

Roj: **STS 1215/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1215**Id Cendoj: **28079110012016100169**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/03/2016**Nº de Recurso: **446/2011**Nº de Resolución: **177/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 17735/2010,**
STS 1215/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por "Jofra Oil, S.L.", representada ante esta Sala por la procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Castiñeira Aldehuela, contra la sentencia dictada el 26 de noviembre de 2010, por la Sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 95/2010, dimanante del juicio ordinario núm. 431/2004 del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Madrid. Sobre nulidad de relación jurídica compleja, derecho de superficie y arrendamiento de industria con suministro en exclusiva, por vulnerar las normas comunitarias y nacionales sobre competencia. Ha sido parte recurrida "Shell España, S.A." (actualmente, "Disa Península, S.L.U."), representada ante esta Sala por la procuradora Dña. M^a Teresa de las Alas-Pumariño Larrañaga y bajo la dirección letrada de D. Oscar Cisneros Marco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Víctor García Montes en nombre y representación de D. Modesto y de la mercantil "Jofra Oil, S.L.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "Shell España, S.A.", en la que solicitaba se dictara sentencia por la que :

«A).- Como petición principal declare la nulidad de pleno derecho como un todo de la relación jurídica compleja existencia entre las partes, y en concreto del contrato suscrito entre las partes de 19 de Septiembre de 1.994, del suscrito entre las partes el 23 de diciembre de 1.994, y del contrato de arrendamiento de industria con suministro en exclusiva de 2 de febrero de 1.996, y ello por vulnerar la normativa comunitaria y nacional en materia de competencia, condenando a la demandada a, estar y pasar por estas declaraciones, así como a que realice en base a la sentencia que se dicte, la tramitación oportuna ante el Ayuntamiento de Sevilla para retrotraer la concesión administrativa al concesionario originario DON Modesto , así como a que abone a JOFRA OIL S.L. las sumas en concepto de rentas pagadas, intereses y diferencial entre suministros según se especifica en el fundamento jurídico tercero, en el capítulo de petición principal, que se fijen por el perito cuya designación se ha solicitado. Subsidiariamente que en la condena se aplique en cuanto a restitución lo prevenido en el art. 1303 del Código Civil conforme las cantidades que se establezcan pericialmente.

»B).- Como petición alternativa o subsidiaria de la anterior, declare que SHELL ESPAÑA S.A. ha incumplido el contrato de arrendamiento de industria de 2 de Febrero de 1996 en cuanto al sistema de fijación de precios de suministro de carburante al arrendatario, al ser el que se ha mantenido por la demandada el propio de un



comisionista y no de un revendedor, y condene a la demandada a cumplir el contrato de arrendamiento de industria conforme al régimen de venta en firme o reventa pactado en contrato, según el sistema de precios de mercado vigente para este régimen, según pericialmente se determine, así como a que indemnice a JOFRA OIL S.L. en todos los daños y perjuicios ocasionados y que son los referidos en el fundamento jurídico tercero, en el capítulo de petición alternativa, que se fijen por el perito cuya designación se ha solicitado.

»C).- Condene a la demandada al pago de las costas de este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 22 de abril de 2004 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid y fue registrada con el núm. 431/2004. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D^a M^a Teresa de las Alas-Pumariño Larrañaga, en representación de "Shell España, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]se dicte Sentencia por la que con desestimación íntegra de la demanda, absuelva a mi mandante de los pedimentos contenidos en la misma, con expresa imposición a los actores de la totalidad de las costas del procedimiento, con cuanto demás hubiere lugar en Derecho».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Madrid dictó sentencia de fecha 30 de julio de 2008, con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. García Montes, en nombre y representación de D. Modesto y de la mercantil JOFRA OIL, S.L., frente a SHELL ESPAÑA, S.A. (Disa Península SLU), representada por la Procuradora Sra. De las Alas Pumariño Larrañaga debo:

1.- Acordar y acuerdo no haber lugar a declarar la nulidad de la relación jurídica compleja que vincula a las partes.

2.- Acordar y acuerdo no haber a declarar que la demandada ha incumplido el contrato en cuanto al sistema de fijación de precios.

3.- Absolver y absuelvo a la demandada de las peticiones de condena formuladas contra ella en la demanda.

4.- Condenar y condeno a la actora al abono de las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Modesto y de "Jofra Oil, S.L.".

