

Roj: **STS 2167/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2167**Id Cendoj: **28079110012013100236**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/04/2013**Nº de Recurso: **1808/2010**Nº de Resolución: **249/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 2915/2009,**
STS 2167/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Abril de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la compañía mercantil demandada BENAZAHAR S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D^a Blanca Murillo de la Cuadra, contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2009 por la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación nº 129/09 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 1642/06 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Málaga, sobre reclamación de cantidad por resolución unilateral de contrato de abanderamiento y suministro en exclusiva de estación de servicio. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil demandante BP OIL ESPAÑA S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de noviembre de 2006 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil BP OIL ESPAÑA S.A. contra la compañía mercantil BENAZAHAR S.L. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"a) Que se condene a 'BENAZAHAR S.L.' a abonar a mi representado la cantidad de QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS (589.354?).

b) Que se condene a 'BENAZAHAR, S.L.' al abono de intereses al tipo legal devengado por dicha cantidad desde que la demandada debía haber realizado el pago, esto es desde el día 23 de Enero de 2006, en que se produjo la resolución unilateral del contrato.

c) Que se condene a 'BENAZAHAR, S.L.' al pago de los intereses devengados por la cantidad referida desde la interposición de la presente Demanda, incrementada en dos puntos.

d) Que se condene a la demandada al pago de todas las costas causadas en esta litis".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Málaga, dando lugar a las actuaciones nº 1642/06 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando se dictara sentencia *"por la que desestimando íntegramente las peticiones contenidas en el suplico de la demanda se declare:*

A) La nulidad de pleno derecho y se dejen sin efecto alguno, por su incompatibilidad con el derecho comunitario y ser contrarias a las normas imperativas y prohibitivas, todas las cláusulas contenidas en el contrato litigioso



que expresamente han sido impugnadas y consecuentemente la nulidad del contrato de fecha 29 de Noviembre de 1995 que las contiene y que ligaba a las partes.

B) Se tenga por bien hecha y realizada conforme a derecho la extinción y terminación del contrato llevada a término por Benazahar, S.A. al haber transcurrido el plazo de su duración, y consecuentemente, la absolucón de esta de las cantidades reclamadas en la demanda, con condena expresa de la actora al pago de las costas de este procedimiento."

TERCERO.- Tras dictarse providencia teniendo por contestada la demanda y convocando a las partes a la audiencia previa, esta se celebró el 25 de junio de 2007 ratificándose ambas partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, fijando la parte actora en 589.354 euros la cuantía de su demanda y proponiendo las dos partes la práctica de prueba.

CUARTO.- Practicada la prueba admitida, la magistrada- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 25 de febrero de 2008 con el siguiente fallo: "Que estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Carlos González Fernández, en nombre y representación de la entidad BP OIL ESPAÑA S.A., asistido por el Letrado D. Álvaro Lobato Lavín, contra la entidad BENAZAHAR, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. José Domingo Corpas y asistido por el Letrado D. José Tabernero Carrascoso debo condenar y condeno a la entidad demandada al pago de la cantidad de 589.354 Euros, y a los intereses legales desde la interposición de la demanda, con imposición de las costas judiciales."

QUINTO.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia planteando como cuestión previa la nulidad de actuaciones por infracción del art. 48 LEC al haber conocido del litigio un órgano carente de competencia objetiva por corresponder a los Juzgados de lo Mercantil, conforme al art. 86 ter LOPJ, el conocimiento de las cuestiones que sean competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE y de su derecho derivado.

SEXTO.- De la segunda instancia, en actuaciones nº 129/09, conoció la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que el 20 de noviembre de 2009 dictó sentencia desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la parte recurrente las costas de la segunda instancia.

SÉPTIMO.- Anunciados por la parte demandada-apelante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia y requerida dicha parte para que constituyera los preceptivos depósitos, únicamente constituyó el correspondiente al recurso de casación, por lo que se dictó una providencia teniendo este por preparado y un auto no admitiendo a trámite el recurso por infracción procesal. No obstante, interpuesto recurso de reposición contra el auto al tiempo que se acreditaba la constitución del preceptivo depósito, se dictó auto posterior estimando el recurso de reposición y, por tanto, teniendo también por preparado el recurso extraordinario por infracción procesal.

