



Roj: **STS 4274/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4274**

Id Cendoj: **28079119912015100037**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/10/2015**

Nº de Recurso: **549/2010**

Nº de Resolución: **543/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 1, 27-03-2008,**
SAP M 15168/2009,
STS 4274/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 543/2015

Fecha Sentencia : 20/10/2015

CASACIÓN

Recurso Nº : 549/2010

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 23/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Marín Castán

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid Sección 28

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Escrito por : CVS

DEFENSA DE LA COMPETENCIA.- ESTACIONES DE SERVICIO.- REGLA "DE MINIMIS". Desestimación del recurso del revendedor- demandante por no exceder del 3% la cuota de mercado del proveedor demandado y no ser la duración del contrato en exclusiva (30 años) superior a la media del año 1993 (31,43 años), año al que se retrotrajeron sus efectos, ni manifiestamente excesiva respecto de la media del año 1998 (25,74 años), año de celebración del contrato. Cómputo conjunto de cuota de mercado y duración conforme a la respuesta del TJUE (auto de 4 de diciembre de 2014) a la petición de decisión prejudicial de la Sala.

CASACIÓN Num.: 549/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Marín Castán

Votación y Fallo: 23/07/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Civil****PLENO****SENTENCIA N°: 543/2015****Excmos. Sres.:****D. Francisco Marín Castán****D. José Antonio Seijas Quintana****D. Antonio Salas Carceller****D. Francisco Javier Arroyo Fiestas****D. Ignacio Sancho Gargallo****D. Francisco Javier Orduña Moreno****D. Rafael Sarazá Jimena****D. Eduardo Baena Ruiz****D. Pedro José Vela Torres**

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil demandante ESTACIÓN DE SERVICIO POZUELO 4 S.L, representada ante esta Sala por el procurador D. David García Riquelme, contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2009 por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 463/08 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 647/05 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, sobre nulidad de cesión de derecho de superficie y arrendamiento de estación de servicio con exclusiva de abastecimiento. 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 16 de diciembre de 2005 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil POZUELO 4 S.L. contra la compañía mercantil GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A. solicitando se dictara sentencia « por la que en aplicación del art. 81 del Tratado CE y los artículos 4 y 5 del Reglamento CE nº 2790/99 y de los Artículos 10 , 11 y 12, así como de los Considerando 8 y 13 del Reglamento CEE N°1984/83 , y de la Directriz 47 de la Comunicación de la Comisión de 13 de Octubre de 2000:

1.- *Declare NULOS y sin efectos la siguiente relación contractual conformada por los siguientes acuerdos: el Contrato privado de fecha 7 de enero de 1992, la Escritura pública de derecho de superficie de fecha 24 de junio de 1993 de constitución de derecho de superficie, y su posterior modificación de fecha 18 de mayo de 1994, el contrato privado de fecha 8 de marzo de 1995, así como el contrato de Arrendamiento de industria de fecha 1 de junio de 1998.*

2.- *Se condene a la demandada GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A. a indemnizar a esta parte , por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la NULIDAD ABSOLUTA, de que adolece la relación contractual objeto de litigio, calculada de conformidad con lo expuesto en el presente escrito.*

3.- *En cualquier caso, y sin perjuicio de la Declaración de nulidad radical solicitada, 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 en base a lo dispuesto en el Art. 1303 del Código Civil .*

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

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 549/10 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció en las actuaciones planteando declinatoria por falta de competencia objetiva de dicho Juzgado.



TERCERO.- Desestimada la declinatoria por auto de 10 de abril de 2006 y desestimado por auto de 10 de junio siguiente el recurso de reposición interpuesto contra aquel por la parte demandada, esta contestó a la demanda cuestionando la cuantía litigiosa propuesta en la demanda como indeterminada, proponiendo las excepciones de inadecuación del procedimiento e indebida acumulación de acciones, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando la íntegra desestimación de la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- En el acto de la audiencia previa la parte demandada alegó la carencia sobrevenida de objeto del litigio y pidió el sobreseimiento del proceso, lo cual fue desestimado por auto de 19 de junio de 2007.

QUINTO.- Desestimada también la excepción de indebida acumulación de acciones por resolución oral, el recurso de reposición de la demandada contra tal resolución fue desestimado por auto de 19 de junio de 2007.

SEXTO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez titular del referido Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia el 27 de marzo de 2008 desestimando la demanda e imponiendo las costas a la parte demandante.

SÉPTIMO.- Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 463/08 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 16 de octubre de 2009 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la parte recurrente las costas de la segunda instancia.

OCTAVO.- 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 y dividido en dos apartados: el a), por infracción de dicho artículo en relación con el art. 5 a) del Reglamento (CE) nº 2790/99 y con la doctrina del TJCE; y el b), por infracción de aquel mismo art. 81 en relación con la jurisprudencia de esta Sala contenida en sus sentencias de 15 de abril y 30 de junio de 2009.

