



Roj: **STS 4260/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4260**

Id Cendoj: **28079130032018100428**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/12/2018**

Nº de Recurso: **553/2018**

Nº de Resolución: **1782/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.782/2018

Fecha de sentencia: 17/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 553/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Cordoba Castroverde**

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 553/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Cordoba Castroverde**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1782/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

Dª. Maria Isabel Perello Domenech

D. **Diego Cordoba Castroverde**

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 17 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 553/2018, interpuesto por Repsol, S.A, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Teresa Robledo Machuca, bajo la dirección letrada de don Alberto Rueda García, contra la sentencia de 16 de noviembre de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Procedimiento Ordinario número 469/2014, contra la resolución del Subsecretario de Industria, Energía y Turismo, actuando por delegación del Secretario de Estado de Energía del entonces Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de fecha 26 de marzo de 2014, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de 18 de octubre de 2013.

Ha intervenido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Diego Cordoba Castroverde**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la representación procesal de la mercantil Repsol, S.A, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta) contra la resolución de 26 de marzo de 2014 del subsecretario de Industria, Energía y Turismo, actuando por delegación del secretario de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, desestimatoria del recurso de alzada promovido por la recurrente contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 18 de octubre de 2013, por la que se determina el listado anual de operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota superior al porcentaje establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo.

El recurso, tramitado con el núm. 469/2014, fue estimado en parte por sentencia núm. 666 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta), de 16 de noviembre de 2017.

La sentencia estimó en parte el recurso al considerar que en las provincias de Álava y Lérida no se computaron de forma correcta las estaciones de servicio abiertas ya en la fecha de la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 18 de octubre de 2013, anuló las resoluciones impugnadas y ordenó la retroacción de actuaciones al momento anterior a la emisión de la indicada resolución de la DGPEyM de 18 de octubre de 2013, para que por la Administración se haga el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, con una cuota superior al porcentaje establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley 11/2013, de acuerdo al resultado probatorio indicado en el fundamento de derecho octavo de la sentencia, es decir, incluyendo en Álava la estación de la calle Polígono Okiturri 4 y en Lérida las de Castelnou de Seaná y la de la carretera Belianes PK2.

Respecto de la inconstitucionalidad de las medidas establecidas en el artículo 43 bis.1.a) y b) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (LSH), en la redacción dada por el artículo 39 de la Ley 11/2013, así como en la disposiciones adicional cuarta y transitoria quinta de la Ley 11/2013, de 26 de junio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, la sentencia, teniendo en cuenta que "[...] los actos aquí impugnados solo relativos a los listados es evidente que no todos estos preceptos constituyen la norma decidendi de la que depende el fallo de este procedimiento, siéndolo tan solo la DT 5ª, apartado 3º en que se fundamentan las resoluciones", excluye de su análisis los argumentos relativos a las limitaciones introducidas por la Ley 11/2013, relativas al artículo 39.3 -que incorpora un nuevo artículo 43 bis a la Ley 31/1998- y a la disposición adicional cuarta, pues, concluye, no tienen ninguna vinculación con la materia de este recurso. Y respecto de la disposición transitoria 5.ª, rechaza plantear cuestión de inconstitucionalidad, pues ni siquiera se plantea formalmente en el suplico de la demanda, limitándose a una invocación genérica de nulidad de pleno derecho de la Ley 11/2013, sin que la duda sobre la constitucionalidad sea mínimamente manifiesta ni suficientemente argumentada, "[...] pues no se ha justificado en absoluta en qué medida el proceso a quo depende de la validez de las normas en cuestión, pues aquí no se discuten las modificaciones de los contratos de Repsol en su naturaleza jurídica, en sus prestaciones o en su duración". Añade que las resoluciones que determinan el listado de operadores al por mayor de cuotas provinciales superiores al 30% "[...] no resultan ser un mero acto de aplicación de



la citada Ley 11/2013 a las que se aplican las limitaciones que se contienen en dicha DT 5ª, limitaciones que operan conjuntamente con otras restricciones contractuales igualmente previstas en la Ley 11/2013 y con la obligación forzada de adaptación de los contratos a las previsiones anteriores exigida por la DA 4ª del mismo cuerpo legal, respecto de la que existen dudas acerca de su constitucionalidad, todo ello de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que si bien hubiera podido resultar de todo punto razonable la inclusión en el suplico de la demanda de la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad, no confluyen en este caso todos los requisitos que sustentan la posibilidad de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, y en particular, que la Ley 11/2013 constituye la norma decidendi "de cuya validez depende el fallo".

En cuanto al planteamiento de cuestión prejudicial europea, descarta de nuevo el análisis del art. 43 bis de la LSH en relación con la disposición transitoria 4ª de la Ley 11/2013, ya que sólo se cuestionan actos dictados al amparo de la disposición transitoria 5ª de la citada Ley 11/2013, y rechaza el planteamiento de la cuestión prejudicial aplicando la doctrina del acto claro, añadiendo que la citada disposición transitoria 5ª no condiciona el sentido del fallo.

SEGUNDO. Mediante Auto de 9 de marzo de 2018 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en determinar:

En primer lugar, si concurren los requisitos que, conforme al artículo 35.1 y 2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, habilitan a Jueces y Tribunales para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, a saber, duda de constitucionalidad, aplicabilidad y relevancia, (i) por una parte, respecto de las medidas de la disposición transitoria 1ª (debe decir 4ª) de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo, en cuanto no permiten a los operadores al por mayor de productos petrolíferos, con una cuota de mercado superior al 30%, incrementar el número de instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título que les confiera la gestión directa o indirecta de la instalación, ni suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor que se dediquen a la explotación de la instalación para el suministro de combustibles y carburantes a vehículos, con independencia de quién ostente la titularidad o derecho real sobre la misma, en relación con los artículos 14 y 38 CE, referidos a los principios de igualdad y libertad de empresa, y (ii) por otra parte, respecto del artículo 43 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y la disposición adicional 4ª de la Ley 11/2013, en cuanto a la duración máxima de los contratos de suministro en exclusiva y a la imposición de la adaptación de dichos contratos, que inciden sobre contratos en vigor, en relación con el artículo 9.3 CE que garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales y el artículo 33 CE que reconoce el derecho a la propiedad privada.

En segundo lugar, si las medidas adoptadas por el artículo 43.bis de la Ley 34/1998, en cuanto impiden la fijación o recomendación de precios o la imposición de precios máximo, y la disposición transitoria 5ª, en cuanto fija en un 30% la cuota de mercado a efectos de prohibir el incremento del número de instalaciones, resultan compatibles con los principios comunitarios derivados del artículo 101 TFUE y del Reglamento (CE) 330/2010, de 20 de abril, ambos con relación a la obligación de convergencia establecida en el art. 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, y si resulta exigible el planteamiento de una cuestión prejudicial.

TERCERO. La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación.

El recurso argumenta en síntesis que el art. 43 bis de la LSH establece dos tipos de limitaciones: por una parte, limita el plazo de duración de los contrato a un año, con la posibilidad de dos prórrogas de un año, que quedan a la exclusiva voluntad del distribuidor; de otra, prohíbe la fijación y la mera recomendación de precio de venta al público del combustible. La disposición Transitoria 4ª establece que los contratos existentes deben adaptarse en el periodo de 12 meses desde la entrada en vigor de la norma. Y la Disposición Transitoria Quinta prohíbe a los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado provincial superior al 30% incrementar el número de sus instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título, ni suscribir nuevo contratos de distribución en exclusiva.

Tales limitaciones, según la entidad recurrente, constituyen un conjunto de medidas que no solo se interrelacionan sino que se complementan entre sí.

Las infracciones normativas y jurisprudenciales que se imputan a la sentencia las divide en dos bloques:

A) El examen de la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 11/2013.

Concurren a su juicio los requisitos para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los citados preceptos de la Ley 11/2013. Son normas de rango legal aplicables para enjuiciar el litigio. En relación con su aplicabilidad afirma que no existe duda de la vinculación de la Disposición Transitoria 5ª de la

Ley con la resolución administrativa impugnada, así lo reconoce la propia sentencia recurrida, si bien excluye el examen del resto de los preceptos de la Ley que contenían limitaciones por entender que no constituían norma decidendi, no tenían vinculación con la materia del recurso y nunca fueron objeto, ni incidentalmente, de la vía administrativa previa y, finalmente, porque en el suplico de la demanda no se hacían ninguna referencia a la cuestión de inconstitucionalidad. Pero, a juicio de la entidad recurrente, el cuestionamiento de las resoluciones administrativas no puede construirse en base al análisis de la Disposición Transitoria 5ª sino partiendo del conjunto normativo diseñado por la Ley 11/2013 al existir entre ellos una íntima conexión, pues los efectos de la Disposición Transitoria 5ª no serán los mismos de no haberse obligado a los operadores y distribuidores a modificar sus contratos en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley (Disp. Transitoria 4ª) y obligando a modificar la naturaleza y duración de los contratos (art. 43 bis LSH).

a) Dudas de la constitucionalidad de la Disp. Transitoria 5ª de la Ley 11/2013 en relación con los artículos 14 y 38 de la CE.

"La libertad de empresa exige que las distintas empresas de un mismo sector de actividad se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas, [...] pues dicha libertad [...] solo existe en una economía de mercado que resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores" (STC 109/2003, F. 8).

Dicha libertad puede ser limitada. La razón empleada aquí para justificar las medidas de la DT 5ª (así como el resto) la encontramos en la propia EM: "incrementar la competencia efectiva en el sector, reduciendo las barreras de entrada a nuevos entrantes". Ahora bien, dichas limitaciones a la libertad de empresa por los poderes públicos han de respetar el contenido esencial de los propios derechos fundamentales. Las limitaciones que introduce la DT 5ª no respetan ese contenido esencial que los poderes públicos no solo deben proteger sino también promover.

El respeto al contenido esencial de un derecho fundamental se ha de construir sobre los criterios constitucionalmente recogidos de proporcionalidad, idoneidad e indispensabilidad, tal y como afirma la STC 36/2011, de 28 de marzo. Y las medidas adoptadas en la Disposición Transitoria 5ª no superan el test de proporcionalidad:

- la injerencia de los poderes públicos no persigue un interés público legítimo: el incremento de la competencia efectiva, según la Exposición de Motivos de la Le. Pero lejos de favorecer la competencia la distorsiona gravemente, pues reduce la oferta y, por tanto, perjudica directamente a la competencia.

- no es una medida necesaria. Solo es necesaria una medida cuando no hay disponible otra menos restrictiva u onerosa para alcanzar el fin perseguido con la misma eficacia. Una cuota de mercado de un 30% no es representativa de dominio, ni puede operar como barrera, misma cuando se ha limitado la duración de los contratos de suministro en exclusiva a un año.

