

## 6.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE ENERO DE 2010

#### Nulidad de un contrato de “abanderamiento” de estación de servicio por incompatibilidad con el Derecho de defensa de la competencia

Comentario a cargo de:  
JAVIER MENDIETA GRANDE  
*Abogado*  
*CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

#### SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2010

*Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán*

**Asunto:** La sentencia resuelve una controversia que se plantea con elevada frecuencia ante los Tribunales, cual es la validez o nulidad de los contratos denominados de “abanderamiento”, celebrados entre una empresa distribuidora o suministradora de productos petrolíferos y una empresa explotadora de una estación de servicio, por razón de su carácter incompatible con el Derecho europeo o nacional de defensa de la competencia. En la sentencia objeto de comentario el Tribunal Supremo sigue la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente, Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en diversas sentencias previas dictadas en el marco de cuestiones prejudiciales formuladas por órganos judiciales españoles y concluye la nulidad del contrato de “abanderamiento” celebrado por los litigantes, al apreciar que el titular de la estación de servicio asumía riesgos financieros y comerciales en proporción nada insignificante, y que la empresa suministradora fijaba el precio de venta al público del combustible.

## **Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010**

### **Nulidad de un contrato de “abanderamiento” de estación de servicio por incompatibilidad con el Derecho de defensa de la competencia**

JAVIER MENDIETA GRANDE

*Abogado*

*CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

#### **Resumen de los hechos**

En el caso enjuiciado por la sentencia, muy frecuente en la práctica forense, la actora, sociedad suministradora de productos petrolíferos con una elevada cuota de mercado en España, interpuso a finales del año 2002 una demanda contra la empresa explotadora de una estación de servicio (popularmente denominada “gasolinera”), en la que solicitaba: i) la declaración de incumplimiento por la demandada del pacto de exclusiva de abastecimiento de combustible, acordado en el denominado “*contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos, en régimen de agencia* (el “Contrato”) celebrado por los litigantes en el año 1993; ii) la declaración de conformidad a Derecho de la resolución del indicado contrato, promovida extrajudicialmente por la demandante en el mes de julio del año 2002; iii) la condena de la demandada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados por el alegado incumplimiento de la exclusiva de suministro, que se concretaban en las ganancias o beneficios de explotación que la demandante habría obtenido por la distribución de sus productos a través de la estación de servicio explotada por la demandada.

La empresa explotadora de la estación de servicio se opuso a la demanda y solicitó su íntegra desestimación, alegando que el Contrato era de compra en firme o reventa, y no de agencia (como indicaba su nombre), negando el incumplimiento que le era imputado y discutiendo, en última instancia, la indemnización pretendida por la actora. Asimismo, como en otros muchos casos resueltos previamente por nuestros Tribunales, la demandada también interpuso reconvencción, en la que formuló los siguientes cuatro pedimentos: i) la declaración judicial de que la condición de la demandada a los efectos de la normativa de defensa de la competencia, derivada del Contrato, era la de “revendedora” y no la de agente; ii) la declaración de nulidad del Contrato (plan-

teada ya como excepción en la contestación), con fundamento, de un lado, en que resultaría “*incompatible con el artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la CE*” (actual artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y, de otro lado, en el artículo 6.3 del Código Civil, al entender que el Contrato vulneraría la norma imperativa contemplada en el indicado artículo 81 TCE y los Reglamentos CEE n° 1984/83, de 22 de junio, y CE n° 2790/1999, de 22 de diciembre, de la Comisión Europea (el “Reglamento 1984/1983” y el “Reglamento 2790/1999”, respectivamente); iii) la adicional declaración de nulidad del Contrato por ser su causa “*inexistente e ilícita*”, dado que, según la demandada reconviniente, el precio sería “*indeterminado*” y su fijación habría quedado “*al arbitrio de una sola de las partes*” (la empresa suministradora); y iv) la condena de la actora reconvenida al cumplimiento de las consecuencias de la nulidad establecidas en el párrafo 2° del artículo 1.306 del Código Civil, de conformidad con unas bases fijadas en el escrito de reconvenición.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvenición. El Juzgado reconoció el carácter de revendedor de la demandada-reconviniente y declaró nulo el Contrato litigioso con un doble fundamento: el primero, su incompatibilidad con el artículo 81.1 del TCE y el Reglamento 1984/83 y su sustituto, el Reglamento 2790/99, así como con el artículo 6.3 del Código Civil; el segundo, la inexistencia o ilicitud de la causa del Contrato. Ahora bien, el Juzgado no condenó a la actora-reconvenida a pagar cantidad alguna a la titular o explotadora de la estación de servicio como consecuencia de esa nulidad.

En su sentencia, el Juzgador de instancia consideró que los riesgos asumidos por la titular de la estación excedían de los propios de un agente. Aquella venía obligada a abonar el importe de los productos con anterioridad a su suministro, corría con el riesgo de esos productos desde el momento mismo de su recepción y asumía el riesgo de impago por parte de los consumidores finales. Atendiendo a estas circunstancias, el Juzgado entendió que la demandada-reconviniente era un empresario independiente que actuaba como comprador y vendedor. No se limitaba a buscar compradores en interés de la compañía abastecedora sino que compraba en firme para revender, pagando un precio que en ningún caso podía considerarse como comisión.

Sentado que el contrato constituía un acuerdo entre empresas independientes, debía examinarse la adecuación o inadecuación del Contrato litigioso al Derecho comunitario. En ejecución de ese análisis, el Juzgado resolvió que el Contrato era contrario al artículo 81 del TCE, ya que atribuía a la empresa suministradora o “abastecedora” el control de los precios de venta al público del carburante por el revendedor y, en consecuencia, impedía el juego de la libre competencia. Asimismo mantuvo la nulidad del Contrato por inexistencia o ilicitud de la causa, ya que en él no se determinaba suficientemente el precio sino que su fijación se dejaba al arbitrio de la actora-reconvenida, mediante la fórmula genérica “*dentro de los límites legalmente autorizados*”.

La improcedencia de la aplicación del párrafo 2º del artículo 1.306 del Código Civil (en favor de la demandada-reconviniente) se fundó en el hecho de que la titular de la estación de servicio hubiera asumido voluntariamente el contenido del contrato durante toda su vigencia y en que la larga duración de la relación contractual impedía calcular con exactitud el desequilibrio patrimonial. En última instancia, se apreció que la condena pretendida por la demandada-reconviniente era contraria a la prohibición de diferimiento de la liquidación de la indemnización al periodo o fase de ejecución de sentencia (contemplada en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La compañía suministradora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La titular de la estación de servicio se opuso a ese recurso y, asimismo, formuló impugnación. La Audiencia Provincial de Navarra estimó el recurso de apelación de la actora-reconvenida (lo que la movió a considerar que el análisis de la impugnación era innecesario) y estimó parcialmente la demanda inicial, declarando la resolución del Contrato litigioso por incumplimiento de la demandada-reconviniente (si bien no condenó a ésta a abonar indemnización alguna), y desestimó la reconvencción.

