

**Id. Cendoj:** 28079110012012100216  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 1  
**Nº de Resolución:** 214/2012  
**Fecha de Resolución:** 16/04/2012  
**Nº de Recurso:** 436/2009  
**Jurisdicción:** Civil  
**Ponente:** FRANCISCO MARIN CASTAN  
**Procedimiento:** Casación  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

DEFENSA DE LA COMPETENCIA-ESTACIONES DE SERVICIO: Regla "de minimis"; se ratifica criterio de la STS (Pleno) 15-2-12. Inexistencia de imposición de precios por el proveedor: la prueba de la imposibilidad real de hacer descuentos incumbe a quien pide la nulidad. Planteamientos del recurso desautorizados por las SSTJUE 11-9-2008 y 2-4-2009 y por la STS 15-1-10 (Pleno) y posteriores.

#### **Idioma:**

Español

---

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Abril de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil demandante BENZINERA TOT SANTA EULALIA S.L., representada ante esta Sala por el procurador D. David García Riquelme, contra la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2008 por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 4/08 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 710/04 del Juzgado de Primera Instancia nº 67 de Madrid, sobre nulidad de constitución de derecho de superficie y contrato de arrendamiento con exclusiva de abastecimiento de carburantes y combustibles. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil demandada TOTAL ESPAÑA S.A.U., representada ante esta Sala por el procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 25 de junio de 2004 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil BENZINERA TOT SANTA EULALIA S.L. contra la compañía mercantil TOTAL ESPAÑA S.A. solicitando se dictara sentencia *"por la que:*

*1.- Declare NULOS y sin efecto los Contratos privados de préstamo, arrendamiento de estación de servicio y abastecimiento y las Escrituras Públicas de Constitución de*

*Derecho de Superficie y préstamo, todos ellos de fecha 3 de Julio de 1.992. Contratos todos ellos que conforman una relación contractual compleja que vincula a mis representados con la mercantil demandada:*

*a) Por contravenir los mismos normas imperativas de conformidad con el art. 6.3 del Código Civil (en relación con la prohibición de fijar los precios de venta al público y en relación con la duración del contrato)*

*b) Por encontrarse indeterminado el precio de los productos objeto de la exclusiva de suministro, y quedar el mismo al exclusivo arbitrio de la demandada, lo que en consecuencia lleva aparejada la inexistencia de causa en contrato oneroso, y en cualquier caso, de entenderse que la misma existe, ésta sería ilícita al contravenir lo dispuesto legalmente*

*2.- En cualquier caso, y sin perjuicio de la declaración de Nulidad radical solicitada, ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1.306 punto 2º del Código Civil , de conformidad con las bases señaladas en el Hecho décimo y que en todo caso, deberá comprender el reintegro por parte de TOTAL a mi representada, de la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por BENZINERA TOT SANTA EULALIA S.L. a TOTAL ESPAÑA, S.A., por los suministros realizados desde Julio de 1992, deducidos los descuentos o márgenes comerciales aplicados por ésta, y la media de los precios semanales que se acredite fueran ofrecidos y/o abonados por otros Operadores y/o suministradores autorizados, en régimen de compra en firme o reventa, a otras Estaciones de Servicio de similares características a la gestionada por mi mandante, por el número de litros vendidos, también desde Julio de 1992, hasta el momento efectivo de cumplimiento de la Sentencia, y subsidiariamente, para el caso de que el anterior pedimento fuese rechazado, se ordene el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes, minorados en las cantidades que ya hubieran sido amortizadas, conforme al art. 1303 del CC y la Jurisprudencia existente al respecto.*

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

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 67 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 710/04 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando se dictara sentencia *"por la que, desestimando íntegramente la demanda ahora contestada, se absuelva a mi Mandante de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la misma, con expresa imposición de costas a la demandante.*

*Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que se estimase la nulidad del contrato de Abastecimiento de 3 de julio de 1992 (documento nº 7 de la demanda), que se declare resuelto el contrato de Arrendamiento de Estación de Servicio de 3 de julio de 1992 (documento nº 6 de la demanda), y que se declare la validez y vigencia del Derecho de Superficie constituido por medio de escritura Pública otorgada el 3 de Julio de 1992 ante el Notario de Barcelona D. Ángel Martínez Sarrión bajo el número 1118 de su Protocolo (documento nº 5 de la demanda).*

