



TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 67/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

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. Pedro José Vela Torres

D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 7 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto , constituida en Pleno, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Gasorba S.L., D.^a xxx y D. yyy, representados por el procurador D. David García Riquelme y bajo la dirección letrada de D.^a María Gaitán Luján; contra la sentencia núm. 30/2014, de 27 de enero, dictada por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 555/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 176/2008, del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid. Sobre defensa de la competencia. Ha sido parte recurrida Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., representada por el procurador D. José Pedro Vila Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Pedro Arévalo Nieto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de D.^a xxx, D. yyy y la compañía mercantil Gasorba S.L, interpuso demanda de juicio ordinario contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. (REPSOL) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que resuelva:

»1º.- Declarar de aplicación a la relación contractual litigiosa formada por la Escritura de Cesión de Derecho de Usufructo y el Contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento, ambos de fecha 15/02/1993, el apartado 1 del artículo 81 del Tratado de Amsterdam.

»2º.- Declarar que la citada relación contractual no podía gozar de la exención del artículo 81 por no cumplir las condiciones de exención exigidas por los Reglamentos CE 1984/83 y 2790/99.

»3º.- Declarar la nulidad radical de citada relación contractual en aplicación del apartado 2 del artículo 81 del Tratado.

»4º.- Condenar a la demandada a satisfacer a mi mandante la consiguiente indemnización de daños y perjuicios que resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a GASORBA por la diferencia media anual existente entre el precio de transferencia de REPSOL a GASORBA (PVP medio anual fijado por REPSOL a GASORBA deducido tanto el margen/comisión fijado por REPSOL como el IVA y el IVMH) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados a otros distribuidores que se hallen en la misma fase de distribución, con intereses.

»5º.- Declarar que no procede restituir suma alguna a REPSOL por la nulidad y extinción anticipada de la relación contractual por considerar que la suma de 22.250.000 Pts (133.725,19 euros) entregada por REPSOL a GASORBA en el año 1993 posibilitó la licitud de la exclusiva de suministro durante un máximo de 10 años, esto es, hasta el 15/02/1993.

»6º.- Subsidiariamente, y para el supuesto de que fuera rechazado el pedimento 4º precedente, se condene a la demandada a satisfacer a mi mandante la consiguiente indemnización de daños y perjuicios que resulta de obtener a las diferencias de comisiones fijadas y congeladas a GASORBA con respecto al resto de comisionistas de la red REPSOL,

que asciende a la suma de CIENTO SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA EUROS CON VEINTISIETE CÉNTIMOS (172.540,27 euros), con intereses.

»7º.- Condenar expresamente a la demandada al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 17 de abril de 2008 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, y registrada con el núm. 176/2008. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Pedro J. Vila Rodríguez, en representación de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

« [...]en su día dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte actora, sin la limitación establecida en el apartado tercero del artículo 394 LEC».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid dictó sentencia de fecha 8 de julio de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda que ha dado lugar a los presentes autos de Juicio Ordinario número 176/2008, seguidas a instancia del procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de Doña xxx, yyy, y GASORBA SL, contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA, representado por el Procurador Don Pedro J. Vila Rodríguez, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al demandado de los pedimentos dirigidos en su contra, sin hacer expresa imposición de las costas causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª xxx, yyy y Gasorba S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 552/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 27 de enero de 2014, cuya parte dispositiva dice:

«1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña XXX, D. YYY, y Gasorba S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

»2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

»3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

»De conformidad con el artículo 212.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, comuníquese la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. David García Riquelme, en representación de Dña. XXX, D. YYY y Gasorba S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.3º de la LEC, errónea valoración de la prueba.

»Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

»Tercero.- Infracción del art. 218 de la LEC, al no dar valor probatorio a la Resolución del TDC de 30.07.01, ya firme, ni tampoco a la Resolución de la CNC de 30.07.2009, confirmada por la Audiencia Nacional.

»Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.3º LEC, por infracción del art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, y del art. 43 LEC».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 81.3 del Tratado CE (actual artículo 101.3 TFUE) y de los artículos 81.1 y 2 del mismo Tratado, así como del artículo 6.3 del Código Civil.

»Segundo.- Infracción del artículo 81.1 y 2 y del artículo 249 del Tratado CE (actual artículo 101.1 y 2 y artículo 288 del TFUE), en relación con los artículos 1.6, 6.3 y 1809 del Código Civil y con los artículos 2,3,7,9, 10 y 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

»Tercero.- Infracción del artículo 394 de la LEC».

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 la sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 1 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Dña. XXX, YYY y de la compañía mercantil

“Gasorba, S.L” contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), con fecha 27 de enero de 2014 en el rollo de apelación 555/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 176/2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de los de Madrid».

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

4.- Por providencia de 1 de julio de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de septiembre de 2016, en que tuvo lugar una primera deliberación, en la que se planteó la procedencia de formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme al art. 367 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 16 del Reglamento (CE) Nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE.

5.- Mediante providencia de fecha 20 de septiembre de 2016 se dio audiencia a las partes para que se pronunciasen sobre la pertinencia de dicha formulación.

6.- Evacuado dicho trámite, por auto de 18 de octubre de 2016 se acordó formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la petición de decisión prejudicial, en interpretación del art. 16 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE. En auto de 23 de noviembre se rectificó un error material contenido en la parte dispositiva del anterior auto, a fin de hacer constar que el artículo correcto es el 101.3 TFUE y no el 101.1 TFUE.