- la medida restringe desproporcionadamente la libertad empresarial de un operador frente a otros competidores. Cuanto más intensa sea la restricción, mayor tendrá que ser el valor del interés que se quiere proteger y más intensa la necesidad y adecuación de la norma (STS de 2 de abril de 2002 (rec. 1585/2000)). A juicio de la sociedad recurrente tampoco supera éste requisitos pues constituye un sacrificio de la libertad de mercado y de la empresa desproporcionado por las razones expuestas y porque su duración no está determinada.

b) Dudas de constitucionalidad respecto del artículo 43 bis de la LSH y de la Disp. Transitoria 4ª de la Ley 11/2013 en relación con los artículos 9.3 y 33 de la CE.

Considera que la nueva y arbitraria duración de los contratos de distribución en exclusiva prevista en el art. 43 bis, 1,a) de la LSH y la obligada adaptación de estos (DT.4ª) equivale a la restricción de derechos individuales que se proyecta sobre los contratos en vigor afectando a derechos adquiridos. La medida priva a todos los operadores del sector de un conjunto de contratos perfectamente válidos, que deben modificarse, alterando su naturaleza jurídica, y limitando su duración inicial válidamente pactada.

Además esta intervención sobre estas relaciones jurídicas consolidadas resultaba innecesaria si la pretensión del legislador era supuestamente liberar a los distribuidores de sus obligaciones contractuales, en su mayoría, bajo la fórmula de contratos de comisión, puesto que la propia LSH ya atribuía a los distribuidores, y lo sigue haciendo (ahora innecesariamente) la posibilidad de exigir la conversión de sus contratos en el art. 43 LSH.

B) Exigibilidad del planteamiento de una cuestión prejudicial del art. 267 del TFUE en relación a las medidas del artículo 43.bis de la LSH y la DT 5ª de la ley 11/2013. A juicio de la entidad recurrente el Tribunal solo puede dejar de plantear la cuestión de interpretación ante el TJUE cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no da lugar a ninguna duda razonable sobre la forma de

resolver la cuestión (...). Esa evidencia, de acuerdo a la doctrina Cilfit debe ser tal que el órgano jurisdiccional esté convencido de que la misma se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia.

En relación con el artículo 43.bis de la LDH y la DT 4ª de la Ley 11/2013 no puede considerarse irrelevantes las dudas existentes sobre la contradicción de dichos preceptos con las normas de la Unión Europea, pues además de que ya se planteaba en el recurso de alzada y en la demanda que el litigio suscitaba una cuestión de derecho comunitario en relación con tales disposiciones, las limitaciones contenidas en dichas normas constituyen un conjunto inseparable con la norma decidendi de los actos impugnados (Disp. Transitoria 5ª). La prohibición DT 5ª no es autónoma del resto de limitaciones que se contienen en la Ley 11/2013. Ciertamente que la DT 5ª incorpora per se una limitación a esta parte. Pero la DA 4ª y el artículo 43 bis de la LSH, en tanto que obligaron a modificar la duración de contratos plenamente eficaces y en vigor replican esa limitación con carácter anual y sine die.

Y en relación con la incompatibilidad de la DT 5ª con el Derecho comunitario la Sala de instancia invoca nominalmente la doctrina del acto claro, pero sin motivación o razonamiento alguno. La sentencia de instancia razona que "el ordenamiento europeo no parece en principio resultar contravenido, sin más cuando el Gobierno español adopta una medida de las referidas en DT 5ª de la Ley 11/2013, única a la que se refieren los cuestionados listados anuales de operadores al por mayor [...]. Para añadir más adelante que la doctrina del "acto claro" y sobre todo que esta Sala no es el Juez de última instancia, vedaría tal actuación [...]. Para acabar concluyendo que la DT 5ª no condicionaría en absoluto el sentido del fallo, de manera que, cualquiera que fuese la respuesta del TJCEE, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión de este proceso y ello porque no existe al respecto duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición comunitaria aplicable". Pero, a su juicio, no basta con la invocación del acto claro sin la suficiente motivación.

Conforme al artículo 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003 el derecho de la competencia de los Estados miembros no debe conducir a resultados más estrictos que el artículo 81, de tal forma que la aplicación del derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de tales acuerdos (susceptibles de afectar al comercio intra-comunitario) si no restringen la competencia en el sentido del artículo 101.1 TFUE. Norma que tiene un efecto directo por lo que puede ser invocada ante los tribunales nacionales.

Los artículos 4.a y 5.1 del Reglamento 330/2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE establecen que la exención prevista en el artículo 2 no se aplicarán) respectivamente a:

"[...] los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:

a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;(art. 4.a)

[...] las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales: a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años. (art. 5.1)".

A tal efecto argumenta que el artículo 43.bis LSH es incompatible con las antedichas normas comunitarias por dos motivos:

En primer lugar al establecer la duración de la obligación de no competencia impone una duración máxima que es manifiestamente más estricta de aquella que se considera exenta por el Reglamento 330/2010. La duración de estas cláusulas se limita a un año y, además, esta limitación se aplica a todos los operadores mayoristas con total independencia de su naturaleza, vínculos contractuales, posición en el mercado etc. También es claro que la Ley 11/2013 se aplica sin tener en cuenta los efectos en el mercado que permitan justificar la imposición de una duración de la exclusiva de suministro de solo un año. Como consecuencia de ello esta medida es contraria al artículo 101 TFUE, al artículo 5.1. a) del reglamento 330/2010 y al artículo 3.2 del Reglamento 1/2003.

Y en segundo lugar, por lo que respecta a la prohibición de establecer precios máximos o recomendados, considera que el Reglamento 330/2010 ampara las recomendaciones de precios y el establecimiento de precios máximos, siempre que estos no den lugar, de facto, a la imposición de precios fijos como consecuencia de presiones o incentivos. La medida del art. 43 bis 1.b) LSH entraña una regulación más restrictiva que la prescrita en el Reglamento dado que, no sólo prohíbe la imposición de precios de venta fijos o mínimos, sino también las recomendaciones de precios y el establecimiento de precios máximos. Así pues, esta medida prohíbe una conducta amparada por una exención prevista en una norma comunitaria directamente aplicable.

Respecto a la incompatibilidad de la DT 5ª con las antedichas normas comunitarias. El Reglamento 330/2010 no ampara la limitación contenida en la DT 5ª, por entender que no es adecuada o proporcionada al fin que se le atribuye. Establece una limitación de cuota de mercado tal que no promueve la competencia sino que directamente la perturba, distorsionando su libre juego. Y es que, a su juicio, tal limitación introduce un doble elemento anticompetitivo/distorsionador de la competencia: Antes del aniversario de la Ley 11/2013 (DA4ª) y en las renovaciones anuales posteriores de los contratos afectados para cumplir con las exigencias del nuevo artículo 43 bis LSH, tanto el resto de operadores como de propietarios de estaciones de servicio conocen que, no alcanzado un acuerdo de suministro exclusivo con un distribuidor, REPSOL no podrá sustituir dicho contrato por otro con otro distribuidor; REPSOL resulta discriminada en relación con el resto de operadores que podrán dirigir sus acciones de captación a estaciones de servicio abanderadas por REPSOL que más interesen a su política comercial y de expansión sin que, por su parte, REPSOL pueda llevar a cabo acciones de captación similares restringiendo de forma indebida la competencia por el punto de venta; Como resultado de lo anterior, los distribuidores de la red de REPSOL, pueden obtener mejores contraprestaciones que los distribuidores de otras redes, otorgando a aquellos una ventaja comparativa y anómala respecto del resto de distribuidores(mejores deltas o márgenes), que no solo no dispondrán de las mismas ventajas, al no estar compelidos sus operadores al por mayor por lo dispuesto en la DT 5ª, sino que, además, vendrán obligados a negociar con sus operadores, sabedores de que REPSOL no es una alternativa de suministro si las condiciones negociadas con sus operadores actuales no son satisfactorias.

Por otra parte entiende que la atribución a un operador con una cuota de mercado del 30% de la supuesta capacidad de contribuir a la existencia de barreras de entrada o a la ausencia de competencia, como hace la DT 5ª, no tiene ningún fundamento jurídico ni económico. A tal efecto considera, en términos generales no es posible apreciar la existencia de una posición de dominio en el mercado con una cuota del 30%. Así, el TJUE ha declarado en su sentencia STJCE en el asunto C-250/92 Gottrup Klim (1994) apartado 48 (respecto a una empresa que tenía un 32% de cuota en un determinado mercado de producto) que dicha cuota de mercado no puede constituir por sí sola la prueba determinante de la existencia de una posición dominante. Y es que no existe ningún caso en que una cuota del 30% se haya considerado indicativa de posición de dominio, que es la justificación de esta limitación, y ello sin perjuicio de que la Ley 11/2013 no contiene, como hemos dicho, ninguna apreciación razonable sobre el impacto de las medidas en el mercado a la vista de sus condiciones de competencia.

De otra parte el Reglamento 330/2010 establece claramente que los acuerdos verticales entre operadores y estaciones de servicio pueden estar automáticamente exentos bajo el artículo 101.3 TFUE cuando la cuota de mercado del proveedor en el mercado donde vende los productos objeto del contrato al comprador y la cuota de mercado del comprador en el mercado donde adquiere los productos objeto del contrato, es del 30 % o menos, pero la superación de ese umbral de cuota de mercado, no permite considerar que los contratos suscritos por operadores con cuotas superiores sean contrarios a las normas de competencia. Ello dependería de un análisis concreto conforme al artículo 101 TFUE que no se respeta en este caso.

Al prohibir la DT 5ª de la Ley 11/2013 directamente estos acuerdos verticales cuando el proveedor (el operador mayorista) tiene una cuota superior al 30% en una determinada provincia (ámbito igualmente defectuoso pues no corresponde a una definición de mercado estricta), la contradicción entre la DT 5ª y el Reglamento 330/2010 es manifiesta y por lo tanto, como en el caso de las dos anteriores medidas, existe una vulneración de lo establecido en el artículo 3.2 del Reglamento 1/2003 con relación al artículo 101 TFUE y el Reglamento 330/2010.

Por todo ello, solicita la estimación del recurso, casando y dejando sin efecto la sentencia recurrida, y entrando en el fondo estime el recurso contencioso-administrativo en los términos solicitados en el escrito de demanda, declarando la incompatibilidad de la normativa legal aplicable con el Derecho comunitario y la inaplicabilidad de la Ley 11/2013 al presente caso, como se deriva del principio de supremacía del derecho comunitario.

CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

Considera, en primer lugar, que el enjuiciamiento del recurso contencioso, ex art. 33 en relación con el art. 31 de la LJ, debe limitarse al enjuiciamiento del acto recurrido so pena de incurrir en desviación procesal. A tal efecto, invoca que conforme a la jurisprudencia de nuestro TC resulta muy importante que la norma que se cuestiona sea aplicable y relevante para resolver el caso concreto, y, además, el órgano promotor de la duda habrá de exponer en qué medida la validez o invalidez del precepto cuestionado condiciona la solución del conflicto sometido a su conocimiento, pues no puede confundirse con un control abstracto de constitucionalidad de las leyes.

Por ello entiende que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el art. 43 bis LSH y su D. Ad. 4ª no son decisivos para el fallo, es más considera que ni siquiera son aplicables, "partiendo de la naturaleza

y ámbito objetivo de (este) proceso", pues no hay una "concreta" relación "lógica y directa" entre dichos preceptos y el acto recurrido que delimita el objeto del proceso, acto que se limita a aplicar una medida distinta, la regulada en la D. Tr. 5ª de la Ley 11/2013 tan citada. Sin que baste, por todo lo ya expuesto, una alusión a que tales medidas se "complementan", "refuerzan", o incluso tienen similar motivación.

La única norma aplicable y relevante para el fallo era, tal y como pone de manifiesto el preámbulo de la resolución, la Disp. Transitoria Quinta, como acertadamente señala la sentencia de instancia. La Disp. Transitoria es completamente independiente de las medidas introducidas en el art. 43 bis: la D. TR 5ª impide a los operadores incrementar el número de instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título que les confiera la gestión directa o indirecta de la instalación, o suscribir nuevos con tratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor; mientras que el art. 43 bis regula los vínculos contractuales de los suministros en exclusiva (el contenido contractual). Son medidas con destinatarios no necesariamente coincidentes, y cuya aplicación se realiza de forma independiente o separada.

La parte actora describe en su 2.1 estas medidas como separadas, y basa su pretensión de que se conozcan en el recurso que nos ocupan porque se "interrelacionan" o se "completan entre sí" [...] pero, seguidamente y en la explicación de tal apartado, la única razón que exhibe es su causa o motivación concurrente y el perjuicio conjunto que le causan [...]. No hay razonamiento alguno (ni lo puede haber) sobre el condicionamiento mutuo de aplicabilidad de tales medidas que justifique que unas sean presupuesto de aplicación de otras, y por tanto pueda verse alguna conexión entre el acto impugnado y el art. 43 bis citado porque una eventual anulación por inconstitucionalidad de este precepto afecte al acto impugnado. Cada una de estas normas (43 bis, DT 5ª) genera actos aplicativos distintos, que pueden y deben ser recurridos ante la Jurisdicción contenciosa en recursos independientes, y en cada uno de ellos podrá cuestionarse como proceda el concreto precepto aplicado.

En definitiva, respecto del artículo 43 bis de la LSH y la Disposición adicional 4ª de la Ley 11/2013, no concurren los requisitos que, conforme al artículo 35.1 y 2 de la LOTC, habilitan

a los Jueces y Tribunales para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, a saber, aplicabilidad y relevancia.

Y estas mismas razones excluyen la necesidad de enjuiciar si el art. 43 bis de la LSH en cuanto impiden la fijación o recomendación de precios o la imposición de precios máximo, y la D. Ad. 4ª de la Ley 11/2013 que lo complementa, son o no compatibles con el TFUE, y el Reglamento (CE) 330/2010, de 20 de abril, ambos con relación a la obligación de convergencia establecida en el art. 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003. En nuestro caso, no existe relación entre el objeto del proceso y el art. 43 bis y D. Ad. 4ª tan citadas (por lo ya razonado en nuestro I), lo que veda el planteamiento de la cuestión prejudicial (y veda inaplicarlos, pues no forman parte de la "ratio decidendi", ya que la norma aplicable es la DT 5ª de la Ley 11/2013).

Por lo que respecta a la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación de la Disposición Transitoria Quinta afirma que lo que se pretende es un control judicial de la norma legal lo que llevaría a la inadmisibilidad por defecto de jurisdicción, como ajeno al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, delimitado por los artículos 1 y 2 de la LJCA. Que el Tribunal Supremo carece de jurisdicción para enjuiciar normas norma de rango legal resulta de la simple lectura del art. 1.1 de la misma. Procede en consecuencia considerar que respecto de la pretensión referida a la inconstitucionalidad de la norma legal, solo cabe inadmitirla por ausencia de jurisdicción.

En segundo lugar alega que la inconstitucionalidad de DT 5ª de la Ley 11/2013 (la única que formalmente podría resultar relevante para el fallo) se encontraría con el obstáculo de que carecería de objeto, al haber sido esta derogada con efectos desde el 1 de julio de 2016, por la disposición derogatoria única de la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la LSH, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos, que señala:

"Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en cuanto contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

En particular, y con efectos desde el 1 de julio de 2016, queda derogada la disposición transitoria quinta de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo."

Considera que si bien es cierto que puede entenderse que su D. Ad. Cuarta establece una regulación similar, pero su redacción no es idéntica, y el recurrente no dedica argumentación alguna a sostener su ultra actividad (por qué la regulación derogada tenga un grado de identidad con la vigente y persistencia en cuanto a sus efectos tal que el pronunciamiento que pudiera hacer el TC siga siendo de interés). A falta de estos presupuestos, el TC inadmite el planteamiento de cuestiones como la que nos ocupa, a falta de razonamiento sobre ultra actividad, que sería carga del recurrente. Invocando al efecto lo afirmado en la STC 19/2018.

En todo caso, y entrando al fondo de su pretensión, considera la sentencia recurrida, tampoco se aprecia infracción alguna que pueda justificar una "duda fundada" para el planteamiento de la cuestión.

Argumenta al respecto que respecto a la pretendida infracción del artículo 14 de la CE ni siquiera indica en qué consiste la discriminación ni señala un término de comparación válido, lo que impide con toda claridad que pueda apreciarse siquiera *prima facie* que pueda existir tal vulneración.

Y por lo que respecta a la pretendida infracción del artículo 38 de la CE, libertad de empresa, la jurisprudencia distingue con toda claridad entre aquellas medidas que condicionan el acceso al mercado, y aquellas que sólo lo regulan, como la que nos ocupa, y a tal efecto invoca la doctrina sentada en la STC 35/2016.

Según el Abogado del Estado las modificaciones de la LSH introducidas en la Ley 11/2013, en un clima de altísimo precio de los carburantes, buscaban contrarrestar la insuficiente competencia en el sector de hidrocarburos, manifestadas en el superior precio antes de impuestos de los carburantes en España y la escasa diferenciación de precios entre los distribuidores minoristas (se hacía referencia en la MAIN a varios informes de la CNC). El fin, pues, era constitucionalmente legítimo, y su mera lectura evidencia que la medida, de tipo limitativo para los operadores mayoritarios, aparece -sin necesidad de un mayor examen- como adecuada al fin perseguido. No debiendo ir más allá, pues, el examen del TC, no hay fundamento alguno para plantear la cuestión aludida en el Auto.

Finalmente y por lo que respecta a la conformidad de dicha norma con el derecho de la UE afirma que las medidas a las que se alude de contrario son todas ellas plenamente acordes con el Derecho UE, resultando un "acto claro" que elude en todo caso el planteamiento de la cuestión prejudicial incluso con relación a la única disposición española respecto de la que podría resultar pertinente, la DT 5ª de la Ley 11/2013.

Como indica el punto 6 y siguientes del Reglamento UE N o 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, "[...] determinados tipos de acuerdos verticales, pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión. La probabilidad de que dicha mejora de la eficiencia económica compense los efectos contrarios a la competencia derivados de las restricciones contenidas en los acuerdos verticales depende del peso en el mercado de las partes del acuerdo y, por tanto, de la medida en que dichas partes estén expuestas a la competencia de otros proveedores de bienes o servicios que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto. Siempre y cuando la cuota de mercado de cada una de las empresas parte del acuerdo en el mercado de referencia no exceda del 30 %, cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones de competencia especialmente graves conducen por lo general a una mejora en la producción o distribución y ofrecen a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes. Por encima del límite de la cuota de mercado del 30 % no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales [...] generarán con carácter general ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan a la competencia.".

Por tanto, el porcentaje escogido tiene toda su fundamentación y sentido.

Y, contra lo indicado por el recurrente, en un acuerdo de distribución exclusiva, el operador acuerda vender sus productos exclusivamente a un distribuidor para su reventa en un territorio determinado. Los posibles riesgos de competencia residen principalmente en la menor competencia intramarca y la partición del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. Si todos o la mayoría de los distribuidores aplican la distribución exclusiva, esto puede debilitar la competencia y facilitar la colusión, tanto en el nivel de los proveedores como en el de los distribuidores. Finalmente, la distribución exclusiva puede llevar a la exclusión de otros distribuidores y reducir así la competencia en ese nivel.

La distribución exclusiva queda exenta por el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor y la del comprador no rebasan ninguna el 30 % (la posición de mercado del proveedor y de sus competidores es de importancia primordial, ya que la pérdida de competencia intramarca únicamente puede ser problemática si la competencia intermarca es limitada. Cuanto más fuerte sea la posición del proveedor, tanto más importante será la pérdida de competencia intramarca. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %, puede plantearse un riesgo de reducción significativa de la competencia intramarca) En ningún caso las directrices comunitarias plantean que un umbral de competencia de mercado inferior al 30% sea problemático y se considera difícilmente justificable establecer una cantidad inferior. Como reconoce la Comunicación de la Comisión Europea (Directrices relativas a las restricciones verticales Texto pertinente 2010/ C 130/01, Punto 164), la distribución exclusiva puede permitir eficiencias, sobre todo cuando se requieran inversiones de los distribuidores para proteger o crear la imagen de marca.

Por tanto, lejos de no acomodarse a las directrices del Derecho UE, la normativa española la respeta en su plenitud, introduciendo restricciones solo en la medida en que la propia Comisión europea ha considerado que pueden existir compromisos para la competencia.

QUINTO. Se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 4 de diciembre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación impugna la sentencia núm. 666 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta), de 16 de noviembre de 2017.

La sentencia impugnada en casación estimó en parte el recurso interpuesto contra la resolución de 26 de marzo de 2014 del Subsecretario de Industria, Energía y Turismo, desestimatoria del recurso de alzada contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 18 de octubre de 2013, por la que se determina el listado anual de operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota superior al porcentaje establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo.

SEGUNDO. Sobre las cuestiones que plantean interés casacional.