*Subsidiariamente, y para el supuesto de que fuesen resueltos la totalidad de los contratos, incluido el derecho de superficie, que se acuerde que la demandante habrá de indemnizar a mi Mandante con el pago de las siguientes cantidades:*

*1ª.- La cantidad que resulte de dividir el importe total de los pagos e inversiones a*

*fondo perdido realizados por mi Mandante, entre el número de días de duración prevista en la escritura de constitución del derecho de superficie, multiplicado por el número de días que resten desde la sentencia hasta el vencimiento previsto para el citado derecho de superficie.*

*El importe de los pagos e inversiones a fondo perdido realizados asciende a la suma de EUROS SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTIUNO CON CINCO CENTIMOS (747.921,05 €), lo que comprende el pago inicial del derecho de superficie (60.101,21 €), la inversión en la construcción de la estación (541.095,01 €) y los pagos de intereses (146.724,83 €). El efectivo desembolso de estos importes está siendo calculado por un Perito, cuyo informe será aportado en cuanto obre en poder de esta parte.*

*2ª.- La cantidad que por lucro cesante se determine en ejecución de sentencia, de acuerdo con los parámetros (litros facturados anualmente y márgenes comerciales teóricos anuales) que resulten del Informe Pericial que se haya solicitado."*

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 2 de octubre de 2006 desestimando la demanda, declarando no haber lugar a la nulidad de los contratos ni a ninguna de las demás pretensiones formuladas por la parte demandante, absolviendo de las mismas a la parte demandada e imponiendo las costas a la parte demandante.

**CUARTO.-** Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 4/08 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 3 de diciembre de 2009 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la parte recurrente las costas de la apelación.

**QUINTO.-** Denegada por auto de 18 de diciembre de 2008 la "aclaración y corrección" de dicha sentencia interesada por la parte actora-apelante y anunciado por esta recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador lo tuvo por preparado y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal mediante un solo motivo fundado en infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con los Reglamentos de exención (CEE) nº 1984/83 y (CE) nº 2790/99, las directrices sobre restricciones verticales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 16 de marzo de 2010, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando su desestimación, la íntegra confirmación de la sentencia recurrida y la imposición de costas a la parte recurrente.

**SÉPTIMO.-** Mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2011 la parte demandada-recurrida aportó una sentencia de 5 de octubre del mismo año dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en litigio promovido también contra ella pero por otra mercantil diferente de la aquí actora-recurrente, alegando su gran importancia para desvirtuar la tesis del recurso. La parte actora-recurrente hizo alegaciones en contra de esta pretendida relevancia y, a su vez, invocó a su favor las sentencias de esta Sala de 30 de junio de 2009 y 6 de junio de 2011. Y por diligencia de ordenación de 16 de diciembre de 2011 se unieron a las actuaciones tanto ambos escritos como la sentencia acompañada con el primero para que esta Sala resolviera

sobre su admisión y alcance en el momento de dictar sentencia, como previene el art. 271.2 LEC .

**OCTAVO.-** Por providencia de 15 de diciembre de 2011 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 20 de marzo de 2012, en que ha tenido lugar.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- El presente recurso de casación guarda gran similitud con el resuelto por el Pleno de los magistrados de esta Sala mediante sentencia de 15 de febrero del corriente año (rec. 1560/08), ya que también ahora, como entonces, la sentencia impugnada se ha dictado por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid fundando su pronunciamiento confirmatorio de la desestimación de la demanda en la muy escasa cuota de mercado de la petrolera demandada (entonces Disa Península S.L.U., ahora Total España S.A.U., en adelante *Total* ) y la consiguiente aplicación, dado que no se apreciaba la imposición de un precio mínimo de venta al público de los carburantes y combustibles, de la regla *de minimis* como excluyente de la prohibición y consiguiente nulidad fundadas en el art. 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE).