7.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), en el asunto C-547/16, dictó sentencia de 23 de noviembre de 2017, con el siguiente fallo:

«El artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE], debe interpretarse en el sentido de que una decisión de compromisos relativa a determinados acuerdos entre empresas y adoptada por la Comisión Europea en virtud del artículo 9, apartado 1, del referido Reglamento no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas en materia de competencia y declaren, en su caso, la nulidad de tales acuerdos con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 2».

8.- Recibida dicha sentencia, se concedió trámite de audiencia a las partes, que presentaron sus escritos de alegaciones.

9.- Por providencia de 21 de diciembre de 2017 se avocó el conocimiento del asunto al Pleno de la sala, señalándose a tal fin el 24 de enero de 2018, en que ha tenido lugar. En la deliberación, votación y fallo no participó el magistrado D. Eduardo Baena Ruiz, al tener concedida licencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 15 de febrero de 1993, D.^a XXX y D. YYY suscribieron con Repsol dos contratos. En el primero, denominado escritura de constitución de usufructo, los Sres. XXX y YYY constituyeron un derecho de usufructo a favor de Repsol sobre una finca y una estación de servicio construida en la misma, sita en la localidad de Orba (Alicante), así como sobre la concesión administrativa que permitía la explotación de dicha estación, por plazo de veinticinco años. En el segundo, denominado contrato para la cesión de la explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, Repsol arrendó al Sr. YYY tanto la finca como la estación de servicio, por plazo de veinticinco años y renta de 10.000 ptas. mensuales.

2.- El 12 de noviembre de 1994, los Sres. YYY y XXX y sus dos hijos constituyeron una sociedad denominada Gasorba, S.L., que se subrogó en los contratos celebrados con Repsol, con consentimiento de ésta.

3.- En el contrato de arrendamiento se imponía a los arrendatarios la obligación de suministro en exclusiva con Repsol, durante todo el tiempo del arriendo. Repsol comunicaba periódicamente los precios máximos de venta al público y permitía que la parte arrendataria realizara descuentos con cargo a su comisión, sin disminuir los ingresos del suministrador.

4.- Los Sres. XXX y YYY y la mercantil Gasorba, S.L. presentaron demanda contra Repsol, con lo siguientes pedimentos: (i) Que se declarase de aplicación a la relación contractual litigiosa el apartado 1 del artículo 81 del

Tratado de Ámsterdam; (ii) Que se declarase que dicha relación contractual no podía gozar de la exención del artículo 81, por no cumplir las condiciones de exención exigidas por los Reglamentos CE 1984/83 y 2790/99; (iii) Que se declarase la nulidad radical de la citada relación contractual en aplicación del apartado 2 del artículo 81 del Tratado; (iv) Que se condenara a Repsol a satisfacer a la parte actora la indemnización de daños y perjuicios irrogados de acuerdo con dos fórmulas -una principal y otra subsidiaria- propuestas en la demanda, así como al pago de las costas.

Tales pretensiones se basaban, resumidamente, en que la relación contractual entre las partes incurría en la práctica, prohibida y no exenta, consistente en la fijación por parte de la demandada del precio de venta al público de los productos suministrados. Así como en que la duración del pacto de exclusiva de abastecimiento (25 años), superaba no solo el máximo previsto en el Reglamento 2790/99, sino también el contemplado en el precedente Reglamento 1984/83.

5.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, e interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó, por las siguientes y resumidas consideraciones: (i) El art. 4 del Reglamento CEE 2790/99 no excluye los precios de venta máximos o recomendados por el proveedor que no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo, de lo que se puede deducir que no conllevaría efectos apreciables sobre la competencia la fijación de precios máximos de venta al público si se respeta la libertad del agente para, jugando con su comisión, poder bajar el precio que va a pagar el cliente final, sin disminuir los ingresos del suministrador. (ii) Las dudas que pudieron suscitarse en cuanto a la admisibilidad del régimen de precios máximos o recomendados por el Reglamento 1984/83 quedaron definitivamente disipadas tras las sentencias del TJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/06, y de 2 de abril de 2009, asunto C-260/2007, de las que se hizo eco la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno de 15 de enero de 2010. (iii) No consta que Gasorba haya sido víctima de una conducta anticompetitiva, ni en la demanda se adujo que la práctica de descuentos fuera antieconómica para los arrendatarios. (iv) La duración del contrato no determina *per se* su nulidad, ya que existía un modo de desvincularse del mismo que las autoridades

comunitarias habían considerado que satisfacía las exigencias del Derecho de la Competencia, mediante la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006.

6.- Una vez que los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por los Sres. XXX y YYY y Gasorba fueron examinados por la sala, se decidió elevar petición de decisión prejudicial al TJUE, en interpretación del art. 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en los siguientes términos:

1.- «¿Conforme al artículo 16 («Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia») del Reglamento (CE) Nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/B-1-382.348-Repsol C.P.P), impide que los acuerdos comprendidos en la misma puedan ser declarados nulos por un tribunal nacional en atención a la duración del plazo de exclusiva de abastecimiento, aunque sí pueden ser declarados nulos por otras causas, como por ejemplo la imposición de un precio mínimo de venta al público por el proveedor al comprador (o revendedor)?».