Aunque el Auto de admisión plantea diversas cuestiones que presentan interés casacional, conviene delimitar en dos grandes grupos las cuestiones sobre las que debemos pronunciarnos, dada la diferente respuesta dada por el tribunal de instancia para cada una de ellas.

Por un lado, se encuentra aquellos preceptos de la Ley 11/2013 que el tribunal de instancia consideró ajenos al debate que se planteó en la instancia y cuya eventual contradicción con la Constitución o con la normas de la Unión Europea resultaba irrelevante para resolverlo. Este es el caso del art. 43 bis a) y b) de la Ley del Sector de Hidrocarburos y a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 11/2013. Respecto de ellos nuestro pronunciamiento se debe centrar en determinar si el tribunal de instancia debió o no plantear una cuestión de inconstitucionalidad o si, por el contrario, dicho planteamiento no era necesario por no cumplirse los requisitos para ello, en especial el juicio de relevancia. Y si, al mismo tiempo, si debió analizar la conformidad de dichas normas con el derecho de la Unión Europea o, en su caso plantear cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE, o si, por el contrario, el análisis de dicha contradicción también resultaba irrelevante para el resultado del litigio planteado en la instancia.

Por otro, y por lo que respecta a la Disposición Adicional Quinta de la Ley 11/2013, se trata de establecer si debió de plantearse cuestión de constitucionalidad por vulneración de los artículos 14 y 38 CE, referidos a los principios de igualdad y libertad de empresa. Y si dicha norma resulta compatible con los principios comunitarios derivados del artículo 101 TFUE y del Reglamento (CE) 330/2010, de 20 de abril, ambos con relación a la obligación de convergencia establecida en el art. 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, y si resulta exigible el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE.

TERCERO. Sobre la falta de jurisdicción.

El Abogado del Estado plantea, en primer lugar, la eventual falta de jurisdicción para ejercer un control judicial de preceptos de rango legal, lo que llevaría a la inadmisibilidad por defecto de jurisdicción, al tratarse de una cuestión ajena al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, delimitado por los artículos 1 y 2 de la LJCA.

Esta causa de inadmisibilidad ha de ser rechazada pues, como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en supuestos análogos, el que la jurisdicción contenciosa sea competente para conocer de la impugnación de actos singulares no impide que la impugnación se sustente en la consideración de que la norma legal a la que aquella disposición sirve de desarrollo es contraria al derecho de la Unión Europea, o en el argumento de que la norma con rango de ley vulnera la Constitución (STS de 24 de octubre de 2016, rec. 960/2014).

CUARTO. Sobre el juicio de relevancia.

La recurrente considera, en primer lugar, que la Sala de instancia debió examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad y la conformidad o no al derecho de la Unión Europea, no sólo de la disposición transitoria 5ª de la Ley 11/2013, sino también de las limitaciones legalmente establecidas en la disposición adicional 4ª de la misma Ley y en el artículo 43 bis.1.a) y b) de la Ley 34/1998.

Conviene empezar por recordar que el recurso contencioso-administrativo del que trae causa este recurso de casación tenía por objeto la impugnación de una resolución administrativa, un acto administrativo singular, dictado por la Dirección General de Política Energética y Minas por el que se aprobaba el listado anual de operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota del mercado provincial superior al porcentaje establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley 11/2013, de 26 de julio.

Es la legalidad del acto administrativo la que se enjuicia en este recurso y por ende solo aquellas normas jurídicas que le atañen directamente resultan relevantes para el objeto del litigio, sin perjuicio, claro está de poder impugnar la legalidad del acto, cuestionando, de forma indirecta, las normas legales en las que se funda o se sustenta, pero sin que la impugnación de un acto pueda convertirse en una ocasión propicia para cuestionar normas jurídicas ajenas al mismo.

Las resoluciones administrativas impugnadas se dictaron en cumplimiento de lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013 de 26 de julio, aprobando un listado de los operadores que en el año 2013 tenían una cuota superior al 30% en cada provincia, isla o comunidad autónoma, especificando en una tabla para cada una de las tres empresas operadores al por mayor de productos petrolíferos (empresas del grupo Repsol, Cepsa y Disa) en qué provincias se superaba ese umbral.

Dichas resoluciones traían causa y eran el resultado de la aplicación de las previsiones contenidas en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013. La norma en cuestión establecía los criterios para calcular ese porcentaje de cuota en el mercado y la previsión de que por resolución del Director General de Política Energética y Minas se publicaría el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior del 30%. Y al mismo tiempo establecía una limitación o prohibición para los operadores que superasen dicho umbral: no podrán incrementar el número de instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título que les confiera la gestión directa o indirecta de la instalación, ni suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor que se dediquen a la explotación de la instalación para el suministro de combustibles y de carburantes de vehículos, con independencia de quién ostente la titularidad o derecho real sobre la misma. No obstante lo anterior, podrían renovarse a su expiración los contratos preexistentes aunque con ello se supere la cuota de mercado anteriormente expresada.

La entidad Repsol recurrió en la instancia dicha resolución argumentando en doble sentido:

a) considerar que se habían producido errores de hecho en el cómputo de la cuota de mercado asignada a dicha compañía en determinadas provincias.

b) impugnando indirectamente determinados preceptos de la Ley 11/2013 por entender que eran contrarios tanto al derecho de la Unión Europea como a la Constitución, en concreto consideraba afectados por vicios determinantes de su nulidad (ya de carácter constitucional o por su contradicción con el derecho de la Unión Europea) la Disposición Transitoria Quinta y los artículos 43 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos (introducido por el artículo 39.3 de la Ley 11/2013) y la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 11/2013.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ahora impugnada en casación, estimó parcialmente el recurso considerando que en el cómputo de las instalaciones de suministro adscritas a la red de dicha empresa se habían producido errores que podrían tener incidencia determinar si dicha empresa superaba la cuota de mercado del 30% en determinadas provincias, en concreto en las provincias de Álava y Lérida, por ello anuló dichas resoluciones, ordenando "retrotraer el procedimiento a dicho momento anterior para que con los datos expuestos en este fundamento octavo y de acuerdo con el resultado probatorio indicado, se haga por la Dirección General de Política Energética y Minas del MIET la nueva lista" de operadores al por mayor, incluyendo las estaciones que menciona en el fallo de su resolución.

Por lo que respecta a la impugnación indirecta de los preceptos de la Ley 11/2013, la sentencia de instancia consideró que la resolución administrativa impugnada tan solo traía causa y era consecuencia directa de la aplicación de la previsión contenida en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013 y, por ende, su análisis debía circunscribirse a examinar la limitación contenida en dicha norma por la que se establece la prohibición consistente en impedir que se incrementen el número de instalaciones.

Pero, al mismo tiempo, descartó la relevancia para el objeto de dicho recurso tenía cualquier pronunciamiento relativo al art. 39.3 de la Ley 11/2013 que incorporaba el art. 43 bis a) y b) de la Ley del Sector de Hidrocarburos y a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 11/2013.

Y es respecto a esta última decisión la que sustenta el reproche consistente en que la sentencia resolviese el debate sin plantear cuestión de inconstitucionalidad de estos preceptos, tal y como solicitaba, y que tampoco abordase la eventual contradicción de los mismos en relación con la normativa de la Unión Europea o, en su caso, el planteamiento de cuestión prejudicial de interpretación.

Argumenta al respecto que nos encontramos ante un conjunto normativo diseñado por la Ley 11/2013 apreciando que existe entre todos estos preceptos una íntima conexión, pues los efectos de la Disposición Transitoria 5ª no serían los mismos de no haberse obligado a los operadores y distribuidores a modificar sus contratos en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley (Disp. Transitoria 4ª) y obligando a modificar la naturaleza y duración de los contratos (art. 43 bis LSH).

El análisis de esta cuestión exige realizar una consideración previa. La cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE y la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC parten de una premisa o presupuesto común: la relevancia de la cuestión planteada para resolver el litigio, que opera como presupuesto de viabilidad al margen de la doctrina del acto claro o de las dudas de constitucionalidad que albergue el tribunal en cuestión. De modo que no es posible plantearlas cuando la decisión que pueda adoptarse no condiciona el sentido del fallo, por entender que cualquiera que fuese la respuesta ésta no tendría influencia en la decisión del proceso. O dicho de otro modo, el planteamiento de las dudas sobre la constitucionalidad o sobre la aplicación de la normativa comunitaria en relación con la norma nacional que se invoca, debe tener efectos decisivos en el procedimiento en que la cuestión se ha planteado y en la resolución a adoptar por el Tribunal.

Es reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, por lo que respecta al planteamiento de cuestiones constitucionales, sostiene que "El llamado juicio de relevancia -consistente en que la decisión del proceso *a quo* dependa de la validez de la norma cuestionada (art. 35.2 LOTC)-, se erige en uno de los requisitos esenciales para impedir que la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita" (por todas, STC 175/2016, de 17 de octubre, f.j 2 y 23/2017, de 16 de febrero, f.j 2, STC, Pleno, 77/2018, de 5 de julio de 2018), de manera que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto (SSTC 1/2016, de 18 de enero, f.j 2, 175/2016, de 17 de octubre, f.j 3 y 57/2017, de 11 de mayo, f.j 1). Constituye, pues, una de las más esenciales condiciones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad la de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, lo que sucede cuando la duda planteada por el órgano judicial no es determinante de la decisión a adoptar y, por tanto, de la validez de la norma (en los términos en que ha sido acotada) no depende el fallo.

Y en idéntico sentido se pronuncia la jurisprudencia del TJUE respecto al planteamiento una cuestión prejudicial al amparo del art. 267 del TFUE, pues no solo se precisa que el tribunal albergue dudas sobre la validez o interpretación del derecho de la Unión sino que además que aprecie si la respuesta prejudicial es necesaria, esto es, si puede o no condicionar el resultado del litigio. Por ello, el TJUE ha rechazado que puedan plantearse cuestiones prejudiciales que no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal. Baste recordar, a tal efecto, lo afirmado por el TJUE en sus sentencia de 9 de octubre de 1997 (Asunto C-291/96. *Grado et Bashir*) "[...] con arreglo a una muy reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial cuando resulta evidente que la interpretación de una norma comunitaria, solicitada por un órgano jurisdiccional nacional, no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio, o también cuando el problema es de naturaleza hipotética y el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 61, y de 16 de enero de 1997, *USSL* nº 47 di Biella, C-134/95, Rec. p. I-195, apartado 12)".