En su resolución del recurso, la Sala de apelación sostuvo que el Contrato de autos se asemejaba a los de agencia, ya que la titular de la estación de servicio, como intermediario independiente, asumía la conclusión de contratos por cuenta y en nombre de la compañía abastecedora y aceptaba expresamente, al amparo del artículo 1 de la Ley del Contrato de Agencia, “*los riesgos de las ventas no cobradas al contado*”. Según la Audiencia Provincial, el Contrato no incluía obligaciones propias de un contrato de compraventa en firme y, al contrario, en él se contemplaban una serie de objetivos o finalidades de implantación, promoción y difusión de la imagen de la compañía suministradora, e incluso unos compromisos de colaboración y asistencia técnica, financiera y comercial, que eran extraños a un simple contrato de compraventa o venta en firme.

En lo que respecta a la asunción de ciertos riesgos por la titular de la estación de servicio, la Sala *a quo* apuntó, en primer lugar, que, conforme al artículo 1 de la Ley de Contrato de Agencia, la asunción de un riesgo por el agente no desnaturaliza un contrato de ese tipo. La Audiencia Provincial rechazó que la asunción del riesgo de los productos por parte del titular de la estación de servicio desde su entrega por la compañía suministradora pudiera considerarse aisladamente como un indicio de transmisión de la propiedad de los productos al agente. La consideró como una manifestación de la obligación de conservación propia de los agentes. Tampoco concedió relevancia a la forma de pago de los productos suministrados o la asunción del riesgo de impago por los consumidores finales. Así, concluyó que no concurría en el caso un contrato de compraventa de combustible cuyo precio quedara al libre arbitrio del vendedor y que el Contrato resultaba conforme con el Reglamento 1984/83, poseyendo causa existente y lícita porque el importe de la comisión era determinable conforme al artículo 1.447 del Código Civil.

Finalmente, la Audiencia destacó los hechos de que la titular de la estación de servicio hubiera aceptado durante años las liquidaciones practicadas por la compañía suministradora sin plantear objeción alguna, ejecutando voluntariamente el Contrato, que, en la fecha de celebración de éste, la demandada-reconviniente había dispuesto de plena libertad para haber contratado con otras compañías suministradoras o proveedoras, y que la compañía suministradora hubiera intentado acomodar el Contrato al nuevo Reglamento 2790/99 sin que la titular de la estación de servicio mostrara interés alguno al respecto.

Ambas partes litigantes interpusieron recurso de casación. El de la compañía suministradora fue inadmitido. Sin embargo, el de la titular de la estación de servicios sí fue admitido a trámite y para su resolución la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó la sentencia que es objeto de comentario. En ella, el Tribunal Supremo analiza el contrato de abastecimiento o suministro en exclusiva a la luz de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, en aplicación de la indicada doctrina, la Sala concluye que la titular de la estación de servicio no era un “agente genuino”, ya que asumía en una proporción no insignificante riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. Asimismo, el Tribunal Supremo aprecia que la titular de la estación de servicio no tenía una posibilidad real de determinar el precio de venta al público, sino que debía respetar el que le fijaba la compañía abastecedora. Sobre la base de ambas conclusiones, la Sala niega que el contrato de autos estuviese amparado por la exención prevista en el artículo 10 del Reglamento 1984/1983 y estima el recurso, declarando la nulidad del contrato y confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, salvo en lo que respecta a las consecuencias de la nulidad. A este último respecto, se rechaza que la nulidad deba conllevar la restitución de recíproca de prestaciones, atendida la conducta de la titular de la estación de servicio, la duración de la relación contractual y el ofrecimiento de la compañía abastecedora de adaptar el contrato al Reglamento 2790/1999.

## COMENTARIO

**Sumario:** 1. Las decisiones del Tribunal Supremo sobre la validez y eficacia de los contratos de abanderamiento celebrados por una empresa distribuidora o suministradora de productos petrolíferos y una estación de servicio, a la luz de normativa de defensa de la competencia. 1.1. Las sentencias desestimatorias de la pretensión de nulidad o ineficacia del contrato de abanderamiento por infracción de las normas de defensa de la competencia. 1.2. Las sentencias estimatorias de la pretensión de nulidad o ineficacia del contrato de abanderamiento por infracción de las normas de defensa de la competencia. 2. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010. 2.1. La aplicación por el Tribunal Supremo de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la calificación de un agente como “genuino” o “no genuino”. 2.2. La fijación o determinación de los precios de venta al público por parte del agente no genuino. 2.3. Las consecuencias de la nulidad del contrato. 3. Valoración de la sentencia. 4. Bibliografía.

## **1. Las decisiones del Tribunal Supremo sobre la validez y eficacia de los contratos de abanderamiento celebrados entre una empresa distribuidora o suministradora de productos petrolíferos y una estación de servicio, a la luz de normativa de defensa de la competencia.**

Durante la última década del siglo XX y la primera del presente, han sido múltiples los pleitos que han enfrentado, de un lado, a una empresa distribuidora o suministradora de productos petrolíferos y, de otro lado, al titular de una estación de servicio, en los que se ha examinado la validez del contrato que vinculaba a ambos litigantes (esto es, el comúnmente denominado “contrato de abanderamiento”) a la luz del derecho de defensa de la competencia. Como consecuencia de esa intensísima litigiosidad, el número de sentencias pronunciadas por los órganos judiciales es muy elevado, sobre todo tras la expresa atribución a los tribunales nacionales de la competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado CE (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), de conformidad con el artículo 6 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*, y el artículo 86.ter.2 f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El número de litigios también se ha visto incrementado tras el establecimiento de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer, no sólo de los procedimientos que afecten al derecho europeo de defensa de la competencia, sino también de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en virtud de su Disposición Adicional Primera y la necesaria modificación del indicado artículo 86.ter.2 f) de la LOPJ, que sólo se realizó más de cuatro meses después, mediante la Disposición Final 1ª.1 de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, *para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*).