Interpuesta la demanda en 2004 por la compañía mercantil Benzinera Tot Santa Eulalia S.L. (en adelante *Santa Eulalia* ), que explotaba una estación de servicio en Terrassa después de haber comprado el terreno merced a un préstamo hipotecario avalado solidariamente por *Total* , haberle prestado esta 7 millones de ptas., haber constituido *Santa Eulalia* (entonces Gasolinera Josep Pla, S.L.) a favor de *Total* un derecho de superficie durante 25 años a cambio de 10 millones de ptas. y un canon mensual de 250.000 ptas. a compensar con la renta por el arrendamiento de la gasolinera, haberla construido *Total* y habérsela arrendado a *Santa Eulalia* en 1992 añadiendo otro contrato de exclusiva de suministro y abanderamiento, lo pedido en la demanda fue la declaración de nulidad de los contratos privados de préstamo, arrendamiento de estación de servicio y abastecimiento y de las escrituras públicas de constitución de derecho de superficie y préstamo, todas de 3 de julio de 1992, que conformarían una relación jurídica compleja, por contravenir normas imperativas en relación con la prohibición de fijar los precios de venta al público y con la duración del contrato, con las consecuencias previstas en el art. 1306-2ª CC más el pago por *Total* de una cantidad representada por la diferencia entre lo abonado a *Total* por los suministros desde 1992, deducidos los descuentos o márgenes comerciales, y la media de los precios semanales ofrecidos por otras operadoras. En suma, la petición principal consistía en quedarse *Santa Eulalia* con la gasolinera construida por *Total* al cabo de 12 años en vez de a los 25 pactados, desvincularse de la exclusiva y, además, ser indemnizada, ya que la restitución recíproca de prestaciones, conforme al art. 1303 CC , solo se pedía con carácter subsidiario.

No habiéndose discutido en este caso que el régimen de suministro era el de compra en firme por *Santa Eulalia* a *Total* para su reventa, la sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda razonando, en esencia, lo siguiente: 1) Era un hecho indiscutido que *Total* no cubría las cuotas de mercado referidas en la comunicación *de minimis* de la Comisión Europea de 28 de abril de 1999; 2) aunque la misma comunicación manifestaba su rechazo a construcciones jurídicas artificiales orientadas a eludir la duración máxima de los acuerdos permitida por el Reglamento (CEE) nº 1984/83, lo cierto era, de un lado, que *"fue gracias a los apoyos económicos de TOTAL*

*como el demandante pudo financiar la compra del terreno en el que se construyó "para él" por parte de dicha entidad la Estación de Servicio" y, de otro, que la duración del derecho de superficie " se pactó con total independencia de lo que pudieran durar el arrendamiento o el contrato de suministro" , pues de hecho se previó incluso la posibilidad de que Total pudiera ceder la explotación de la gasolinera a persona distinta de "Santa Eulalia" ; 3) la duración del derecho de superficie era contraprestación a la importante inversión hecha por Total , que ascendía a 789.737'52 euros, por lo que la nulidad pretendida en la demanda "conllevaría que de forma anticipada (diecisiete años antes) el demandado se vería privado de la posibilidad de explotar la estación de servicio por él construida y pagada, sin la contraprestación de verse resarcido de tales gastos" ; 4) a esto se unía que Santa Eulalia podía prorrogar a su voluntad el arrendamiento, siendo forzosa la prórroga para Total , y sin embargo en ningún momento aquella había interesado su resolución por haber incumplido Total la cláusula de suministrar a precios competitivos; 5) el contrato se limitaba a reconocer a Total la posibilidad de recomendar precios de venta, no de imponerlos, "con arreglo a unos parámetros objetivos y ajenos a su voluntad, sin que conste que haya fijado en ningún momento un precio mínimo obligatorio para la reventa" .*