2.- En tal caso, ¿Puede entenderse que los contratos de larga duración afectos por la Decisión de Compromisos gozan de una exención individual, ex art.101.1 TFUE, en atención a la Decisión?».

7.- Dicha petición fue resuelta por la STJUE de 23 de noviembre de 2017, asunto C-547/16, cuyo fallo establece:

«El artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE], debe interpretarse en el sentido de que una decisión de compromisos relativa a determinados acuerdos entre empresas y adoptada por la Comisión Europea en virtud del artículo 9, apartado 1, del referido Reglamento no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas en materia de competencia y declaren, en su caso, la nulidad de tales acuerdos con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 2».

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Error en la valoración probatoria y carga de la prueba*

Planteamiento:

1.- Los Sres. XXX y YYY y Gasorba, S.L., formularon un primer motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.3º LEC, por valoración errónea y arbitraria de la prueba, con infracción de la tutela judicial efectiva.

2.- En el desarrollo del motivo se alega resumidamente que Repsol ni solicitó ni practicó prueba alguna en relación con la concurrencia de los requisitos de aplicación del art. 81.3 TFUE, pese a que a quien incumbía la prueba de su existencia, para que pueda reconocerse la exención de la nulidad prevista en el art. 81.1 TCE, era a dicha parte.

Decisión de la Sala:

1.- No queda muy claro en el recurso si lo que se alega es una ilógica valoración de la prueba o una vulneración de las reglas de la carga de la prueba. En el primer caso, el cauce impugnatorio adecuado no sería el elegido, con cita del ordinal 3º del art. 469.1 LEC (infracción de normas procesales causantes de indefensión), sino el ordinal 4º del mismo precepto (vulneración de derechos fundamentales). Y en el segundo, tampoco sería el cauce idóneo, puesto que las cuestiones relativas a la carga de la prueba tienen acogida en el ordinal 2º (infracción de normas reguladoras de la sentencia), ya que el art. 217 LEC se incluye dentro de tal regulación, en concreto, en lo relativo a los requisitos internos de la sentencia.

2.- Junto a dicho defecto de formulación, el motivo deviene inviable por razones de fondo.

En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC (no en otro número del mismo art. 469.1) debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias núm. 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, 211/2009, de 26 de noviembre, 25/2012, de 27 de febrero, 167/2014, de 22 de octubre, y 152/2015, de 6 de julio, destacó que «concorre error patente en

aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 235/2016, de 8 de abril, 303/2016, de 9 de mayo, y 714/2016, de 29 de noviembre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

En este caso, no hay error fáctico alguno, puesto que la sentencia lo que realiza en relación con los apartados 1 y 3 del art. 81 TCE son valoraciones jurídicas. Y tenemos reiteradamente dicho que el excepcional control a que se refiere el art. 469.1.4º LEC se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; 58/2015, de 23 de febrero; y 53/2016, de 11 de febrero).

3.- Y si lo que se pretende es aducir que se han infringido las reglas de la carga de la prueba, no puede acogerse dicha alegación, por cuanto la sentencia recurrida no hace uso de tales reglas (art. 217 LEC).

Por el contrario, valora jurídicamente la relación contractual concertada entre las partes, a fin de determinar si incurre en las prohibiciones previstas en el art. 81.1 TCE, o por el contrario, está exenta de las mismas, conforme al apartado 3 del mismo precepto.

TERCERO.- *Segundo motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba con incidencia constitucional*

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

2.- En el desarrollo del motivo, se reitera que resulta improcedente el reconocimiento de la exención prevista en el art. 81.3 TCE cuando la misma no ha sido objeto de prueba por la parte demandada.

Decisión de la Sala:

Dado que en el propio motivo se reconoce expresamente que su argumentación es idéntica a la del primero, no cabe sino remitirse a lo expuesto para su desestimación, con el mismo resultado, a fin de evitar inútiles repeticiones.

CUARTO.- *Tercer motivo de infracción procesal. Infracción del art. 218 LEC*

Planteamiento:

1.- Se enuncia este motivo, con invocación del art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 218 LEC, al no haberse concedido valor probatorio a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 30 de julio de 2001, ni a la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio de 2009.

2.- Al desarrollar el motivo, se aduce resumidamente que en tales resoluciones administrativas se reconoce que había imposición de precios por el suministrador, lo que ha sido ignorado por la sentencia recurrida. Y a su vez, no ha tenido en cuenta lo previsto en la Propuesta de Directiva relativa a las

normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (posterior Directiva de Daños).

Decisión de la Sala:

1.- Este motivo de infracción procesal incurre en una petición de principio, puesto que parte de una premisa incierta, cual es que la relación contractual litigiosa fue calificada como ilícita por las resoluciones administrativas invocadas. Al no ser así, no puede considerarse incongruente la resolución judicial que no parte de dicha premisa.

2.- La sentencia recurrida no desconoce las resoluciones de las autoridades administrativas de competencia a que se hace referencia en el recurso, sino que simplemente no les concede el valor absoluto que pretenden los recurrentes. En relación con el expediente 490/00 del Tribunal de Defensa de la Competencia, argumenta que en la resolución de 11 de julio de 2001 lo que se declaró probado fue la práctica de fijación de precios en relación con un total de cincuenta contratos, cifra que, a criterio de la Audiencia Provincial, puede ser significativa a efectos de la adopción de medidas administrativas, pero resulta insuficiente para considerar en este procedimiento civil que hubo tal conducta contraria a la normativa de defensa de la competencia, sobre todo cuando no se ha probado que Gasorba fuera víctima de esa misma práctica o que se viera impedida de hacer reducciones sobre los precios indicados la petrolera. Y cita las sentencias de esta sala de 15 de abril de 2009 y 11 de mayo de 2011, para resaltar el diferente ámbito de conocimiento y decisión de los expedientes administrativos de competencia (cuya finalidad es la protección del orden público económico) respecto de los procedimientos judiciales civiles (en que se tutelan intereses privados).