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo núm. 95/2010 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 26 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Modesto y JOFRA OIL, S.L. contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid, en el juicio ordinario nº 431/2004 del que este rollo dimana, por lo que confirmamos dicha resolución e imponemos a la parte apelante las costas derivadas de esta segunda instancia».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Víctor García Montes, en representación de la entidad mercantil "Jofra Oil, S.L." y D. Modesto, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del art. 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea, del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, del art. 5 letra a) del Reglamento CE 2790/99 de 22 de diciembre, por aplicación incorrecta, así como del art. 2.2 e) del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en relación con el art. 5 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia

Segundo.- Infracción del art. 81.1 a) del Tratado de la Comunidad Europea, art. 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia, del art. 4 a) del Reglamento Comunitario 2790/99 de 22 de diciembre.

Tercero.- Infracción de lo prevenido en los artículos 1.256 y 1449 del Código Civil ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 11 de octubre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:



«LA SALA ACUERDA:

ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON Modesto y la entidad JOFRA OIL, S.L., contra la Sentencia dictada, con fecha 26 de noviembre de 2010, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo de apelación nº 95/2010, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 431/2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- En atención al Auto dictado por el Pleno de esta Sala el 24 de abril de 2013 en el recurso de casación nº 549/2010, por el que se acordó plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme al artículo 276 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuestión prejudicial, y al estar íntimamente relacionada con el objeto del presente recurso, por providencia de fecha 24 de junio de 2013 se confirió traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que formularan las alegaciones oportunas sobre la suspensión del recurso hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada en el recurso de casación 549/2010. Y, evacuado dicho traslado, se acordó por providencia de fecha 22 de julio de 2013 la suspensión de las presentes actuaciones hasta que por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se resolviese la petición de decisión prejudicial planteada.

5.- Por Auto de fecha 4 de diciembre de 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) resolvió la cuestión prejudicial planteada y se alzó la suspensión acordada.

6.- Por Decreto de fecha 27 de abril de 2015, se declaró desierto el recurso de Casación interpuesto por D. Víctor García Montes en nombre y representación de D. Modesto, continuándose la tramitación de las actuaciones en relación con la mercantil "Jofra Oil, S.A." como única recurrente.

7.- Por providencia de 26 de octubre de 2015 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 día 2 de diciembre de 2015.

8.- La representación de "Jofra Oil, S.A." interpuso recurso de reposición contra la anterior providencia. La Sala resolvió el recurso por Auto de fecha 1 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Estimar el recurso de reposición interpuesto por la Procuradora Dña. Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de "Jofra Oil, S.L.", contra la providencia de 26 de octubre pasado, que se deja sin efecto.

»En su lugar, se acuerda dar a las partes plazo común de diez días para que puedan formular alegaciones en relación con el auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2014 (asunto C-384/13), cuyo testimonio obra unido a las actuaciones.

»Una vez precluido dicho trámite, se señalará nueva fecha para deliberación, votación y fallo».

9.- Presentados los escritos de alegaciones, por providencia de 1 de febrero de 2016 se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 9 de marzo de 2016 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- El 1 de junio de 1994, D. Modesto (en lo sucesivo, Sr. Modesto) y el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla suscribieron un acuerdo por el que se adjudicaba al primero un derecho de superficie sobre una parcela de titularidad municipal, sita en CARRETERA000, al sitio conocido como "DIRECCION000", constitutiva del punto nº NUM000 del Modificado del Plan Especial de Puntos de Abastecimiento de Carburantes, para la instalación y explotación de una estación de servicio por plazo de cincuenta años. Se estableció un canon anual de 8.835.000 pesetas (Pst.).

2.- El 19 de septiembre de 1994, el Sr. Modesto y "Shell España, S.A." (en adelante, "Shell", si bien, actualmente es "Disa Península, S.L.U.") suscribieron un contrato por el que el primero cedía a la segunda, por un precio de 45.000.000 Pst., el derecho de superficie mencionado en el apartado anterior por un plazo de veinticinco años a contar desde la puesta en funcionamiento de la proyectada estación de servicio, prorrogable de mutuo acuerdo, quedando subrogada "Shell" en todos los derechos y obligaciones que para el Sr. Modesto derivasen del contrato suscrito con el Ayuntamiento de Sevilla, incluido el pago del canon establecido en el mismo a cargo del superficiario, todo ello condicionado a la aprobación del Ayuntamiento. La cesión incluía la de las licencias precisas para la entrada en funcionamiento de la estación de servicio.



