 2104/00): "alcanzada la conclusión que procede declarar la nulidad por infracción del art. 81", procede la indemnización de daños y perjuicios pedida en la demanda.

CUARTO .- La parte demandada-recurrida, en su escrito de oposición al recurso, alega que este se plantea como una tercera instancia y que por ello su auténtica base es el supuesto de la cuestión, y a continuación, al impugnar los fundamentos del motivo único del recurso va puntualizando qué argumentos de los recurrentes no deben ser admitidos por no respetar los hechos probados.

Admitido el recurso en su momento por esta Sala, las objeciones formuladas por la parte recurrida no tienen la entidad suficiente para determinar que en este acto se desestime el recurso por considerarlo inadmisibles, sin perjuicio de que al examinar los fundamentos de su motivo único deba valorarse la falta de respeto a los hechos probados como una razón para desestimar dichos fundamentos.

Sí conviene advertir, no obstante, que el fundamento o apartado E) del motivo único del recurso no merece la consideración de un verdadero motivo de casación porque, al versar sobre la indemnización de daños y perjuicios pedida en la demanda como consecuencia de la declaración de nulidad previamente interesada, solo cabría entrar a conocer de tal cuestión si, estimado alguno de los fundamentos anteriores del motivo y por tanto casada la sentencia recurrida, esta Sala hubiera de pronunciarse, ya como órgano de instancia, sobre la indemnización solicitada (SSTS 3-4-12 y 10-4-12 entre otras muchas).

QUINTO .- También propone la parte recurrida, en su escrito de oposición, el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE para que este se pronuncie sobre si la cuota de mercado inferior al 3% basta para excluir el contrato litigioso del ámbito del art. 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE) al margen de su duración



y, de tener que valorarse la duración de la exclusiva, esta duración podría ser superior a los cinco años que establecía como límite el art. 5 del Reglamento (CE) nº 2790/99.

Opuestos a dicha petición tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrente, esta Sala considera improcedente plantear la cuestión que se propone porque el auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009 (asunto C-506/01) ya se pronunció al respecto, con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de A Coruña, interpretando la regla *de minimis* en su concreta aplicación a los contratos de suministro de carburantes y combustibles y atribuyendo al órgano jurisdiccional remitente la decisión final sobre si el contrato litigioso podía o no afectar al comercio entre los Estados miembros y tener o no por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia en función, sobre todo, del contexto económico y jurídico en el que se inscribiera el contrato.

Por tanto, plantear ahora la cuestión prejudicial que propone la parte recurrida equivaldría a interesar del TJUE que resuelva este litigio concreto en aspectos que el propio Tribunal ya ha considerado ser competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales.

SEXTO .- Despejadas las cuestiones previas y entrando a conocer por tanto de los fundamentos del motivo único del recurso, todos ellos han de ser desestimados por las siguientes razones:

1ª) El apartado o fundamento A), cuyo contenido se dedica sobre todo a analizar las SSTJUE 28-2-1991 (*Delimitis*) y 7-12-2000 (*Neste*), se sustenta, como demuestra el párrafo penúltimo de su desarrollo argumental, en la tesis de que la exclusiva de abastecimiento, aun a favor de compañías proveedoras con una escasa cuota de mercado, no puede tener una duración superior a los cinco años que como límite máximo establecía el art. 5 a) del Reglamento (CE) nº 2790/99.

Sin embargo esta tesis no es correcta, porque el ya citado auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009 se pronunció precisamente sobre acuerdos "con un periodo de aplicación superior a los límites temporales previstos en el Reglamento (CEE) nº 1984/83... y en el Reglamento (CE) nº 2790/99" (pronunciamiento 1º de su parte dispositiva).

De ahí que esta Sala, en sus sentencias de 15 de febrero de 2012 (de Pleno, rec. 1560/08) y 6 de abril de 2012 (rec. 436/09), haya entendido que la duración a tomar como elemento de comparación es "la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado de referencia", según declaró el referido auto del TJUE (apdo. 32), y que si la duración a considerar fuese la de cinco años no habría cuestión porque los proveedores con escasa cuota de mercado quedarían entonces sometidos a las mismas restricciones que los de cuota superior al 5%.

En consecuencia este fundamento ha de ser desestimado, porque la duración de treinta años no puede considerarse excesiva en comparación con la media de los contratos sobre estaciones de servicio celebrados por las compañías proveedoras de carburantes con mayor cuota de mercado, según resulta de lo razonado por esta Sala en las dos sentencias citadas teniendo en cuenta los contratos examinados en otras sentencias anteriores de la propia Sala sobre esta misma materia.

2ª) El fundamento o apartado B) parece sostener que, al haberse celebrado los contratos litigiosos bajo la vigencia del Reglamento (CEE) nº 1984/83, su duración no podía ser superior a diez años, si bien la parte recurrente se somete por anticipado a lo que resuelva el TJUE en la cuestión prejudicial C-260/07 (*Pedro IV*).

Pues bien, este fundamento o apartado también ha de ser desestimado, porque a lo razonado para desestimar el fundamento o apartado A) se une que la sentencia dictada por el TJUE resolviendo dicha cuestión prejudicial, de fecha 2 de abril de 2009, ha declarado que el Reglamento de 1983 no exigía, para poder superar la duración de diez años, que el proveedor fuera propietario del terreno además de propietario de las instalaciones, doctrina a su vez seguida por esta Sala en sus sentencias de 11 de mayo de 2011 (Pleno, rec. 1453/07) y 16 de abril de 2012 (rec. 436/09).