Asimismo, resalta que no consta la existencia de ningún expediente administrativo en que se examinara concretamente la relación contractual entre Gasorba y Repsol, por lo que no le otorga a la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio de 2009 el valor vinculante pretendido por la parte.

3.- Como consecuencia de lo cual, por un lado, lo que hace la sentencia recurrida son valoraciones jurídicas que no pueden combatirse con la alegación de una inexistente incongruencia omisiva. Y por otro, como no se ha

invocado ninguna resolución de las autoridades administrativas españolas de defensa de la competencia que afecte directamente a la relación contractual entre las partes de este litigio, ninguna obligación tenía la Audiencia Provincial de tenerla en cuenta para resolver las cuestiones sometidas a su consideración. Por lo que este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

QUINTO.- *Cuarto motivo de infracción procesal. Falta de suspensión a la espera de la resolución de una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE*

Planteamiento:

1.- Este último motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1 3º LEC, por infracción del art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, y del art. 43 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo, se alega resumidamente que la Audiencia Provincial debería haber suspendido su pronunciamiento hasta que se hubiera resuelto la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (asunto C-142/13, caso *Bright Service*).

Decisión de la Sala:

1.- Nuevamente nos encontramos ante una petición de principio, puesto que lo planteado por la parte únicamente tendría virtualidad si, por no concurrir las condiciones del apartado 3º del art. 81 TCE, hubiera que examinar si la ineficacia sobrevenida opera a partir del 1 de enero de 2002 o del 1 de enero de 2007, que es lo que se trataba de aclarar mediante el planteamiento de la invocada cuestión prejudicial. Como quiera que la Audiencia Provincial sí consideró que concurrían las causas de exención del art. 81.3 TCE, no tenía por qué sentirse vinculada por el pronunciamiento que hubiera de recaer en respuesta a la tan mencionada cuestión prejudicial, por lo que no vulneró norma alguna al no suspender el procedimiento. Cosa distinta es que el razonamiento en que sustentó su decisión fuera jurídicamente acertado o no, pero ello es ajeno al recurso extraordinario por infracción procesal y deberá combatirse, en su caso, en el recurso de casación.

2.- En todo caso, a la fecha de resolución de este recurso ya se ha dictado por el TJUE la resolución en el asunto C-142/13, que fue incluso objeto de

tratamiento en la petición de decisión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo, y que se tendrá en cuenta para resolver el recurso de casación.

Recurso de Casación

SEXTO.- *Primer y segundo motivos de casación. Formulación. Admisibilidad. Tratamiento conjunto*

1.- Los recurrentes formularon un primer motivo de casación, por infracción del art. 81.3 TCE (actual art. 101.3 TFUE) y de los arts. 81.1 y 2 del mismo Tratado, así como del art. 6.3 CC. El motivo se subdivide en dos apartados.

En el apartado a), se denuncia, resumidamente, la infracción, por indebida aplicación, del art. 81.3 del Tratado CE, actual 101.3 TFUE, al estimar la sentencia recurrida que la relación contractual es merecedora de una exención individual ex art. 81.3 TCE, actual art. 101.3 TFUE, cuando no justifica el cumplimiento de cada uno de sus requisitos. También considera que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia contenida en la sentencia del pleno de esta sala 863/2009, de 15 de enero de 2010, que considera que para otorgar una exención individual, conforme al art. 81.3 TCE, deben cumplirse todos y cada uno de los requisitos expresamente previstos en dicha norma.

En el apartado b), se alega, resumidamente, la infracción del art. 81.1 y 2 del TCE y del art. 6.3 del CC, desde el momento en el que, aun sin concurrir los requisitos exigidos para la concesión de una exención individual y pese a reconocer que el entramado contractual, con la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, no se adaptó a las exigencias comunitarias, no aprecia la infracción del art. 81.1 TCE y no declara la nulidad radical de todo el entramado contractual, vulnerando así la doctrina contenida en SSTS de 22 de julio de 1997 y 18 de junio de 2002, relacionada con el art. 6.3 del CC.

2.- En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del art. 81.1 y 2 TCE (actuales arts. 101.1 y 2 y 288 TFUE), en relación con los arts. 1.6, 6.3 y 1089 CC y con los arts. 2, 3, 7, 9, 10 y 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, en cuanto a la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado porque haya

evolucionado la realidad social, o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. Tal petición se centra en la indebida asunción por la sentencia recurrida de la línea interpretativa que considera que la relación contractual quedó definitivamente conformada e integrada con los compromisos impuestos a Repsol por la Comisión Europea, mediante la Decisión de 12 de abril de 2006.

Al desarrollarse el motivo, se alega también, resumidamente, que la jurisprudencia aplicada por la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia comunitaria, por lo que debe ser modificada en el sentido que establezca la decisión del TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-142/13 (*Brigth Service*).

