

Id. Cendoj: 28079370282013100072
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 28
Nº de Resolución: 76/2013
Fecha de Resolución: 11/03/2013
Nº de Recurso: 670/2011
Jurisdicción: Civil
Ponente: ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ
Procedimiento: Recurso de Apelación
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00076/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 670/11.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 124/09.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid.

Parte recurrente: "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A."

Procurador: Don Joaquín Fanjul de Antonio.

Letrado: Don Mercedes Villarubia García.

Parte recurrida DON Dimas y "TAYGRAO, S.L."

Procurador: Don David García de Riquelme.

Letrado: Doña Susana Beltrán Ruiz.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº 76/2013

En Madrid, a once de marzo de dos mil trece.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el nº de rollo 670/11, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2010 dictada en los autos de juicio ordinario núm. 124/2009 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la entidad "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A."; y como apelados, DON Dimas y la mercantil "TAYGRAO, S.L.", todos ellos representados y defendidos por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por don Dimas y la mercantil "TAYGRAO, S.L." contra la entidad "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.", en la que, tras exponer los hechos que estimaban de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraban que apoyaban su pretensión, suplicaban, en los términos en que quedó fijada la petición en trámite de audiencia previa, que:

"1.- Declare que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el Contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de Julio de 1997 suscrito por las partes infringe el artículo 81.1 del Tratado CE .

2.- Declare en aplicación del art. 81.2 del Tratado CE , la nulidad del Contrato Privado de cesión de derecho de superficie de 17 de Enero de 1994, de la Escritura Pública de Cesión de Derecho de Superficie de 7 de Abril de 1995 y del Contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de Julio de 1997, desde el 1 de Enero de 2002.

3.-Declare, en consecuencia, la obligación de TAYGRAO, S.L. de reintegrar a RESPSOL la parte proporcional del precio pagado por el derecho de superficie correspondiente al periodo no disfrutado y la parte de inversión en la construcción de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad que provisionalmente (por cuanto al día de la fecha mi mandante continúa vinculada con REPSOL) se fija en 427.380,28 .

4.- (dejado sin efecto en la audiencia previa).

5.- Como consecuencia de la infracción del artículo 81 del Tratado de la CE por parte de REPSOL, se condene a la demandada a indemnizar a TAYGRAO, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que habrá de ser fijada en el período de ejecución de Sentencia, y a la vista de lo que se practicará en el período probatorio, y cuyas bases, conforme a lo dispuesto por el artículo 219 LEC, resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a TAYGRAO desde el 1 de Enero de 2002 hasta el 4 de Enero de 2010, por la diferencia media anual existente, para cada período, entre el precio medio anual de los suministros fijados por REPSOL y TAYGRAO (deducidos el importe de los impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales aplicados por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estacione de servicio sin bandera y/o con contratos de suministro en exclusiva en régimen de reventa referenciado a Platt¿s, ubicadas en la Comunidad Valenciana. Cantidad resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes.

6.- Se condene a la demandada al pago de las costas.".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que estimando la demanda interpuesta por la mercantil TAYGRAO, S.L. y DON Dimas contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A

- Declaro que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997 suscrito por las partes, infringe el art. 81.1 del Tratado CE .

- Declaro, en aplicación del art. 81.2 del Tratado CE, la nulidad del Contrato Privado de cesión de superficie de 17 de enero de 1994, de la Escritura Pública de Cesión de Derechos de Superficie de 7 de abril de 1995 y del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, desde el 1 de enero de 2002.

- Declaro, en consecuencia, la obligación de TAYGRAO, S.L. de reintegrar a REPSOL la parte proporcional del precio pagado por el derecho de superficie correspondiente al periodo no disfrutado y la parte de inversión en la construcción de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad de 427.380,28 euros.

- Como consecuencia de la infracción del art. 81 del Tratado de la CE por parte de REPSOL, se condene a la demandada a indemnizar a TAYGRAO, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad de 956.642,145 euros. La cantidad determinada devengará, desde el momento de la presente resolución, el interés legal art. 576 LECC.

No ha lugar a condenar en costas a ninguna de las partes.".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte demandante que, tramitados en forma legal, ha dado lugar a la

formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 7 de marzo de 2013.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento se inició en virtud de demanda formulada por don Dimas y la mercantil "TAYGRAO, S.L." contra la entidad "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A." (en lo sucesivo, REPSOL), por la que se solicitaba que se declarase que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, suscrito entre REPSOL y la mercantil "TAYGRAO, S.L.", infringe el artículo 81 del Tratado CE y, en consecuencia, interesa la nulidad tanto del meritado contrato como del contrato privado de cesión del derecho de superficie y construcción de estación de servicio de 17 de enero de 1994, elevado a público mediante escritura de 7 de abril de 1995, suscrito entre don Dimas y la entidad REPSOL. Asimismo, solicita que se declare que la entidad "TAYGRAO, S.L.", como consecuencia de la extinción anticipada del derecho de superficie, está obligada a reintegrar a REPSOL la parte proporcional del precio pagado por el derecho de superficie correspondiente al período no disfrutado y la parte de la inversión efectuada en la construcción de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad que provisionalmente fijaba en 427.380,28 euros. Por último, constatada la infracción del artículo 81.1 del Tratado desde el día 1 de enero de 2002, la entidad "TAYGRAO, S.L." solicitaba la condena a la demandada al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en los términos que literalmente constan recogidos en el primero de los antecedentes de esta resolución.

La pretensión de la parte actora se fundamenta en la infracción del artículo 81 del Tratado CE como consecuencia de la excesiva duración de la cláusula de no competencia pactada en el contrato de arrendamiento de estación de servicio que si bien estaba amparada por el Reglamento de exención por categorías (CEE) 1984/83, dejó de estarlo por el Reglamento (CE) 2790/99, incurriendo en infracción y causa de nulidad desde el día 1 de enero de 2002, lo que afecta a la relación contractual compleja que liga a las partes, integrada por el contrato privado y escritura pública de constitución del derecho de superficie y el contrato de arrendamiento de estación de servicio con suministro en exclusiva.

La sentencia recaída en primera instancia estima parcialmente la demanda al apreciar que la relación que liga a las partes afecta de modo apreciable al comercio intracomunitario y, además, restringe de forma sensible la competencia por la excesiva duración del pacto de no competencia que estaría amparado por el Reglamento (CEE) 1984/83 -lo que ya se admitía en la propia demanda- pero no por el Reglamento 2790/1999 y, en consecuencia, declara la nulidad del entramado contractual que vinculaba a las partes, declarando la obligación de la entidad "TAYGRAO, S.L." de reintegrar a REPSOL la parte proporcional del precio pagado por el derecho de superficie correspondiente al período no disfrutado y la parte de inversión en la construcción de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad de 427.380,28 euros y, por último, condena a la demandada, con fundamento en el artículo 1306.2 del Código Civil, a indemnizar a la mercantil demandante, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad de 956.642,145 euros de principal.