Interpuesto recurso de apelación por *Santa Eulalia* , el tribunal de segunda instancia, desestimándolo, confirmó la sentencia apelada razonando, en síntesis, lo siguiente: 1) La jurisprudencia comunitaria exige que el efecto producido por los acuerdos a que se refiere el art. 81 del Tratado CE sea "sensible" ; 2) en el presente caso no cabía plantearse, por razones temporales, la aplicación de la Ley española de Defensa de la Competencia de 2007 y menos aún la de su Reglamento de 2008; 3) con arreglo a la STJUE 28-2-1991 (*Delimitis*) , "[l]os contratos de suministro celebrados por los proveedores cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no entran, por tanto, en la prohibición del artículo 81.1" ; 4) según la comunicación de la Comisión 2001/C-368/07, "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" ; 5) aunque ciertamente en España se da un efecto de exclusión en el mercado por el conjunto de redes paralelas de acuerdos, era un hecho indiscutido que la cuota de mercado de Total no excedía del 5% y, además, en la resolución dictada por el instructor de un expediente tramitado por el extinto Servicio de Defensa de la Competencia español constaba que la cuota de mercado de Total en España era ínfima e incluso inferior al 3% en la zona de Levante, la de su mayor implantación, mientras que de la resolución de otro expediente se desprendía que Total no abanderaba más que 26 de las 6000 estaciones de servicio existentes, y a la misma conclusión se llegaba en virtud de una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de marzo de 1999 y un acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2005, no quedando desvirtuada por una resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de septiembre de 2008 que analizaba cuotas de mercado posteriores a la interposición de la demanda; 6) no se había acreditado la alegación de la demanda de que la cuota vinculada de Total excediera del 5% por ostentar el 45'28% del capital social de CEPSA, y en la demanda ni tan siquiera se había alegado que CEPSA fuera controlada por Total ; 7) por lo tanto, los contratos litigiosos debían considerarse, en principio, excluidos del ámbito de aplicación del art. 81 del Tratado CE , salvo que existiera una restricción especialmente grave de la competencia, cual es la imposición de precios; 8) dado que Santa Eulalia era revendedor, ni las cláusula del contrato le imponían los precios de venta al público ni existía una fijación indirecta por Total , pues nada impedía a Santa Eulalia vender a precios inferiores al recomendado; 9) la posición de Santa Eulalia , pretendiendo de Total un margen garantizado, era contradictoria con su posición de revendedor; 10) en consecuencia, al no existir fijación de precios era improcedente la nulidad; 11) no

procedía plantear cuestión prejudicial al TJCE porque este ya había dictado su sentencia de 11 de septiembre de 2008 resolviendo todas las dudas que el caso podría plantear.

Contra la sentencia de apelación ha recurrido en casación la demandante *Santa Eulalia* mediante un solo motivo. La demanda- recurrida *Total*, tras presentar su escrito de oposición, ha aportado copia de una sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2011 que, según dicha parte, rectifica el criterio de otra sentencia de la misma Sección invocada por la recurrente en su apoyo. Al darse traslado a la recurrente, esta no se ha opuesto claramente a su aportación pero sí ha alegado que la sentencia no era condicionante ni decisiva para la decisión del recurso.

Pues bien, la polémica acerca de la incorporación o no de dicha sentencia a estas actuaciones es irrelevante, porque no se trata de un documento relativo a hechos del presente litigio, encuadrable en el art. 271 LEC, sino de un elemento más de ilustración sobre los problemas jurídicos planteados que, por el principio de publicidad de las resoluciones judiciales, puede ser conocido por todos y, con mayor razón, consultado en cualquier momento, con independencia de la actividad de las partes, por esta Sala.

**SEGUNDO** .- Entrando por tanto a conocer del recurso, su motivo único se funda en infracción del art. 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE) en relación con los Reglamentos de exención por categorías nº 1984/83 y nº 2790/99, las directrices sobre restricciones verticales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE) y del Tribunal Supremo.

Su desarrollo argumental, de extensión muy considerable, se divide en dos grandes apartados, que a su vez se subdividen conforme a una peculiar sistemática que puede resumirse esencialmente así:

Apartado primero :

*Cuestión previa* : la cuestión *de minimis*. La sentencia recurrida no aplica correctamente la doctrina del TJUE porque, además de a la cuota de mercado, hay que atender a la duración de la exclusiva, y esta nunca podría exceder de cinco años según el art. 5.a) del Reglamento de 1999.

A) *Infracción en relación con el Reglamento de 1983* : el cruce de los contratos litigiosos era una figura contractual fraudulenta destinada a eludir la duración máxima de diez años, como resultaría de las observaciones de la Comisión en la cuestión prejudicial C-260/07 planteada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

B) *Infracción en relación con el Reglamento de 1999* : Como la duración máxima permitida es de cinco años, los contratos litigiosos serían nulos, en todo caso, desde el 1 de enero de 2002.

Apartado segundo:

*Planteamiento general* : El tribunal de instancia "*declina proceder a examinar tanto el clausulado del contrato como la fijación de precios denunciada por esta parte*".