La diversidad de contratos o, incluso, de estructuras contractuales que han analizado los órganos judiciales es muy amplia. Sin embargo, las cuestiones que, desde un punto de vista jurídico, resultan relevantes a los efectos que aquí interesan están perfectamente identificadas. La primera de ellas consiste en la determinación de si el titular de la estación de servicio es, o no, un agente genuino, a fin de establecer si al contrato en cuestión le es de plena aplicación el derecho de defensa de la competencia. En el caso de que se esté en presencia de un “agente no genuino”, la segunda cuestión será el examen de la efectiva o real libertad del titular de la estación de servicio para determinar o fijar los precios de venta de los carburantes al público. La tercera cuestión consistirá en el análisis de la duración de la obligación de exclusividad o no competencia acordada por los contratantes. La cuarta y última se corresponde con las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato, en su caso.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2010 sólo aborda las primeras dos cuestiones y la última, dados los términos en que se planteó el litigio en la instancia. Y, aunque se trata de una sentencia dictada por el Pleno, procede avanzar que su contenido desvirtúa su pretendido carácter “unificador”. En efecto, para la resolución del recurso la Sala de lo Civil no establece una doctrina determinada o se decanta por una cierta corriente jurisprudencial (como sí ha hecho en otras sentencias de Pleno), sino que, más bien, desarrolla o ejecuta una labor de “aplicación” de la doctrina previamente establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias sentencias dictadas en resolución de distintas cuestiones prejudiciales (algunas de ellas formuladas por órganos judiciales españoles), en relación con los criterios relevantes para la decisión sobre el carácter de agente genuino o no genuino del titular o explotador de la estación de servicio.

Por lo que respecta al análisis de la posibilidad real de determinación de los precios de venta al público por parte del titular de la estación de servicio, o las consecuencias de la nulidad, se trata de cuestiones que dependen en gran medida del contenido de las cláusulas contractuales y de las circunstancias y conductas concretas de los litigantes, por lo que resulta complejo establecer una doctrina determinada. Ahora bien, las consideraciones de la Sala podrán ser útiles para el enjuiciamiento de posteriores casos o contratos que presente similitudes con el que es objeto de examen por la sentencia comentada.

En todo caso, a fin de exponer adecuadamente la doctrina aplicada por la sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de comentario, resulta conveniente analizar y examinar aquellas otras sentencias del Tribunal Supremo que han resuelto con anterioridad litigios entre compañías suministradoras de carburantes y titulares de estaciones de servicio y, en particular, sobre la validez o la nulidad de los contratos de abanderamiento por infracción de las normas de defensa de la competencia y, en su caso, las consecuencias de esa nulidad en el orden civil.

### *1.1. Las sentencias desestimatorias de la pretensión de nulidad o ineficacia del contrato de abanderamiento por infracción de las normas de defensa de la competencia*

1. La sentencia que es objeto de comentario se refiere específicamente a la doctrina o criterio establecido por las SSTS 20-6-2001 (RJ 2001\4975) y 11-12-2002 (RJ 2002\10737). Esa doctrina fue la aplicada por la Audiencia Provincial de Navarra para revocar la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia y afirmar la validez y eficacia del contrato de abanderamiento en el proceso decidido definitivamente por la STS 15-1-2010. Así, resulta de utilidad detenerse, en primer lugar, en el examen de esas resoluciones de 20 de junio de 2001 y 11 de diciembre de 2002 (que, como se verá, citan a su vez a pronunciamientos

previos del Tribunal Supremo), en las que plantearon cuestiones que habitualmente se suscitan en los litigios que han enfrentado, y siguen enfrentando, a las compañías suministradores y a los titulares de estaciones de servicio. Posteriormente se analizarán otras sentencias en las que se ha rechazado la pretensión de nulidad del contrato de abanderamiento o suministro en exclusiva.

2. El proceso resuelto por la STS 20-6-2001 enfrentó a la persona física titular de una estación de servicio con Petr6leos del Norte, S.A. y Repsol Comercial de Productos Petrol6feros, S.A. El proceso fue iniciado por el titular de la estaci6n de servicio, mediante una demanda en la que solicit6 que se declarase la resoluci6n del contrato celebrado el 10 de abril de 1989 por un supuesto incumplimiento grave por Petr6leos del Norte, S.A. de sus obligaciones. Subsidiariamente, para el caso de que se entendiera que no proced6a la resoluci6n del contrato, la demandante solicit6 que se dictara sentencia por la que se declarase que, en virtud de lo dispuesto en los art6culos 10 y 11 del Reglamento 1984/1983, en relaci6n con el art6culo 85.2 del Tratado de Roma, no exist6a pacto de exclusiva que vinculase a la actora con la demandada.

Las demandadas se opusieron a la demanda, solicitando su desestimaci6n, y asimismo interpusieron reconvenici6n, en la que reclamaron que se condenase a la titular de la estaci6n de servicio a cumplir las obligaciones que para ella derivaban del contrato y, muy especialmente, el pago de la deuda contra6da con la sociedad suministradora y el cumplimiento de la exclusiva de suministro, as6 como que se condenase a la reconvenida al resarcimiento de los da1os y perjuicios irrogados.

El Juzgado dict6 sentencia el 9 de diciembre de 1994, desestimando 6ntegramente la demanda de la titular de la estaci6n de servicio y estimando parcialmente la reconvenici6n planteada por Petr6leos del Norte, S.A. y Repsol Comercial de Productos Petrol6feros, S.A. El Juzgado conden6 a la actora reconvenida al 6ntegro cumplimiento del contrato de imagen, comercializaci6n y cooperaci6n de 10 de abril de 1989, incluyendo la exclusiva contractual de suministro a favor de Repsol Comercial de Productos Petrol6feros, S.A., y a reanudar de inmediato los pedidos en exclusiva de carburantes y combustibles para la estaci6n de servicio, debiendo abstenerse de suministrarse de dichos productos de empresas ajenas a la demandante. Igualmente, conden6 a la actora reconvenida a pagar una indemnizaci6n de da1os y perjuicios en la cantidad que, por p6rdida de margen comercial, se acreditase en tr6mite de ejecuci6n de sentencia. Finalmente, conden6 a la titular de la estaci6n de servicio al pago de la deuda contra6da con la suministradora durante el mes de diciembre de 1992, con sus correspondientes intereses.

La Audiencia Provincial de Vizcaya desestim6 el recurso de apelaci6n interpuesto por la titular de la estaci6n de servicio, del mismo modo que rechaz6 la adhesi6n al recurso formulada por Petr6leos del Norte, S.A. y Repsol Comercial de Productos Petrol6feros, S.A.



La titular de la estación de servicio interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue resuelto mediante la sentencia de 20 de junio de 2001. A los efectos que interesan en este comentario, de la indicada sentencia simplemente procede destacar que el Tribunal Supremo rechazó la infracción del artículo 10 del Reglamento 1984/83. La Sala sostuvo que la cuestión del cumplimiento por el contrato del artículo 10 del Reglamento 1984/83 ya había sido resuelto resuelta mediante la resolución de la Comisión Europea, Dirección General IV de la Competencia, de 2 de junio de 1994, en la que, según el Tribunal Supremo, se declaraba paladinamente que “*los contratos de abanderamiento de Repsol en cuanto a la duración y el alcance de la exclusiva de suministro son conformes con el Reglamento 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983*”.