Frente a la sentencia se alza la parte demandada que interesa su revocación - total y, subsidiariamente, parcial- y la desestimación total o parcial de la demanda, en esencia, con base en las siguientes alegaciones: (i) incongruencia interna de la sentencia al declarar la nulidad sobrevenida del contrato por duración excesiva de la exclusiva de suministro desde el entrada en vigor del Reglamento (CE) 2790/99; (ii) infracción del artículo 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003 en relación con la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006, al entender que como consecuencia de la misma la relación contractual está amparada por el artículo 81.3 del Tratado CE; (iii) subsidiariamente, inexistencia de relación jurídica compleja de modo que la nulidad del contrato de arrendamiento de industria no afectaría al derecho de superficie; (iv) e improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios fijada en la sentencia, solicitando también subsidiariamente y de forma sucesiva que se dispongan: a) las consecuencias previstas en el artículo 1.303 del Código Civil, esto es, el abono a REPSOL por la parte apelada del precio del rescate fijado por la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 sin fijar indemnización a favor de la demandante; b) las consecuencias previstas en el artículo 1.303 del Código Civil, esto es, el abono a REPSOL por la parte apelada del valor de la totalidad de las inversiones de REPSOL no amortizadas, sin derecho a indemnización; c) no haber lugar a la indemnización de daños y perjuicios; y d) que se declare prescrita la acción de indemnización de daños y perjuicios.

La parte demandante y ahora apelada se opone a todos y cada uno de los motivos articulados por la contraria interesando la confirmación de la sentencia apelada.

Conviene precisar antes de analizar el contenido del recurso de apelación que a pesar de los cambios operados por el Tratado de Lisboa en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que ha pasado a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a lo largo de la resolución se

aludirá a la nomenclatura y numeración anterior a la reforma - artículo 81 del Tratado CE, actualmente, artículo 101 TFUE - y a la anterior denominación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia -que han pasado a denominarse Tribunal de Justicia y Tribunal General, integrando ambos junto con el Tribunal de la Función Pública, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea-, todo ello a fin de guardar la necesaria correspondencia con los términos y numeración empleados por las partes y la sentencia impugnada.

De igual forma, resultan de aplicación al supuesto enjuiciado, por un lado, los Reglamentos de exención a determinadas categorías de acuerdos de compra en exclusiva (CEE) 1984/83 y (CE) 2790/1999, a pesar de que este último Reglamento ha sido recientemente sustituido por el Reglamento (UE) nº 330/2010, de la Comisión de 20 de abril de 2010 y, de otro, la comunicación de la Comisión por la que se aprobaron las directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01), aunque ha sido sustituida por la Comunicación de la Comisión (2010/C 130/01), DOUE de 19 de mayo de 2010, por la que se aprueban las nuevas directrices relativas a las restricciones verticales.

SEGUNDO.- La adecuada resolución del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada exige tener en cuenta los siguientes antecedentes fácticos:

1. Mediante contrato privado de fecha 17 de enero de 1994, don Dimas se comprometió a constituir a favor de REPSOL un derecho de superficie sobre una finca

de unos 600 m2 que se segregaba de otra mayor de 3.000 m2, sita en el Bulevar de la Serrería esquina con Avenida de Baleares de Valencia (calle Ibiza nº 31), con una duración de 40 años y por el precio de 100.000 pesetas (601 euros), comprometiéndose don Dimas a construir sobre dicha finca una estación de servicio para REPSOL por un precio alzado de 65.000.000 pesetas (390.658 euros) que sería abonado por REPSOL que se comprometía, a la finalización de las obras, a suscribir con el constituyente o la sociedad que éste indicase un contrato de cesión de explotación de estaciones de servicio (documento nº 2 de la demanda).

2. En virtud de escritura pública otorgada el día 7 de abril de 1995, don Dimas constituyó en favor de REPSOL el derecho de superficie sobre la indicada finca para que ejercitara la facultad aedificandi, construyendo en el vuelo, suelo y subsuelo de la finca las instalaciones necesarias para el funcionamiento de una estación de servicio de carburantes y derivados, para la venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción, para la que el cedente había obtenido las oportunas licencias de obras, actividad y para la construcción de la estación, licencias que también se cedían a REPSOL, todo ello con una duración de 40 años, abonando REPSOL un precio de 100.000 pesetas (601 euros), de las que 80.000 pesetas (481 euros) correspondían a la cesión del derecho de superficie y 20.000 pesetas (120 euros) a la cesión de las licencias, estimándose el presupuesto de las obras en 65.000.000 pesetas, esto es 390.658 euros. A la extinción del derecho de superficie, las instalaciones que integraran la estación de servicio pasarían a ser propiedad del dueño de los terrenos (documento nº 4 de la demanda).

3. REPSOL costeó la construcción de las instalaciones de la estación de servicio para lo que tuvo que efectuar obras valoradas en 529.083,62 euros (documento nº 13 de la contestación a la demanda).

4. REPSOL, como titular de la estación de servicio construida, con fecha 1 de julio de 1997 suscribió con la mercantil "TAYGRAO, S.L.", participada por don Dimas -lo que no es discutido-, un contrato denominado "Contrato de Arrendamiento de E.S. y Exclusiva de Suministro", del que, a los efectos de este pleito, conviene destacar ahora las siguientes estipulaciones:

"PRIMERA.- "OBJETO".

REPSOL COMERCIAL cede al INDUSTRIAL, bajo la fórmula legal del Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Suministro, el uso y disfrute de los bienes de todo tipo que componen la E.S. mencionada en el Expositivo I anterior, junto con la explotación de la Industria o negocio en ella instalada, al objeto de que desarrolle en dicha E.S., actuando en régimen de empresa organizada independiente las actividades mercantiles de venta al público de los carburantes, combustibles líquidos que reciba en exclusiva de REPSOL COMERCIAL o de la firma o entidad que aquella designe.

(.)

QUINTA.- "IMPLANTACIÓN, PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN DE LA IMAGEN COMERCIAL Y MARCAS REPSOL".

(.)

SEXTA.- "EXCLUSIVA DE ABASTECIMIENTO"

1.- En virtud del presente Contrato, el INDUSTRIAL se obliga a recibir en exclusiva de REPSOL COMERCIAL, o de la entidad que a tal efecto designe, la totalidad de los carburantes y combustibles líquidos que se expendan en la E. S..

(.)

UNDECIMA: "DURACIÓN"

El presente Contrato surtirá efectos desde su firma. Su duración será de 40 años, contados desde la fecha de aquella" (documento nº 5 de la demanda).