*I Fijación de precios prohibida absolutamente por el Reglamento de 1983* : Carece de importancia que la recurrente pudiera hacer descuentos, pero en cualquier caso es evidente que en la práctica no podía hacerlos y que su relación con *Total* "se asemejaba" a la agencia. Según las SSTJUE 14-12-2006 y 11-9-2008 y las SSTS 29-3-07 , 3-10-07 y 20-11-08 , el Reglamento de 1983 no amparaba ni siquiera los precios recomendados.

*II Precios máximos o recomendados permitidos por el Reglamento de 1999* : Esto no convalidaría la nulidad ya producida por aplicación del Reglamento de 1983.

Pues bien, aunque tan peculiar sistemática no facilita la respuesta de esta Sala, cabe adelantar desde ahora mismo, en primer lugar, que el motivo debe ser desestimado por fundarse en interpretaciones desautorizadas por la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala más reciente; y en segundo lugar, que la parte recurrente falta a la verdad, sin más, cuando acusa al tribunal sentenciador de haber declinado examinar la cuestión de la fijación del precio, pues basta con leer el fundamento jurídico cuarto de la sentencia impugnada para comprobar que no solo se analiza el contrato sino también si la fórmula prevista en el mismo permitía o no en la práctica que la recurrente vendiera a un precio inferior al recomendado. En suma, la parte recurrente podrá no estar de acuerdo con la motivación de la sentencia recurrida, pero esta Sala debe dejar constancia, ante el reproche de dejadez que en el recurso se dirige al tribunal sentenciador, de que dicha motivación en sí misma, como explicación o razón causal del fallo, es modélica en cuanto responde a todas las cuestiones planteadas en el litigio.

Entrando a responder ya a las cuestiones que plantea el motivo, no es cierto que la constitución del derecho de superficie por 25 años constituya una figura fraudulenta destinada a eludir la duración máxima de diez años permitida por el Reglamento de 1983. Muy al contrario, la STJUE 2-4-2009, dictada precisamente en la cuestión prejudicial C-260/07 planteada por la Sección 15<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona antes de dictar la sentencia aportada a las presentes actuaciones por la parte recurrida, desautoriza expresamente la tesis de la Comisión de que el Reglamento de 1983, para permitir una duración de la exclusiva superior a 10 años, exigía que el proveedor fuera propietario no solo de las instalaciones sino también del terreno. Y dada la importancia de las inversiones realizadas por *Total* en beneficio de la recurrente *Santa Eulalia* , permitiendo incluso que esta comprara el terreno, dato a considerar según la STJUE 11-9-2008 , el verdadero fraude sería que *Santa Eulalia* se quedara con el terreno y con la gasolinera, se desvinculara de la exclusiva y además fuese indemnizada, que es lo pretendido principalmente por ella con su demanda, cuya estimación sigue pidiendo en el recurso.

En cuanto a la duración máxima de cinco años permitida por el Reglamento de 1999, es evidente que si esta fuera también la duración máxima permitida para los acuerdos con efecto acumulativo insignificante ( *de minimis* ) no habría caso litigioso. La cuestión litigiosa es, precisamente, si dada la escasa cuota de mercado de *Total* , el plazo de 25 años contribuía o no al efecto acumulativo.

En cuanto a la prohibición absoluta de fijación de precios por el Reglamento de 1983, tampoco es cierta. La STJUE 2-4-2009 despejó cualquier equívoco al declarar que las cláusulas relativas a los precios de venta al público podían acogerse a la exención por categorías, tanto del Reglamento de 1983 como del Reglamento de 1999, "*si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de*

*venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público"*, correspondiendo al tribunal nacional determinar si existe o no esa posibilidad real (pronunciamiento 3º del fallo). Por eso la sentencia del Pleno de esta Sala de 15 de enero de 2010 (rec. 1182/04 ) matizó el criterio de algunas sentencias anteriores, las que se citan en el motivo, para así ajustarse plenamente a la doctrina del TJUE.

