

Roj: **STS 5787/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5787**Id Cendoj: **28079110012012100491**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/07/2012**Nº de Recurso: **769/2009**Nº de Resolución: **491/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 3/2009,**
STS 5787/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte 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 SARDINERO S.L., representadas ante esta Sala por el procurador D. Roberto Sastre Moyano, 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 97/08 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 102/05 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 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 4 de marzo de 2005 se presentó demanda interpuesta por las compañías mercantiles COMILLAS 2 S.A. y ESTACIÓN DE SERVICIO SARDINERO S.L. contra la compañía mercantil GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A. solicitando se dictara sentencia "por la que en aplicación del artículo 81.1 y 2 del Tratado de Ámsterdam y del artículo 4 a) y 5 del Reglamento CE nº 2790/99 , y del Reglamento CEE nº 1984/83 declare:

1.- *NULOS y sin efectos el Contrato de fecha 7 de Noviembre de 1.994 de Cesión de Derecho de Superficie (y su posterior Escritura Pública de 18 de mayo de 1995) así como el Contrato de **Abanderamiento** y Abastecimiento en exclusiva de fecha 19 de junio de 1.995, que vinculan a las partes, por ser contrarios a las normas imperativas anteriormente reseñadas, con las consecuencias establecidas en el art. 1306 punto 2º del Código Civil , de conformidad con lo expuesto en el presente escrito y, subsidiariamente, que sean declarados NULOS con las consecuencias previstas en el art. 1303 C. Civil , ordenándose 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*

2.- *Se condene a la demandada GALP ENERGIA 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 que ciframos provisionalmente en la cantidad de 506.480,30 euros (QUINIENTOS SEIS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA EUROS Y TREINTA CÉNTIMOS) de conformidad con lo expresado en el Informe que se ha adjuntado al presente escrito como DOCUMENTO Nº 11, sin perjuicio de que dicha indemnización pueda ser precisada a la vista del resultado que arroje la prueba que en su día se practique, y conforme a lo explicitado en el cuerpo de la presente demanda.*

3.- *Se condene a la demandada al pago de las costas."*



SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 102/05 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó en las actuaciones como GALP ENERGÍA ESPAÑOLA S.A.U. (antes Petrogal Española S.A.) planteando declinatoria por falta de competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil, y una vez desestimada por auto de 2 de junio de 2005 contestó a la demanda pidiendo su íntegra desestimación con expresa imposición de costas a la parte demandante, después de lo cual, por auto de 11 de julio de 2005, se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada contra el auto de 2 de junio.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 3 de septiembre de 2007 desestimando íntegramente la demanda e imponiendo las costas a la parte demandante.

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 97/08 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 23 de enero de 2009 desestimando el recurso, confirmando íntegramente la sentencia apelada e imponiendo a la parte recurrente las costas de la apelación.

QUINTO.- 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 13-10-2000 y la STJUE 11-9-2008 (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).

SEXTO.- 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 27 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.

SÉPTIMO.- En el propio escrito de oposición al recurso la parte demandada-recurrida interesaba de esta Sala el planteamiento de cuestión prejudicial ante le 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?"

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

NOVENO.- Por providencia de 7 de mayo 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 4 de julio siguiente, en que ha tenido lugar.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- El presente recurso de casación es idéntico al nº 586/09, ya que coinciden las partes litigantes (salvo en la denominación de la sociedad constituida por "Comillas 2 S.A." para explotar la gasolinera), la calidad con que lo son, el fallo de la sentencia recurrida, el tribunal de apelación que la dictó y el contenido de las relaciones jurídicas litigiosas

También al oponerse al presente recurso, como al oponerse al nº 586/09, la parte recurrida ("Galp Energía España S.A." en ambos casos) ha alegado causas de inadmisión del recurso e interesado el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Procede, por tanto, resolver el presente recurso por los mismos fundamentos de derecho de la sentencia del día 5, puntualizando únicamente que las referencias a la compañía mercantil "Estación de Servicio Santillana II S.L." deben entenderse hechas, ahora, a la compañía mercantil "Estación de Servicio Sardinero S.L."

Tales fundamentos de derecho son los siguientes:

" **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 CASACIÓN** interpuesto por las compañías mercantiles demandantes COMILLAS 2 S.A. y ESTACIÓN DE SERVICIO SARDINERO 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 97/08 .

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.