3.- En dicho contrato, "Shell" asumía, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) construir por su cuenta y cargo la estación de servicio; (ii) solicitar del Ayuntamiento de Sevilla, una vez transcurrido el plazo pactado y siempre que no se hubiese convenido prorrogarlo, la cesión o traspaso del derecho de superficie a favor del Sr. Modesto o la persona física o jurídica que éste designase, o sus herederos; lo que determinaría la reversión de los terrenos con todos los elementos constructivos de carácter permanente incorporados a los mismos, que pasarían a ser de la propiedad del cesionario sin derecho a indemnización alguna por parte de "Shell"; (iii) ceder, una vez formalizada la cesión del derecho de superficie y que la estación de servicio se hubiese construido, la explotación de la misma al Sr. Modesto, en los términos establecidos en el borrador de contrato que figuraba como anexo. Dicho anexo, que aparece suscrito también por las partes, era un contrato de arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento.

4.- El 23 de diciembre de 1994, el Sr. Modesto, "Shell" y "Jofra Oil, S.L." (en adelante, "Jofra"), suscribieron un documento en el que constaba: (i) que el Sr. Modesto había cedido la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato y su anexo suscritos con "Shell" a "Jofra"; (ii) que "Shell" consiente la subrogación de "Jofra" en la posición jurídica del Sr. Modesto en los negocios jurídicos referenciados; (iii) que "Jofra" conoce íntegramente el contenido de tales acuerdos, asumiendo todos y cada uno de los derechos y obligaciones que de los mismos se derivaban para el Sr. Modesto.

5.- En la misma fecha el Sr. Modesto, "Shell" y "Jofra" elevaron a escritura pública el contrato privado de cesión de derecho de superficie suscrito por los dos primeros el 19 de septiembre de 2004 y la cesión de todos los derechos y obligaciones que del mismo derivaban para el Sr. Modesto a favor de "Jofra".

6.- El 2 de febrero de 1996, una vez construida la estación de servicio, "Jofra" y "Shell" suscribieron un contrato de arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento. Se pactó una duración de veinticinco años, computados a partir del 31 de enero de 1996. Respecto de los precios de transferencia y de venta al público de los productos suministrados en la estación de servicio, se acordó que el arrendatario vendería al público los productos y presentaría los servicios correspondientes de acuerdo con lo establecido por las autoridades competentes y teniendo en cuenta las recomendaciones que sobre precios efectuara "Shell"; así como que abonaría a "Shell" todos los productos suministrados de acuerdo con las tarifas y formas de pago vigentes en cada momento.

7.- En noviembre de 1999, "Jofra" y "Shell" suscribieron un "anexo al contrato de arrendamiento de industria y compra en exclusiva", en el que, entre otros extremos, pactaron la modificación del apartado q) de la estipulación séptima del contrato en cuestión, que pasó a tener la siguiente redacción:

«el arrendatario venderá al público los productos comprendidos en el presente contrato y presentará los servicios correspondientes de acuerdo con lo establecido por las autoridades competentes. La contraprestación a satisfacer por el arrendatario a favor de Shell por el suministro y venta de combustibles y carburantes efectuados, se abonará de acuerdo con el régimen general de precios y condiciones económicas y comerciales practicadas en la red de Estaciones de Servicio Shell y que, junto con el sistema de determinación de precios figuran convenidas en Anexo a este contrato, que podrán ser revisadas y modificadas anualmente de mutuo acuerdo por las partes».

En anexo de la misma fecha, bajo la rúbrica "I. DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE VENTA DE COMBUSTIBLES Y CARBURANTES Y ACEITES LUBRICANTES" se estableció lo siguiente:

«La contraprestación a satisfacer por el ARRENDATARIO de la Estación a SHELL por el suministro y venta de combustibles carburantes efectuados, se abonará de acuerdo con el sistema de fijación de precios de facturación y las condiciones económicas y comerciales que figuran convenidas en el presente Anexo. I.a. Sistema de fijación de precios de facturación. 1. El precio a satisfacer por el ARRENDATARIO en concepto de contraprestación por la venta y suministro de combustibles y carburantes, habida cuenta de la liberalización de sus precios en virtud de lo dispuesto en la *Ley de Hidrocarburos 34/1998, de 7 de octubre*, se determinará de la siguiente forma: * El precio base de facturación (PBF) de las gasolinas de automoción será el resultante del siguiente cálculo: $PBF = PBOExFC$, siendo PBOE el precio resultante de la aplicación del sistema de determinación de precios máximos establecido en la derogada O.M. de 28 de diciembre de 1.994 para la gasolina sin plomo I.O., con aplicación en su cálculo del impuesto especial correspondiente para cada producto según la legislación vigente en cada momento. Sobre el PBOE se aplicará un factor de corrección de mercado (FC) de 1,10 para todas las gasolinas de automoción. * El precio base de facturación (PBF) de los gasóleos de automoción será el resultante del siguiente cálculo: $PBF = PBOExFC$, siendo PBOE el precio resultante de la aplicación del sistema de determinación de precios máximos establecido en la derogada O.M. de 28 de diciembre de 1.994 para cada uno de los gasóleos A y B, respectivamente. Sobre el PBOE se aplicará un factor de corrección de mercado (FC) de 1,10 para todos los gasóleos de automoción. * Sobre el precio base de facturación, determinado según se expone en los apartados anteriores, se aplicarán en