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, por considerar que no cumplía los requisitos formales exigidos legalmente, porque se ha interpuesto por la vía del art. 477.2.2º LEC, cuando procedía su interposición por el cauce del art. 477.2.3º, ya que el juicio se siguió por la materia y no por la cuantía.

Aunque la objeción es cierta, basta con leer el recurso de casación para comprobar que se trata de un simple error material (errata), puesto que toda la argumentación se refiere al interés casacional, como demuestra la constante cita de sentencias que se consideran infringidas y la ausencia de mención alguna a la cuantía litigiosa más allá de la invocación del cauce erróneamente citado. En consecuencia, con el fin de evitar formalismos enervantes, y visto que el recurso, pese a su equívoca incardinación legal, se desarrolla propiamente como un recurso de casación por interés casacional, procede su admisión. Máxime cuando el interés casacional es evidente, a la luz de la última jurisprudencia del TJUE y su impacto en nuestro enjuiciamiento.

4.- Como quiera que tras la formulación del recurso de casación se han dictado diversas resoluciones relevantes, tanto por el TJUE, como por esta propia sala, se considera conveniente resolver conjuntamente ambos motivos de casación, con una mención previa a la situación actual tras esos pronunciamientos judiciales, a los que iremos haciendo referencia.

SÉPTIMO.- *Análisis de las cuestiones jurídicas controvertidas a la luz de la STJUE de 23 de noviembre de 2017*

1.- Antes de que esta sala decidiera plantear la petición de decisión prejudicial que ha sido resuelta por la STJUE de 23 de noviembre de 2017, la cuestión jurídica a que se refieren los dos primeros motivos de casación consistía, básicamente, en si se consideraba que el contrato litigioso (más propiamente, el entramado contractual, puesto que son varios los pactos o negocios jurídicos que conforman las relaciones entre las partes) estaba adaptado a la normativa comunitaria, como consecuencia de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 (fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida), y debía resolverse en la misma línea que las SSTS 311/2011, de 9 de mayo; 310/2011, de 11 mayo; 709/2012, de 30 de noviembre; y 789/2012, de 4 de enero de 2013. O si, por el contrario, debía considerarse que la Decisión de la Comisión no constituía una causa de exención y tras el ATJUE de 27 de marzo de 2014 (asunto C-142/13, *Brigth Service*) debería adoptarse una solución como la acordada en la sentencia 162/2015, de 31 de marzo.

No obstante, la sala consideró en su momento que el mencionado ATJUE del caso C-142/13 no daba completa respuesta a la controversia, por lo que planteó su propia petición de decisión prejudicial. De manera que, aclarado ya por el TJUE en la indicada sentencia de 23 de noviembre de 2017 cuál es el valor de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006, deben resolverse los motivos de casación bajo esta nueva perspectiva.

2.- Cuando se concertó el contrato de distribución que contiene el pacto de suministro en exclusiva y su duración de veinticinco años, regía el Reglamento CE 1984/83, de 22 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (Reglamento de exención) y estaba amparado por el mismo. Este Reglamento expiró el 31 de diciembre de 1999, de forma que el día 1 de enero de 2000 entró en vigor el nuevo Reglamento CE 2790/1999, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Sin perjuicio de que se prorrogara la aplicación de las exenciones previstas en el

anterior hasta el 31 de diciembre de 2001 a los acuerdos que ya estuvieran en vigor el 31 de mayo de 2000.

Conforme al cambio de criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015, como consecuencia de la doctrina contenida en el antes citado ATJUE de 27 de marzo de 2014, asunto *Brighth Service*, cuando un «acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento nº 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento nº 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento nº 2790/1999 (...)». Y se rectifica expresamente la interpretación que veníamos haciendo con anterioridad, relativa a que tal acuerdo siguiera estando excluido del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE, por dicho Reglamento de exención, hasta el 31 de diciembre de 2006. Esto es, no cabe sumar al período transitorio previsto en el art. 12.2 del Reglamento, otro período de una duración equivalente al máximo durante el cual un contrato que incluya una cláusula de no competencia puede estar exento en virtud del Reglamento nº 2790/1999.

3.- Conforme a tal conclusión jurisprudencial, el contrato litigioso incurrió en ineficacia sobrevenida a partir de 1 de enero de 2002, con las consecuencias que, desde la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015, hemos establecido para casos similares de contratos de abanderamiento y abastecimiento de combustible en exclusiva. Sin embargo, la sentencia recurrida consideró que no hubo infracción del art. 81.3 TCE, al analizar los requisitos para que proceda la exención individual, por considerar que cuando se concertó la relación contractual regía el art. 12.2 del citado Reglamento CE 1984/83 y en el periodo transitorio entre ese Reglamento y el Reglamento CE 2790/99, Repsol instó, conforme al Reglamento CEE 17/1962, un procedimiento de declaración negativa y subsidiaria de exención individual. Según la Audiencia Provincial, como quiera que a la entrada en vigor del Reglamento CE 2790/99 la cuota de mercado de Repsol era superior al 30%, la cláusula de duración pactada entre las partes quedó protegida por la mencionada solicitud de exención, según se desprende de las Directrices 59 y 155 de Aplicación del Reglamento CE 2790/99 (en este sentido, sentencia de esta Sala 991/2014, de 12 de enero de 2015). Y como consecuencia de la Decisión de la Comisión

Europea de 12 de abril de 2006, las relaciones contractuales entre las partes quedaron acomodadas al nuevo marco jurídico, dado que Repsol ofreció a los demandantes poder apartarse anticipadamente del entramado contractual.