NOVENO.- 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 30 de noviembre de 2010, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición planteando la inadmisibilidad del recurso por razón de la cuantía litigiosa y de los defectos del escrito de interposición, impugnando a continuación los dos apartados de su motivo único, tanto por razones de fondo como por defectos de técnica casacional, y solicitando se apreciase las causas de inadmisión alegadas o, en otro caso, se desestimara el recurso por razones de fondo, con expresa imposición de las costas a la parte recurrente. Además, interesó el planteamiento de la 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 5%, 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 deba 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? ».

DÉCIMO.- Conferido traslado de dicha propuesta de planteamiento de cuestión prejudicial al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente, el Ministerio Fiscal consideró improcedente el planteamiento y la parte recurrente lo consideró procedente pero añadiendo a las cuestiones propuestas por la otra parte las siguientes:



« PRIMERA: ¿Debe interpretarse el artículo 101.1 TFUE en el sentido de que la duración de cualquier Contrato de suministro que contenga una cláusula de compra en exclusiva es manifiestamente excesiva si sobrepasa la duración permitida por el art. 5 del Reglamento (CE) nº 2790/99? En el caso de esos Contratos de suministro que contienen cláusulas de compra en exclusiva que prevén una duración superior a la prevista en el art. 5 del Reglamento (CE) nº 2790/99, y por tanto manifiestamente excesiva, debe interpretarse que los mismos son capaces de afectar de forma sensible a la competencia con independencia de cual sea la cuota de mercado del operador.

SEGUNDA: Según lo previsto en el artículo 12.2 del Reglamento CE nº 2790/99, la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará, durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001, respecto de los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplan las condiciones de exención previstas en el presente Reglamento, pero que cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos (CEE) nº 1984/83, por tanto: desde el prisma de la doctrina sentada por la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Neste, C-2 14/99, ¿los acuerdos que a fecha 1 de enero de 2002 se hayan adaptado a las disposiciones del Reglamento CE nº 2790/99, con independencia de cual sea la cuota de mercado del operador, pueden gozar de exención a partir del 1 de enero de 2002?

TERCERA: Concluido el periodo de adecuación sin que los acuerdos de compra en exclusiva se hubieran adaptado al Reglamento CE nº 2790/99, ¿cabe que el juez nacional amplíe de forma extensiva la vigencia de tales acuerdos hasta el 31/12/2006?

CUARTA: ¿Cuál es la consecuencia de la no adaptación de esos acuerdos a fecha de 01/01/2002? ¿Cabría la posibilidad de que gozaran de la exención a la prohibición del art. 101 TFUE, o por el contrario en aplicación del apartado 2 de dicho precepto, devendrían Nulos?

QUINTA: Acreditada la infracción del artículo 81 TCE, ¿procede la indemnización en los términos previstos en la SENTENCIA del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 20/09/2001, COURAGE Y CREHAM, ASUNTO C-453/99 ? ».

UNDÉCIMO.- Por providencia de 3 de septiembre de 2012 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 3 de octubre siguiente.

DUODÉCIMO.- Mediante escrito presentado el 11 de septiembre de 2012, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la parte recurrida, la parte recurrente aportó Comunicación de la Comisión Europea de 12 de julio de 2012 de la que resultaría la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

DECIMOTERCERO.- Por providencia de 24 de septiembre de 2012 se suspendió, por necesidades del servicio, el señalamiento para votación y fallo del recurso, y por providencia de 3 de octubre siguiente se señaló la votación y fallo para el 20 de noviembre del mismo año 2012, pero por providencia de esta última fecha se suspendió el señalamiento y se acordó someter el conocimiento del recurso al Pleno de los magistrados de la Sala, quedando pendiente de nuevo señalamiento.

DECIMOCUARTO.- Por providencia de 4 de diciembre de 2012 se señaló la votación y fallo del recurso por el Pleno para el siguiente día 17, pero advertida por el Pleno, al comienzo de la deliberación, la posible procedencia de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, por providencia del mismo 17 de diciembre de 2012 se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de plantear las siguientes cuestiones:

« 1ª) Si la escasa cuota de mercado de la compañía mercantil demandada basta por sí sola para considerar de minimis la relación jurídica litigiosa, al margen de la duración de la cláusula de exclusiva.

2ª) Si, en caso de no ser así, un contrato con cláusula de abastecimiento en exclusiva cuya duración se ajustaba a lo previsto en el Reglamento (CEE) nº 1984/83 pero no a lo previsto en el Reglamento (CE) nº 2790/99 puede considerarse, conforme al artículo 12.2 de este último en relación con su artículo 5 a), o en virtud de otras consideraciones, exento de la prohibición del art. 101.1 TFUE durante cinco años a contar desde el 1 de enero de 2002 ».

DECIMOQUINTO.- El Ministerio Fiscal informó que no se oponía al planteamiento de la cuestión prejudicial, la parte demandante-recurrente propuso una redacción diferente para cada una de las dos cuestiones, así como la adición de una nueva cuestión integrada por dos preguntas, y la parte demandada-recurrida se opuso al planteamiento de la primera cuestión y propuso reformular la segunda.