OCTAVO.- El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en cinco motivos formulados al amparo del art. 469.1 LEC, ordinal 1º el motivo primero, ordinal 2º los motivos segundo, tercero y cuarto y ordinal 4º el motivo quinto: el motivo primero por infracción del art. 45 LEC y de los arts. 84, 85 y 86 ter, apdo. 2, letra f), de la LOPJ en relación con los arts. 406.2 y 408.2 LEC; el segundo por infracción del art. 465.3 LEC; el tercero por infracción de los arts. 218.1 y 216 LEC; el cuarto por infracción del art. 218.1 en relación con el art. 465.4, ambos de la LEC; y el quinto por infracción del art. 24 CE. Y el recurso de casación se articulaba en cuatro motivos: el primero por infracción del "art. 81 del TUE (actual art. 101 del TUE)"; el segundo por infracción de los arts. 10, 12.1c) y 12.2 del Reglamento CEE nº 1984/83; el tercero por infracción de los arts. 1.b), 2, 5 y 12 del "Reglamento núm. 2790/2000", así como de los apdos. 58 y 59 de la Comunicación de la Comisión Europea 291/01, de 13 de octubre de 2000, sobre Directrices relativas a restricciones verticales; y el cuarto por infracción de los arts. 81 TUE y 6.3 CC.

NOVENO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 24 de mayo de 2011, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó sendos escritos de oposición a ambos recursos interesando su desestimación con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

DÉCIMO.- Por providencia de 7 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 2 de abril siguiente, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- El litigio causante de los presentes recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, versa sobre la procedencia o improcedencia de una indemnización por lucro cesante prevista en un contrato de abanderamiento de estación de servicio en favor del proveedor si el revendedor no llegara a vender 70 millones de litros de combustibles y carburantes en el plazo de duración del contrato, diez años, y optara por no prorrogarlo.

El contrato se celebró el 29 de noviembre de 1995 entre la operadora de productos petrolíferos "Mobil Oil S.A.", sucedida por la operadora "BP Oil España S.A." (en adelante *BP*), y "Benazahar S.L." (en adelante Benazahar), sociedad propietaria de una estación de servicio, en el punto kilométrico 221'204 de la carretera N-340, pactándose una exclusiva de suministro a favor de *BP*.

Como contraprestación por el abanderamiento y suministro en exclusiva *BP* se obligaba a pagar 100 millones de ptas. (pacto 10º) a Benazahar.

Benazahar, a su vez, se comprometía a vender durante la vigencia del contrato un mínimo de 70 millones de litros de combustibles y carburantes, calificándose este compromiso de "esencial para la celebración de este contrato" (pacto 11º).

En cuanto a la duración del contrato, el pacto 25º disponía lo siguiente:

"Este contrato tendrá una duración de diez años, computándose este plazo desde la fecha en que se realice el primer suministro de carburante por MOBIL, en cumplimiento de lo establecido en el Reglamento (CEE) número 1984/83 de la Comisión, de 22 de Junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3º del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

No obstante lo anterior, si EL TITULAR alcanzase antes de este plazo de 10 años el volumen mínimo de venta de combustibles y carburantes pactado en el ACUERDAN UNDECIMO, se dará por finalizado el presente contrato.

Por el contrario, si el TITULAR no hubiese alcanzado durante dicho periodo de tiempo el volumen mínimo de venta de combustibles y carburantes pactado en el ACUERDAN UNDECIMO, EL TITULAR podrá optar, a su elección, entre indemnizar a MOBIL por el lucro cesante que corresponda por la diferencia existente entre los litros comprometidos y los realmente vendidos, o por la prórroga del presente contrato hasta la fecha en que se alcance dicho volumen mínimo de venta. Caso de que llegado el día del vencimiento de este contrato y el TITULAR no hubiese comunicado a MOBIL su elección ofreciéndole el pago del lucro cesante producido, se entenderá que ha optado por su prórroga.