En relación con las ventajas económicas o financieras otorgadas por el re- vendedor, la Sala apuntó que existía prueba en el proceso del otorgamiento de aquéllas, bajo los conceptos de “*remodelación de la estación de servicio, abono de canon por publicidad y pago diferido a nueve días*”. Finalmente, habiendo aducido la recurrente que el contrato no especificaba los productos sobre los que recaía la exclusiva, el Tribunal Supremo apuntó que, de conformidad con los términos contractuales, la exclusiva tenía por objeto “*la totalidad de los carburantes y combustibles*”, por lo que no existía indeterminación alguna. A este respecto, el Tribunal Supremo se remitió a las conclusiones alcanzadas en la previa STS 15-3-2001 (RJ 2001\5980).

3. La referencia a esta última sentencia resulta llamativa, ya que en ella el Tribunal Supremo sostuvo literalmente que la Resolución de la Comisión de 15 de julio de 1994 no era aplicable al litigio sobre todo, “*porque, por mor al contrato de 18 de julio de 1989, el litigio está planteado con anterioridad a la misma*”. El caso resuelto por esta sentencia resulta ciertamente similar o equiparable al analizado por la resolución de 20 de junio de 2001. En el pleito la explotadora de la estación de servicio, con la finalidad de “liberarse” de la exclusividad acordada, solicitó que se declarara la resolución del contrato celebrado por las partes, de forma que pasaran a ser propiedad de la demandante los equipos e instalaciones que, en virtud del contrato, le habían sido cedidos para su uso, y se estableciera la obligación de la explotadora de la estación de servicio de devolver la cantidad de 49 millones de pesetas que le había entregado la empresa suministradora en su día. Subsidiariamente, solicitaba que se declarase que no existía pacto de exclusiva en el contrato de suministro que vinculaba a las partes, celebrado en fecha muy cercana a la del contrato que fue objeto de los autos resueltos por la sentencia de 20 de junio de 2001 del Tribunal Supremo.

En la sentencia de 15 de marzo de 2001, la Sala consideró plenamente aplicable el Reglamento 1984/1983 al contrato de autos, rechazando la pretensión de extinción del pacto de exclusiva acordado por los litigantes. Habiéndose celebrado el contrato por un período de 35 años, el Tribunal Supremo hizo aplicación del párrafo segundo del artículo 12 del Reglamento 1984/1983, al entender que la compañía suministradora se había comprometido a ceder

gratuitamente el uso de todo el equipo necesario para la estación de servicio, que era de su propiedad, y a transmitirlo gratuitamente a la explotadora de la estación de servicio transcurridos los 35 años pactados de duración del contrato. La aplicación del mencionado apartado segundo del artículo 12 del Reglamento 1984/1983 se fundó en la apreciación de la importancia económica del valor de aquellos equipos, que se consideraron elementos imprescindibles para el desarrollo de la actividad propia de la estación de servicio.

Asimismo, y a efectos dialécticos, el Tribunal Supremo añadió que la pretensión de declaración de inexistencia de pacto de exclusiva no podría acogerse sin más, ya que precisamente el establecimiento de ese pacto por un período de larga duración, 35 años, era la causa de la concesión a la explotadora de la estación de servicio de unas importantes ventajas económicas y financieras. En este sentido, la Sala apuntó que, en el hipotético caso de que se declarara la ineficacia del pacto de exclusiva, habría de declararse igualmente la “inexistencia” (*rectius*, la resolución) del contrato en su integridad, como consecuencia de la desaparición del pacto de exclusiva, que constituía la causa del contrato, y a fin de evitar el enriquecimiento sin causa que, al entender del Tribunal, obtendría la explotadora de la estación de servicio con la supresión de la exclusiva.

La STS 15-3-2001 fue posteriormente citada por la de 15-4-2002 (RJ 2002\3292), en la que el Tribunal Supremo también rechazó la pretensión de la explotadora de una estación de servicio de resolución del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento que había celebrado. A fin de cuestionar la obligación de suministro en exclusiva, la explotadora de la estación de servicio adujo la división material y jurídica del contrato de arrendamiento, al ser la propietaria de la estación una determinada sociedad y ser otra mercantil la empresa con la que se establecía la exclusiva. El Tribunal Supremo rechazó el recurso en aplicación de la doctrina que prohíbe a actuar en contra de los propios actos (la explotadora de la estación de servicio había solicitado y recibido durante cierto tiempo el abastecimiento exclusivo que posteriormente impugnó e incluso había suscrito un documento de reconocimiento de deuda a favor de las sociedades arrendadora y suministradora), así como sobre la base de la apreciación de que la recurrente poseía la condición de arrendatario como consecuencia de la cesión del uso de las correspondientes instalaciones y equipo negocial que se habían efectuado a su favor.

4. En el caso resuelto por la STS 11-12-2002, el litigio fue promovido por la sociedad titular de tres estaciones de servicio, en reclamación de la declaración de nulidad de los contratos celebrados por las partes o, subsidiariamente, de las cláusulas de exclusiva en lo que se refería a los suministros de lubricantes y productos petrolíferos afines, así como a los carburantes y combustibles.

Las sociedades demandadas formularon oposición frente a la demanda y, asimismo, interpusieron una reconvencción, en la que solicitaron que se decla-

rara el incumplimiento grave y reiterado de la actora de sus obligaciones de suministro en exclusiva de carburantes y combustibles, y se la condenase al íntegro cumplimiento de los contratos celebrados por las partes, relativos a tres estaciones de servicio distintas, especialmente en cuanto a la exclusiva contractual de suministro a favor de su titular. Asimismo, solicitaron la condena de la demandante-reconvenida al pago de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados desde que aquélla dejó de suministrarse parcialmente de la empresa suministradora. La actora reconvenida se opuso a la reconvenición, solicitando su íntegra desestimación.

El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Bilbao dictó una sentencia de fecha 18 de abril de 1995, por la cual desestimó la demanda de la explotadora de las estaciones de servicio y estimó parcialmente la reconvenición, condenando a la demandante a cumplir los contratos celebrados, debiendo reanudar de inmediato los pedidos en exclusiva de carburantes y combustibles, así como a abastecerse de terceros. También condenó a la actora reconvenida a indemnizar a la empresa suministradora por “*la ganancia dejada de percibir desde noviembre de 1993 hasta la firmeza de la resolución por carburante y combustible no suministrado a consecuencia de su adquisición a terceros*”, cuyo importe se determinaría en fase de ejecución, tomando como referencias para su cálculo el beneficio comercial por cada litro que debería haberse obtenido durante ese período y la media de la cantidad de producto servido durante los años 1992 y 1993.