5. Asimismo, el 20 de diciembre de 2001 REPSOL solicitó a la Comisión Europea una declaración negativa o, en su defecto, una exención individual con arreglo al artículo 81.3 del Tratado (CE) respecto de los acuerdos y contratos tipo de su red en el territorio español, que, tras el cambio normativo experimentado, acabó derivando en el expediente COMP/B.1/38.348, que finalizó mediante Decisión de la Comisión Europea de fecha 12 de abril de 2006 admitiendo una serie de compromisos de dicha petrolera para permitir en determinadas condiciones que pudieran sus distribuidores -entre los que figuraba la estación de servicio objeto de este procedimiento- desvincularse de su red con mayor antelación de la inicialmente prevista y acceder así a contratar con otros proveedores (anexo jurídico nº 3 de la demanda).

6. Mediante burofax remitido con fecha 28 de julio de 2006 por REPSOL a la entidad "TAYGRAO, S.L.", aquélla participaba a ésta la posibilidad de ejercitar la facultad de rescatar el derecho de superficie abonando la correspondiente contraprestación, todo ello de conformidad con los compromisos asumidos por REPSOL, aceptados por la Comisión en la Decisión de 12 de abril de 2006 (documento nº 25 de la contestación a la demanda).

7. No se discute que la cuota de mercado de REPSOL en el mercado de referencia es del 42% y así lo declara la sentencia apelada.

TERCERO.- El primer reproche que se efectúa en el recurso de apelación a la sentencia recaída en primera instancia carece de consistencia.

Se alega por la demandada apelante que la sentencia incurre en incongruencia interna al declarar la nulidad sobrevenida del contrato por duración excesiva de la exclusiva de suministro desde la entrada en vigor del Reglamento (CE) 2790/99.

Al margen de que la contradicción interna de una resolución, en puridad, determina su falta de motivación en la medida en que deviene irrazonable y sólo cabe apreciarla cuando existe contradicción entre diversos pronunciamientos del fallo o entre éstos y los fundamentos que constituyan su ratio decidendi, en este sentido sentencias del Tribunal Supremos de 22 de junio de 2006 y 4 de junio de 2012 , lo cierto es que ni siquiera se aprecia la contradicción afirmada por el apelante.

El apelante sostiene la alegada incongruencia interna de la sentencia en el hecho de que, por un lado, dispone que las importantes inversiones efectuadas por REPSOL justifican la exclusividad por plazo superior a 10 años y, por otro, declara la nulidad sobrevenida por el cambio normativo operado con el Reglamento (CE) 2790/99 que limita la exención de duración de las cláusulas de no competencia a un plazo no superior a 5 años.

La resolución, acertada o no, es coherente con su planteamiento y, no se comprende muy bien en qué consiste la incoherencia alegada dado que en la sentencia se explica que la duración de la exclusiva estaba amparada por el Reglamento (CEE) 1984/83 porque durante su vigencia no se exigía, para superar el plazo de 10 años, que los terrenos y la estación de servicio fueran propiedad del suministrador (sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009) -plazo de 10 años que se concedía como máximo y frente al general de 5 años como contrapartida de la concesión de ventajas económicas o financieras importantes, particulares o especiales y que se ampliaba cuando el suministrador arrendaba la estación de servicio al revendedor o le concedía el usufructo de hecho o de derecho-, situación que cambió con el Reglamento 2790/1999 conforme al cual para que la exclusiva exceda del plazo máximo, ahora reducido a 5 años, se requiere que: "los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador" y, en consecuencia, no concurriendo estas circunstancias, la duración del contrato litigioso -que ni siquiera se puede beneficiar de las disposiciones del citado Reglamento en atención a que la cuota de mercado de REPSOL supera el 30% (artículo 3.2 del Reglamento)- nunca estaría amparado por el mismo en razón a las inversiones efectuadas por la demandada.

No es relevante que la sentencia fundase erróneamente la legalidad -no discutida- de la duración de una cláusula de exclusiva de 40 años bajo el Reglamento (CEE) 1984/83 en las inversiones realizadas por REPSOL cuando éstas sólo amparaban una duración de 10 años, estando justificada la duración de 40 años por la constitución del derecho de superficie y el arrendamiento de la estación por el proveedor sin que se tratase de la construcción de una relación jurídica artificial y más aún cuando el demandante admite desde el propio escrito de demanda la cobertura de la cláusula por el Reglamento (CEE) 1984/83 sin que las inversiones efectuadas amparen, bajo la vigencia del Reglamento (CE) 2790/1999, una duración que exceda de cinco años, sólo posible, tal y como destaca la sentencia apelada, cuando concurra alguno de los supuestos antes apuntados.

Cuestión distinta, como indicamos, es que proceda o no declarar la nulidad o ineficacia sobrevenida del contrato a partir del 1 de enero de 2002 por el mero hecho de que dicho contrato no esté amparado por el Reglamento (CE) 2790/1999.

CUARTO.- La cuestión nuclear que se plantea en el recurso de apelación es la incidencia de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 en la relación contractual objeto de autos, de cuyo carácter complejo no existe la menor duda en atención a los hechos que han sido declarados probados de los que se deduce que el derecho de superficie se constituyó para que REPSOL construyera la estación de servicio y luego la arrendara al concedente o a la sociedad que éste designara por el mismo plazo de duración que el fijado para el derecho de superficie, por lo que la suerte del derecho de superficie y del contrato de arrendamiento, desde el punto de vista del derecho de la competencia, están absolutamente ligadas. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 , 28 de febrero de 2011 y 2 de noviembre de 2011 zanján de forma contundente esta cuestión sin que debieran plantearse estériles polémicas sobre ella dada la función que tiene la jurisprudencia.

Como luego se analizará con más detalle, también el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre la incidencia de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 respecto de la duración de la exclusiva de suministro en los contratos

suscritos por REPSOL.

Aunque este tribunal de apelación en algunas resoluciones y siempre en el concreto marco debatido en los diferentes litigios ha entendido que la consecuencia a aplicar a los contratos celebrados por REPSOL que, por razón de la duración de la exclusiva, estaban inicialmente amparados por el Reglamento (CEE) 1984/83 y luego dejaron de estarlo como consecuencia del Reglamento (CE) 2790/1999, no era la nulidad del contrato sino la expiración de la cláusula de exclusiva, o como señala el Tribunal Supremo la ineficacia sobrevenida del propio contrato, transcurridos cinco años desde la entrada en vigor del Reglamento y, luego, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo a partir del día 1 de enero de 2007, resultado de adicionar al 31 de diciembre de 2.001 (ex art. 12.2 Reglamento 2790/1999) los cinco años de duración máxima permitida por el art. 5.a) de dicho Reglamento, y que esta tesis era coherente con los compromisos de la demandada ante la Comisión Europea, de modo que las partes tendrían como posibles alternativas bien el tomar como referencia la expiración de la exclusiva a partir del 1 de enero de 2007 o bien solventar el problema conforme al régimen de compromisos contraídos por REPSOL, que como empresa proponente tendría que pasar por ellos si la contraparte optara por acogerse a los mismos, al estar ya aprobados mediante Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006, lo cierto es que esta tesis ya fue matizada por la sentencia de este tribunal de 27 de enero de 2012 y más claramente aún por la de 26 de marzo de 2012 .