factura los descuentos proporcionales que se pactan a continuación, y adicionalmente, si correspondiese, un descuento adicional en concepto de "ajuste transitorio", hasta alcanzar el precio final de facturación. 2. Los descuentos proporcionales por venas aplicables en factura son los convenidos en el apartado II.a. y se mantendrán vigentes durante la vigencia del contrato, salvo pacto en contrario de las partes. ...4. Previa solicitud escrita y suficientemente justificada por circunstancias del mercado, y especialmente por fuerte competencia en el área de influencia de la Estación explotada por el ARRENDATARIO, SHELL podrá conceder de forma discrecional y exclusivamente por el tiempo y cuantía que libremente conceda SHELL, lo que consiente y acepta expresamente el ARRENDATARIO, un descuento adicional en factura denominado "ajuste transitorio" I.b. Fijación de precios de venta al público. El ARRENDATARIO determinará libremente los precios de venta al público de los combustibles y carburantes expendidos en su Estación de Servicio...».

Más adelante, bajo la rúbrica "II. CONDICIONES ECONÓMICAS Y COMERCIALES" se fijan, según producto, los descuentos proporcionales sobre factura aplicables a los suministros efectuados en los años 1998 y 1999, pactándose que desde la fecha del documento los descuentos aparecerán reflejados en las facturas de venta de los combustibles y carburantes.

8.- A finales de 2001, "Jofra" y "Shell" suscribieron un nuevo anexo estableciendo las condiciones económicas y comerciales del contrato para los años 2001 y 2002, del mismo tenor que el anexo anterior, si bien modificando la cifra de los descuentos proporcionales aplicables en el año 2002.

9.- En aplicación de tales acuerdos, "Jofra" remitía semanalmente por fax a "Shell" los precios de venta al público de la competencia en el área de influencia ("trade área"), a fin de que "Shell" estableciese el precio de transferencia con arreglo al sistema convenido. "Shell" comunicaba el precio unitario por litro que debía abonar el expendedor, desglosando para cada tipo de producto el precio base de facturación, el descuento proporcional, y el ajuste transitorio aplicado. En sus comunicaciones SHELL utilizaba un modelo en el que se hacía constar lo siguiente:

«(*) Es MUY IMPORTANTE que recuerden que la fijación de los precios de venta al público de los combustibles y carburantes en la Estación es una facultad discrecional y, por tanto, libre, de cada titular de la explotación de la Estación de Servicio, y que por tanto, SHELL ESPAÑA, S.A. no asume dicha responsabilidad. (**) Es MUY IMPORTANTE que recuerden que los ajustes transitorios que puedan aplicarse en factura constituyen un descuento adicional y extraordinario concedido por SHELL ESPAÑA, S.A., de forma discrecional por el tiempo y cuantía que ésta libremente determine, a petición previa expresa suya ante las circunstancias de fuerte competencia experimentada por Vds. en el área de influencia de la Estación, y que les ayude a mantener sus condiciones de competitividad en el entorno».

10.- "Jofra" y el Sr. Modesto presentaron demanda contra "Shell", en la que ejercitaba dos pretensiones: Con carácter principal, interesaban la nulidad de pleno derecho del conjunto negocial integrado por los contratos referidos, "por vulnerar la normativa comunitaria y nacional en materia de competencia"; con las consecuencias previstas en el párrafo segundo del artículo 1306 del Código Civil ; o las previstas en el primer párrafo del art. 1306 CC, o las previstas en el art. 1303 del mismo Código . A su vez, como petición "alternativa o subsidiaria", solicitaron que se declarase que la demandada había incumplido el contrato de arrendamiento de industria, suministro en exclusiva y abanderamiento suscrito con la actora el 2 de febrero de 1996 "en cuanto al sistema de fijación de precios de suministro de carburante al arrendatario, al ser el que se ha mantenido por la demandada el propio de un comisionista y no de un revendedor", y que se condene igualmente a la demandada a "cumplir el contrato de arrendamiento de industria conforme al régimen de venta en firme o reventa pactado en contrato, según el sistema de precios de mercado vigente para este régimen, según pericialmente se determine", así como a indemnizar a la actora en los daños y perjuicios que pericialmente se determinen.