La demandante reconvenida interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, que fue desestimado mediante su sentencia de 14 de marzo de 1997. La apelante interpuso seguidamente recurso de casación.

Según refiere el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de diciembre de 2002, la pretensión declarativa de nulidad se había fundado por la demandante en que en los contratos de abanderamiento litigiosos no se había establecido un precio cierto y en que la cláusula relativa al precio de los productos suministrados y pago del precio permitía que la validez del cumplimiento de cada uno de los contratos quedase al arbitrio de la parte demandada.

La actora, recurrente ante el Tribunal Supremo, pretendió cuestionar la calificación de la relación contractual, sosteniendo que había sido incorrectamente establecida por el Juzgado y por la Audiencia, al considerarla como una comisión. Según la recurrente, la relación de suministro de carburantes y de combustibles debía ser calificada como una compraventa, en atención al modo en que se habían desarrollado las relaciones contractuales entre las partes. Y es que la Audiencia Provincial había sostenido que el régimen jurídico rector de los contratos era el de comisión, por cuanto no podía hablarse de una verdadera y efectiva transmisión de la propiedad de los productos por parte de Repsol al titular de la estación de servicio.

Atendiendo a la forma en la que se había planteado el anterior motivo de casación, no puede extrañar que el Tribunal Supremo lo desestimara en aplica-

ción de la doctrina jurisprudencial, absolutamente consolidada, que establece que la calificación del contrato corresponde a los juzgadores de instancia y debe ser mantenida en casación, salvo que sea arbitraria, absurda o ilegal, y al entender que ninguna de esas circunstancias concurría en el caso concreto.

En otro de los motivos, la recurrente adujo la inaplicación de los artículos 1.445 y 1.256 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial relativa a ellos, manteniendo que en los contratos no se había previsto un precio cierto ni determinable para el momento en que los suministros de carburantes y combustibles fueran efectuados por la compañía suministradora. También adujo que, como no se fijó en su momento el precio de los suministros, ni éste era determinable con referencia a cosa cierta o por tercero, se había dejado la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes contratantes.

El Tribunal Supremo rechazó este motivo de recurso, en aplicación del criterio de interpretación literal del contrato (en el que se incluía una cláusula específica en la que se fijaba el precio de aplicación a los suministros o ventas), añadiendo que las comisiones establecidas al amparo del contrato fueron aceptadas y recibidas por la recurrente sin reparo alguno hasta que, en febrero de 1994, recibió la advertencia de Repsol relativa al quebrantamiento del suministro exclusivo de combustibles para la gasolinera. Sólo entonces había cuestionado los precios que ofertaba la demandada.

Finalmente, a los efectos que interesan en este comentario, en otro de los motivos de recurso la titular de las estaciones de servicio sostuvo la aplicación indebida del artículo 10 del Reglamento 1984/1983. En relación con ese precepto el Tribunal Supremo refirió nuevamente (al igual que en la STS 20-6-2001) que la cuestión ya había sido resuelta por la Resolución de la Comisión, Dirección General IV de la Competencia, de 2 de junio de 1994, dictada en relación con los contratos de abanderamiento de estaciones de servicio del grupo “Repsol” en España. Asimismo, el Tribunal Supremo confirmó el criterio del Juzgado de Primera Instancia, según el cual los contratos de autos concedían ventajas económicas o financieras al titular de la estación de servicio como contraprestación al suministro de carburantes y combustibles. Esas ventajas económicas o financieras se consideraron “*inherentes*” a un contrato de distribución como el analizado y consistían en comisiones fijas, canon de imagen, subvenciones para energía eléctrica, vestuario del personal y limpieza de la estación, pago diferido a 9 días de suministro, inversiones en instalaciones fijas de las gasolineras, etc.

5. La STS 11-12-2002 y la resolución de la Comisión de 2 de junio de 1994 fueron posteriormente citadas en la STS 10-11-2005 (RJ 2005\9473), en la que se rechazó la pretensión de la recurrente, la explotadora de la estación de servicio, de impugnar la obligación de suministro en exclusiva.

6. En el caso resuelto por la STS 16-10-2006 (RJ 2006\6632), tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial calificaron la relación

existente entre las partes como “de abanderamiento”, integrada por dos contratos vinculados (uno de constitución de derecho de superficie y otro de arrendamiento de industria). Desestimada la tesis de la sociedad explotadora de la estación de servicio acerca de la simulación relativa determinante de la nulidad de contrato de derecho de superficie y del contrato de arrendamiento de industria, el Tribunal Supremo rechazó el argumento de la entidad recurrente acerca de la infracción del Reglamento 1984/1983 por el pacto de exclusividad de 30 años de duración, establecido en los contratos que vinculaban a las partes. El Tribunal Supremo sostuvo que el indicado argumento constituía una cuestión nueva inadmisibles en casación y, en todo caso, desestimó el motivo indicando que el Referido “*exceptuaba del plazo máximo de diez años, no de cinco como se alega en el motivo, los contratos sobre una estación de servicio que el proveedor hubiera arrendado al revendedor*”, como era el caso.

7. Los motivos de recurso aducidos en el recurso resuelto por la STS 15-3-2006 (RJ 2006\5612) consistieron en la infracción del 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, la indebida aplicación de los artículos 10, 11 y 12 del Reglamento 1984/1983, y también la infracción del artículo 6.4 del Código Civil. Según la sociedad recurrente, la relación litigiosa se habría incardinado incorrectamente en el artículo 12.2 del Reglamento 1984/1983, lo que había permitido un fraude de ley proscrito por el artículo 6.4 del Código Civil. También negaba que la cláusula de exclusividad se adecuara a los artículos 10, 11 y 12 del citado Reglamento, por no comportar el contrato celebrado ventaja financiera o económica alguna para la explotadora de la estación de servicio, añadiendo que los dos contratos celebrados por las partes (compraventa y arrendamiento) serían nulos por simulación (lo que resultaría del importe, que se calificaba de “ridículo”, del precio de venta).

El Tribunal Supremo rechazó la argumentación de la recurrente, poniendo de relieve su carácter novedoso en casación. En todo caso, el alto Tribunal apuntó que la cláusula de exclusiva sí tenía como contrapartida la concesión de ventajas económicas o financieras a la recurrente, destacando que en el contrato se había establecido una línea de crédito de que dispondría la entidad arrendataria, con el aval de la arrendadora. Asimismo, se subrayó la circunstancia de que ni en la demanda ni en el recurso de apelación se había alegado jamás una simulación negocial.