DECIMOSEXTO.- El 24 de abril de 2013 el Pleno de los magistrados de esta Sala dictó auto acordando plantear ante el TJUE, conforme al art. 267 del TFUE, la siguiente petición de decisión prejudicial:

« 1) Un contrato como el controvertido en el litigio principal, por el que se establece la constitución, a favor del proveedor de productos petrolíferos, de un derecho de superficie por un periodo de cuarenta y cinco años,



para que construya una estación de servicio y se la arriende al propietario del suelo por un periodo de tiempo equivalente al de duración de ese derecho, con imposición de una obligación de compra en exclusiva durante el mismo periodo: ¿puede ser considerado de importancia insignificante y no incurrir en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1 (hoy artículo 101 TFUE, apartado 1), por razón principalmente de la escasa cuota de mercado del proveedor, no superior al 3%, en comparación con la cuota de mercado total de solamente tres proveedores, alrededor de un 70%, aunque su duración exceda de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado?

2) Si la respuesta fuera negativa y el contrato hubiera de examinarse según los Reglamentos nº 1984/83 y nº 2790/99: ¿puede interpretarse el artículo 12, apartado 2, del Reglamento nº 2790/99 en relación con el artículo 5, letra a), del mismo Reglamento, en el sentido de que, no siendo el revendedor propietario de los terrenos y siendo la duración restante, del contrato superior a cinco años el 1 de enero de 2002, el contrato devendrá nulo el 31 de diciembre de 2006? »

DECIMOSÉPTIMO.- Por auto de 6 de septiembre de 2013 se acordó rectificar los errores materiales de transcripción advertidos en el auto de 24 de abril y, en consecuencia, sustituir la sigla TJUE de la cuarta línea del apartado 14 de sus fundamentos de derecho por la sigla TFUE y sustituir la palabra «revendedor» por la palabra «proveedor» en el apartado 2) de su parte dispositiva.

DECIMOCTAVO.- El 18 de diciembre de 2014 tuvo entrada en el registro general del Tribunal Supremo la notificación del auto del TJUE respondiendo a la petición de decisión prejudicial formulada por esta Sala. El auto tenía fecha de 4 de diciembre de 2014, dictado en el asunto C-384/13, y su parte dispositiva declaraba lo siguiente:

« **1) Un contrato como el controvertido en el litigio principal, por el que se establece la constitución de un derecho de superficie a favor de un proveedor de productos petrolíferos para que construya una estación de servicio y se la arriende al propietario del suelo, con imposición de una obligación de compra en exclusiva durante un largo periodo de tiempo, no tiene, en principio, por efecto restringir sensiblemente la competencia y, en consecuencia, no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, siempre que, por una parte, la cuota de mercado de ese proveedor no supere el 3% mientras que la cuota de mercado acumulada de otros tres proveedores represente cerca del 70%, y, por otra parte, la duración de dicho contrato no sea manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, lo cual deberá comprobar el órgano jurisdiccional remitente.**

2) El artículo 12, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, debe interpretarse en el sentido de que un contrato en vigor el 31 de mayo de 2000 que incluye una cláusula de no competencia y cumple los requisitos de exención establecidos en 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 exclusiva, modificado por el Reglamento (CE) nº 1582/97 de la Comisión, de 30 de julio de 1997, pero no cumple los establecidos en el Reglamento nº 2790/1999 está exento de la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001.»

DECIMONOVENO.- Conferido traslado del auto del TJUE al Ministerio Fiscal y a las partes para alegaciones, la parte demandada- recurrida, acompañando copia de sus observaciones ante el TJUE en el procedimiento prejudicial, reiteró su petición de que se desestimara el recurso de casación de la parte demandante, y esta reiteró su petición de nulidad de pleno derecho del contrato litigioso, interesando la celebración de vista para resolver su recurso de casación. En cuanto al Ministerio Fiscal, por diligencia de 19 de enero de 2015 se hizo constar que pasaran al mismo las actuaciones, pero por diligencia de ordenación del siguiente día 22 se dejó sin efecto la anterior por no ser parte en el litigio el Ministerio Fiscal.

VIGÉSIMO.- Por providencia de 2 de febrero de 2015 se señaló la votación y fallo del recurso de casación para el 25 de marzo siguiente, y por providencia del siguiente día 3 se puntualizó que del recurso conocería el Pleno de los magistrados de la Sala.

VIGESIMOPRIMERO.- Notificadas ambas providencias a las partes, la parte recurrente en casación presentó el 20 de febrero de 2015 un escrito de alegaciones sosteniendo que la duración del acuerdo litigioso de suministro en exclusiva era de 30 años y que por tanto su duración era manifiestamente excesiva « comparada con los 5 años de duración máxima que tenían el resto de contratos a fecha uno de enero de 2002 ».

VIGESIMOSEGUNDO.- Unido el anterior escrito a las actuaciones por diligencia de ordenación que disponía estar a lo acordado, la parte demandada y recurrida en casación presentó un escrito, el 3 de marzo de 2015, oponiéndose a las alegaciones de la parte contraria porque el tribunal de segunda instancia ni siquiera había



entrado a valorar el hecho de la duración media de los contratos de suministro en exclusiva y esta Sala ya había declarado en otros casos que la duración de 30 años no podía 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.