La cláusula de no competencia contenida en el contrato litigioso puede contribuir de manera significativa a crear un efecto de exclusión en el mercado español (con efecto intracomunitario, que ya no se discute) de la venta al por menor de carburantes, pues como se destaca en la propia Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 -y asumimos en esta resolución-, habida cuenta del contexto jurídico y económico del conjunto de los contratos suscritos por REPSOL, en especial, tipo DODO, superficie y usufructo, el mercado es difícilmente accesible para los competidores que quieran instalarse en él, en particular, como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, del efecto acumulativo de redes paralelas de restricciones verticales y de las dificultades para establecer una red alternativa, todo ello en atención al alcance de las obligaciones inhibitorias de la competencia impuestas por el suministrador, la larga duración de los compromisos de inhibición de competencia, la débil y atomizada posición de las empresas que explotan las estaciones de servicio y de los clientes finales en relación a la de los proveedores y de REPSOL.

Ahora bien, la cuestión es si la prohibición del artículo 81.1 resulta inaplicable por cumplirse las condiciones previstas en el apartado 3º del reseñado precepto.

En nuestra sentencia de 26 de marzo de 2012 indicábamos lo siguiente: «Si bien el contrato se ajusta a lo dispuesto en el Reglamento CEE nº 1.984/83 es evidente que no resulta aplicable el nuevo Reglamento CE nº 2790/99, dado que REPSOL supera la cuota de mercado establecida para su aplicación (artículo 3).

Sin embargo ello no supone que de manera automática el contrato deba declararse nulo, como pretende la apelante.

Si la aplicación de un reglamento de exención por categorías a un determinado acuerdo comporta la presunción de legalidad del mismo, por implicar que cumple cada una de las cuatro condiciones enunciadas en el art. 81.3 TCE , en cambio, que un reglamento de exención no sea aplicable a un acuerdo no significa sin más la ilegalidad de éste. Es significativo que el apartado 62 de la Comunicación de la Comisión de 13

de octubre de 2000 se incluya en un epígrafe, el 5, titulado "Ausencia de presunción de ilegalidad fuera del Reglamento de Exención por Categorías", y establezca en su primer inciso que "no se presumirá que los acuerdos verticales no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías son ilegales, si bien cabe la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente". Concretamente, cuando esa no aplicabilidad del Reglamento de exención es debida a la cuota de mercado de las partes, el apartado 24 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DOCE C 101, de 27/4/2004) declara que "el hecho de que, debido a las cuotas de mercado de las partes, un acuerdo no pueda acogerse a una exención por categorías no basta en sí mismo para considerar que se le aplica lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 o que no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Es precisa una evaluación del apartado 3 del artículo 81".

Por un lado, la perspectiva de análisis en el caso de los órganos jurisdiccionales al examinar la pretendida nulidad de los contratos es diferente de la aplicación del Derecho de la competencia en aras del interés público por la Comisión o las autoridades nacionales (apartado 4 de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE en aplicación de los artículos 81 y 82 TCE), de manera que debe atenderse a principios derivados del Derecho de la contratación como el "favor negotii". Tampoco puede perderse de vista la perspectiva esencialmente dinámica del Derecho de la competencia, que da lugar a normas que adoptan soluciones distintas a lo largo del tiempo y a criterios que se perfilan o incluso cambian por parte de las autoridades en atención a la evolución de diversos aspectos, entre ellos los económicos, lo que hace preciso conjugar cualquier evolución normativa con la necesaria vinculación a los contratos y con la exigencia de garantizar la seguridad jurídica en la contratación. Esto es especialmente relevante cuando la Decisión adoptada por la Comisión ex artículo 9 Reglamento 1/2003 tiene su origen en el intento por parte de REPSOL de adaptar sus contratos a las normas de competencia ante la entrada en vigor del Reglamento CE 2790/99 y ello estando aun vigente el Reglamento nº 17. Como la Decisión se adopta en 2006, se daría la paradoja de que cualquier propuesta de compromisos resultaría inútil, porque llegaría tarde, y además, fuera cual fuera la decisión definitiva, se sentaría una inamovible presunción de nulidad sobre la base de prescindir por completo de valorar la aplicación de las normas de competencia a la luz de los compromisos que hubieran sido aceptados.

Es por ello que hemos considerado, al margen del alcance de este tipo de decisiones (perfilado por el TG como luego veremos), que la evaluación efectuada por la Comisión resulta relevante a los efectos de aplicar el apartado tercero del artículo 81 TCE (hoy artículo 101 TFUE) y extraer conclusiones al efecto y que, en todo caso, la valoración que se realice debe tener en cuenta los compromisos asumidos. No es admisible que de una decisión relativa a la asunción de compromisos se derive una especie de presunción de nulidad de los contratos, prescindiendo absolutamente de cómo tal decisión influye en las objeciones que se hubieran formulado, del carácter dinámico de las normas de competencia y de su proyección en las relaciones contractuales concretas que se examinan. En suma, es preciso conjugar estos aspectos con los principios de seguridad jurídica, buena fe y conservación del contrato para determinar si, atendiendo a los compromisos asumidos y desde la función económica que desempeña el contrato, las objeciones que pudieran existir han desaparecido y carece de justificación una consecuencia tan grave como la de declarar la nulidad del contrato. En realidad estas apreciaciones no son más que el reflejo - más necesario si cabe, según lo expuesto - en el específico ámbito del Derecho de la competencia, de la

doctrina a la que se refiere, entre otras muchas, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2010, al recordar que: "[.] la jurisprudencia de esta Sala aconseja prudencia y flexibilidad en la apreciación de nulidad de actos contrarios a la ley en función de la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados"; (énfasis añadido).

La apelante efectúa una interpretación de las normas de competencia maximalista y tendenciosa, que se dirige a obtener a todo trance la nulidad de los contratos bajo la perspectiva de sus intereses económicos, prescindiendo de la finalidad de dichas normas, de su carácter dinámico, de la intención de REPSOL de adaptar los contratos a los cambios normativos y de los principios de conservación del contrato, seguridad jurídica y buena fe.

En nuestra sentencia de 7 de mayo de 2007 analizamos el valor de los compromisos y las consecuencias de que REPSOL supere la cuota de mercado prevista para la aplicación del Reglamento 2790/99.