8. La STS 30-1-2007 (RJ 2007\1785) ratificó la conformidad a la normativa comunitaria, en concreto, al Reglamento 1984/1983, de una cláusula de suministro en exclusiva pactada por un periodo de 10 años. El argumento empleado por el Juzgado de Primera Instancia, que el Tribunal Supremo considera correcto, es que la sociedad suministradora efectivamente había aportado a la sociedad titular de la estación de servicio contrapartidas comerciales o financieras que justificaban la validez de la cláusula de exclusiva, refiriendo la ejecución de importantes obras afectantes a la estructura de las edificaciones, así como las instalaciones de electricidad.

En esta sentencia la sociedad recurrente, la titular de la estación de servicio, no cuestionó directamente la compatibilidad de las cláusulas contractuales con la normativa comunitaria ante el Tribunal Supremo. Sin embargo, *obiter dicta*, el Tribunal Supremo sostuvo esa compatibilidad, remitiéndose a las SSTS 10-11-2005 y 11-11-2002 y apuntando ya la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) de 14 de diciembre de 2006, en el asunto C-217/05, según la cual “*en un contrato de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles celebrado entre un suministrador y el titular de una estación de servicio, resulta de aplicación la normativa de competencia cuando este titular asuma, en una proporción insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros*”. El Tribunal Supremo también refirió la consideración del TJUE de que los artículos 10 a 13 del Reglamento 1984/1983 debían interpretarse en el sentido de que el contrato no estaría cubierto por el Reglamento en la medida en que se impusiese al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador. Las mismas consideraciones, *obiter dicta*, se formularon en la STS 29-3-2007 (RJ 2007\2413).

9. La validez y exigibilidad del contrato de abanderamiento fue confirmada por la STS 20-12-2007 (RJ 2008\472), ratificando el criterio sostenido por el Juzgado de Primera Instancia y la Sala *a quo*. Reclamada la declaración de nulidad del contrato por indeterminación del precio de venta de los productos (nulidad por falta de objeto), el Tribunal Supremo desestimó el concreto motivo de casación, apuntando que “*la cláusula discutida en el contrato (...) decía lo siguiente: “CEPSA garantiza que el precio de venta a la Estación de servicio de los lubricantes y productos de ayuda a la automoción, atenderá a criterios de mercado y no será superior a la media de los precios ofrecidos por otros suministradores, con significación en el mercado y buena fe, de los mismos productos y en la misma área geográfica y comercial. A igual ponderación se llegará en lo que respecta a plazos y forma de entrega, forma de pago, y demás condiciones de suministro”. Esta concreta cláusula no establece una forma de determinar el precio de venta de los carburantes, sino que constituye un compromiso de precios competitivos. Por esta razón no puede considerarse que de aquí deba deducirse que el contrato no contenía una determinación del precio, porque además, a lo largo de la vigencia del contrato de abanderamiento (desde 1990, por lo menos) se produjo la fijación de los precios, de lo que es prueba que durante este período se vendieron los carburantes y se cobraron las correspondientes comisiones, lo que demuestra que el precio se había ido determinando por acuerdos de las partes. La inexistencia de precio cierto produce la nulidad del contrato porque impide su cumplimiento por falta de objeto; pero esto no ha ocurrido en el presente litigio, porque el contrato se cumplió, lo que prueba que esta causa impeditiva no concurrió*”.

En definitiva, el Tribunal Supremo entendió que no concurría causa de nulidad por indeterminación del precio cuando el contrato se había estado ejecutando durante años sin objeción alguna por parte del titular de la estación de servicio a los precios facturados por la abastecedora. Este argumento será reiterando en posteriores sentencias.

10. En el caso resuelto por la STS 13-7-2009 (RJ 2009\4706), el Juzgado de Primera Instancia había estimado la demanda de la estación de servicio y declarado la nulidad del contrato de abanderamiento por indeterminación del precio de venta de los productos vendidos en la estación, considerando a su titular como revendedor. La sentencia de la Audiencia Provincial revocó la resolución del Juzgado, desestimó la demanda y estimó la reconvencción planteada por la sociedad suministradora, en la que se reclamaba que se declarase la plena validez y eficacia del contrato, el incumplimiento grave por la titular de la estación de servicio, al no respetar la cláusula de exclusiva, y la condena de la reconvenida al cumplimiento del contrato, con indemnización de daños y perjuicios.

El Tribunal Supremo desestimó íntegramente el recurso de casación planteado por la titular de la estación de servicio, confirmando la sentencia de la Sala *a quo*. De la resolución del Tribunal Supremo cabe destacar que éste no considerara censurable el argumento empleado por la Audiencia Provincial para rechazar que el contrato de autos debiera ser calificado como un contrato de reventa. Conforme a ese argumento, la indicación de que el contrato estuviera sujeto al Reglamento 1984/1983 no era suficiente para su calificación como contrato de reventa o, alternativamente, como contrato de comisión. Según el Tribunal Supremo *“este razonamiento no puede considerarse desacertado, por cuanto el Reglamento 1984/1983 está dirigido a establecer determinadas exenciones por razón de categoría a las prohibiciones de restricción de la competencia para ciertos contratos de compra para reventa de carburantes en estaciones de servicio con pacto en exclusiva, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y no prejuzga su calificación desde el punto de vista del derecho interno”*.

11. La relación jurídica analizada por la STS 23-12-2009 (RJ 2010\402) estaba constituida por un contrato privado de cesión de derecho de superficie, arrendamiento y suministro en exclusiva, una escritura de constitución de derecho de superficie y un contrato de arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento. Esta relación jurídica compleja vinculaba al titular de la estación de servicio con la sociedad suministradora por un período de 35 años. La nulidad de todos esos acuerdos fue pretendida sobre la base de su incompatibilidad con el artículo 81.1 TCE y por contravenir normas imperativas, de conformidad con el artículo 6.3 del Código Civil. Igualmente, se adujo que adolecían del vicio insubsanable de inexistencia y/o ilicitud de causa en un contrato oneroso. En su reclamación, la titular de la estación de servicio pretendió la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 1306.2º del Código Civil.

Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial rechazaron la pretensión de nulidad. Por lo que se refiere al plazo de la relación contractual, la Audiencia sostuvo *“que la duración de treinta y cinco años establecida en el contrato no es motivo de nulidad ya que resulta conforme al artículo 12.2 del Reglamento CEE 1984/83, pues Shell España S.A. es propietaria de la estación de servicio, y en igual sentido el artículo 5 del Reglamento CEE 2790/99 establece que el límite temporal no se aplicará, cuan-*

*do los servicios contractuales sean prestados desde locales o terrenos que sean propiedad del proveedor (fundamento de derecho quinto)*". En relación con esta afirmación de la Audiencia, debe reseñarse que, como había ya establecido la sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), el artículo 5 del Reglamento 2790/1999 exige que el proveedor sea titular de los locales y terrenos, cumulativamente, circunstancias que no concurren cuando la empresa suministradora es superficiaria (en virtud de un derecho de superficie concedido por la explotadora de la estación de servicio) y arrienda la industria consistente en la comúnmente denominada "gasolinera".