Al finalizar este contrato, y de no llegarse a un acuerdo para su revocación, MOBIL dispondrá de un periodo de tiempo razonable, no inferior a un mes, para retirar de la Estación de Servicio su equipo, instalaciones desmontables, anuncios, logotipos y cualquier otro elemento propiedad de MOBIL.

Finalmente, el pacto 32º preveía la posible nulidad de alguna o algunas cláusulas disponiendo lo siguiente:

"Cualquier estipulación que resultase contraria a normas del ordenamiento jurídico o de derecho comunitario, se tendrá por no puesta y no invalidará el resto de este contrato. Si la estipulación nula o anulable fuese esencial, se negociará una solución respetuosa con la legalidad."

SEGUNDO .- La demanda se interpuso el 29 de noviembre de 2006 por *BP* contra Benazahar pidiendo la condena de esta a pagarle la cantidad de 589.354 euros por haber optado por la resolución unilateral del contrato al cabo de los diez años sin haber llegado a vender los 70 millones de litros comprometidos, resultando aquella suma de restar de 70 millones los litros efectivamente vendidos, 19.193.650, y multiplicar la diferencia, 50.806.350 litros, por el valor ponderado del litro de combustible, 0'0116 euros.

La demandada Benazahar contestó a la demanda alegando la imposibilidad material de alcanzar el volumen de ventas comprometido y, sobre todo, la nulidad de la indemnización prevista en el pacto 25º del contrato por obstaculizar el derecho de la demandada a poner fin al contrato una vez cumplido el plazo de diez años autorizado, como máximo de la exclusiva de suministro, por el Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra en exclusiva.

Aunque en la contestación de Benazahar se pedía la declaración de nulidad de pleno derecho de las cláusulas contractuales incompatibles con el derecho comunitario "y consecuentemente la nulidad del contrato", así como la declaración de ser conforme a derecho la extinción y terminación del contrato llevada a cabo por Benazahar al haber transcurrido el plazo de duración pactado, la juez de primera instancia no dio traslado a la demandante *BP*, ni ninguna de las dos partes formuló observación alguna al respecto en el acto de la audiencia previa.



La sentencia de primera instancia estimó totalmente la demanda razonando, en síntesis, que el contrato se había celebrado voluntariamente entre empresarios y que la parte demandada no había probado la imposibilidad de cumplir su compromiso contractual de vender 70 millones de litros, como tampoco un cambio de circunstancias determinantes de una imposibilidad sobrevenida.

La demandada *Benazahar* interpuso recurso de apelación planteando como cuestión previa la nulidad de actuaciones por haber conocido el Juzgado de Primera Instancia de una cuestión atribuida a los Juzgados de lo Mercantil, cual era la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado, añadiendo a continuación, como fundamentos del recurso, la infracción del art. 217 LEC, por no haber probado la demandante los criterios para la determinación del lucro cesante, y la incorrecta interpretación e injustificada inaplicación de la normativa comunitaria sobre el Derecho de la competencia, con vulneración del principio "*iura novit curia*".

La sentencia de segunda instancia, sugiriendo que la nulidad de actuaciones planteada con carácter previo podía obedecer a un cambio en la dirección letrada de la demandada-apelante y recalando que esta misma parte había mostrado expresamente en su contestación a la demanda su conformidad con la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia, rechazó anular las actuaciones, pese a permitirlo el art. 48.2 LEC, porque la petición de nulidad del contrato "*precisaba de una petición de modo reconvencional*" pero, a su vez, la reconvención habría sido inadmisibile, conforme al art. 406 LEC, por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia y por no haberse formulado debidamente separada de la contestación a la demanda, a lo que se añadía que la cláusula sobre volumen de contratación, analizada "*desde un punto de vista solamente civil*", había sido libremente pactada por las partes y que *Benazahar* nunca había formulado protesta alguna, ni siquiera cuando decidió poner fin al contrato. En cuanto a los fundamentos del recurso de apelación, rechazó que la sentencia apelada hubiera infringido el art. 217 LEC, razonando el tribunal que el cálculo de la indemnización propuesta en la demanda era correcto, que las cifras habían sido averdadas por el director de inversiones de *BP* en España y, en fin, que no cabía cuestionar aspectos parciales de las operaciones de cálculo cuando ya no era posible practicar prueba.