La petición principal se fundamentaba exclusivamente en la presunta vulneración de los límites temporales señalados a los acuerdos de exclusiva en la normativa comunitaria y nacional en materia de competencia, con cita expresa del Reglamento (CEE) n° 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 (en lo sucesivo, "Reglamento 1984/83 "), y el Real Decreto 157/1992 , al considerar la parte que los contratos impugnados integran un supuesto de fraude de ley, habiéndose formalizado con la única finalidad de burlar dicho régimen. A su vez, la pretensión subsidiaria se basaba en la vulneración por parte de la compañía suministradora de la disciplina del Derecho comunitario en materia de precios de venta al público, y en la infracción del art. 1.256 CC , al considerar que la fijación del precio de adquisición del combustible por parte de "Jofra" quedaba al arbitrio de la contraparte.

11.- Opuesta "Shell" a tales pretensiones, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por considerar que la relación contractual entre las partes no era ficticia, ni vulneró las normas sobre libre competencia, así como que tampoco se determinaba indirectamente la fijación de precios.



12.- Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, fue desestimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) el entramado contractual litigioso ni afecta de forma apreciable al comercio intracomunitario, ni restringe de forma sensible la competencia; (ii) resulta de aplicación al caso la regla *de minimis*, por cuanto la cuota de mercado de la entidad demandada no alcanza el 5%; (iii) por lo tanto, resulta innecesario entrar a valorar si el acuerdo de exclusiva puede considerarse cubierto por los Reglamentos de exención, puesto que la cláusula sobre duración del mismo no entra en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE y la consideración de si un acuerdo entre empresas puede acogerse a la exención prevista en dichos Reglamentos (o, con carácter general, en el artículo 81.3 TCE) sólo procede si previamente se considera que el mismo incurre en la prohibición del artículo 81.1 TCE; (iv) El contrato debatido no contiene ninguna cláusula contractual que fije directamente el precio de reventa; (v) la fórmula contractual de fijación del precio de facturación la fórmula se adecuaba a la previsión contenida en el art. 1.448 CC.

SEGUNDO.- Recurso de casación.

Primer motivo:

Planteamiento:

1.- "Jofra Oil, S.A." formuló un primer motivo de casación, por infracción del art. 81.1 TCE, art. 1 LDC, art. 5 a) Reglamento CE 2790/99 y art. 2.2 e) Reglamento de Defensa de la Competencia, en relación con el art. 5 LDC.

2.- En el desarrollo del motivo alega resumidamente la inaplicabilidad de la regla *de minimis* y la artificiosidad del entramado contractual concertado entre las partes, con el único fin de eludir el límite temporal impuesto en los Reglamentos comunitarios 1984/83 y 2790/99.

Decisión de la Sala:

1.- Antes de resumir la doctrina de esta Sala sobre los acuerdos de menor importancia y la regla *de minimis*, y por la evidente conexión entre los casos, hasta el punto de que la tramitación del presente recurso ha estado suspendida por esta razón, debemos dejar constancia de que en el recurso 549/2010, se planteó cuestión prejudicial por este Tribunal ante el TJUE, que fue resuelta por Auto del TJUE de 4 de diciembre de 2014 (asunto C-384/13), cuya 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».

2.- La doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de la regla *de minimis* viene resumida en las sentencias del Pleno de esta Sala núms. 31/2012, de 15 de febrero, y 543/2015, de 20 de octubre, posteriormente reiterada en las sentencias 698/2015, de 16 de diciembre, y 699/2015, de 17 de diciembre (que toman en consideración la doctrina fijada por el TJUE en respuesta a diversas cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles; y las tres últimas, específicamente, la doctrina establecida al resolver la cuestión prejudicial formulada por esta Sala en el recurso 549/2010), en los siguientes términos:

1ª) La regla *de minimis* en su formulación *de minimis non curat lex*, es decir como regla de legalidad (distinta de la formulación *de minimis non curat praetor*, más relacionada con el principio de oportunidad y por tanto ajena a los órganos jurisdiccionales del orden civil por su incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE), viene siendo afirmada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).