VIGESIMOTERCERO.- Comenzada la deliberación señalada para el 25 de marzo de 2015, se acordó que, para poder realizar la correcta valoración que el TJUE encomendaba al tribunal remitente de la cuestión prejudicial, se solicitara información de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC) al amparo de lo previsto en el art. 15 bis LEC .

VIGESIMOCUARTO.- En cumplimiento de lo acordado se dictó providencia, el 13 de abril de 2015, interesando información del referido organismo sobre los siguientes extremos:

« 1º. *La duración media en el mercado español de los contratos de suministro en exclusiva de combustibles y carburantes a estaciones de servicio en el año 1993 y en el año 1998.*

2º. *La duración media de dichos contratos en esos mismos años cuando se hubiera constituido un derecho de superficie a favor del proveedor y este hubiera arrendado las instalaciones al revendedor mediante un arrendamiento de industria con exclusiva de suministro ».*

VIGESIMOQUINTO.- La parte demandada-recurrida interpuso recurso de reposición contra la providencia de 13 de abril de 2015 alegando ser extemporánea y contraria a la doctrina de esta Sala sobre el respeto en casación a los hechos declarados probados en la instancia, por lo que solicitó se dejara sin efecto dicha resolución, se procediera sin más a señalar la votación y fallo del recurso de casación y se procediera a resolverlo « *ciñéndose en exclusiva a los hechos que la propia sentencia de apelación ha declarado probados* ».

VIGESIMOSEXTO.- La parte demandante y recurrente en casación impugnó el referido recurso de reposición defendiendo la intervención de la CNMC como *amicus curiae* por el carácter de orden público que tienen las normas de la UE sobre competencia y por la posibilidad que brindan los arts. 434 , 435 y 436 LEC para acordar la práctica de prueba sobre hechos relevantes, por lo que, añadiendo diversas consideraciones sobre la duración media de contratos similares al litigioso y sobre la salvedad que el art. 282 LEC introduce en el principio de iniciativa probatoria, interesó la confirmación de la providencia de 13 de abril de 2015.

VIGESIMOSÉPTIMO.- Por auto de 19 de mayo de 2015 el Pleno de los magistrados de esta Sala desestimó el referido recurso de reposición.

Las razones de la desestimación, contenidas en su fundamento jurídico tercero, son las siguientes:

« 1ª.- *La providencia impugnada es una consecuencia necesaria de la respuesta del TJUE a la petición de decisión prejudicial que le formuló esta Sala. Hasta tal punto es así, que la propia parte ahora recurrente en reposición no dudó en introducir el dato de la duración media en España de los contratos de suministro de carburantes en exclusiva, cifrándola entre 20 y 31,6 años, en su escrito de oposición al recurso de casación (página 61), en sus observaciones ante el TJUE a la petición de decisión prejudicial (página 7) y en sus alegaciones subsiguientes al auto del TJUE resolviendo dicha petición.*

2ª.- *Buena prueba de que la providencia impugnada responde a lo acordado por el TJUE es que el auto de este resolviendo la cuestión prejudicial atribuye expresamente a esta Sala la comprobación de que la duración del contrato litigioso no sea manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado.*

3ª.- *La providencia impugnada se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala sobre el respeto en casación a los hechos declarados probados por el tribunal de instancia, ya que en este caso la sentencia recurrida en casación no llegó a pronunciarse sobre el hecho de aquella duración media, al considerarlo innecesario por entender que la escasa cuota de mercado del proveedor bastaba para excluir el contrato litigioso de la prohibición del art. 81 del Tratado (hoy art. 101 TFUE).*

4ª.- *Ninguna indefensión se causa a la parte recurrente en reposición porque, del mismo modo que esta Sala acordó oír a las partes antes de formular su petición de decisión prejudicial y después de recibirse el auto del TJUE resolviéndola, es evidente que también oír a las partes, una vez se reciba la información de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, antes de señalar nuevamente la votación y fallo del recurso.*

5ª.- *Mientras la providencia impugnada se ajusta plenamente al espíritu y finalidad del art. 15 bis LEC y a lo acordado por el TJUE en su auto resolviendo la petición de decisión prejudicial formulada por esta Sala, el presente recurso de reposición, en cambio, pretende una aplicación puramente formalista del mismo precepto que, desconociendo las peculiaridades del caso, el propio curso de las presentes actuaciones y lo alegado por ella misma ante el TJUE y ante esta Sala, conduzca a esta Sala a resolver el recurso de casación sin hacer la*



comprobación encomendada por el TJUE y sin tener en cuenta el carácter de orden público del Derecho de la competencia de la UE y la primacía del TFUE .»

VIGESIMOCTAVO.- El 1 de junio de 2015 tuvo entrada en el registro general del Tribunal Supremo la información recabada de la CNMC. Su contenido es el siguiente:

« **(Contestación a la solicitud formulada por el Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, en relación al Recurso de Casación nº CAS/549/2010**

Con fecha 22 de abril de 2015 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia oficio de la Sala primera de lo Civil del Tribunal Supremo mediante el que se requiere, en el marco del Recurso de Casación de referencia, información sobre los siguientes extremos:

"1. La duración media en el mercado español de los contratos de suministro en exclusiva de combustibles y carburantes a estaciones de servicio en el año 1993 y en el año 1998".