A la vista de esta jurisprudencia tiene razón la sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, y su razonamiento resulta impecable en este extremo, cuando excluye de su análisis los argumentos relativos a la inconstitucionalidad de las limitaciones introducidas por la Ley 11/2013 en relación el art. 43.bis a) y b) y las relativas a la Disposición Adicional 4 de dicha norma, argumentando que "no tienen ninguna vinculación con la materia de este recurso, ya que aunque REPSOL se pueda haber visto afectada por las limitaciones temporales indicadas del nuevo artículo 43 bis, y se haya visto obligada a la modificación de contratos de suministro en exclusiva, ello se ha de tratar en un procedimiento independiente del actual si es que no se mostrase conforme con tales acuerdos y sus efectos, pero no en el presente pues nunca fue objeto ni incidentalmente de la vía administrativa previa".

Y así mismo compartimos su razonamiento cuando descarta analizar si estos mismos preceptos son contrarios a normas de derecho comunitario afirmando "Y lo descartamos de nuestro análisis porque aquellos preceptos no se aplican ni se invocan ni en las alegaciones ni en las resoluciones recurridas ni mucho menos en los recursos contra las mismas.", [...] "[...] aunque en el escrito de demanda se cuestiona concretamente la compatibilidad con el derecho comunitario de las tres medidas contenidas en la Ley 11/2013: medidas previstas en la disposición adicional cuarta en relación con el nuevo artículo 43 bis a) y con el 43 bis b) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013 de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de

empleo, puesto que se entienden por REPSOL contrarias al artículo 3.2 del Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado con relación al artículo 101 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y al Reglamento 330/2010 de la Comisión Europea relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE, sin embargo la realidad es que solo se cuestionan aquí actos discutidos al amparo de la DT 5ª que impide incrementar el número de instalaciones en régimen de propiedad o por cualquier otro título, o suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor, y que en su apartado tercero establece que mediante resolución del Director General de Política Energética y Minas se determinará anualmente el listado de operadores al por mayor con una cuota de mercado superior al porcentaje establecido, punto concreto que nos ocupa".

El Tribunal de instancia emitió un juicio de falta de relevancia en relación con el objeto del litigio planteado, llegando a la conclusión de que tales preceptos y, por tanto, los límites que ellos introducen, no guardan relación alguna con la resolución administrativa impugnada, de modo que el resultado del litigio no se ve condicionado por la invocada inconstitucionalidad o eventual contradicción con la normativa comunitaria, dado que los mismos no sustentan la resolución objeto del litigio ni su aplicación condiciona el resultado del mismo. Y esta conclusión es compartida por este Tribunal.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones es necesario que entre la ley cuestionada y el fallo exista una correlación lógica y directa entre la eventual anulación de la norma legal cuya constitucionalidad se cuestiona y la satisfacción de las pretensiones objeto del petitum (STC 8/1988 y AATC 723/1986 y 946/1985 entre otras).

Pese al intento de la entidad recurrente de sostener que la impugnación de las resoluciones administrativas no puede construirse tan solo en base al análisis de la Disposición Transitoria 5ª, sino que ha de acudirse al conjunto normativo diseñado por la Ley 11/2013, al existir entre ellos una íntima conexión, pues los efectos de la Disposición Transitoria 5ª no serán los mismos de no haberse obligado a los operadores y distribuidores a modificar sus contratos en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley (Disp. Transitoria 4ª) y a modificar la naturaleza y duración de los mismos (art. 43 bis LSH). Lo cierto es que la conclusión alcanzada en este punto por el tribunal a quo resulta plenamente acertada ya que las limitaciones introducidas en el art. 43 bis.1 de la Ley 34/1998 -en la redacción dada por el artículo 39 de la Ley 11/2013-, y la Disposición Adicional 4ª, no guardan relación alguna con el contenido, aplicación y fundamento normativo del que trae causa del acto impugnado y por ende, cualquiera que fuese la conclusión que pudiera extraerse respecto a su eventual inconstitucionalidad o contradicción con la normativa comunitaria, el resultado del litigio sería el mismo, y en nada se vería afectada la sentencia que se dictase en este pleito. En efecto, el hecho de que determinadas empresas se encuentren incluidas en el listado aprobado, por entender que ostentan un 30% de la cuota de mercado en esa provincia, condiciona y afecta a la posibilidad de incrementar el número de instalaciones, y de suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor, pero este listado y la previsión normativa de la que trae causa no guarda una relación directa en relación con el resto de las previsiones normativas cuestionadas, que son autónomas e independientes del mismo.

Las limitaciones referidas a la obligación de modificar la duración de los contratos (art. 43 bis LSH) y de modificar los ya existentes en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley (Disp. Adicional 4ª de la Ley 11/2013) no se imponen tan solo a las empresas que ostentan una cuota provincial en el mercado superior al 30% ni, por lo tanto, guarda relación con las entidades que se encuentren incluidas en el listado aprobado por la resolución administrativa impugnada.

Los perjuicios económicos y competenciales que pueda sufrir la empresa recurrente como consecuencia de la aplicación acumulativa de las limitaciones introducidas por la Ley 11/2013 no constituye la clave necesaria para establecer la necesaria conexión con el objeto del proceso, que solo se vería afectado si el presupuesto de aplicación de estas medidas limitativas dependiesen, y no es el caso, de su inclusión en el listado aprobado por la Dirección General de Política Energética y Minas.

Por ello, ha de concluirse que las limitaciones relativas a la duración de los contratos de suministro en exclusiva y su necesidad de adaptación operan al margen y con independencia del hecho de estar incluidas en el listado de empresas con una cuota de mercado por provincia superior al 30%. Por así decirlo las limitaciones contenidas en el art. 43.bis. 1 de la LSH y en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 11/2013 operan para todas las empresas y no tan solo para aquellas que superan el umbral del 30% de cuota de mercado.

Por todo ello, ha de concluirse que la negativa de la sentencia a analizar la pretendida inconstitucionalidad o disconformidad con el derecho comunitario de los artículos 43 de la Ley 34/1988 del Sector de Hidrocarburos y la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 11/2013, es conforme a derecho al no apreciarse que tales normas

fuesen relevantes para determinar la conformidad a derecho de la resolución administrativa directamente impugnada.

QUINTO. Sobre la pérdida sobrevenida del objeto de este recurso por derogación de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013.

El objeto del recurso se centra, por tanto, en la impugnación de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013, en el que, por lo que ahora nos interesa, se establece:

"1. Los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior al 30 por ciento, no podrán incrementar el número de instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título que les confiera la gestión directa o indirecta de la instalación, ni suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor que se dediquen a la explotación de la instalación para el suministro de combustibles y carburantes a vehículos, con independencia de quién ostente la titularidad o derecho real sobre la misma.

No obstante lo anterior, podrán renovarse a su expiración los contratos preexistentes aunque con ello se supere la cuota de mercado anteriormente expresada.

[...].

3. Por resolución del Director General de Política Energética y Minas se determinará anualmente el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior al porcentaje establecido. Esta resolución se publicará en el "Boletín Oficial del Estado".

4. En el plazo de cinco años, o cuando la evolución del mercado y la estructura empresarial del sector lo aconsejen, el Gobierno podrá revisar el porcentaje señalado en el apartado 1 o acordar el levantamiento de la prohibición impuesta en esta disposición".

En definitiva, dicha norma establece una limitación a los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota del mercado provincial superior al 30% que les impide incrementar el número de instalaciones sobre las que pueden ejercer un control efectivo, ni suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva, limitación que no se aplica a los contratos preexistentes y puede ser revisada "En el plazo de cinco años, o cuando la evolución del mercado y la estructura empresarial del sector lo aconsejen, el Gobierno podrá revisar el porcentaje señalado en el apartado 1 o acordar el levantamiento de la prohibición impuesta en esta disposición" (apartado cuarto de dicha disposición).

El Abogado del Estado alega la inadmisión de esta pretensión al haber quedado derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley del Sector de Hidrocarburos. Es cierto que esta última norma deroga, con efectos, desde el 1 de julio de 2016, la disposición transitoria quinta de la Ley 11/2013, de 26 de julio.

Pero ello no determina, la pérdida sobrevenida del objeto del presente recurso. Y ello porque la citada derogación no ha determinado la supresión de la prohibición cuestionada de nuestro ordenamiento jurídico, pues la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/2015, de 21 de mayo, establece la misma prohibición, si bien con una diferente previsión en cuanto a la revisión o supresión de la misma, al señalar "En el plazo de tres años, o cuando la evolución del mercado y la estructura empresarial del sector lo aconsejen, el Gobierno podrá revisar el porcentaje señalado en el apartado 1 o acordar el levantamiento de la prohibición impuesta en esta disposición". Ello determina que el objeto de este recurso, consistente en analizar si el acto administrativo que aprueba el listado de las empresas que por superar el 30% de la cuota de mercado de una provincia se ven sometidas a dicha prohibición, no ha desaparecido, pues al margen de las consecuencias que dicha limitación haya podido tener desde el momento de su aprobación, la nueva norma no elimina tampoco la prohibición sino que simplemente modela su revisión o supresión, por lo que el aspecto controvertido en este recurso, consistente en cuestionar dicha prohibición resulta contraria a la Constitución y a las normas de la Unión Europea, subsiste.

El representante del Estado afirma en apoyo de su alegación que si bien es cierto que puede entenderse que la nueva norma establece una regulación similar, pero no idéntica, y el recurrente no dedica argumentación alguna a sostener su ultra actividad, el Tribunal Constitucional ha inadmitido el planteamiento de cuestiones como la que nos ocupa, a falta de razonamiento sobre ultra actividad, que sería carga del recurrente.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha admitido (ATC 23/2013 , de 29 de enero, FJ 4) que una cuestión de inconstitucionalidad puede extinguirse por desaparición sobrevenida de su objeto como consecuencia de la derogación de la norma objeto de recurso directo en el proceso a quo si la misma no conserva ningún género de ultra actividad, por entender que en tales casos "ninguna utilidad tendría ya un pronunciamiento de este Tribunal para un proceso judicial extinguido. Ahora bien, inmediatamente matiza que el examen que el Tribunal

Constitucional no puede sustituir al órgano judicial en la aplicación e interpretación de la legalidad ordinaria", de modo que "sólo si la pérdida de objeto del procedimiento judicial ordinario es clara y manifiesta, puede este Tribunal declarar la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad por esta razón".

En este caso no se dan las condiciones requeridas para que este Tribunal pueda afirmar la pérdida de objeto del proceso. En primer lugar, porque tal y como hemos señalado la prohibición subsiste en nuestro ordenamiento jurídico; en segundo lugar porque para enjuiciar la legalidad del acto singular impugnado hay que tomar en consideración que el juicio de la legalidad del acto singular impugnado ha de abordarse en relación con el precepto legal vigente en aquel momento, sin que "la derogación, con sus efectos *ex nunc*, no es equivalente a una hipotética declaración de nulidad, cuyos efectos se proyectan, al menos en vía de principio, hacia el pasado" (SSTC 117/2011, de 4 de julio, FJ 2, y 73/2014, de 8 de mayo, FJ 2); y finalmente porque no es posible descartar efectos negativos que dicha limitación hubiese podido tener para la empresa recurrente desde el momento en que fue dictada.