Aquí también resulta especialmente relevante la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 (As. COMP/B-1/38.348- REPSOL C.P.P.) por afectar directamente al contrato objeto de las actuaciones. El 20 de diciembre de 2001, Repsol CPP solicitó a la Comisión de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 4 del Reglamento nº 17 del Consejo, una declaración negativa o, en su defecto, una exención individual con arreglo al artículo 81, apartado tercero, del Tratado respecto a los diversos contratos de distribución de carburantes. Con la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1/2003 el 1 de mayo de 2004 la solicitud devino caduca, de manera que el 16 de junio de 2004 la Comisión incoó el procedimiento con miras a adoptar una decisión con arreglo al Capítulo III del Reglamento (CE) 1/2003. El 20 de octubre de 2004 la Comisión publicó una Comunicación de conformidad con el artículo 27.4 del Reglamento. Tras analizar el mercado de los carburantes y la posición de Repsol en el de venta al detalle de carburantes en España, que excede el 30% para el conjunto de productos, la Comisión efectúa una evaluación preliminar relativa a la distinción entre agente y revendedor, las cláusulas relativas a la fijación de un precio máximo y las cláusulas de no competencia que podrían producir un efecto de exclusión de mercado. En cuanto se refiere a la cuestión de la agencia la Comisión considera que la distinción no es relevante para los problemas de competencia que identifica, en concreto para los efectos de exclusión del mercado. Por lo que se refiere a las cláusulas de precio máximo, la Comisión considera que no tiene el régimen aplicado un efecto apreciable sobre la competencia, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 81.1 del Tratado. Aquellos considerados agentes en los contratos tienen derecho a bajar el precio pagado realmente por el cliente, mediante su comisión, sin disminuir los ingresos de Repsol CPP. Por último la Comisión se refiere a las cláusulas de no competencia y su duración en los contratos de usufructo o superficie, que oscila de 25 a 40 años. Estos contratos pueden contribuir al efecto de bloqueo en su conjunto atendiendo a la cuota de mercado de Repsol y su duración, además de la posición débil y atomizada de las empresas que explotan las estaciones de servicio. Tras exponer los compromisos ofrecidos, se efectúa una evaluación preliminar, que considera que los compromisos permiten aumentar considerablemente el número de estaciones de servicio abastecidas actualmente por Repsol CPP que podrían cambiar de proveedor. En segundo lugar, contienen una restricción temporal a la integración vertical de Repsol. En tercer lugar, los compromisos referentes a la publicidad deberían facilitar la apertura de negociaciones entre las empresas que explotan estaciones de servicio y los proveedores alternativos antes del vencimiento de los contratos con Repsol. Por

último, los compromisos tienen por resultado un incremento de las posibilidades para los competidores potenciales de Repsol CPP de establecerse en el mercado de venta al por menos de combustibles o para los competidores existentes de aumentar su cuota de mercado.

Tras la presentación de una propuesta final modificada de compromisos se dicta la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006. En la misma se reitera que el principal problema detectado es el efecto de exclusión del mercado y la reducción de la competencia intramarca, para lo que resulta indiferente la distinción entre revendedor o agente. Repsol se comprometió a ofrecer a las empresas que explotan estaciones de servicio que le hubieran concedido un derecho de usufructo o superficie y asumieran el carácter de arrendatarios, la posibilidad de rescatar el derecho real antes de la fecha de terminación del contrato. También se comprometió, entre otros extremos, a hacer publicidad anticipada del vencimiento de los contratos de distribución de combustible y de la posibilidad de ejercitar la terminación anticipada de los contratos que contuvieran derechos reales.

La Comisión sostiene que los compromisos ofrecidos son suficientes para despejar la objeción formulada en su evaluación preliminar.

Como hemos señalado, si bien las Decisiones adoptadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento 1/2003 tienen un alcance limitado, es necesario advertir que los contratos, en relación a las consecuencias derivadas de la entrada en vigor del Reglamento 2790/1999, deben ser analizados a la luz de los compromisos impuestos, y que debe considerarse especialmente la valoración efectuada por la Comisión, a salvo naturalmente de que pudieran observarse restricciones especialmente graves no evaluadas.

Bajo la vigencia del Reglamento 17/62 las cartas administrativas constituían un método informal de atender a la multitud de notificaciones efectuadas. Aun careciendo de fuerza vinculante, representaban un valioso elemento de hecho para apreciar el cumplimiento de las condiciones de aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado (después apartado 3 del artículo 81, hoy artículo 101.3 TFUE). Esta relevancia en relación a las notificaciones para obtener la exención de un acuerdo se desprende de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, de fecha 13 de febrero de 1993. En su apdo. 20 se establece que el primer problema que se plantean los órganos jurisdiccionales nacionales es saber si los acuerdos o prácticas impugnados conculcan la prohibición del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86. Antes de responder a esta cuestión, los órganos jurisdiccionales nacionales deberían investigar si estos acuerdos o prácticas ya han sido objeto de una decisión, de dictamen o de cualquier toma de posición por parte de una autoridad administrativa y, en particular, de la Comisión. Estos actos constituyen importantes elementos de juicio para los órganos jurisdiccionales nacionales, aunque no sean formalmente vinculantes. A este respecto -añade la citada Comunicación- conviene señalar que los procedimientos ante la Comisión no siempre conducen a decisiones formales sino que los asuntos pueden igualmente ser archivados mediante cartas administrativas. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia ha considerado que este tipo de cartas no vinculan a los órganos jurisdiccionales nacionales, sin embargo ha precisado que la opinión expresada por los servicios de la Comisión constituye un elemento de hecho que pueden tener en cuenta en su examen de la conformidad de los acuerdos o comportamientos de que se trate con las disposiciones del artículo 85 (Lancome/Etos, asunto 99/79; Rc 1980, pág. 2.511, punto 11).

El apdo. 25 añade lo siguiente:

"a) El órgano jurisdiccional nacional debe respetar las decisiones de exención adoptadas por la Comisión. Por consiguiente, debe considerar el acuerdo o práctica compatible con el Derecho comunitario y reconocerle efectos de Derecho civil. En este contexto conviene señalar la existencia de cartas administrativas, mediante las que los servicios de la Comisión han declarado que se cumplían las condiciones de aplicación del apartado 3 del artículo 85. La Comisión estima que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener en cuenta estas cartas como un elemento de hecho."

No hay que olvidar que nos encontramos inicialmente ante una solicitud de declaración de exención conforme al Reglamento n° 17 y atendiendo a la entrada en vigor del entonces nuevo Reglamento 2790/99, que una vez entra en vigor el Reglamento 1/2003 da lugar a una Decisión de las previstas en su artículo 9 .

Actualmente las Decisiones de la Comisión de aceptación de compromisos tienen un alcance semejante al de las mencionadas cartas administrativas, en sus diversas formas, utilizadas por la Comisión en la etapa anterior. Bien es cierto que no conllevan un efecto vinculante (respecto de si se ha producido o no infracción o si ésta aún existe, ya que no se pronuncian sobre este extremo), pero ello no supone que la evaluación de la Comisión, ahora expresada en una Decisión, no determine, en su caso, una presunción favorable al cumplimiento de las condiciones de aplicación del artículo 81.3 TCE , hoy artículo 101.3 TFUE .

La especial relevancia de la evaluación efectuada en la Decisión, aun sin efecto vinculante para el órgano jurisdiccional (respecto de si se ha producido o no infracción o si ésta aún existe, como ya se ha indicado), contribuye a reforzar el principio de seguridad jurídica en una materia en la que la autorización singular se sustituye por el sistema de excepción legal y favorece a su vez la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia.