2. La duración media de dichos contratos en esos mismos años cuando se hubiera constituido un derecho de superficie a favor del proveedor y este hubiera arrendado las instalaciones al revendedor mediante un arrendamiento de industria con exclusiva de suministro.'

Con carácter preliminar debe señalarse que:

Los datos aportados proceden de la información que deben remitir los operadores al por mayor de productos petrolíferos y por los titulares o gestores de instalaciones de suministro a vehículos no vinculados a un operador en virtud de lo dispuesto en la Resolución de 17 de julio de 2000, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se dispone la información a remitir a la Dirección General de Política Energética y Minas de acuerdo con el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio , de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

La información que se deriva de la Resolución de 17 de julio de 2000 se encuentra actualmente integrada en el sistema informático que gestiona el Ministerio de Industria, Energía y Turismo desde el 26 de octubre de 2006, con ocasión de la entrada en vigor de la Orden ITC/1201/2006, de 19 de abril, por la que se derogó la citada Resolución. Desde esa fecha, esta Comisión tiene acceso a toda la información contenida en esa base de datos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la mencionada Orden.

El Anexo I de la Resolución de 17 de julio de 2000 contiene dos formularios, uno en formato electrónico y otro en formato papel, en ambos consta un campo que se denomina "Tipo de vínculo con el operador" que contiene respectivamente, entre otras, las casillas:

Cont_Venta_Exclusiva - Contrato de venta en exclusiva Texto 1 S/N Fecha_ini_Cont_V_Ex - Fecha de inicio del contrato Fech a 10 00/00/0000 Fecha_ini_Cont_V_E x - Fecha de finalización del contrato Fech a 10 00/00/0000

Cont_venta_Exclusiva

Fecha_ini_Cont_V_E

Fecha_ini_Cont_V_E

- Contrato de venta en exclusiva

- Fecha de inicio del contrato

- Fecha de finalización del contrato

Texto

Fecha

Fecha

1

10

10

S/N

00/00/0000

00/00/0000



La estación ha firmado un contrato de suministro en exclusiva (S/N):

En el caso de que se esté realizando un contrato de Venta en Exclusiva: Fecha de inicio: Fecha de inicio:

Fecha de finalización:

II. La información correspondiente a los campos arriba señalados no está disponible para todas las estaciones de servicio censadas. Por ello, debe advertirse sobre la representatividad de la información que se ha empleado para la contestación a los extremos requeridos, puesto que a fecha de elaboración del presente Oficio, de los 12.756 registros en el censo de estaciones de servicio, tan sólo 4.374 poseen datos Fecha_Ini_ContV Ex y Fecha_Fin_Cont_V Ex, es decir, la información relevante para responder a lo requerido sólo está presente en el 34% de los casos.

Una vez hechas las precisiones anteriores, cabe responder lo siguiente:

Sobre la cuestión **"1. La duración media en el mercado español de los contratos de suministro en exclusiva de combustibles y carburantes a estaciones de servicio en el año 1993 y en el año 1998"**:

- Con respecto al año 1993, la duración de los contratos cuya fecha de inicio (FechaIni_Cont_V_Ex) es anterior al 31 de diciembre de 1993 y que se corresponde con la media de las 488 estaciones de servicio que tienen completos ambos campos es de 28,47 años.

- Con respecto al año 1998, la duración de los contratos cuya fecha de inicio (FechaIni_Cont_V_Ex) es anterior al 31 de diciembre de 1998 y que se corresponde con la media de 858 estaciones de servicio que tienen completos ambos campos es de 25,53 años.

Sobre **"2. La duración media de dichos contratos en esos mismos años cuando se hubiera constituido un derecho de superficie a favor del proveedor y este hubiera arrendado las instalaciones al revendedor mediante un arrendamiento de industria con exclusiva de suministro"**: esta Comisión considera que las estaciones de servicio que se corresponden con los contratos en los que *"se hubiera constituido un derecho de superficie a favor del proveedor y este hubiera arrendado las instalaciones al revendedor mediante un arrendamiento de industria con exclusiva de suministro"* son aquellas que declaran tener un vínculo CODO (Company Owned, Dealer Operated) y un contrato de suministro de venta en firme.

- La duración media de los contratos cuya fecha de inicio (Fecha_Ini_Cont_V_Ex) es anterior al 31 de diciembre de 1993, correspondiente a la media de 34 estaciones de servicio, que tienen ambos campos rellenos es de 31,43 años.

- La duración media de los contratos cuya fecha de inicio (Fecha_Ini_Cont_V Ex) es anterior al 31 de diciembre de 1998, correspondiente a la media de 67 estaciones de servicio, que tienen ambos campos rellenos es de 25,74 años.

En Madrid, a 27 de mayo de 2015

El Jefe de Asesoría Jurídica

Joaquim Hortalá i Vallvé»

VIGESIMONOVENO.- Por diligencia de ordenación de 3 de junio de 2015 se acordó dar traslado del informe de la CNMC a las partes para alegaciones, antes de señalar de nuevo el recurso para votación y fallo.