2ª) En su concreta aplicación a las relaciones jurídicas entre compañías petroleras y gestores de estaciones de servicio el auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-506/07 , expresa su doctrina sobre la regla *de minimis* del siguiente modo:

«a) En general un acuerdo que tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia "queda al margen de la prohibición del artículo 81 CE , apartado 1, cuando solo afecta al mercado de forma insignificante, habida cuenta de la débil posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate", según sentencias del propio Tribunal de 9-6-1969, 25-11-1971 , 28-4-1998 y 23-11-2006 (apdo. 24); b) "[d]e lo anterior resulta que un acuerdo que se considere de importancia menor puede, aun cuando contenga cláusulas como las mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente [derecho de superficie del proveedor durante veinticinco años], no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1" (apdo. 26); c) el órgano jurisdiccional debe tomar en consideración el marco concreto en que se inscribe el acuerdo, "especialmente en el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes" (apdo. 28); d) cuando se trata de un acuerdo de compra en exclusiva es preciso "analizar los efectos que produce dicho contrato, en relación con otros contratos del mismo tipo, sobre las posibilidades de que disponen los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en este su cuota de mercado" (sentencias de 28-2-1991, caso Delimitis , y 7-12-2000, caso Neste (apdo. 30); e) también debe examinarse "la naturaleza e importancia del conjunto de contratos similares que vinculan a un número importante de puntos de venta con varios proveedores y tomar en consideración, entre los demás elementos del contexto económico y jurídico en el que se insertan los contratos, los que determinan las posibilidades de acceso al mercado de referencia", por lo que habrá de examinarse "si existen posibilidades reales y concretas para que un nuevo competidor se infiltre en el haz de contratos" y tener en cuenta, igualmente, "las condiciones en que tiene lugar el juego de la competencia en el mercado de referencia", según declararon las sentencias de los casos Delimitis y Neste (apdo. 31); f) "[s]i el examen del conjunto de contratos similares revela que el mercado afectado es difícilmente accesible, deberá analizarse en qué medida los contratos celebrados por el proveedor de que se trate contribuyen al efecto acumulativo producido por dicho conjunto de contratos" (apdo. 32); g) "[l]a responsabilidad de este efecto de cierre del mercado debe imputarse, conforme a las normas sobre competencia comunitarias, a los proveedores que contribuyan a él de manera significativa" (apdo. 32); h) "[l]os contratos celebrados, por los proveedores cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no están comprendidos, por tanto, dentro de la prohibición del artículo 81 CE , apartado 1" (apdo. 32); i) "[c]on el fin de analizar la importancia de la contribución de los contratos celebrados por un proveedor al efecto de bloqueo acumulativo, debe tomarse en consideración la posición de las partes contratantes en el mercado" y, además, la duración de los contratos, de modo que "[s]i esta duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, el contrato concreto está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1", según las sentencias de los casos Delimitis y Neste (apdo. 32); j) por tanto, un contrato que contenga cláusulas de imposición de una obligación de compra en exclusiva o de prohibición de competencia con un periodo de aplicación superior a los límites temporales previstos en los Reglamentos nº 1984/83 y nº 2790/99 "no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE , apartado 1, siempre que no pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y que no tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia, lo que debe determinar el órgano jurisdiccional remitente teniendo en cuenta, en particular, el contexto económico y jurídico en el que se inscribe dicho contrato" (apdo. 32 y pronunciamiento 1º del fallo)».

3ª) Aunque sin valor propiamente normativo, la Comunicación de la Comisión Europea de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*, 2001/C 368/07), reduce los umbrales de cuota de mercado del 15% (acuerdos entre no competidores) y del 10% (acuerdos entre competidores), por encima de los cuales se entiende que puede haber restricción sensible de la competencia, a un más seguro 5%, cuando se trate de un mercado de referencia en el que "la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes y servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares)". En consecuencia, "se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado" (puntos 7 y 8), extremo en el que viene a coincidir la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 relativa a las restricciones verticales (2000/C 291/01, apdos. 140 y 142).

4ª) En sentido similar, la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros si la cuota de



mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad no es superior al 5% y, además, tratándose de acuerdos verticales, no se supera una determinada cifra de volumen de negocio total anual, si bien, tratándose de acuerdos verticales que afecten a un solo Estado miembro, «al proceder a la evaluación se debe tener en cuenta no solo el acuerdo o la red concreta de acuerdos en cuestión, sino también otras redes paralelas que produzcan efectos similares» (apdos. 44 y 87).

3.- Además, casos sustancialmente idénticos al presente, por tratarse de entramados de contratos muy similares al litigioso celebrados por la empresa suministradora "Shell", han sido resueltos por las sentencias de esta Sala núm. 74/2011, de 18 de febrero ; 358/2011, de 6 de junio ; y 31/2011, de 15 de febrero de 2012 . También se pronunció la sentencia que se invoca en el recurso, núm. 460/2009 , de 30 de junio, pero en el conjunto jurisprudencial citado, se trató de un pronunciamiento aislado, de carácter accesorio (a mayor abundamiento), cuyas conclusiones han sido reconsideradas por la Sala en sentencias posteriores. Sobre estas bases, hemos de adelantar ya que la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia de esta Sala y que, al contrario, se ajusta escrupulosamente a ella.