Procede, en consecuencia, rechazar la inadmisión planteada y entrar a conocer de los diferentes motivos de impugnación que la recurrente dirige a la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013.

SEXTO. Sobre la constitucionalidad de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013.

El recurso plantea dudas sobre la constitucionalidad de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013 por su eventual contradicción con los artículos 14 CE (principio de igualdad) y 38 CE (libertad de empresa).

El Abogado del Estado opone, en primer lugar, que la empresa recurrente nada argumentó en la instancia sobre la pretendida inconstitucionalidad de esta norma legal en relación con la infracción del artículo 14 de la CE, por lo que se trataría de una cuestión nueva.

A tal efecto, es preciso destacar que si bien es cierto que tanto en la demanda de instancia como en el escrito de interposición la parte, pese a invocar la vulneración de los artículos 14 y 38 de la Constitución, la empresa recurrente centra su argumentación en torno a la libertad de empresa y solo de forma colateral, y siempre en el contexto de la argumentación referida a la libertad de empresa, menciona la supuesta desigualdad que se produciría entre empresas del mismo sector estarían sujetas a limitaciones diferentes en los diferentes territorios autonómicos, no puede considerarse que nos encontremos ante una cuestión nueva planteada por vez primera en casación. El hecho de que ya se invocase en la instancia la eventual contradicción de dicho precepto legal con el art. 14 de la CE, aunque solo fuera tangencialmente, impide considerar que se trata de una cuestión nueva.

Cuestión distinta es que la invocación del principio de igualdad carece de consistencia, pues la existencia de limitaciones por razones de competencia fijadas en razón de la diferente cuota de mercado que una empresa tenga en un determinado territorio, no implica un trato desigual ante situaciones iguales respecto de aquellas empresas que no se ven sometidas a dichas limitaciones por tener una cuota de mercado inferior. El presupuesto del que se parte: diferentes cuotas de mercado y, por lo tanto, una diferente posición de las empresas respecto del mercado en el que operan; y su justificación: propiciar la entrada de nuevos competidores cuando por superar dicho umbral se considera que una empresa tiene una presencia relevante en dicho mercado, impiden apreciar un diferente tratamiento respecto de aquellas empresas que por no superar dicho umbral no presentan en el mismo riesgo de restricción competencial en ese mercado, pues no nos encontramos ante situaciones iguales que exijan el mismo tratamiento. Y ello con independencia de si el umbral establecido para establecer dicha diferenciación resulta adecuado, cuestión que analizaremos más adelante.

Por lo que respecta la libertad de empresa se afirma en el recurso que la razón empleada para justificar las medidas de la Disp. Transitoria 5ª la encontramos en la propia Exposición de Motivos de la Ley 11/2013: incrementar la competencia efectiva en el sector, reduciendo las barreras de entrada a nuevos entrantes. Pero la recurrente entiende que dichas limitaciones a la libertad de empresa por los poderes públicos han de respetar el contenido esencial de los propios derechos fundamentales. Y, a su juicio, las limitaciones que introduce la D.T. 5ª no lo respetan. A su juicio, la prohibición impuesta por la Disposición Transitoria 5ª no supera el test de proporcionalidad dado que:

- La injerencia de los poderes públicos no persigue un interés público legítimo. La norma en cuestión lejos de favorecer la competencia efectiva la distorsiona gravemente, pues reduce la oferta y, por tanto, perjudica directamente a la competencia.

- No es una medida necesaria. Solo es necesaria una medida cuando no hay disponible otra menos restrictiva u onerosa para alcanzar el fin perseguido con la misma eficacia. Y una cuota de mercado de un 30% no es representativa de dominio, ni puede operar como barrera, misma cuando se ha limitado la duración de los contratos de suministro en exclusiva a un año.

- La medida restringe desproporcionadamente la libertad empresarial de un operador frente a otros competidores. Cuanto más intensa sea la restricción, mayor tendrá que ser el valor del interés que se quiere proteger y más intensa la necesidad y adecuación de la norma (STS de 2 de abril de 2002, rec. 1585/2000). A juicio de la sociedad recurrente tampoco supera éste requisito, pues constituye un sacrificio de la libertad de mercado y de la empresa desproporcionado por las razones expuestas y porque su duración no está determinada.

Entrando pues en el análisis de la eventual contradicción de esta previsión con la libertad de empresa, consagrada en el art. 38 de nuestra Constitución, hemos de empezar por afirmar que el citado derecho fundamental incluye como una de sus vertientes fundamentales no solo la libertad para crear una empresa y actuar en el mercado, sino también, por lo que aquí importa, la libertad para fijar los objetivos y planificar la actividad de esa empresa en atención a los recursos y a las condiciones del mercado [SSTC 96/2013 , de 23 de abril, FJ 6; 112/2006 , de 5 de abril, FJ 8, y 225/1993 , de 8 de julio, FJ 3 b)], lo que comprende la "libertad de inversión" en expresión utilizada por la ya citada STC 112/2006 , FJ 4.

Ahora bien, también es también jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional la que sostiene que la libertad de empresa "no es un derecho absoluto e incondicionado" y que su vigencia no resulta comprometida por el hecho de que existan limitaciones a su ejercicio derivadas de las "reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado", como han recordado las SSTC 108/2014 , de 26 de junio, FJ 3, y 53/2014 , de 10 de abril, FJ 7, y muchas otras desde la STC 127/1994 , de 5 de mayo. Del art. 38 CE no puede derivarse sin más "el derecho a acometer cualquier empresa" o a ejercerla sin traba ni limitación de ningún tipo, "sino sólo el [derecho] de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden" (STC 83/1984 , de 24 de julio, FJ 3), o lo que es lo mismo, a ejercer esa actividad "con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general" (STC 135/2012 , de 19 de junio, FJ 5, y las allí citadas).

Sentadas estas premisas también ha de recordarse que el test de proporcionalidad invocado por la recurrente se ha aplicado solamente a regulaciones que pueden afectar al acceso al mercado, al comienzo en el ejercicio de la actividad o a regulaciones autonómicas que pueden introducir desigualdad en las condiciones de ejercicio de una actividad empresarial (STC 96/2013 , de 23 de abril, FJ 7, con cita de otras). Pero cuando se trata de regulaciones que "afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma", como ocurre en este caso, el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, como recuerda las SSTC 53/2014, de 10 de abril, f.j 7 y STC 35/2016, de 3 de marzo, f.j 4, es otro, ya que en estos casos "solamente permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas"", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política".

La medida cuestionada afecta al desarrollo de la actividad empresarial pero no al acceso a la misma, y tampoco entraña ninguna desigualdad entre operadores, tal y como hemos razonado anteriormente, por lo que la misma debe ser analizada desde una doble perspectiva: en primer lugar, debe comprobarse si el fin perseguido por ella es constitucionalmente legítimo; y en segundo lugar, caso de superarse este primer examen, debe verificarse además si la medida es adecuada para la consecución de ese objetivo.

Tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, la norma pretende introducir una serie de reformas estructurales que persiguen varios objetivos, entre ellos "conseguir un alto grado de flexibilidad que permita ajustar los precios y salarios relativos, de forma que se consiga aumentar la competitividad de nuestra economía". En este sentido y tomando en consideración que la Comisión Nacional de la Competencia había concluido en diversos informes que, "a partir de una comparación de precios de los carburantes de varios países de Europa, el comportamiento de los precios y márgenes de mercado de distribución de carburantes en España muestra signos de una reducida competencia efectiva", se adoptan una serie de medidas tanto en el mercado mayorista o como en este mercado de carburantes que persiguen la finalidad de "incrementar la competencia efectiva en el sector, reduciendo las barreras de entrada a nuevos entrantes y repercutiendo positivamente en el bienestar de los ciudadanos".

Estas medidas se abordan mediante la modificación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, que establece el marco sectorial básico, en particular del suministro de hidrocarburos líquidos y del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios. Se considera que junto a las dificultades existentes para el establecimiento de nuevas estaciones de servicio (que se tratan de solucionar eliminando barreras administrativas, simplificando trámites a la apertura de nuevas instalaciones de suministro minorista de carburantes y adoptando medidas para fomentar la entrada de nuevos operadores), la "[...] la existencia de contratos de suministro al por menor

en exclusiva se considera una de las principales barreras de entrada y expansión de operadores en España alternativos a los operadores principales" se adoptan determinadas medidas, entre ellas y por lo que ahora nos afecta, "[...] de manera transitoria, se limita el crecimiento en número de instalaciones de venta de productos petrolíferos a los principales operadores de cada provincia".

En definitiva, el fin perseguido por la norma es incrementar la competencia efectiva en el sector, reduciendo las barreras de entrada a nuevos entrantes y repercutiendo positivamente en el bienestar de los ciudadanos, fin que se considera constitucionalmente lícito en una economía de mercado.

Corresponde, por tanto, examinar si la medida adoptada es adecuada para la consecución de ese objetivo. Y también en este aspecto la respuesta ha de ser positiva, pues partiendo de que, según lo afirmado en la exposición de motivos, existían informes de la Comisión Nacional de la Competencia que habían concluido que, "a partir de una comparación de precios de los carburantes de varios países de Europa, el comportamiento de los precios y márgenes de mercado de distribución de carburantes en España muestra signos de una reducida competencia efectiva", circunstancia que no ha sido cuestionada, la prohibición impuesta a los operadores que tiene una mayor cuota de mercado a nivel provincial (que se sitúa en un 30%) impidiéndoles que incrementen el número de instalaciones sobre las que ejercen un control directo o indirecto y de suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor, favorece sin duda la competencia y permite la entrada y presencia de otros operadores en ese mercado, evitando situaciones de dominio que puedan incidir sobre las condiciones y el precio de suministro del carburante y repercutan en la competencia efectiva en el mercado y, por ende, en los derechos de los consumidores y usuarios. Y ello con independencia de lo que más adelante señalaremos respecto a si el umbral del 30% resulta o no adecuado.

SÉPTIMO. Sobre la negativa del tribunal de instancia a plantear cuestión prejudicial del art. 267 TFUE. Deber de motivar la doctrina del "acto claro".

El recurrente planteó en la instancia la eventual contradicción de la D.T. 5ª con el Derecho de la Unión Europea. A tal efecto, se invocaban las previsiones del Reglamento 330/2010 de la UE e indirectamente la del artículo 3.2 del Reglamento 1/2003 con relación al artículo 101 TFUE y el Reglamento 330/2010.