TRIGÉSIMO.- La parte demandante-recurrente presentó escrito alegando que a fecha 1 de enero de 2002 una duración como la restante del contrato litigioso, 26 años, era manifiestamente excesiva y la cuota de mercado de la demandada estaba en constante crecimiento; que el informe de la CNMC no distinguía entre contratos CODO, COCO o DODO; que la información relativa a contratos anteriores al 31 de diciembre de 1993 se refería al periodo del monopolio de CAMPSA; que las respuestas de la CNMC eran por tanto poco relevantes; que en 2002, 2005 y años sucesivos el contrato *« ha tenido y sigue teniendo un efecto significativo en el mercado »*; que los datos facilitados por la CNMC *« adolecen de una serie de imprecisiones »*; y por último, que sería necesaria una ampliación de la información que distinguiera entre contratos CODO, COCO o DODO, su duración media según cada tipología, la titularidad por parte del operador de un derecho de propiedad o de un derecho de superficie, usufructo o arrendamiento sobre la estación de servicio y, en fin, *« de los datos ofrecidos ¿cuántas estaciones son de cada tipología?»*.

TRIGESIMOPRIMERO.- La parte demandada-recorrida presentó escrito alegando que la información proporcionada por la CNMC venía a confirmar que la duración del contrato litigioso no era manifiestamente excesiva; que, no obstante, los datos de la información no eran completos, pues solamente se referían al 34% de las estaciones de servicio; que la cuestión de la duración ya había sido objeto de examen en la instancia; que la demandada-recurrente no tenía peso en el mercado para imponer condiciones más gravosas que las que por



entonces se estaban pactando por los operadores dominantes en el mercado; que aun cuando se apreciara por la Sala que la duración del contrato litigioso era manifiestamente excesiva, ese mismo contrato seguiría siendo « *perfectamente válido porque no restringe sensiblemente la competencia debido a la escasísima cuota de mercado de Galp al tiempo de su firma* »; que incluso aunque el contrato litigioso se considerase comprendido en el ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE , tampoco esto implicaría automáticamente su nulidad, pues cumplía y cumple las condiciones del art. 101.3 TFUE para beneficiarse de una exención individual; y por último, que « *el hecho probado en la instancia es que el contrato objeto de análisis en este recurso no restringe de forma significativa la competencia* », por lo que, en casación, debe respetarse la « *valoración fáctica* » del tribunal sentenciador. Mediante otrosí interesó que esta Sala solicitara del TJUE una aclaración de su auto de 4 de diciembre de 2014 , es decir, del mismo auto que respondió a la petición de decisión prejudicial formulada por esta Sala.

TRIGESIMOSEGUNDO.- El 23 de junio de 2015 tuvo entrada en el registro general del Tribunal Supremo un escrito de la CNMC comunicando que la parte recurrente en casación había solicitado de dicha Comisión una ampliación de la información recabada en su día por esta Sala y que solamente si esta Sala lo acordase se procedería por dicho organismo a concretar los extremos que se solicitaban.

TRIGESIMOTERCERO.- Por diligencia de ordenación de 25 de junio de 2015 las presentes actuaciones quedaron pendientes de nuevo señalamiento para votación y fallo del recurso de casación, por providencia del siguiente día 30 se señaló la votación y fallo para el 23 de julio siguiente y por providencia de 7 de julio de 2015 se rectificó el error material padecido en la providencia de 30 de junio y se señaló la votación y fallo del recurso de casación para el 23 de septiembre próximo pasado, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Marín Castán** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La exhaustividad de los antecedentes de hecho de la presente sentencia cumple una doble función: la primera, evitar en los fundamentos de derecho una reiteración de los sucesivos planteamientos de las partes que pueda oscurecer el núcleo de la cuestión que debe resolver esta Sala; y la segunda, dejar expedito el camino para entrar a resolver directamente la verdadera cuestión jurídica planteada por el recurso de casación, que no es otra que la correcta o incorrecta aplicación de la regla *de minimis* por la sentencia recurrida.

Para resolver esta cuestión de acuerdo con el Derecho de la Unión se dirigió por esta Sala la petición de decisión prejudicial al TJUE, y para adecuar la resolución del recurso de casación a la respuesta del TJUE interesó esta Sala de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) la información procedente, como ya se explicó suficientemente en la providencia de 13 de abril de 2015 y, con más detalle aún, en el auto de 19 de mayo desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por la parte demandada-recurrida contra esa providencia.