4.- En consonancia con tales pronunciamientos previos del TJUE y de esta propia Sala, el recurso de casación, en cuanto a la consideración del entramado contractual litigioso como acuerdo de menor importancia, debe ser desestimado.

Más específicamente, hemos de partir de la base de que el TJUE ha declarado que un acuerdo queda al margen de la prohibición del art. 81.1 TCE cuando solamente afecta al mercado de manera no significativa, en función de la posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate; y a tales parámetros se ciñe la resolución recurrida, en la que se dan como hechos probados, no revisables en casación, que en el mercado geográfico relevante "Shell" disponía de una cuota inferior a los umbrales expresados en el antes citado Auto del TJUE de 4 de diciembre de 2014 (asunto C-384/13).

5.- Asimismo, el mencionado auto TJUE también se ha pronunciado sobre la incidencia del plazo de duración en relación la regla de *minimis* , al afirmar que se requieren dos requisitos acumulativos, de manera que si no se da el primero -la cuota significativa de mercado-, carece de relevancia la temporalidad del contrato. un contrato de este tipo no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81.1 TCE (actual 101.1 TFUE) 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 nacional. Es decir, en caso de que la cuota de mercado de los contratantes no sea relevante, el acuerdo puede ser contrario al Derecho Comunitario de la competencia si su duración es manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos del sector.

6.- No podemos perder de vista que el apartado 8º de la Comunicación de la Comisión (2001/C 368/07) relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*) -actual artículo 101 TFUE -, publicada en el DOCE de 22 de diciembre de 2001, fijó unos criterios conforme a los cuales, los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros en los supuestos en que se produzca un efecto acumulativo de exclusión, producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares, no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 81 (actual artículo 101 TFUE), cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no excede del 5% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo.

En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado. Además, se especifica que si el conjunto de redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares no alcanza el 30%, es improbable que exista un efecto acumulativo. Es decir, la Comisión entiende que si en el mercado de referencia la competencia está restringida por el efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias en el mercado sean similares, lo que, en principio, debe valorarse cuando éstas cubren más del 30% del mercado, debe examinarse la contribución del concreto operador, de su red, a dicho efecto de exclusión, y se considera que la contribución no es significativa y, en consecuencia, no restringe la competencia a los efectos del artículo 81 del Tratado, si su cuota de mercado no excede del 5%.

7.- A su vez, conforme a las conclusiones del auto del TJUE de 4 de diciembre de 2014 , transcritas más arriba, tomando en consideración los umbrales de la Comunicación *de minimis* , cuando la cuota de mercado no excede del 3% el contrato en cuestión sólo estará prohibido por el artículo 81 del Tratado si su duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado. La prueba de que el contrato infringe el artículo 81 y, por tanto, de que su duración



es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, incumbe a la parte actora por expresa disposición del artículo 2 del Reglamento 1/2003 , y dicha prueba no consta en las actuaciones.

8.- Y a la luz de lo establecido por el propio auto del TJUE, a los efectos de la aplicación de la regla *de minimis* , tampoco puede afirmarse que la duración pactada del contrato fuera desproporcionada. Tal y como dijimos en la ya citada sentencia de Pleno de 20 de octubre de 2015 (n.º 543/2015), dictada en el asunto en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta por dicho auto, los contratos más similares al litigioso (proveedor titular de un derecho de superficie en cuya virtud arrienda o cede 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. Por lo que no puede considerarse que la duración pactada en este caso fuera desproporcionada, ni supusiera infracción del art. 81 TCE , en la interpretación dada por el tan citado auto del TJUE.

9.- Todo lo anterior priva de eficacia a la alegación relativa a la duración del pacto de suministro en exclusiva bajo la vigencia del Reglamento (CE) n.º 2790/99, habida cuenta la conclusión ya establecida de que el contrato quedaba exento del ámbito de aplicación del art. 81 TCE . De hecho, esta cuestión ya quedó despejada por el auto del TJCE de 3 de septiembre de 2009, en el Asunto C-506/07 , en respuesta a la cuestión prejudicial planteada en este mismo procedimiento por la Audiencia de A Coruña, con una remisión expresa a la sentencia del propio TJCE *Pedro IV y Servicios* (sentencia de 2 de abril de 2009, asunto C- 260/07).