Contra la sentencia de segunda instancia la demandada *Benazahar* ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, el primero después del segundo y en escrito separado porque en principio no fue tenido por preparado; pero una vez admitidos ambos recursos se comenzará su examen por el fundado en infracción procesal.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO .- Los cinco motivos de este recurso pueden reducirse, a los efectos de su estudio y resolución por esta Sala, a únicamente dos, que se corresponden a su vez con las dos peticiones que formula la parte recurrente: nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia o, subsidiariamente, anulación de la sentencia recurrida y nueva sentencia de esta Sala teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación.

A la primera cuestión se dedican el *motivo primero*, formulado al amparo del ordinal 1º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción del art. 45 LEC y de los arts. 84, 85 y 86 ter, apdo. 2, letra f), de la LOPJ, en relación con los arts. 406.2 y 408.2 LEC, por no haberse declarado la nulidad de actuaciones pese a la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para conocer de una nulidad contractual fundada en el Derecho europeo de la competencia, siendo así que el art. 86 ter. 2 f) LOPJ atribuye a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento, dentro del orden jurisdiccional civil, de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y de su derecho derivado; el *motivo segundo*, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, o subsidiariamente de su ordinal 3º, y fundado en infracción del art. 465.3 (hoy apdo. 4) LEC, por no haberse declarado esa misma nulidad de actuaciones pese a resultar procedente en apelación; y el *apartado 1º del motivo quinto*, formulado al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción del art. 24 de la Constitución, por haberse vulnerado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley al corresponder a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de la nulidad contractual oportunamente alegada en la contestación a la demanda con base en el art. 81 del TCE.

A la segunda cuestión se dedican el *motivo tercero*, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción de los arts. 218.1 y 216 LEC por no haber resuelto la sentencia impugnada sobre la nulidad contractual alegada en la contestación a la demanda y reproducida como fundamento del recurso de apelación, infracción que el motivo califica de incongruencia *extra petita*; el *motivo cuarto*, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción del art. 218.1 en relación con el art. 465.4 (hoy apdo. 5), ambos de la misma ley, por no haberse pronunciado el tribunal de segunda instancia sobre una cuestión expresamente planteada en el recurso de apelación; y el *apartado 2º del motivo quinto*, formulado



al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción del art. 24 de la Constitución , por falta de motivación de la sentencia recurrida acerca de la misma cuestión de la nulidad contractual.

CUARTO .- Los motivos que pretenden la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia han de ser desestimados por las siguientes razones:

1ª) La petición expresa de nulidad del contrato litigioso por incompatibilidad de alguna de sus cláusulas con el Derecho comunitario (hoy de la Unión), formulada por la hoy recurrente en su contestación a la demanda, no tuvo su correspondencia adecuada, en materia de competencia objetiva, ni en el propio escrito de contestación, ni en la providencia del Juzgado convocando sin más a las partes a la audiencia previa ni, en fin, en la conducta de ambas partes en dicha audiencia previa: lo primero, porque la parte demandada hoy recurrente aceptó expresamente en su contestación la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia pero no formuló reconvencción ajustada al art. 406 LEC ; lo segundo, porque la juez no exigió a la demandada ninguna aclaración ni corrección de su contestación a la demanda; y lo tercero, porque ni la parte demandante pidió contestar a la alegación de nulidad, como autoriza el art. 408.2 LEC , ni ninguna de las dos partes suscitó cuestión alguna en la audiencia previa sobre la competencia objetiva para conocer de la nulidad del contrato ni sobre la necesidad de traslado específico a la parte demandante para contestar a la nulidad contractual muy claramente pedida en la contestación.