A la vista de la anterior precisión, sorprende que el Tribunal Supremo refiriese cómo la propia recurrente, la titular de la estación de servicio, había ya reconocido que su recurso de casación quedaba parcialmente sin sentido, a la vista de los pronunciamientos contenidos en la sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009.

Por otro lado, remitiéndose al contenido de la sentencia de primera instancia y de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo sostuvo que en la relación analizada no existía indeterminación en cuanto al precio de adquisición de los carburantes y combustibles, vistos los términos en los que estaba redactada la cláusula relevante.

### *1.2. Las sentencias estimatorias de la pretensión de nulidad o ineficacia del contrato de abanderamiento por infracción de las normas de defensa de la competencia*

1. Frente a la doctrina que fueron estableciendo las sentencias comentadas en el epígrafe precedente, el Tribunal Supremo ha dictado otras en las que sí ha confirmado la nulidad del contrato de abanderamiento o suministro en exclusiva por resultar incompatible con las normas de defensa de la competencia.

2. Sin duda, la primera sentencia del Tribunal Supremo que ha de citarse (a ella también hace referencia la resolución objeto de comentario) es la STS 2-6-2000 (RJ 2000\5092), en la que se sostuvo con claridad la competencia de los tribunales civiles para declarar la validez o nulidad de un contrato por infringir o vulnerar las normas de defensa de la competencia. En el caso resuelto por esa sentencia se revocó la dictada por la Audiencia Provincial y se declaró la nulidad del contrato celebrado por los litigantes.

Inicialmente el Tribunal Supremo refirió que *"de entrada el contrato litigioso podría considerarse amparado por el art. 10 del Reglamento, en cuanto éste exime de la aplicación del art. 85.1 del Tratado determinados contratos de estación de servicio con cláusulas de compra exclusiva de carburantes y combustibles por el revendedor al proveedor. Además, en cuanto a la duración pactada de quince años, que ciertamente excede de lo permitido por el art. 12.1 c), podría entenderse sin embargo autorizada por el apartado*



*2 del mismo artículo en cuanto exceptúa de la prohibición los contratos en que el proveedor haya concedido el usufructo de hecho o de derecho al revendedor, supuesto en el que tal vez cabría incluir el concepto de comodato en que el proveedor cede al vendedor la estación de servicio en el contrato litigioso”.*

Ahora bien, el Tribunal entendió que otras cláusulas contractuales sí eran “*claramente incompatibles*” con el Reglamento 1984/1983. En primer lugar, “*la extensión de la exclusividad a todos los «productos de apoyo para automoción» y «con absoluta prohibición de toda otra concurrencia» (...), o con reserva de la concedente para «variar los precios de venta al público» (...), y debiendo el proveedor «expender al público única y exclusivamente los productos suministrados por la sociedad concedente, a los precios establecidos oficialmente o, en defecto de tasa oficial, a los que lo fueren por aquella» (...), supone un control absoluto del proveedor que alcanza incluso a todos los productos de la tienda tanto en orden a sus eventuales proveedores como en orden a los precios (...), hasta el extremo de contemplarse como causa de extinción del contrato la «venta de productos distintos de los expresamente autorizados» (...). Se trata, en definitiva, de cláusulas que el artículo 12 del Reglamento considera exorbitantes respecto de las permitidas según el artículo 11”.*

En segundo lugar, el Tribunal Supremo consideró que “*la exclusividad impuesta en el contrato a los lubricantes (según las mismas cláusulas ya señaladas más la de adquisición de un mínimo de volúmenes trimestrales)*” no cumplía las condiciones establecidas en el art. 11 b) del Reglamento 1984/1983, es decir, que “*el proveedor hubiera puesto simultáneamente a disposición del revendedor un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase*”. Por otro lado, el Tribunal apuntó que el artículo 11 b) sólo amparaba “*los lubricantes destinados a la prestación de un servicio que realice el revendedor*”, por lo que “*el proveedor «es libre de comprar dichos productos a terceras empresas con objeto de revenderlos en la estación de servicio», debiendo entenderse por “productos petrolíferos afines a los lubricantes, los aditivos y los líquidos de frenos”.* Así, entendió que el contrato comprendía “*cláusulas exorbitantes según los apartados a) y b) del art. 12.1” del Reglamento.*

Finalmente, y en tercer lugar, el Tribunal apreció que “*el control igualmente absoluto del proveedor sobre la publicidad*” excedía también de “*lo que permite o autoriza el artículo 11 c) del Reglamento*”.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, el Tribunal Supremo resolvió que el contrato debía ser declarado nulo de pleno derecho “*por su incompatibilidad con el Derecho Comunitario y, en último extremo, por aplicación del art. 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia interpretado según el Derecho Comunitario*”. Dado que, en el caso concreto, las partes no habían comenzado a ejecutar el contrato, la nulidad simplemente determinaría que el contrato no comenzara a desplegar sus efectos. Según el Tribunal, la nulidad debía ser total, ya que las estipulaciones que infringían las normas de defensa de la competencia no eran separables (por lo que su supresión alteraría por completo la economía del contrato), ni tampoco era posible “*obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas*”.

3. En la STS 3-10-2007 (RJ 2008/2922), el Tribunal Supremo ratificó la declaración de la nulidad del contrato de autos por infracción de la normativa europea de competencia. En primer término, y siguiendo la doctrina sentada en la comentada STS 2-6-2000, confirmó la competencia de los tribunales civiles para la aplicación de los preceptos reguladores de la defensa de la competencia, tanto del orden comunitario como del orden interno, a fin de establecer los efectos de la nulidad de los negocios jurídicos entre las partes (véase, en el mismo sentido, la posterior STS 15-4-2009 [RJ 2009\1765]).