10.- Por si ello fuera poco, no pueden considerarse infringidos ni el art. 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , ni el art. 2.2 e) del Real Decreto de 22 de febrero de 2008 , que aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, porque no estaban en vigor a la fecha de interposición de la demanda.

11.- Las anteriores conclusiones hacen innecesario el análisis de los submotivos relativos al alcance de la condición de superficiario del proveedor de carburantes y a la irrelevancia de las inversiones.

Segundo motivo:

Planteamiento:

En este motivo se denuncia infracción del art. 81.1 TCE , art. 1.1 a) LDC y art. 4 A) del Reglamento Comunitario 2790/99 , porque la sentencia no tiene en cuenta la existencia de prácticas encaminadas a la fijación indirecta del precio de venta final de los combustibles y carburantes.

Decisión de la Sala:

1.- El propio motivo comienza reconociendo que esta misma alegación no fue tenida en cuenta por la sentencia recurrida, por considerar que no había sido planteada en la demanda. Consecuentemente, no habiéndose planteado recurso extraordinario por infracción procesal que combatiera dicha decisión de la Audiencia Provincial, este motivo de casación ha de ser directamente rechazado.

2.- No obstante, dado que la sentencia de la Audiencia Provincial, pese a todo, sí que hace algunas consideraciones al respecto, hemos de estar a los hechos declarados probados en la misma, donde consta que no hubo imposición de precios de reventa, ni de precios mínimos de reventa. Sobre dicha base, el recurso pretende una completa revisión de la prueba practicada en la instancia, lo que es totalmente inviable en el recurso de casación.

3.- Por estas razones este segundo motivo de casación debe seguir el mismo destino desestimatorio que el anterior.

Tercer motivo:

Planteamiento:

Este motivo de casación denuncia infracción de los arts. 1.256 y 1.449 del Código Civil , porque la fijación del precio de compra de carburante por el minorista queda al arbitrio de la petrolera que lo suministra.

Decisión de la Sala:

1.- Sucede con este motivo casacional lo mismo que con el anterior. La Audiencia Provincial no trató esta misma alegación por entender que era extemporánea, al no haber sido alegada en la demanda. Como quiera que no se ha interpuesto recurso extraordinario de infracción procesal contra dicha decisión, el motivo debe decaer.

2.- En cualquier caso, entraña una pretensión de nueva valoración de la prueba, alterando la base fáctica de la sentencia, lo que también resulta inadmisibile.

TERCERO.- Alegación relativa a la imposición de costas.



1.- Sin la formulación como motivo específico de casación y de manera procesalmente irregular, se incluye en el escrito de interposición del recurso de casación un epígrafe numerado "cuarto", en el que se solicita que se revoque la imposición de las costas de la apelación, al existir dudas de hecho y de derecho.

2.- Los arts. 394 y 398 LEC establecen, como criterio general en materia de costas, el principio del vencimiento total, inspirado, como recuerdan las sentencias núm. 597/2006 de 9 junio , y 715/2014, de 16 de diciembre , en la regla de que «la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien la tiene». Solo excepcionalmente, en caso de que el tribunal aprecie la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho, puede no hacer expresa imposición de las costas. Por tanto, habiendo sido desestimada tanto la demanda como el recurso de apelación, la consecuencia natural era la imposición de las costas a la demandante y recurrente en apelación, y solo muy excepcionalmente, si concurrieran a juicio del tribunal sentenciador serias dudas de hecho o de derecho, procedía hacer un pronunciamiento que no impusiera las costas a ninguna de las partes.

3.- Además, esta Sala viene declarando reiteradamente, en relación al principio de vencimiento objetivo, que quedan al margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación de circunstancias que sirven de excepción a dicha regla, del mismo modo que su no apreciación queda exceptuada del recurso, siendo en uno y en otro caso función de los tribunales de instancia, ajena al ámbito de la casación, no teniendo los mismos obligación de ejercer, ni de motivar por qué no ejercen tal facultad (por todas, sentencias núm. 732/2008, de 17 de julio , y 40/2015, de 4 de febrero).

CUARTO.- *Comunicación a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.*

De conformidad con lo dispuesto en el art. 212.3 LEC , esta sentencia se comunicará por el Letrado de la Administración de Justicia a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

QUINTO.- *Costas y depósitos.*

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para dicho recurso, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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 compañía mercantil "Jofra Oil, S.L." contra la sentencia de 26 de noviembre de 2010, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, en el recurso de apelación núm. 95/2010 , que confirmamos íntegramente.

2º Imponer a "Jofra Oil, S.L." las costas del recurso de casación.

3º Ordenar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y de 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 Francisco Marin Castan, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , 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.