Lo procedente es, por tanto, entrar a resolver el recurso de casación sin enturbiar la cuestión jurídica planteada intentando responder punto por punto a la multitud de alegaciones de las partes posteriores a la interposición del recurso de casación, no siempre coherentes, aunque puedan explicarse por el afán de cada parte de defender a toda costa sus intereses, y en ocasiones traspasando los límites de lo razonable. Así sucede, por ejemplo, con las causas de inadmisión alegadas por la parte demandada-recurrida en su escrito de oposición al recurso, negando una cuantía litigiosa que con toda evidencia supera los 150.000 euros (art. 477.2-2º LEC en su redacción aplicable a este recurso) o proponiendo la inadmisión por la mera alusión a la imposición de precios en la página 4 del escrito de interposición del recurso de casación, que ciertamente está desconectada del único motivo del recurso pero no impide conocer lo que este plantea; así sucede también con la petición de la misma parte demandada-recurrida de que esta Sala interese del TJUE la aclaración del auto decisorio de la cuestión prejudicial, o con la petición de la parte actora-recurrente de seguir interesando información de la CNMC; y así sucede, en fin, con la insistencia de la parte demandada-recurrida en que el contrato litigioso sería válido en todo caso, es decir, aun cuando su duración fuese manifiestamente excesiva y al margen por tanto de lo resuelto por el TJUE, o en considerar un hecho probado en la instancia que el contrato litigioso no restringe significativamente la competencia, cuando resulta que esta es precisamente la cuestión jurídica planteada en el recurso y la determinante de la petición de decisión prejudicial dirigida en su momento por esta Sala al TJUE.

SEGUNDO.- Entrando por tanto a resolver el recurso, su único motivo consta de dos apartados: el apartado a) se funda en infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con el art. 5 a) del Reglamento (CE) nº 2790/99 y con la doctrina del TJUE representada por las sentencias que se citan; y el apartado b) se funda en infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con la jurisprudencia de esta Sala representada por las sentencias de 30 de junio y 15 de abril de 2009 .



Lo que plantea el motivo es, en esencia, que la sentencia recurrida ha interpretado y aplicado incorrectamente la doctrina del TJUE sobre la regla *de minimis* al entender que basta con que la cuota de mercado del proveedor no supere el 5% para que quede fuera del ámbito de la prohibición establecida en el art. 81.1 del Tratado CE (hoy art. 101.1 TFUE), cuando lo que en realidad declara el TJUE es que, además de a la cuota de mercado del proveedor, es necesario atender a la duración del contrato de suministro en exclusiva, porque si esta duración fuese superior a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, el contrato quedaría incluido en el ámbito de la prohibición pese a la escasa cuota de mercado del proveedor y, por tanto, sería nulo de pleno derecho.

En el presente caso el contrato de arrendamiento de industria con exclusividad de suministro de carburantes y combustibles se celebró el 1 de junio de 1998 entre la demandante-recurrente "Pozuelo 4 S.L." como arrendataria y la demandada-recurrida "Galp Energía España S.A." como arrendadora, en virtud de un derecho de superficie, y proveedora en exclusiva de carburantes y combustibles, por un plazo de 30 años, si bien a contar desde el 27 de abril de 1993.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda razonando, por lo que se refiere a la regla *de minimis*, que la escasa cuota de mercado del proveedor demandado, no superior al 3% en un mercado en el que tres grandes proveedores reunían en total una cuota de mercado del 70%, bastaba para considerar excluido el contrato litigioso, conforme a diversas comunicaciones de la Comisión Europea, del ámbito de la prohibición establecida en el art. 81 del Tratado CE.

La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación de la demandante razonando, en esencia y en lo relativo a la regla *de minimis*, que si el proveedor no supera el 5% de la cuota de participación en el mercado relevante, como es el caso, el acuerdo de suministro en exclusiva no afecta significativamente a la competencia y, por tanto, no entra en el ámbito de la prohibición establecida en el art. 81.1 del Tratado CE, según expresó la Comisión Europea en su comunicación *de minimis* de 22 de diciembre de 2001. En suma, para la sentencia de segunda instancia, aquí recurrida en casación,

« [únicamente si se superara ese umbral mínimo podrían tomarse en consideración el resto de circunstancias relevantes (no solo la cuota de mercado por encima de dicho umbral mínimo sino también la duración de la exclusiva respecto de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el contrato [mercado] afectado, etc. ».

Esta Sala, ante las dudas que le planteaba la regla *de minimis* en su interpretación por la Comisión Europea y por la doctrina del TJUE, dirigió petición de decisión prejudicial al TJUE formulando como primera pregunta la siguiente:

« 1) Un contrato como el controvertido en el litigio principal, por el que se establece la constitución, a favor del proveedor de productos petrolíferos, de un derecho de superficie por un periodo de cuarenta y cinco años, para que construya una estación de servicio y se la arriende al propietario del suelo por un periodo de tiempo equivalente al de duración de ese derecho, con imposición de una obligación de compra en exclusiva durante el mismo periodo, ¿puede ser considerado de importancia insignificante y no incurrir en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1 (hoy artículo 101 TFUE, apartado 1), por razón principalmente de la escasa cuota de mercado del proveedor, no superior al 3%, en comparación con la cuota de mercado total de solamente tres proveedores, alrededor de un 70%, aunque su duración exceda de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado? ».