El fundamento o apartado C) plantea, de un lado, que el contrato litigioso de exclusiva de abastecimiento contenía una cláusula que permitía a la demandada fijar los precios de venta al público, lo que ya de por sí determinaría su nulidad al tratarse de una práctica no excluida del ámbito del art. 81 del Tratado CE por la regla *de minimis* y, a su vez, prohibida por el art. 11 del Reglamento de 1983; de otro, que al menos durante la fase de vigencia del contrato coincidente con el periodo de fijación de precios máximos por la Administración, la demandada impuso un precio de venta al público coincidente con ese precio máximo fijado por la Administración; y finalmente, que el Reglamento de 1983 no permitía ninguna limitación al revendedor para determinar el precio de venta al público.

Así planteado, este fundamento o apartado ha de ser asimismo desestimado porque, circunscrita la cláusula contractual en cuestión al periodo de intervención de precios por la Administración, declarado como hecho



probado no solo que la demandada, finalizado ese periodo, permitió que la recurrente *Santillana* vendiera los carburantes y combustibles por debajo del precio indicado sino también que esa misma recurrente hacía descuentos a quien consideraba conveniente y, en fin, despejada por la STJUE 2-4-2009 cualquier duda acerca de que el Reglamento de 1983 también permitía, como el del 1999, la indicación del precio de venta al público como máximo o recomendado, lo que a su vez dio lugar a que esta Sala, a partir de su sentencia de Pleno de 15 de enero de 2010 (rec. 1182/04), matizara el criterio más rigorista mantenido en la de 20 de noviembre de 2008 (rec. 2396/03) y 15 de abril de 2009 (rec. 1016/04), carecería de sentido declarar retrospectivamente la nulidad del contrato litigioso por vulneración del Derecho de la competencia, pedida en una demanda presentada en 2005, teniendo principalmente en consideración un régimen transitorio no de libertad de precios sino de intervención administrativa del precio de venta al público.

En definitiva, el último párrafo del desarrollo argumental de este fundamento o apartado revela, al citar tanto la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008 como la de esta Sala de 20 de noviembre de 2008, que se sustenta en una tesis interpretativa del Reglamento de 1983 ya superada tanto por la propia doctrina del TJUE como por la jurisprudencia de esta Sala.

4ª) El fundamento o apartado D) ha de ser desestimado por contradecir frontalmente los hechos probados, ya que da por sentada la fijación indirecta del precio de venta al público por la demandada cuando lo que la sentencia impugnada declara probado es que *Santillana* tenía total libertad para vender al público por debajo del precio que indicaba *Galp* y que así lo hizo siempre que lo consideró conveniente.

5ª) El fundamento o apartado E), como se ha razonado ya, no puede formar parte de un recurso de casación sino, en su caso, integrar unas alegaciones solo atendibles si hubiera procedido casar la sentencia impugnada por alguno de los fundamentos ya desestimados.

6ª) Finalmente conviene puntualizar, como ya se ha hecho por esta Sala en sus citadas sentencias de 15 de febrero y 16 de abril del corriente año, que la doctrina del TJUE en los casos *Delimitis* y *Neste* y en su auto de 3 de septiembre de 2009 tiene como declaraciones esenciales, acerca de la regla de *minimis*, la de imputar la responsabilidad por el cierre del mercado a los proveedores que contribuyan a él de manera significativa, de manera que quedan excluidos del ámbito del art. 81 del Tratado CE los contratos elaborados por los proveedores cuya contribución al efecto acumulativo sea insignificante.

Así las cosas, en un mercado como el español, caracterizado porque tres compañías petroleras tienen una cuota de casi el 70% y una sola más del 30%, sería un contrasentido declarar nulos contratos como el litigioso, por razón de su duración, cuando resulta que la cuota de mercado de la demandada era del 2'1% en el año 2000 y 2'4% en el año 2006, ya que en tal caso se dificultaría su penetración en el mercado y, al propio tiempo, se propiciaría la concentración al permitir que el titular de la estación de servicio contratara el abastecimiento en exclusiva con alguna de las compañías que tienen mayor cuota de mercado.

También se ha razonado en dichas sentencias de esta Sala que pretensiones como las principales de la demanda interpuesta en su día por los hoy recurrentes pugnan con el sentido jurídico más elemental en cuanto comportan el querer quedarse mucho antes de lo previsto en el contrato, y sin contraprestación alguna, con una estación de servicio construida a expensas de la demandada y después de haber pagado esta una importante cantidad por el derecho de superficie, exigiéndole además una indemnización.

Por último, determinados planteamientos del recurso, especialmente en su fundamento o apartado C), parecen indicar que lo que pretende *Santillana* es poder vender al público por encima, no por debajo, de los precios recomendados por *Galp*, lo que carece de amparo en el Derecho europeo de la competencia según su interpretación por el TJUE.

SÉPTIMO .- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente.

OCTAVO .- Conforme al art. 212.3 LEC procede comunicar la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º) **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por las compañías mercantiles demandantes COMILLAS 2 S.A. y ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II S.L contra la sentencia dictada el 23 de enero de 2009 por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 63/08.

2º) Confirmar la sentencia recurrida.



3º) Imponer las costas a la parte recurrente.

4º) Y que por el Secretario judicial se comunique esta sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-**Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