4.- No obstante, la STJUE de 23 de noviembre de 2017, en respuesta a nuestra petición de decisión prejudicial, ha establecido que una decisión de compromisos adoptada por la Comisión Europea relativa a determinados acuerdos entre empresas no impide que los tribunales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas comunitarias en materia de competencia y puedan declarar su nulidad. Así como que las decisiones de compromisos convierten estos en obligatorios, pero no certifican la conformidad de la práctica objeto de tales pronunciamientos con las normas del derecho de la Unión que prohíben conductas contrarias a la competencia. Por tanto, no cabe excluir que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que la práctica objeto de la decisión de compromisos es ilegal, porque la decisión de compromisos no puede legalizar de manera retroactiva un comportamiento infractor. Pero añade la sentencia en el apartado 29:

«No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden ignorar este tipo de decisiones porque, en cualquier caso, tales actos tienen carácter decisorio. Además, tanto el principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, como el objetivo de la aplicación eficaz y uniforme del Derecho de la Unión en materia de competencia obligan al juez nacional a tener en cuenta el análisis preliminar de la Comisión y a considerarlo un indicio —o, incluso, un principio de prueba— del carácter contrario a la competencia del acuerdo en cuestión a la luz del artículo 101 TFUE, apartado 1».

5.- Pues bien, la tan mencionada Decisión de 12 de abril de 2006 consideró en su evaluación preliminar que este tipo de contratos puede, según el caso, presentar un problema de competencia, en particular cuando, en virtud de las cláusulas inhibitorias de la competencia aplicables a los carburantes destinados a la venta en las estaciones de servicio, otros proveedores del mercado no pueden vender a compradores concretos, lo que puede conducir a la exclusión del mercado (exclusión de otros proveedores mediante el incremento de las barreras de entrada) y a reducir la competencia inter-marca.

También estimó la Comisión que las cláusulas inhibitorias de la competencia contenidas en contratos como el litigioso podían contribuir de manera significativa a crear un efecto de exclusión en el mercado español de la venta al por menor de carburantes, dado que por el contexto económico y

jurídico de esos contratos, el mercado era difícilmente accesible para los competidores que desearan instalarse o incrementar su cuota de mercado. El acceso era difícil, en particular, como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, del efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales, de las dificultades para establecer una red alternativa y de otras condiciones de la competencia (principalmente la saturación del mercado y la naturaleza del producto). Conclusiones que se desprendían, según la Decisión, de los siguientes elementos: el alcance de las obligaciones inhibitorias de la competencia impuestas por Repsol (la cuota de mercado vinculada de las ventas de Repsol era considerable, en torno al 25-35%); la larga duración de los compromisos de inhibición de la competencia suscritos, en particular en el caso de los contratos de usufructo y de superficie, que son contratos a largo plazo (entre 25 y 40 años); la posición débil y atomizada de las empresas que explotan estaciones de servicio y de los clientes finales con relación a la de los proveedores, y en particular a la de Repsol, cuya cuota de mercado era considerable.

En esa evaluación preliminar, la Comisión concluyó que, de conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo, los contratos de estas características, al aplicarse en el conjunto del territorio de un Estado miembro, pueden surtir, por su naturaleza, el efecto de consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando la interpenetración económica perseguida por el Tratado, máxime cuando las posibles restricciones de la competencia crearían una barrera de entrada.

6.- En conclusión, la Decisión de la Comisión no certificó (en palabras del TJUE) la conformidad de la práctica objeto de sus pronunciamientos –la relativa a la duración del contrato de exclusiva- con las normas del Derecho de la Unión que prohíben conductas contrarias a la competencia. Por lo que, en tanto en cuanto la sentencia recurrida consideró que la Decisión de la Comisión enervaba la posibilidad de nulidad contractual por infracción del Derecho de la competencia, deben estimarse los dos primeros motivos de casación, y sin necesidad de examinar el tercero, anular dicha sentencia y asumir la instancia, a fin de examinar los motivos del recurso de apelación.

OCTAVO.- *La alegación de nulidad por fijación de precios*

1.- En lo que se refiere a la nulidad de los acuerdos por fijación directa o indirecta de los precios de venta (artículo 81.1º, apartado a), del Tratado), si bien en un primer momento, respecto de contratos de abanderamiento similares al de este procedimiento, esta sala mantuvo una postura muy estricta en las sentencias 1066/2008, de 20 noviembre, y 249/2009, de 15 de abril, el criterio se matizó a partir de la sentencia 863/2009, de 15 de enero de 2010, en la que, siguiendo la pauta fijada por el Tribunal de Justicia en la STJCE de 11 de septiembre de 2008, C-279/06 (caso *Cepsa*), y la STJUE de 2 de abril de 2009, C-260/07 (caso *Pedro IV*), estableció que las cláusulas relativas a los precios de venta al público pueden acogerse a la exención por categorías prevista en el Reglamento CEE nº 1984/83 si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y el revendedor tiene la posibilidad real de determinar el precio final de venta al público.