2ª) La pasividad de las partes y del juzgado no impedía al tribunal de apelación acordar la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva, pues conforme al apdo. 2 del art. 48 LEC podría haberlo hecho incluso de oficio, ya que la sentencia del Pleno de esta Sala nº 539/2012, de 10 de septiembre , declara que el art. 86 ter LOPJ contiene una regla de atribución de competencia objetiva, no una simple norma de reparto.

3ª) Sin embargo, conforme al criterio de esa misma sentencia del Pleno lo procedente no era acordar la nulidad de actuaciones, sino adoptar la solución más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con lo actuado por las partes y con la tramitación del asunto hasta dictarse la sentencia de primera instancia, solución que no podía ser otra que resolver todas las cuestiones planteadas en el litigio, incluida la nulidad no tanto del contrato litigioso cuanto de alguna o algunas de las cláusulas o de una parte de las mismas por incompatibilidad con el Derecho europeo de la competencia, puesto que:

A) Una aplicación rígida del art. 86 ter, apdo. 2, letra f), de la LOPJ habría comportado una carga desproporcionada para ambas partes, ya que imponía a la demandada interponer a su vez una demanda de nulidad contractual ante el Juzgado de lo Mercantil cuya admisión a trámite habría determinado la suspensión del litigio sobre reclamación de cantidad hasta que recayera sentencia firme.

B) Aunque ciertamente en la contestación a la demanda se pidió la nulidad del contrato, no es menos cierto que lo verdaderamente planteado no era una nulidad total, carente por demás de sentido ya que ambas partes habían tenido por extinguido el contrato, sino la improcedencia de la indemnización pedida en la demanda por encubrir las cláusulas en que se fundaba una vulneración del Reglamento (CEE) nº 1984/83 en cuanto a la duración máxima del pacto de exclusiva. En definitiva, lo pedido era la desestimación de la demanda.

C) Así las cosas cabía entender, siempre desde la consideración primordial del derecho a la tutela judicial efectiva y toda vez que la parte demandante tuvo oportunidad de oponerse a la nulidad de las cláusulas en cuestión y la sentencia de primera instancia se pronunció al respecto, que el litigio no era en puridad un procedimiento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (hoy artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), sino un proceso de reclamación de cantidad con base en un contrato cuyo pacto 25º, fundamento principal de la reclamación, hacía expresa referencia al Reglamento nº 1984/83, y cuyo pacto 32º contemplaba expresamente que se tuviera por no puesta cualquier estipulación contraria al derecho comunitario, permitiendo así que el juez competente para conocer de la reclamación de cantidad fundada en unas determinadas cláusulas del contrato conociera también de los aspectos de estas mismas cláusulas que pudieran determinar la improcedencia de la indemnización por encubrir una vulneración del Derecho europeo de la competencia.

QUINTO .- Lo anteriormente razonado determina por sí solo que deban estimarse los motivos fundados en la incongruencia de la sentencia recurrida, aunque puntualizando que no es una incongruencia *extra petita* como alegó la parte recurrente sino omisiva, pues lo que la sentencia no podía hacer, sin grave quebranto del derecho de la parte hoy recurrente a la tutela judicial efectiva, era denegar la nulidad de actuaciones y, al mismo tiempo, dejar de resolver una cuestión que, como la improcedencia de la indemnización por encubrir las cláusulas en que se fundaba una vulneración del Derecho Europeo de la competencia, venía planteada desde la contestación a la demanda, se había examinado por la sentencia de primera instancia y se había reiterado por la parte demandada como uno de los fundamentos de fondo de su recurso de apelación, pese a todo lo cual la sentencia de segunda instancia entendió que solo podía analizarse el contrato "*desde un punto de vista estrictamente civil*", es decir, prescindiendo por completo del Derecho europeo de la competencia.



SEXTO .- La estimación de los motivos por infracción procesal fundados en incongruencia de la sentencia recurrida determina, conforme a la regla 7ª de la D. Final 16ª LEC , que deba resolverse sobre la cuestión litigiosa teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación, por lo que se expondrán a continuación los motivos de este.