En cuanto a la determinación de esa posibilidad real, incumbe a quien pide la nulidad la prueba de su inexistencia, conforme al art. 2 del Reglamento (CE ) nº 1/2003, y la prueba a practicar será, por regla general, la pericial ( SSTS 5 y 10 de mayo -Pleno -, 7 y 13 de junio , 28 de septiembre y 20 de noviembre de 2011 y 15 de febrero y 3 y 10 de abril de 2012 ).

Finalmente, por lo que se refiere a la regla *de minimis*, es aplicable a este motivo todo lo razonado por esta Sala en su ya citada sentencia de 15 de febrero de 2012 , que se ratifica ahora por ser aplicable en relación con *Total* todo lo relativo entonces a *Disa* y que era lo siguiente, siempre desde la consideración de que una sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2009 había contemplado la hipótesis de una nulidad fundada en la doble barrera representada por el Reglamento español de Defensa de la Competencia de 2008:

*"Ante todo debe puntualizarse que la referida sentencia de 30 de junio de 2009 trata de la regla de minimis al asumir la instancia (FJ 3º, párrafo primero), no por tanto para sentar doctrina resolviendo un motivo de casación, y rechaza su aplicación al caso, como proponía la parte recurrida en su escrito de oposición (entonces Shell, antecesora de Disa en los contratos objeto del presente litigio), por tratarse de una cuestión nueva (FJ 3º, inciso primero del párrafo cuarto). Solo como argumento de refuerzo " [a]parte de ello...' se añade, desde luego reconociendo la regla de minimis y haciéndose cargo de los criterios de la Comisión europea en su Comunicación de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia, que dicha regla, en su dimensión europea o comunitaria, no impide la nulidad fundada en el Derecho español de defensa de la competencia, interpretado en función del art. 2.2 e) del Reglamento aprobado por RD 261/2008 , por aplicación de 'la tesis de la doble barrera, el Reglamento Comunitario 1/2003, art. 9.2 LOPJ y jurisprudencia de esta Sala', toda vez que la relación jurídica allí litigiosa tenía una duración de 25 años y, por tanto, superaba el plazo de cinco años contemplado en dicho artículo del Reglamento español como excluyente de la menor importancia de una conducta entre no competidores. Posteriormente, la sentencia de 30 de julio del mismo año (rec. 72/05) volvió a tener en cuenta la 'doctrina de la doble barrera', en cuanto reconocida por la STJUE 14/1968, si bien el litigio versaba entonces sobre unos contratos de franquicia relativos a un tratamiento capilar, es decir muy diferentes de los aquí litigiosos.*

*En el presente caso, en cambio, la procedencia de la nulidad pese a la regla de minimis (tesis de las recurrentes) o la exclusión de la nulidad en virtud de la regla de minimis (tesis de la parte recurrida y fundamento de la sentencia impugnada) se le plantea a esta Sala como órgano de casación y, además, mediante unos motivos fundados única y exclusivamente en infracción del Derecho comunitario (hoy de la Unión) y no, subsidiariamente, del Derecho español de defensa de la competencia.*

*Pues bien, a partir de las anteriores consideraciones los tres motivos aquí examinados han de ser desestimados por las siguientes razones:*

*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 a todos en el art. 24 de la Constitución española, viene siendo afirmada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), como por demás admiten todas las partes aquí litigantes.*

*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, en respuesta precisamente a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español del orden civil ( Audiencia Provincial de A Coruña, asunto C-506/07, Lubricantes y Carburantes Galaicos S.L.-Galp Energía España S.A.U.), 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 competición '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).

5ª) En España, según la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009 (expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), hay tres proveedores cuya cuota de mercado suma un 67%, correspondiendo un 41% a Repsol, un 18% a Cepsa y un 8% a BP (apdo. 1 de los 'Hechos acreditados').

6ª) De todo lo dicho hasta ahora, y especialmente del dato anterior puesto en relación con la doctrina del TJUE sobre la regla de *minimis* en su concreta aplicación a contratos como los aquí litigiosos, se sigue que estos no están incursos en la prohibición del art. 81 CE (hoy art. 101 TFUE) porque su contribución al efecto acumulativo es insignificante y no cabe imputar a Disa la responsabilidad de ese efecto cuando en España una sola compañía proveedora tiene una cuota de mercado superior al 30% (por encima del cual el apdo. 8 de la ya citada Comunicación de *minimis* de 2001 apreciaba riesgo de efecto acumulativo) y entre la misma y otras dos alcanzan el 67%.