Las sentencias 214/2102, de 16 de abril; 447/2012, de 10 de julio; 491/2012, de 20 de julio; y 601/2012, de 24 de octubre, refrendaron esta postura. Y las sentencias 713/2014, de 17 de diciembre, 764/2014, de 13 de enero de 2015 (Pleno), y 699/2015, de 17 de diciembre, han culminado esta evolución jurisprudencial. Tales resoluciones parten de la doctrina fijada por el TJUE en la citada sentencia de 2 de abril de 2009, caso *Pedro IV* (C-260/07), que atribuye al tribunal nacional que conoce del litigio la facultad de «verificar, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo» (apartado 79). Y para ello debe «examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado. En particular, debe comprobar si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos» (apartado 80).

2.- Las sentencias 713/2014 y 764/2014 se remiten expresamente a la sentencia 789/2012, de 4 de enero de 2013, conforme a la cual «si el contrato permite hacer descuentos en el precio de venta al público, la prueba de su imposibilidad real incumbe a la parte litigante que pide la nulidad, normalmente mediante prueba pericial, de modo que por regla general habrá de respetarse el juicio probatorio del tribunal de instancia sobre este punto», como ya se dijo en las SSTs 61/2011, de 28 de febrero; 312/2011, de 5 de mayo; 300/2011, de 13 de junio; 647/2011, de 28 de septiembre; 739/2011, de 2 de noviembre; 166/2012, de 3 de abril; y 236/2012, de 10 de abril. Y la doctrina contenida en las mismas vuelve a reiterarse en la sentencia 699/2015, de 17 de diciembre.

3.- Bajo este prisma, las alegaciones de la parte recurrente sobre la fijación de precios son inatendibles, por la sencilla razón de que en su demanda no hizo alegación alguna sobre la imposibilidad de practicar descuentos por razones de índole económica. Hay una sola referencia tangencial cuando se menciona el modo de facturación y sus implicaciones tributarias, lo que, según la parte, haría que los descuentos fueran imposibles en la práctica, al venir repercutido el impuesto sobre el valor añadido (IVA) sobre el precio de venta al público recomendado. No obstante, el hecho de que no se tenga en cuenta para determinar la base imponible del IVA el descuento que los explotadores de las estaciones de servicio puedan realizar con cargo a su comisión, no ofrece base para afirmar de forma rotunda que estemos ante un mecanismo para conseguir que el precio recomendado opere en la práctica como precio fijo y que tuviera como consecuencia inevitable la inviabilidad de la realización de descuentos con cargo a la comisión, pues para ello habría que probar que el agente o distribuidor no dispone de mecanismos adecuados que le permitan regularizar periódicamente ese concepto o, en su caso, recuperar, compensar o desgravar como gasto el importe correspondiente, de modo que se tratase, realmente, de una traba difícilmente salvable para el empresario de la gasolinera y no de una excusa buscada al hilo de un sistema de facturación que claramente le reduce costes de gestión que van por cuenta de la petrolera; lo que no consta en este caso. Como dijimos en la sentencia 166/2012, de 3 de abril:

«El argumento relativo al IVA se considera insuficiente por la jurisprudencia, al no constar que falten remedios correctores permitidos por la autoridad tributaria mediante las

oportunas rectificaciones (SSTS 28-9-11 en rec. 600/08, 13-6-11 en rec. 2202/07, 5-5-11 en rec. 1043/07, 28-2-11 en rec. 1420/07 y 8-2-11 en rec. 1016/07)».

4.- Por lo demás, las alegaciones del recurso de apelación relativas a unos supuestos mecanismos indirectos de imposición de precios, como la publicidad del precio en los monolitos, la elasticidad en la demanda como característica del mercado de que se trata, o los descuentos o regalos, resultan inadmisibles, por cuanto no se adujeron en primera instancia y no pueden ser planteados novedosamente en la apelación (art. 456.1 LEC).

5.- Además, lo expuesto no contradice lo decidido en la sentencia 651/2013, de 10 de octubre, sobre la eficacia prejudicial de las decisiones de las autoridades administrativas de competencia, que se invoca por la parte recurrente en su escrito de alegaciones tras el dictado de la sentencia por el TJUE, porque como se ha dicho al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, no consta una resolución administrativa que trate específicamente el entramado contractual litigioso.

6.- En consecuencia, el motivo del recurso de apelación relativo a la fijación de precios, que examinamos como tribunal de instancia, debe ser desestimado.

NOVENO.- *La alegación de nulidad por la duración de la relación contractual. Ineficacia sobrevenida. Consecuencias*

1.- En el recurso de apelación no se mantiene la tesis inicialmente sustentada en la demanda relativa a que la duración por veinticinco años del pacto de exclusiva sería contraria a los límites impuestos por el antes citado Reglamento CE 1984/83, por lo que se ciñe la impugnación a la ineficacia sobrevenida de dicho pacto como consecuencia de que, a la fecha de interposición de la demanda, ya había expirado el periodo transitorio contemplado por el Reglamento CE 2790/99 que vino a sustituir a aquel, y a privar de amparo a dicha duración, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en la relación contractual litigiosa.

Si damos por reproducido lo expuesto en el fundamento jurídico séptimo sobre la transición entre los Reglamentos de exención 1984/1983 y 2790/1999, la solución a esta cuestión debe ser la misma que ya adoptamos en la sentencia 162/2015, de 31 de marzo, reproducida en otras posteriores.

Sobre la base de que el acuerdo celebrado por las partes no pueda beneficiarse de la aplicación del nuevo Reglamento 2790/1999, no significa que de modo retroactivo se produzca la nulidad total del contrato, pese a ser válido conforme a la normativa vigente en el momento en que fue concertado, sino que, efectivamente, el cambio normativo sobrevenido no permite que el contrato como tal pueda pervivir y desarrollarse en los términos en que fue concertado.