Se reprocha a la Sala de instancia que invoque nominalmente la doctrina del "acto claro", pero sin motivación o razonamiento alguno que sustente dicha conclusión.

La sentencia de instancia a tal efecto razona que: "Con el tenor del artículo precedente y recurriendo a la doctrina de una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005, y otra de 4 de abril de 2005 vemos que la doctrina del "acto claro" en relación con el artículo 267 del TFUE haría innecesario en este concreto asunto el planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada, pues el ordenamiento europeo no parece en principio resultar contravenido sin más cuando el Gobierno español adopta una medida de las referidas en DT 5ª de la Ley 11/2013 [...]" y más adelante añade "las Resoluciones ahora impugnadas han sido dictadas conforme a la Ley 11/2013, de 26 de Julio. La mera invocación como se efectúa de contrario, de su vulneración respecto de la normativa varia de la UE, no determina sin más que estemos ante un supuesto cuya decisión por el TJCEE determine sin más el fallo, por lo que no hay la necesidad del planteamiento de una cuestión de prejudicialidad europea. Antes al contrario, la doctrina del "acto claro" y sobre todo que esta Sala no es el Juez de última instancia, vedaría tal actuación, conforme a la doctrina del TS y conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea citado. Pero lo principal es que aquí concurre otra evidente justificación de la exclusión del planteamiento de la cuestión prejudicial, pues -como luego veremos- la DT5ª no condicionaría en absoluto el sentido del fallo, de manera que, cualquiera que fuese la respuesta del TJCEE, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión de este proceso" [...] "el ordenamiento europeo no parece en principio resultar contravenido, sin más cuando el Gobierno español adopta una medida de las referidas en DT 5ª de la Ley 11/2013, única a la que se refieren los cuestionados listados anuales de operadores al por mayor" añadiendo más adelante que "la doctrina del "acto claro" y sobre todo que esta Sala no es el Juez de última instancia, vedaría tal actuación [...]. Para acabar concluyendo que la "DT 5ª no condicionaría en absoluto el sentido del fallo, de manera que, cualquiera que fuese la respuesta del TJCEE, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión de este proceso" y ello porque "no existe al respecto duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición comunitaria aplicable".

En definitiva, la sentencia funda la no necesidad de plantear cuestión prejudicial de interpretación del derecho de la Unión Europea en tres consideraciones diferentes: la invocación de la doctrina del "acto claro"; que al no ser el tribunal de última instancia no estaría obligado al planteamiento de cuestión prejudicial de interpretación; y finalmente que la decisión sobre este extremo sería irrelevante para el sentido del fallo.

En el análisis de las razones esgrimidas por el tribunal a quo debe empezar por afirmarse que siendo cierto que es necesario plantear una cuestión prejudicial de interpretación si no existen dudas de la correcta

interpretación que ha de recibir del derecho de la Unión (doctrina del acto claro o del acto aclarado") no lo es menos que la sentencia ha de razonar porqué aprecia esa claridad.

Debe recordarse al respecto que la obligación de los Estados miembros de cumplir las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incumbe a todas las autoridades del Estado, incluidos los tribunales de justicia.

La obligación de plantear cuestión prejudicial que establece el art. 267 del TFUE tiene como razón de ser la de impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se atenga a las normas del Derecho de la Unión.

Ciertamente los tribunales de justicia pueden inaplicar una norma legal nacional por contradicción con el derecho comunitario, en base al principio de primacía del derecho de la Unión, plasmado en las SsTJUE de 15 de julio de 1964 (asuntos *Costa/ENEL*), 17 de diciembre de 1979 (asunto *Internationale Handelsgesellschaft*) y 9 de marzo de 1978 (asunto *Simmenthal*). Y la obligación de plantear una cuestión prejudicial de interpretación del derecho de la Unión Europea solo resulta obligatoria para el órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial en el derecho interno (art. 267 tercer inciso) por lo que, a sensu contrario, para los restantes tribunales solo resulta facultativa.

Es también cierto que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso queda dispensado de la obligación de plantear cuestión prejudicial de interpretación cuando se ha comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata ha sido ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna en atención a las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión (en tal sentido las sentencias del TJUE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81, 9 de septiembre de 2015; de 9 septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito* (-160/14 parados 38 y 39, de 28 de julio de 2016 *Association France Nature Environnement* C-379/15 apartado 50 y más recientemente la de 4 de octubre de 2018 (asunto C-416/17 Comisión Europea contra República Francesa).

Ahora bien, cuando se plantea una duda sobre la eventual contradicción de una norma nacional con el derecho de la Unión, el tribunal, aun cuando no sea la última instancia, está obligado a motivar las razones por las que no aprecia contradicción entre la norma nacional y la comunitaria invocada y por las que no considera necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial al entender aplicable la doctrina del "acto claro" o del "acto aclarado". Lo contrario entraña una vulneración del deber de motivar las razones que le llevan a desestimar la alegación planteada. Y a tal efecto no basta con invocar sin más la doctrina del "acto claro" sin expresar las razones por las que considera que la interpretación de la norma comunitaria es clara, no da lugar a una duda razonable, y no es contraria a la norma nacional cuestionada.

Tampoco puede justificarse que el no planteamiento de la cuestión prejudicial pudiese fundarse en este caso en la irrelevancia de dicha norma respecto a la decisión de este proceso, pues tal y como hemos señalado, y el propio tribunal afirma en otros fundamentos de su sentencia, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013 era relevante para este litigio, pues la decisión administrativa impugnada traía causa directa y era consecuencia de la misma.

Dado que la sentencia de instancia se limita a invocar la doctrina del "acto claro" pero no razona el por qué alcanza esta conclusión, procede estimar esta alegación casando la sentencia impugnada. Ello exige entrar a conocer de la invocada contradicción entre la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013 y las normas de derecho de la Unión Europea alegadas.

OCTAVO. Sobre la contradicción de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013 con la normativa de la Unión Europea.

Se suscita la eventual contradicción de la D.T. 5ª con las previsiones del Reglamento 330/2010 de la UE e indirectamente la del artículo 3.2 del Reglamento 1/2003 con relación al artículo 101 TFUE y el Reglamento 330/2010.

Las razones que esgrime en apoyo de su pretensión pueden sintetizarse en las siguientes:

Primera. El recurrente sostiene que el Reglamento 330/2010 no ampara la limitación contenida en la D.T. 5ª, por entender que no es adecuada o proporcionada al fin que se le atribuye. Establece una limitación de cuota de mercado tal que no promueve la competencia sino que directamente la perturba, distorsionando su libre juego.

Tal limitación introduce, a su juicio, un doble elemento anticompetitivo y distorsionador de la competencia: Antes del aniversario de la Ley 11/2013 (DA4ª) y en las renovaciones anuales posteriores de los contratos afectados para cumplir con las exigencias del nuevo artículo 43 bis LSH, tanto el resto de operadores como



de propietarios de estaciones de servicio conocen que, no alcanzado un acuerdo de suministro exclusivo con un distribuidor, REPSOL no podrá sustituir dicho contrato por otro con otro distribuidor; REPSOL resulta discriminada en relación con el resto de operadores que podrán dirigir sus acciones de captación a estaciones de servicio abanderadas por REPSOL que más interesen a su política comercial y de expansión sin que, por su parte, REPSOL pueda llevar a cabo acciones de captación similares restringiendo de forma indebida la competencia por el punto de venta; Como resultado de lo anterior, los distribuidores de la red de REPSOL, pueden obtener mejores contraprestaciones que los distribuidores de otras redes, otorgando a aquellos una ventaja comparativa y anómala respecto del resto de distribuidores (mejores deltas o márgenes), que no solo no dispondrán de las mismas ventajas, al no estar compelidos sus operadores al por mayor por lo dispuesto en la DT 5ª, sino que, además, vendrán obligados a negociar con sus operadores, sabedores de que REPSOL no es una alternativa de suministro si las condiciones negociadas con sus operadores actuales no son satisfactorias.

Segunda. Entiende que la atribución a un operador con una cuota de mercado del 30% de la supuesta capacidad de contribuir a la existencia de barreras de entrada o a la ausencia de competencia, no tiene ningún fundamento jurídico ni económico. Argumenta que no es posible apreciar la existencia de una posición de dominio en el mercado con una cuota del 30%. Así, el TJUE ha declarado en su sentencia STJCE en el asunto C-250/92 Gottrup Klim (1994) apartado 48 (respecto a una empresa que tenía un 32% de cuota en un determinado mercado de producto) que dicha cuota de mercado no puede constituir por sí sola la prueba determinante de la existencia de una posición dominante. Y es que no existe ningún caso en que una cuota del 30% se haya considerado indicativa de posición de dominio, que es la justificación de esta limitación, y ello sin perjuicio de que la Ley 11/2013 no contiene, como hemos dicho, ninguna apreciación razonable sobre el impacto de las medidas en el mercado a la vista de sus condiciones de competencia.

Tercera. El Reglamento 330/2010 establece claramente que los acuerdos verticales entre operadores y estaciones de servicio pueden estar automáticamente exentos bajo el artículo 101.3 TFUE cuando la cuota de mercado del proveedor en el mercado donde vende los productos objeto del contrato al comprador y la cuota de mercado del comprador en el mercado donde adquiere los productos objeto del contrato, es del 30 % o menos, pero la superación de ese umbral de cuota de mercado, no permite considerar que los contratos suscritos por operadores con cuotas superiores sean contrarios a las normas de competencia. Ello dependería de un análisis concreto conforme al artículo 101 TFUE que no se respeta en este caso.

Pues bien, los posibles riesgos de competencia que implica un alto porcentaje en el control de las estaciones de servicio o de los contratos de distribución del suministro de carburante en exclusiva residen principalmente en la menor competencia en ese territorio lo que puede facilitar, en particular, la incidencia sobre los precios y, por tanto, en el mayor coste para los consumidores. Si todos o la mayoría de los distribuidores aplican la distribución exclusiva, esto puede debilitar la competencia y facilitar la colusión, tanto en el nivel de los proveedores como en el de los distribuidores. La distribución exclusiva puede llevar a la exclusión de otros distribuidores y reducir así la competencia en ese nivel.

Es cierto que el Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, afirma que "[...] determinados tipos de acuerdos verticales, pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión".

Pero no lo es menos que esta misma disposición establece que :

"(7) La probabilidad de que dicha mejora de la eficiencia económica compense los efectos contrarios a la competencia derivados de las restricciones contenidas en los acuerdos verticales depende del peso en el mercado de las partes del acuerdo y, por tanto, de la medida en que dichas partes estén expuestas a la competencia de otros proveedores de bienes o servicios que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto.