7ª) Por tanto, no es necesario analizar si la duración de los contratos litigiosos es o no manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, circunstancia acumulativa ('Dicha contribución depende, además...', apdo. 32 ATJUE 3-9-2009 ) a la de la cuota de mercado; como tampoco es preciso examinar, lógicamente, si la duración de los contratos litigiosos queda o no amparada por los Reglamentos de exención nº 1984/83 y nº 2790/99, pues estos solo se aplican a acuerdos que en principio aparezcan incursos en la prohibición del art. 81.1 del Tratado. No obstante, sí conviene puntualizar que la duración de dichos contratos, atendida la asignada al derecho de superficie como duración máxima de la exclusiva, tampoco es manifiestamente excesiva en comparación con contratos similares celebrados por las compañías proveedoras de carburante con mayor cuota de mercado, según resulta de las ya muy numerosas sentencias de esta Sala dictadas sobre la presente materia.

8ª) Resolver la cuestión de otra forma, es decir prescindiendo de la cuota de mercado de la demandada Disa para atender primordialmente a los plazos de duración del derecho de superficie comprometido o constituido a favor de la misma (cuarenta años en el caso de dos de las gasolineras y treinta años en el caso de otra, ya que en el caso de la cuarta gasolinera Disa es propietaria tanto del terreno como de las instalaciones), supondría contribuir al efecto acumulativo de bloqueo, ya que la nulidad de los contratos litigiosos dejaría libres a los demandantes para poder contratar con las compañías proveedoras que tienen las mayores cuotas de mercado a pesar de las importantes inversiones que ha tenido que hacer Disa para construir las estaciones de servicio en cuestión y del poco tiempo que, en proporción, se ha podido beneficiar de la exclusiva de abastecimiento (la demanda se interpuso el 28 de octubre de 2004 y las relaciones en régimen de arrendamiento de industria con exclusiva de abastecimiento comenzaron el 30 de octubre de 2000 para una gasolinera, el 17 de marzo de 1999 para otra y el 1 de diciembre de 1999 para la tercera, sin que respecto de la cuarta llegaran ni tan siquiera a comenzar).

9ª) El planteamiento de los motivos aquí estudiados, fundados exclusivamente en infracción del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del TJUE, impide que puedan examinarse, además, con base en el Derecho español de defensa de la competencia, es decir, aplicando el criterio de 'la doble barrera'. No obstante sí conviene aclarar que tal criterio debe conjugarse con lo dispuesto en el art. 3.2 del Reglamento (CE ) nº 1/2003, del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, según el cual '[I]a aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero que no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado...'. "

**TERCERO** .- A todo lo antedicho no puede dejar de añadirse que, desde la perspectiva de los principios básicos o elementales de la contratación, a considerar también según el apdo. 3 del art. 3 del Reglamento (CE ) nº 1/2003, pugna con el sentido jurídico más elemental, como también ha apreciado la sentencia de 15 de febrero del corriente año, querer quedarse mucho antes de lo previsto en el contrato, y sin contraprestación alguna, con una estación de servicio construida por la demandada sobre un terreno comprado también gracias a ella y exigiéndole, además, una indemnización, todo ello con base en el Derecho europeo de defensa de la competencia pero invocado en contra de una compañía petrolera que intentaba penetrar en el mercado español, reconocidamente poco accesible. Fácil es comprender que semejante pretensión, de prosperar, permitiría que la ahora demandante contratara el suministro

en exclusiva con una de las compañías de mayor cuota de mercado y que el efecto consiguiente fuese el verdaderamente incompatible con el Derecho de la competencia, máxime cuando de algunos pasajes del recurso parece desprenderse que la recurrente se queja de no ser agente, en vez de revendedor, como ya se advierte en la sentencia recurrida, y de no poder vender a precios no inferiores sino superiores a los recomendados por *Total*.

**CUARTO** .- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC , procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a parte recurrente.

**QUINTO** .- Conforme al art. 212.4 LEC procede comunicar la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la compañía mercantil demandante BENZINERA TOT SANTA EULALIA S.L. contra la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2008 por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 4/08 .

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- Imponer las costas a la parte recurrente.

4º.- Y que por el Secretario judicial se comunique esta sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.