2.- También hemos dicho que hubo un cambio de criterio jurisprudencial, plasmado en la sentencia 763/2014, de 12 de enero de 2015, como consecuencia de la doctrina contenida en el también ya citado ATJUE de 27 de marzo de 2014, *Brighth Service*, de manera que cuando un «acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento nº 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento nº 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento nº 2790/1999 (...)».

Lo que, a los efectos que ahora nos ocupan, conlleva que, negada virtualidad sanadora a la Decisión de la Comisión de 2006, deba declararse la nulidad sobrevenida de las relaciones jurídicas entre las partes a partir del día 1 de enero de 2002. Sobre todo si, pese a existir un indicio o principio de prueba, Repsol no lo ha desvirtuado.

3.- Respecto de las consecuencias de esta ineficacia sobrevenida, nos hemos pronunciado en las sentencias 763/2014, de 12 de enero de 2015, 162/2015, de 31 de marzo, y 762/2015, de 30 de diciembre, en las que recordamos que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, «la nulidad del art. 81.2 TCE se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición (...) o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo (STJCE de septiembre de 2008, C-279/2006)», y «en el campo del derecho interno se admite la posibilidad de nulidad parcial con arreglo al aforismo '*utile per inutile non vitiatur*'».

En los casos resueltos por las citadas sentencias, entendimos que la supresión de la cláusula restrictiva (la duración de la exclusiva de abastecimiento) afectaba a un elemento estructural y a la economía del negocio, sin que fuera posible mantenerlo vigente suprimiendo la exclusiva de

abastecimiento. En el presente caso, se advierte fácilmente que si una de las demandantes constituyó el usufructo a favor de la petrolera sobre el terreno, la gasolinera y la concesión administrativa, por un plazo de veinticinco años, es porque a su vez la petrolera cedía la explotación de la estación de servicio, junto con el arrendamiento de industria y la exclusiva de abastecimiento, por igual periodo de tiempo, además de las inversiones que iba a realizar en la estación. Es decir, no se habría concertado el contrato de usufructo si no se concedía a continuación el de arrendamiento de industria y abastecimiento en exclusiva. Por lo que entre estos contratos existe un vínculo funcional, determinado por el propósito global que a través de ellos se pretendía conseguir, que permite considerarlos conexos.

Y, consiguientemente, en atención a esta vinculación, hemos de concluir que la ineficacia sobrevenida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro no puede determinar únicamente la nulidad de dicha cláusula desde el 1 de enero de 2002, sino que afecta a todo el entramado contractual. Esto es, al contrato de usufructo por veinticinco años, por un lado, y, por otro, a los contratos de cesión de la explotación de la estación de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento. Todos ellos, aunque tuvieran su causa propia, respondían a una misma finalidad y entre ellos existía un equilibrio de prestaciones, que se rompe cuando se declara la nulidad de la cláusula de suministro en exclusiva antes de cumplirse el tiempo inicialmente convenido para amortizar la inversión realizada por la demandada. El hecho de que las consecuencias de la ineficacia sobrevenida no sean las inicialmente pedidas en la demanda, en aplicación del art. 1306.2 CC, no impide que pueda pedirse en un pleito posterior la liquidación de esta relación contractual que conformaban los contratos conexos afectados por la ineficacia sobrevenida, tal y como declaramos en las merитadas sentencias.

4.- En consecuencia, respecto de esta cuestión relativa a la duración de la relación contractual y las consecuencias de su extinción, procede estimar en parte el recurso de apelación y con él, también en parte, la demanda.

DÉCIMO.- *Costas y depósitos*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación supone la estimación en parte del recurso de apelación, razón por la cual no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ambos, según previene el art. 398.2 LEC.

3.- La estimación del recurso de apelación ha supuesto la estimación en parte de la demanda, por lo que tampoco procede hacer expresa condena de las costas de la primera instancia, a tenor del art. 394.2 LEC.

4.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D.^a XXX, D. YYY y la compañía mercantil Gasorba, S.L., contra la sentencia 30/2014, de 27 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a, en el recurso de apelación n.º. 555/2012.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por los mismos recurrentes contra la indicada sentencia, que dejamos sin efecto, y en su lugar acordamos:

2.1. La estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por D.^a XXX, D. YYY y la compañía mercantil Gasorba, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º. 4 bis de Madrid de 8 de julio de 2011, en el juicio ordinario n.º 176/2008.

2.2. La estimación en parte de la demanda formulada por D.^a XXX, D. YYY y la compañía mercantil Gasorba, S.L. contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., en el sentido de declarar la ineficacia sobrevinida

desde el 1 de enero de 2002, de la relación jurídica compleja que vinculaba a las partes en relación con la estación de servicio sita en Orba (Alicante), conformada por el contrato de usufructo y el contrato de cesión de la explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento.

2.3. La desestimación del resto de las pretensiones contenidas en la demanda.

3.º- Imponer a D.ª XXX, D. YYY y la compañía mercantil Gasorba, S.L. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y apelación.

5.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.

6.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los constituidos para los recursos de apelación y casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Y comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (arts. 16.3 LDC y 212.3 LEC) y al TJUE (apartado 35 de las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales).

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