(8) Siempre y cuando la cuota de mercado de cada una de las empresas parte del acuerdo en el mercado de referencia no exceda del 30 %, cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones de competencia especialmente graves conducen por lo general a una mejora en la producción o distribución y ofrecen a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes.

(9) Por encima del límite de la cuota de mercado del 30 % no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado, generarán con carácter general ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan a la competencia. Al mismo tiempo, no puede presumirse que estos acuerdos verticales entren en el ámbito de

aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado o que no cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3, del Tratado".

Es por ello que, si bien determinados acuerdos verticales pueden mejorar la competencia, la propia norma establece que en los supuestos en los que la cuota de mercado sea superior al 30% no opera esta presunción, pues los acuerdos verticales no compensarán las desventajas que estos causan en la competencia. Por ello, no puede considerarse contrario a dicha norma comunitaria una norma nacional que fije un umbral del 30% de la cuota de mercado para establecer algunas restricciones que impidan el incremento de la presencia y la suscripción de contratos en exclusiva de dichas empresas en el suministro de combustible, impidiendo así que se consolide una posición de dominio con efectos negativos sobre la competencia y facilitando así la entrada de nuevos competidores que puedan actuar en dicho mercado.

La parte recurrente alega que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado respecto a una empresa que tenía un 32% de cuota en un determinado mercado de producto no puede constituir por sí sola la prueba determinante de la existencia de una posición dominante. A tal efecto invoca la sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 1994 (asunto C-250/92 Gottrup Klim).

En primer lugar, debe señalarse en este litigio no se trata de revisar una decisión administrativa en la que se haya establecido una posición de dominio de una empresa a los efectos de apreciar una práctica colusoria de la competencia, sino de establecer un umbral que, en cuanto revelador de una presencia significativa en un mercado, permita establecer límites a la ampliación de su cuota de mercado que facilite la entrada de otras empresas e impida alcanzar o consolidar una posición de dominio.

En segundo lugar, debe señalarse que la sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 1994 (asunto C-250/92 Gottrup Klim), afirma al respecto que "47 En lo que respecta al concepto de posición dominante, procede recordar que reiterada jurisprudencia lo define como una posición de poder económico que tiene una empresa, que le da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente respecto a sus competidores, a sus clientes y, finalmente, a los consumidores. La existencia de una posición dominante es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión, 27/76, Rec. p. 207, apartados 65 y 66, y del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, Hilti/Comisión, T-30/89, Rec. p. II-1439, apartado 90)" y por ello la determinación de un porcentaje del 36 % o del 32 %, no es por sí misma una prueba determinante de la existencia de una posición de dominio.

Pero lo afirmado en dicha sentencia no permite concluir que la fijación en una norma, destinada a mejorar la competencia, de un umbral del 30% en la cuota de mercado no pueda ser tomada como un indicio de la presencia significativa de una empresa en el mismo, y, por lo tanto, que dicho porcentaje es arbitrario o contrario a la normativa y jurisprudencia de la Unión a los efectos de adoptar medidas que, con carácter transitorio (con un plazo de cinco años y la posibilidad de revisión cuando la evolución del mercado y la estructura empresarial del sector lo aconsejen, según la previsión entonces vigente, y de 3 años en la actualidad), permitan limitar el incremento de su presencia en dicho mercado.

No debe olvidarse que también que la Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/ C 45/02)- afirma en su apartado 13 que "Las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado (Asunto 85/76, Hoffmann- La Roche & Co./Comisión, Rec. 1979, p. 461, apartados 39 a 41. Asunto C-62/86, AKZO/Comisión, Rec. 1991, p. I-3359, apartado 60; asunto T-30/89, Hilti AG/Comisión, Rec. 1991, p. II-1439, apartados 90 a 92; asunto T-340/03, France Télécom/Comisión, Rec. 2007, p. II-107, apartado 100) . Sin embargo, la Comisión interpretará las cuotas de mercado teniendo en cuenta las condiciones del mercado de referencia y, en especial, la dinámica del mercado y el grado de diferenciación de los productos. En los mercados volátiles o en los de licitación también puede tenerse en cuenta la tendencia o la evolución con el tiempo de las cuotas de mercado".

Y esa misma comunicación afirma que "La Comisión considera que unas cuotas de mercado bajas son generalmente un buen indicio de una falta de poder de mercado importante. Según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominación si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40 %. Sin embargo, puede haber casos concretos por debajo de este umbral en los que los competidores no estén en condiciones de ejercer una presión efectiva sobre la conducta de una empresa dominante, por ejemplo cuando aquéllos se enfrentan a importantes limitaciones de capacidad. Estos casos también pueden merecer la atención de la Comisión".

Y específicamente respecto a la compra en exclusiva, dicha Comunicación sostiene que:

"[...] sería erróneo deducir automáticamente [...] que todas las obligaciones de exclusividad, tomadas en su conjunto, son beneficiosas globalmente para los clientes, incluidos los que actualmente no compran a la empresa dominante, y para los consumidores finales. La atención de la Comisión se centrará en aquellos casos en los que es probable que los consumidores en su conjunto no se benefician. Así sucederá, en particular, cuando existan muchos consumidores y las obligaciones de compra exclusiva de la empresa dominante, en su conjunto, produzcan el efecto de impedir la entrada o la expansión de empresas competidoras.

[....].

36. Las obligaciones de compra exclusiva pueden dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado en especial cuando, en ausencia de las obligaciones, los competidores que no están todavía presentes en el mercado cuando se concluyen las obligaciones o no están en condiciones de competir por el suministro total de los clientes ejercen una presión competitiva importante. Cabe que los competidores no puedan competir por toda la demanda de un cliente individual porque es inevitable mantener relaciones comerciales con la empresa dominante por lo menos para una parte de la demanda del mercado, por ejemplo porque su marca es un "producto imprescindible" preferido por muchos consumidores finales o porque las limitaciones de capacidad de los otros proveedores son tales que una parte de la demanda sólo puede ser satisfecha por el proveedor dominante (25). Si los competidores pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual, suele ser improbable que las obligaciones de compra exclusiva impidan la competencia efectiva a menos que el cambio de proveedor por parte de los clientes resulte complicado debido a la duración de la obligación de compra exclusiva. Generalmente cuanto mayor es la duración de la obligación, mayor es el probable efecto de cierre del mercado. Sin embargo, si para todos o para la mayor parte de los clientes es inevitable mantener relaciones comerciales con la empresa dominante, incluso una obligación de compra exclusiva de corta duración puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado".

En definitiva, en dicha comunicación, con apoyo en la jurisprudencia del TJUE, se afirma que la existencia de cuotas de mercado proporciona una primera indicación útil para establecer la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mismo. Y aunque no se puede establecer para todos los mercados un porcentaje único para determinar una situación dominio, la fijación de un umbral en un mercado determinado, tal y como establece la norma impugnada, a la que anuda limitaciones en relación con la distribución en exclusiva no puede considerarse contraria al derecho comunitario ni a su jurisprudencia. Tal y como afirma dicha comunicación "Las obligaciones de compra exclusiva pueden dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado en especial cuando, en ausencia de las obligaciones, los competidores que no están todavía presentes en el mercado cuando se concluyen las obligaciones o no están en condiciones de competir por el suministro total de los clientes ejercen una presión competitiva importante" que la norma cuestionada trata de evitar. Máxime cuando dicho porcentaje toma como indicativo las propias previsiones del Reglamento de la Unión en los términos antes expuestos.

Por ello, no se aprecia la contradicción de dicha norma con el derecho de la Unión ni la necesidad de plantear cuestión prejudicial de interpretación.

NOVENO. Doctrina jurisprudencial que se fija y su aplicación al presente litigio.

Dando respuesta las cuestiones que, conforme el Auto de admisión, presentan interés casacional objetivo se establece:

En primer lugar, no existe juicio de relevancia para plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma legal que no resulta aplicable al caso ni constituya el fundamento del acto administrativo directamente impugnado.

En segundo lugar, no se plantean dudas de constitucionalidad para cuestionar la disposición Transitoria Quinta de la Ley 11/2013 en relación con los artículos 14 y 38 CE, referidos a los principios de igualdad y libertad de empresa.

En tercer lugar, cuando en un litigio se plantea una duda sobre la eventual contradicción de una norma nacional con el derecho de la Unión Europea, el tribunal, aun cuando no sea la última instancia, está obligado a motivar las razones por las que no aprecia contradicción entre la norma nacional y la comunitaria invocada y por la que no considera necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial al entender aplicable la doctrina del acto claro o del acto aclarado. Y a tal efecto no basta con invocar la doctrina del acto claro sin expresar las razones por las que considera que la interpretación de la norma comunitaria es clara, no da lugar a una duda razonable, y no es contraria a la norma nacional cuestionada.

En cuarto lugar, la disposición transitoria 5ª de la Ley 11/2013, en cuanto fija en un 30% la cuota de mercado a efectos de prohibir el incremento del número de instalaciones, no se aprecia que sea contraria al derecho de la

Unión Europea ni que existiesen dudas de la interpretación que debería de recibir las disposiciones contenidas en el Reglamento (CE) 330/2010, de 20 de abril, que exigiesen el planteamiento de una cuestión prejudicial.

Por todo ello, debe estimarse el recurso de casación por lo que respecta a la ausencia de motivación de las razones que le llevaron al tribunal de instancia a rechazar la contradicción de las normas legales invocadas y aplicables al caso con el derecho de la Unión, así como de las razones por las que consideró que no era necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE en aplicación de la doctrina del "acto claro".

Y entrando a conocer de esta cuestión, no se aprecia contradicción de la disposición transitoria 5ª de la Ley 11/2013 con el derecho de la Unión Europea ni la existencia dudas razonables sobre la interpretación que debían recibir las normas comunitarias, que exigiesen el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación.

Se confirma la sentencia de instancia en los demás extremos.

DÉCIMO. Costas.

Respecto a las costas del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ, cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

En relación con las costas causadas en la instancia, y de conformidad con lo dispuesto en el 139 LJ, la estimación parcial del recurso determina la no imposición de costas a ninguna de las partes litigantes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto:

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don D. Manuel Lanchares Perlado, actuando en nombre de la mercantil Repsol, S.A, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta) de 16 de noviembre de 2017 que se casa y anula por lo que respecta al deber de motivación en los términos fijados en esta sentencia.

2º Se confirma la sentencia de instancia en los demás extremos.

3º No se hace imposición de las costas causadas en casación ni de las costas de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas

Dª. Maria Isabel Perello Domenech D. **Diego Cordoba Castroverde** D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D. Diego Cordoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.