El principio de seguridad jurídica es igualmente trascendente a la hora de apreciar el alcance temporal de la exención evitando aquí las incertidumbres generadas tanto por la derogación del Reglamento 17/62 como por la introducción de un umbral de cuota de mercado en la aplicación del Reglamento de exención por categorías. A dicho principio debe atenderse en los efectos en el tiempo que resulten de la aplicación de las normas de competencia (Sentencia TJ de 14 de diciembre de 1977 , as. De Bloos).

La relación contractual queda definitivamente conformada e integrada con los compromisos impuestos en virtud de una decisión de la Comisión.

En su evaluación ya ha considerado la Comisión la duración de los contratos, sin que ello, en los términos expuestos, constituya un obstáculo a que se entiendan satisfechas las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado.

Por otra parte la Comisión ha autorizado pactos de no competencia superiores a cinco años a raíz de solicitudes de declaración negativa, o en su defecto de exención de la prohibición de acuerdos restrictivos (Decisión de la Comisión de 17 de septiembre de 2001, As. COMP/34493-DSD).

Hay que tener en consideración que los compromisos precisamente se establecen para adaptar los contratos a las normas de competencia, dadas las nuevas

disposiciones del Reglamento 2790/1999 y que entre ellos, y así se acepta por la Comisión, se encuentra el que no se aplique el límite temporal de cinco años cuando los bienes o servicios sean vendidos por un agente siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del agente comisionista.

La Comisión ha evaluado la duración de los contratos en relación con el resto de compromisos fundamentalmente atendiendo a los posibles efectos de cierre del mercado. En la evaluación hay que considerar que el contrato suscrito permitió al titular de la explotación mantenerse en el mercado (en el supuesto de autos, introducirse en el mercado, dado que REPSOL construyó la estación de servicio), puesto que de otro modo no hubiera podido permanecer en él, como ya hemos expuesto, y que tuvo acceso a ventajas que en absoluto son irrelevantes y adquirir a la conclusión del contrato la plena propiedad de la estación de servicio y sus instalaciones (instalaciones cuya titularidad adquirió CAMPSA según la estipulación quinta, apartado b) del precontrato de 18 de julio de 1.985, f. 272), incluida la reforma y ampliación efectuada.

Como indica la Comisión, Repsol CPP se compromete a ofrecer a las estaciones de servicio afectadas un incentivo financiero concreto para poner fin a los contratos de suministro a largo plazo vigentes. En la práctica, las estaciones que son suministradas por Repsol CPP en virtud de contratos de usufructo y superficie a largo plazo podrán poner fin a estos contratos para firmar contratos DODO con cualquier proveedor. Las estaciones tendrán un incentivo financiero concreto para hacerlo porque los contratos DODO proporcionan márgenes mucho más elevados (y en esto, añadimos, radica buena parte de la conflictividad del sector) y podrán aumentar sustancialmente sus márgenes por litro gracias al mecanismo financiero instaurado por los compromisos. Además, los compromisos se han ajustado para garantizar que las estaciones podrán elegir a su proveedor sobre la base de las condiciones de las ofertas DODO que reciban de los distintos proveedores mayoristas que operan en el mercado. Concluye la Comisión señalando que, en su conjunto, los compromisos brindarán a todas las estaciones de servicio suministradas por Repsol CPP, pero que no son de su propiedad, la oportunidad de cambiar a cualquier otro proveedor, incluso a un operador nuevo, e impedirán a Repsol CPP vincular más estaciones a su red.

El TG, en su sentencia de 11 de julio de 2007, T-170/06 , as. Alrosa, ha señalado (88) que una decisión adoptada con arreglo al artículo 9 del Reglamento 1/2003 , al convertir en obligatorio un determinado comportamiento de un operador frente a terceros, puede producir indirectamente efectos jurídicos erga omnes que la empresa afectada, por sí sola, no podría generar; por tanto, la Comisión es su única autora, desde del momento en que otorga fuerza vinculante a los compromisos propuestos por la empresa afectada, y por ello sólo ella asume la responsabilidad de la misma. Esta sentencia anuló la Decisión 2006/520/CE de la Comisión, de 22 de febrero de 2006(6), por la que se convirtieron en obligatorios determinados compromisos, adoptada en virtud del artículo 9 del Reglamento 1/2003 . Finalmente el TJ, en su sentencia de 29 de junio de 2010, as. C-441/07 , Comisión/Alrosa, anuló dicha sentencia por cuestiones que afectaban al examen de la proporcionalidad de los compromisos, su control jurisdiccional y los derechos procedimentales de los afectados y desestimó el recurso interpuesto por Alrosa Company Ltd ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. En cualquier caso no parece que el alcance atribuido a las decisiones sobre compromisos quede desvirtuado.

La Decisión de la Comisión sobre si los compromisos son suficientes para despejar sus

objeciones se basa en una evaluación que representa una opinión preliminar de la Comisión sobre la base de la investigación y el análisis subyacentes. Las observaciones realizadas por terceros no llevaron a la Comisión a reconsiderar sus observaciones. La Comisión atiende específicamente al contexto económico y jurídico de los contratos, a la cuota de mercado de Repsol CPP y a la duración de los contratos, y mantiene finalmente que los compromisos ofrecidos son suficientes para despejar la objeción formulada.

En atención a lo expuesto, y teniendo en cuenta que la inexistencia de obstáculos a la aplicación del apartado tercero del artículo 81 del Tratado, hoy artículo 101.3 TFUE , debe apreciar los compromisos ofrecidos tal y como aquí resultan de la Decisión adoptada en el caso concreto (en este sentido podemos citar la Decisión de 17 de septiembre de 2001, As. DSD), hemos de concluir en la necesidad de desestimar la pretendida nulidad de los contratos invocada por la demandante.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 establece que la evaluación efectuada atendiendo a la Decisión de 12 de abril de 2006 no infringe el artículo 16 del Reglamento CE 1/2003, puesto que "la infracción podría haberse producido si la sentencia recurrida hubiera declarado nula, sin más, una relación jurídica que la Comisión no consideró tal pese a haber entrado ya en vigor el Reglamento de 1999, tener Repsol más del 30% de la cuota de mercado y haberse pactado una duración de la exclusiva superior a cinco años".