RECURSO DE CASACIÓN

SÉPTIMO .- Los cuatro motivos de este recurso pueden reducirse a solamente uno, consistente en la nulidad de la indemnización por lucro cesante prevista en el pacto 25º del contrato por encubrir una vulneración del Derecho europeo de la competencia sobre duración máxima de los acuerdos de compra exclusiva de carburantes y combustibles.

Así el *motivo primero* , fundado en infracción "*del art. 81 del TUE (actual art. 101 del TUE)*" -en realidad art. 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, actual art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , considera que el contrato litigioso entra dentro del ámbito de la prohibición establecida en dicho art. 81; el *motivo segundo* , fundado en infracción de los arts. 10 , 12.1c) y 12.2 del Reglamento nº 1984/83 , alega la imposibilidad legal de que el contrato durase más de diez años y la imposición de un volumen mínimo de ventas de 70 millones de litros precisamente para obligar a la hoy recurrente a abastecerse en exclusiva de la demandante durante más de diez años; el *motivo tercero* , fundado en infracción de los arts. 1.b) , 2 , 5 y 12 del "*Reglamento núm 2790/2000* " (en realidad Reglamento CE nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999), y de los apdos. 58 y 59 de la comunicación de la Comisión Europea 291/01, de 13 de octubre de 2000, sobre directivas relativas a las restricciones verticales (en realidad comunicación 2000/C 291/01, alega que conforme a este otro Reglamento, que sucedió al de 1983, la cláusula de compra exclusiva no podía tener una duración superior a cinco años; y el *motivo cuarto* , en fin, fundado en infracción "*de los arts. 81 del TUE y del art. 6.3 del CC* " , alega que el pacto 25º en relación con el pacto 11º vulneraba las normas imperativas del Derecho europeo de la competencia que limitaban la duración máxima de los acuerdos de compra exclusiva.

OCTAVO .- Lo alegado como fundamento del recurso de casación ha de ser estimado para desestimar la demanda por las siguientes razones:

1ª) La inclusión en abstracto del contrato litigioso en el ámbito prohibitivo del art. 81.1 del Tratado no ofrece duda alguna, pues el propio contrato, para eximirse de la prohibición, establecía su sujeción al Reglamento nº 1984/83 y preveía que se tuviera por no puesta cualquiera de sus estipulaciones que resultara contraria a las normas de derecho comunitario, sin invalidar el resto del contrato, así como que, de ser esencial la estipulación nula, se negociara una solución respetuosa con la legalidad.

2ª) La inaplicabilidad de la prohibición se supeditaba por el art. 10 del Reglamento nº 1984/83 a que el proveedor concediera al revendedor ventajas económicas o financieras que, pese al silencio de la versión española de dicho Reglamento, tenían que ser importantes para justificar una exclusividad en el suministro de duración superior a la duración máxima de cinco años aplicable, de manera general, a los acuerdos de compra exclusiva de corta o media duración (STJUE 11-9-2008, asunto C-279/06 , apdos. 49, 50 y 54).

3ª) Por tanto los 100 millones de ptas. pagados por la proveedora demandante a la revendedora demandada como contraprestación por el abanderamiento y el suministro en exclusiva (pacto 10º del contrato) constituía una de esas ventajas importantes que justificaban la duración de la exclusiva por más de cinco años.

4ª) A su vez el art. 12.1c) del Reglamento nº 1984/83 disponía que no sería aplicable su art. 10, esto es que no habría exención de la prohibición, si el acuerdo se celebraba por una duración indeterminada o por más de diez años, pues el límite de diez años era una excepción al límite general de cinco años justificada por la concesión de ventajas económicas o financieras al revendedor (STJUE 11-9-2008, asunto C-279/06 , apdo. 48), erigiéndose así en un límite absoluto e irrebalsable salvo en el caso de una estación de servicio que el proveedor hubiera arrendado al revendedor o cuyo usufructo le hubiera concedido de hecho o de derecho (art. 12.2 del propio Reglamento nº 1984/83).