La respuesta del TJUE a esta pregunta, en su auto de 4 de diciembre de 2014, fue la siguiente:

« 1) Un contrato como el controvertido en el litigio principal, por el que se establece la constitución de un derecho de superficie a favor de un proveedor de productos petrolíferos para que construya una estación de servicio y se la arriende al propietario del suelo, con imposición de una obligación de compra en exclusiva durante un largo periodo de tiempo, no tiene, en principio, por efecto restringir sensiblemente la competencia y, en consecuencia, no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, siempre que, por una parte, la cuota de mercado de ese proveedor no supere el 3% mientras que la cuota de mercado acumulada de otros tres proveedores represente cerca del 70% y, por otra parte, la duración de dicho contrato no sea manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, lo cual deberá comprobar el órgano jurisdiccional remitente ».

Al ser imprescindible, para resolver el recurso de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, conocer el dato de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, esta Sala recabó de la CNMC, al amparo del art. 15 bis LEC, información tanto sobre la duración media de los contratos de suministro en exclusiva de carburantes y combustibles en general como sobre la duración de aquellos en los que, como



es el caso, el proveedor fuese titular de un derecho de superficie y en esta condición hubiera arrendado las instalaciones al revendedor.

De la información facilitada por la CNMC, transcrita íntegramente en el antecedente de hecho vigesimooctavo de la presente sentencia, resulta que los contratos más similares al litigioso (proveedor titular de un derecho de superficie en cuya virtud arrienda las instalaciones al revendedor) tenían una duración media de 31,43 años en el año 1993 y una duración media de 25,74 años en 1998.

En consecuencia, aun cuando ciertamente la sentencia recurrida adolezca de haber prescindido de ese dato de la duración media por considerar suficiente la escasa cuota de mercado de la proveedora demandada para excluir el contrato litigioso de la prohibición establecida en el art. 81.1 del Tratado CE, no por ello procede estimar el motivo, pues la duración del contrato litigioso de suministro en exclusiva, 30 años, no era superior, sino inferior, a la media del año 1993 (31,43 años), al que se retrotraían sus efectos, ni manifiestamente excesiva respecto de la duración media (25,74 años) del año 1998.

El recurso, pues, ha de ser desestimado aplicando la doctrina de esta Sala de la equivalencia de resultados, porque lo que se plantea en el segundo apartado de su motivo único carece de relevancia al fundarse en dos sentencias de esta Sala sobre la doctrina de la «doble barrera» que tendría como base unas normas de Derecho nacional (la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y el Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008) que no estaban vigentes ni al celebrarse el contrato litigioso de suministro en exclusiva ni al interponerse la demanda, a lo que se une que el criterio de las sentencias citadas en este apartado del motivo fue matizado por el Pleno de esta Sala en su sentencia de 15 de febrero de 2012 (recurso nº 1560/2008), no sin también considerar que se trataba de una cuestión nueva, razonando que el criterio de la «doble barrera» debía conjugarse con lo dispuesto en el art. 3.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, en cuanto impide prohibiciones de Derecho nacional de acuerdos que no restrinjan la competencia en el sentido del art. 81.1 del Tratado, matiz reiterado en las sentencias de 16 de abril de 2012 (recurso nº 436/2009), 10 de julio de 2012 (recurso nº 586/2009), 20 de julio de 2012 (recurso nº 769/2009) y 28 de septiembre de 2012 (recurso nº 1991/2009).

Por último, a todo lo antedicho conviene añadir tres precisiones: la primera, que el empeño de la parte recurrente en tomar como referencia de la duración media los 5 años a que se refiere el Reglamento 2790/99 carece de fundamento, como resulta del propio auto de TJUE respondiendo a la petición de decisión prejudicial formulada por esta Sala, del auto del propio TJUE de 3 de septiembre de 2009 (asunto C-506/01) y de la jurisprudencia de esta Sala representada por la ya citada sentencia de Pleno de 15 de febrero de 2012 y las también citadas de 6 de abril de 2012, 10 de julio de 2012, 20 de julio de 2012 y 28 de septiembre de 2012; y la segunda precisión es que la desestimación de la nulidad del contrato de arrendamiento de industria con abastecimiento y suministro en exclusiva de 1 de junio de 1998 implica la desestimación de la nulidad de los demás contratos también referidos en la demanda, fundamentalmente referidos a la constitución del derecho de superficie y a compromisos futuros de suministro en exclusiva, pues la nulidad interesada lo era en función del suministro en exclusiva.

TERCERO.- Pese a la desestimación del recurso esta Sala considera que el caso presentaba serias dudas de derecho en lo relativo a la regla de *minimis*, como evidencia el propio planteamiento de la cuestión prejudicial, y que el recurso estuviera justificado por la interpretación y aplicación de dicha regla en la sentencia recurrida, de modo que, conforme al art. 398.1 en relación art. 394.1, ambos de la LEC, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso.

CUARTO.- Conforme al apartado 9 de la d. adicional 15ª LOPJ, la parte recurrente perderá el depósito constituido.

QUINTO.- Conforme al art. 212.3 LEC, procede comunicar la presente sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y 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 la demandante "Estación de Servicio Pozuelo 4 S.L." contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2009 por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 463/2008.

2º.- Confirmar el fallo de la sentencia recurrida.

3º.- No imponer especialmente las costas del recurso a ninguna de las partes.



4º.- Que la parte recurrente pierda el depósito constituido.

5º.- Y comunicar la presente sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Marín Castán** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