El Tribunal Supremo ha analizado extensamente estas cuestiones en su sentencia de 11 de mayo de 2011 , y por ello reproducimos parte de su Fundamento de Derecho octavo, relativo al valor de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 (As. COMP/B-1/38.348- REPSOL C.P.P.):

Precisamente porque la cuota de mercado de Repsol excede del 30%, el art. 3 del Reglamento de 1999 no permite aplicar a la relación jurídica litigiosa la exención prevista en el art. 2 del propio Reglamento. Pero ello no significa que tal relación quedara automáticamente incurso en la prohibición del art. 81 del Tratado a partir del 1 de enero de 2002 , es decir una vez vencido el plazo establecido en el art. 12.2 del Reglamento de 1999 para los acuerdos conformes con el Reglamento de 1983, sino, como se desprende de la directriz nº 62 de la Comunicación de la Comisión sobre directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01), que "no se presumirá que los acuerdos verticales no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías [el de 1999] son ilegales, si bien cabe la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente" o, como declara el apdo. 24 de la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/08, sobre directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, "el hecho de que, debido a las cuotas de mercado de las partes, un acuerdo no pueda acogerse a una exención por categorías no basta en sí mismo para considerar que se le aplica lo dispuesto en el apartado 1 del art. 81 o que no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81 . Es precisa una evaluación individual de los efectos probables del acuerdo". En definitiva, la falta de exención de la prohibición en virtud del Reglamento no excluye que los acuerdos verticales celebrados por un proveedor cuya cuota de mercado exceda del 30% puedan ser considerados legales por la Comisión Europea.

Esto es lo que hace referida Decisión de 12 de abril de 2006, adoptada precisamente con base en el art. 9.1 del Reglamento (CE) 1/2003 citado como infringido, al considerar suficientes los compromisos ofrecidos por Repsol el 13 de marzo de 2006 para despejar la objeción formulada por la Comisión en su evaluación preliminar. Más

concretamente, en referencia a los contratos de superficie a largo plazo, como es el caso, la Comisión considera que los titulares de las estaciones de servicio podrán poner fin a estos contratos para cambiar de proveedor con el incentivo financiero representado por el aumento sustancial de sus márgenes por litro (considerando 44).

Bien es cierto que la Decisión no se pronuncia sobre si ha existido o no infracción (considerando 42); como también lo es que, según reconoce la propia sentencia impugnada, "las decisiones de la Comisión que impongan compromisos no afectan a la facultad de los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia de los Estados miembros para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado" (considerando 22 del Reglamento nº 1/2003). Pero no lo es menos que, según el art. 16 del propio Reglamento de 2003 , los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 y 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la misma.

De ahí que si la Comisión adopta una decisión en el ámbito de sus competencias que, como es el caso, comprende la relación jurídica litigiosa, no deba un órgano nacional jurisdiccional civil, al conocer de un contrato pacíficamente ejecutado por las partes hasta que Repsol denunció el incumplimiento de Estaser, modificar la decisión de la Comisión en virtud de normas de la Unión Europea de defensa de la competencia, pues la duración de los contratos de Repsol bajo la fórmula de derecho de superficie fue objeto de examen expreso por la Comisión y esta consideró que los compromisos de Repsol en relación con dichos contratos acabarían liberalizando un importante número de estaciones de servicio.

Por otra parte, el hecho de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su resolución de 30 de julio de 2009 (expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), sancionara a la demandada-recurrída y a otras operadoras por limitar la libertad de las estaciones de servicio para fijar los precios de venta al público no puede determinar por sí mismo la nulidad de la relación jurídica litigiosa, sino que muestra el reparto de competencias ya aludido en el fundamento jurídico sexto en función del interés primordialmente tutelado en cada caso, de modo que es compatible una sanción impuesta a una operadora por la Comisión Nacional de la Competencia con que no se declare la nulidad civil de una de las muchas relaciones jurídicas celebrada por esa misma operadora en el ámbito de su actividad empresarial global.

Finalmente, no debe dejar de señalarse que, según el considerando (9) del Reglamento nº 1/2003, este "no impedirá que los Estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos, siempre que esa legislación sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del derecho comunitario"; y que, según su art. 3, los apdos. 1 y 2 de este " no impedirán que se apliquen las disposiciones de Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los artículos 81 y 82 del Tratado". De aquí que las consideraciones de la sentencia recurrida sobre las exigencias de la buena fe (arts. 7 y 1258 CC) no resulten impertinentes, pues, por un lado, la propia sentencia las pone en relación con la voluntad de Repsol de adaptar automáticamente el contrato a cualquier modificación de " las disposiciones imperativas emanadas de los órganos de la Comunidad Económica Europea ", lo que desmiente la voluntad contraria que este motivo atribuye a Repsol , y, por otro, tales consideraciones deben también valorarse en función de la circunstancia de que la hoy recurrente no interesara la nulidad de la relación jurídica litigiosa hasta después de haber sido ella misma demandada por Repsol por incumplimiento contractual, logrando la suspensión del litigio sobre su

propio incumplimiento hasta que recayera sentencia firme en el presente litigio sobre nulidad " (énfasis añadido).

La tesis contraria a la nulidad, con unos u otros argumentos, ha sido claramente ratificada por las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2012 y 30 de noviembre de 2012 . Concretamente en esta última, con una rotundidad que no deja lugar a dudas, el Alto Tribunal indica: ". 2ª) Aunque ciertamente no sucediera lo mismo a partir de la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 2790/99, por exigir su art. 5 , para poder superar el límite temporal de cinco años, que el proveedor fuera propietario tanto de los locales como de los terrenos, esto no determinó de por sí la nulidad automática de la relación jurídica litigiosa, pues precisamente porque la cuota de mercado de Repsol superaba el 30% y en consecuencia la exención del art. 2 de dicho Reglamento quedaba en general excluida por lo dispuesto en su art. 3, la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 (COMP/B-1/38.348- REPSOL CCP) cobró una especial relevancia al aprobar los compromisos vinculantes de Repsol respecto de la liberalización de un importante número de estaciones de servicio entre las que se encontraba la hoy litigiosa, debiendo respetarse dicha Decisión en cumplimiento del art. 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003, como ha resuelto esta Sala en sus sentencias de 3 de abril de 2012 (rec. 62/09), 11 de mayo de 2011 (rec. 1453/07) y 9 de mayo de 2011 (rec. 1350/07), al haber examinado la Comisión la cuestión concreta de la duración de relaciones jurídicas similares a la aquí litigiosa en relación con la sustitución del Reglamento de 1983 por el Reglamento de 1999, aprobando unos compromisos que, además de reducir la duración de la relación, favorecen la competencia mediante la liberación de todo un conjunto de estaciones de servicio vinculadas en exclusiva a

3ª) En suma, el que la Decisión no impida a los órganos jurisdiccionales nacionales del orden civil examinar si la relación jurídica litigiosa se ajusta o no al Derecho europeo de la competencia no significa que, en materia de duración de la exclusiva, dichos órganos puedan resolver en contra de la decisión con base en razones ya contempladas por la Comisión" (énfasis añadido).