5ª) En consecuencia, la imposición al revendedor, es decir a la hoy recurrente *Benazahar* , de un volumen mínimo de ventas añadido a la obligación de compra exclusiva (pacto 11º), vinculando ese volumen mínimo a la duración de la exclusiva (pacto 25º), vulneraba el límite absoluto de duración de diez años porque o bien obligaba al revendedor a seguir sujeto a la exclusiva por tiempo indeterminado, hasta alcanzar el volumen mínimo de venta, o bien le obligaba a perder una parte de las ventajas económicas o financieras cuya concesión por el proveedor habían permitido a este que la exclusiva de abastecimiento superara el límite general de duración de cinco años. Tanto es así que la cantidad pedida en la demanda como indemnización, 589.354 euros, casi alcanza los 100 millones de ptas. entregados en su día por *BP* a *Benazahar* como contraprestación por el abanderamiento y suministro en exclusiva, de suerte que, si finalmente se acordara la indemnización, el



resultado final sería la pérdida por el revendedor de lo que contractualmente le correspondía por su obligación de compra exclusiva y, a la vez, justificaba que esta pudiera tener una duración superior a cinco años.

6ª) De lo anterior se sigue que la única solución posible, conforme a lo previsto en el pacto 32º del propio contrato, es tener por no puesta la obligación de un volumen mínimo de venta ni la indemnización por lucro cesante fundada en no haberlo alcanzado, porque si para BP ese volumen mínimo era esencial, de modo que su nulidad obligara a negociar "una solución respetuosa con la legalidad" conforme al mismo pacto 32º, tendría que haber sido ella la que, ante la frustración de sus expectativas, que bien pudo haber advertido al poco tiempo de estar ejecutándose el contrato, hubiera propuesto a Benazahar su extinción anticipada en vez de esperar a que transcurrieran los diez años amparándose en que Benazahar solo podía liberarse de una indemnización prorrogando indefinidamente el contrato y, por tanto, vulnerando normas imperativas del Derecho europeo de la competencia.

NOVENO .- De todo lo razonado hasta ahora se desprende que procede desestimar totalmente la demanda, por fundarse su pretensión en cláusulas contractuales incompatibles con el Derecho europeo de la competencia, e imponer a la parte demandante, conforme al art. 394.1 LEC, las costas de la primera instancia.

DÉCIMO .- Conforme al art. 398.2 LEC no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia, ya que el recurso de apelación de la parte demandada tenía que haber sido estimado, ni las causadas por los recursos por infracción procesal y de casación.

UNDÉCIMO .- Conforme al apdo. 8 de la D. Adicional 15ª LOPJ procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

DUODÉCIMO .- Aunque el presente litigio no sea en puridad un procedimiento de los contemplados en el art. 212. 3 LEC, concurren razones análogas 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.- **ESTIMAR EN PARTE EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL** interpuesto la compañía mercantil demandada BENAZAHAR S.L. contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2009 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación nº 129/2009.

2º.- **ESTIMAR LO ALEGADO COMO FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la misma parte contra la referida sentencia.

3º.- **ANULAR LA SENTENCIA RECURRIDA** y en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandada "Benazahar S.L." contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 2008 por la magistrada-juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Málaga en las actuaciones de juicio ordinario nº 1642/06, revocar totalmente la sentencia apelada para, en su lugar, **DESESTIMAR TOTALMENTE LA DEMANDA** interpuesta contra aquella parte litigante por la compañía mercantil "BP Oil España S.A." imponiendo las costas a esta parte demandante.

4º.- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia ni las causadas por los recursos de casación y por infracción procesal.

5º.- Devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

6º.- 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 .-**Juan Antonio Xiol Rios.**- **Francisco Marin Castan.**-**Jose Antonio Seijas Quintana.**- **Francisco Javier Arroyo Fiestas.**-**Francisco Javier Orduña Moreno.**-**Roman Garcia Varela.**-**Xavier O'Callaghan Muñoz.**-**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.