También en la muy reciente sentencia de 4 de enero de 2013, el Tribunal Supremo con cita de la anterior (que se reseña como de 30 de diciembre de 2012) y de las de Pleno de 9 y 11 de mayo de 2011(recursos nº 1350/07y 1455/0, respectivamente) señala que: ". la propia Decisión de la Comisión revelaba que, exclusivamente por razón de su duración, la relación jurídica litigiosa no podía haber devenido automáticamente nula el 1 de enero de 2002 por aplicación del art. 12.2 del Reglamento (CE) nº 2790/99 en relación con el apdo. 68 de la STJUE 2-4-2009 (asunto C-260/07). Se destacó por la citada sentencia de 11 de mayo de 2011 cómo el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea había dictado auto de 25 de octubre de 2007 declarando la inadmisibilidad del recurso de anulación interpuesto contra la Decisión de la Comisión por la compañía que explotaba la estación de servicio y pedía la nulidad en el litigio seguido en España, y cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había desestimado su recurso de casación contra dicho auto. También se analizó la prohibición, establecida en el art. 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003, de que los órganos jurisdiccionales nacionales adopten resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión Europea, sin perjuicio de su facultad de pronunciarse sobre la existencia o subsistencia de una infracción anterior, como en el presente caso habría sido la imposición de un precio mínimo de venta al público. Igualmente se consideró por la sentencia de 9 de mayo de 2011 que la sentencia entonces recurrida, que adoptaba una solución similar a la ahora impugnada, habría podido infringir el art. 16 del Reglamento de 2003 si hubiera declarado nula sin más, como pretende la parte

aquí recurrente, una relación jurídica que la Comisión no había considerado tal. Y la sentencia de 11 de mayo de 2011 razonó que, si la Comisión adoptaba una decisión en el ámbito de sus competencias, un órgano nacional de la jurisdicción civil no podía modificar la decisión de la Comisión en virtud de normas de la Unión Europea de defensa de la competencia ya consideradas por la comisión, pues la duración de los contratos de Repsol y a había sido examinada por la Comisión y esta había considerado que los compromisos de Repsol en relación con dichos contratos acabarían liberando un importante número de estaciones de servicio . A lo anterior procede añadir ahora que el apdo. 68 de la STJUE 2-4-2009 , antes de afirmar la nulidad de pleno derecho que propugna la ahora recurrente, puntualiza que esto es "a falta de exención individual en virtud del artículo 81 CE , apartado 3", y que el expediente COMP/B- 1/38.348 culminado con la Decisión de 18 de abril de 2006 se inició precisamente por una solicitud de Repsol de declaración negativa o, en su defecto, de una exención individual con arreglo al artículo 81 , apartado 3, del Tratado (apdo. 5 de la Decisión)" (énfasis añadido).

Los razonamientos expuestos determinan la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la demanda sin necesidad de analizar la procedencia de la indemnización, lo que sólo tendría sentido de haberse apreciado la ineficacia sobrevenida del contrato, cuestión que, en todo caso, parece resuelta por la jurisprudencia y en sentido negativo para el apelado (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 y 4 de enero de 2013).

QUINTO.- La suspensión del procedimiento por el planteamiento por otro órgano judicial de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cuya contestación fuera decisiva para la resolución de litigio, podría estar justificada por ser aquella decisiva para la resolución del pleito y existir dudas sobre la interpretación del derecho comunitario, careciendo de sentido el planteamiento de cuestiones prejudiciales idénticas como único remedio para suspender el procedimiento a la espera de conocer la resolución del Tribunal de Justicia.

Dicha petición, por el contrario, difícilmente podría encontrar apoyo ante la mera intención anunciada por otro órgano judicial, aunque dicho órgano sea el Tribunal Supremo, de plantear una cuestión prejudicial.

Ahora bien, en el supuesto de autos, en los términos en que ha quedado resuelto el presente recurso de apelación no resulta relevante la decisión que pueda adoptar el Tribunal de Justicia respecto de las cuestiones prejudiciales elevadas a dicho Tribunal por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto de fecha 19 de diciembre de 2012 que giran, esencialmente, tal y como indica el apelado en el escrito presentado con fecha 27 de febrero de 2013, sobre la interpretación del artículo 12.2 del Reglamento (CE) 2790/1999, en relación con los artículos, 3.1 y 5.a) del mismo reglamento.

Este tribunal no alberga duda alguna sobre la necesidad de examinar individualmente aquellos contratos que contienen una cláusula de exclusiva de suministro en su día amparada por el Reglamento (CEE) 1983/84 y luego no cubierta por el Reglamento (CE) 2790/99, para analizar, primero, si están incluidos en la prohibición del actual artículo 101.1 TFUE y, luego, de ser afirmativa la respuesta, si se cumplen las condiciones del artículo 101.3 TFUE , lo que determina que no sea aplicable la prohibición y, por último, sólo en el caso, de que se sí sea aplicable la prohibición por no concurrir las condiciones del apartado tercero tendría sentido plantearse 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 trata de aclarar a través de las cuestiones planteadas por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Precisamente, lo que se ha realizado en esta resolución es el examen individual para concluir que no resulta aplicable la prohibición del artículo 81.1 del Tratado CE en virtud del apartado 3º de dicho precepto, teniendo en consideración, especialmente, la decisión de la Comisión aprobando los compromisos de REPSOL, todo ello en los términos expuestos en el anterior fundamento de derecho.

Por lo demás, el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de enero de 2013 rechaza plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) 2790/99, con el siguiente razonamiento, plenamente aplicable al supuesto enjuiciado: "En cuanto a la cuestión prejudicial propuesta por la parte recurrente después de señalada la votación y fallo de los recursos, no procede su planteamiento al TJUE porque el problema de la duración de los contratos de Repsol, compañía cuya cuota de mercado excede del 30% y que contrajo los compromisos vinculantes objeto de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006, no puede resolverse, como parece pretender la parte recurrente, desde la única perspectiva del art. 12 del Reglamento (CE) nº 2790/99, dado que, según su art. 3.1, la exención de su art. 2 solo se aplica a condición de que la cuota del proveedor no exceda del 30%, habiéndose pronunciado ya esta Sala sobre el problema de la duración de los acuerdos comprendidos en el ámbito de la referida Decisión en sus sentencias de 9 de mayo de 2011 (rec. 1250/07), 11 de mayo de 2011 rec. 1453/07), 3 de abril de 2012 (rec. 62/09) y 30 de diciembre de 2012 .".

SEXTO.- En materia de costas, la estimación del recurso de apelación con desestimación de la demanda, determina la condena a la parte actora al pago de las costas ocasionadas en primera instancia de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por otra parte, al estimarse el recurso de apelación formulado por el demandado, no procede condenar al pago de las costas originadas por el mismo a ninguno de los litigantes, todo ello en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

La Sala acuerda:

1) Estimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Joaquín Fanjul de Antonio en nombre y representación de la entidad "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A." contra la sentencia dictada con fecha 22 de diciembre de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid , en el juicio ordinario nº 124/2009 del que este rollo dimana.

2) Revocar dicha resolución y, en su lugar, desestimamos la demanda formulada por DON Dimas y la mercantil "TAYGRAO, S.L.", representadas por el procurador don David García de Riquelme contra "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A." y absolvemos a la demandada de todos los pedimentos de la demanda.

3) Imponer a la parte actora las costas procesales causadas en primera instancia.

4) No se efectuar expresa imposición de las costas originadas con el recurso de apelación.

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

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.