A continuación, el Tribunal Supremo sostuvo que el contrato analizado efectivamente incurría en causa de nulidad: de un lado, la duración de la relación de suministro en exclusiva de la estación de servicio era superior a 10 años (como consecuencia de que ese periodo se computara no desde la fecha de celebración del contrato, si no desde la fecha del primer suministro o fecha de entrada en funcionamiento de la estación); de otro lado, la entidad suministradora imponía los precios a la titular de la estación de servicio. A estos efectos, el Tribunal Supremo recordó cómo la Sala había aceptado, en términos generales, la compatibilidad de las cláusulas contractuales propias de los llamados contratos de abanderamiento con la normativa comunitaria, si bien destacó, en el caso concreto, que ello no era óbice respecto de la posibilidad de que, como ocurría en el supuesto de autos, el estudio de las cláusulas específicas de cada contrato pudiera llevar a una conclusión contraria. Esta afirmación del Tribunal Supremo, complementada con la doctrina establecida por el TJUE (que será objeto de exposición posterior), aboca a un casuismo muy acusado, siendo perfectamente posible que una misma cláusula o contrato pueda ser considerado válido o nulo en función, simplemente, de la mayor o menor diligencia probatoria que haya desplegado la parte.

Finalmente por su trascendencia para la resolución del caso, dada la identidad de la sociedad suministradora, el Tribunal Supremo citó las consideraciones contenidas en la sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006, asunto C-207/05.

4. La STS 20-11-2008 (RJ 2009\140) confirmó la declaración de nulidad de los contratos litigiosos, que se calificaron, en contra de su denominación por las partes, como “*de reventa*”, por considerar nulas sus cláusulas de determinación del precio y de exclusividad. Según el Tribunal Supremo “*la cláusula relativa a la fijación y control por la entidad proveedora del precio de venta –reventa– por el intermediario (estación de servicio) de los productos carburantes y combustibles*” era claramente contraria al “*artículo 85.1 a) del Tratado CE*”, sin que encontrara “*paralelismo*” en el Reglamento 1984/1983. Con apoyo en los pronunciamientos de la sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006, se entendió que la nulidad de esa cláusula era suficiente “*para acarrear la nulidad de los contratos*”.

Por lo que respecta a la cláusula de compra o suministro en exclusiva, el Tribunal Supremo confirmó el criterio de la Audiencia, que, a su vez, se había

remitido a la doctrina contenida en la STS 2-6-2000, según la cual esas cláusulas *“impiden el juego de la competencia, pues, cuando menos indirecta y potencialmente, impiden la entrada de productos de otros Estados miembros, versando, además, sobre productos que, como los carburantes y combustibles, representan un mercado claramente tendente a oligopolio, o si se quiere, especialmente sensible a las limitaciones de la competencia mediante el dominio de hecho de unas empresas suministradoras que acaban imponiendo el precio final del producto”*.

5. En el caso de la STS 15-4-2009 (RJ 2009\1765), se estimó la excepción reconvenicional de nulidad del contrato de abanderamiento, al apreciarse que la empresa suministradora efectivamente había impuesto los precios de reventa a la titular de la estación de servicios.

6. La STS 30-6-2009 (RJ 2009\4704) resulta reseñable, por cuanto se refiere a un supuesto en el que la Audiencia Provincial había declarado de oficio (sin petición de ninguno de los litigantes) la nulidad del contrato de abanderamiento (arrendamiento de industria y venta en exclusiva) y del relacionado contrato de usufructo. El Tribunal Supremo recordó, en primer término, su jurisprudencia sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de negocios jurídicos sin haberla pedido ninguna de las partes. Esa posibilidad ha sido admitida, con fundamento en el artículo 6.3 del Código Civil, en diversas sentencias (SSTS 15-12-1993, 18-2-1997, 3-12-2001 y 17-1-2000), si bien se ha exigido por el Tribunal Supremo *“prudencia y moderación”* a los tribunales tanto a la hora de ejercer esa facultad como a la de declarar la nulidad total en vez de la solamente parcial. La sanción de nulidad *“debe reservarse para los casos en que concurrán trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público”* (SSTS 18-6-2002, 27-2-2004 y 25-9-2006).

En aplicación de la doctrina expuesta, el Tribunal Supremo casó y anuló la declaración de nulidad del contrato de usufructo, al no haber sido reclamada por ninguna de las partes litigantes y en aplicación de la prohibición de *reformatio in peius*. La entidad suministradora, cuyo recurso fue estimado parcialmente, se había visto privada del contrato de usufructo, a pesar de que en su censura de la sentencia de primera instancia asumía como premisa la subsistencia de ese contrato. El Tribunal Supremo afirma que *“es cierto que en la solución del litigio por la sentencia recurrida cabe advertir un deseo de zanjar definitivamente todos los problemas derivados de las relaciones jurídicas entre las partes y, al propio tiempo, compensar los efectos de la resolución del contrato de arrendamiento y exclusiva con una extinción del usufructo que pueda remediar el aparente desequilibrio económico de la solución que procedía según el planteamiento de cada una de las partes, ya que la relación entre usufructo, de un lado, y arrendamiento y exclusiva, de otro, era difícilmente discutible. Pero ese propósito del tribunal, nada reprochable en sí mismo, no podía realizarse a costa de principios básicos del proceso civil con dimensión constitucional, pues son las partes litigantes quienes deben soportar las consecuencias de sus respectivos planteamientos sin que los jueces y tribunales deban en general subsanar sus errores ni suplir sus omisiones, salvo que*

*concurran circunstancias excepcionales no advertidas en el presente caso desde el momento en que la resolución del contrato de abastecimiento y exclusiva antes de sus diez años de vida ya ponía fin a la situación potencialmente incompatible con el Derecho comunitario de la competencia”.*

Así, el Tribunal Supremo no apreció la nulidad del complejo negocial constituido por el contrato de usufructo y del contrato de arrendamiento de industria y venta en exclusiva por “*ser una cuestión ajena al litigio*”. No obstante, la Sala expresamente dejó abierta la posibilidad de que la titular de la estación de servicio promoviera un ulterior proceso en el que planteara la nulidad del contrato de usufructo por su incompatibilidad con el Derecho comunitario de defensa de la competencia e incluso formulara una reclamación indemnizatoria contra la entidad suministradora, “*por culpa in contrahendo de la compañía abastecedora*”, remitiéndose al efecto a las consideraciones contenidas en la STS 2-6-2000 y afirmando que esta última pretensión no estaría “*desautorizada por la LEC de 1881, bajo cuyo régimen se interpusieron demanda inicial y reconvención, al no contener aquella ninguna norma equivalente a la del párrafo primero del apdo.1 del art. 400 LEC de 2000*”.

## **2. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010**

Como se refiere en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia objeto de comentario, la cuestión jurídica a dilucidar por la Sala consistía en determinar si el contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos celebrado en el año 1993 por las partes litigantes, esto es, por la mercantil demandante-reconvenida, como suministradora, y la demandada-reconviniente, como titular de la estación de servicio, era incardinable en la prohibición del artículo 81.1 del Tratado CE y, en caso afirmativo, si, no obstante, podía quedar amparado por los Reglamentos comunitarios de exención.

En definitiva, y al igual que en los procesos resueltos por las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente comentadas, el órgano judicial había de determinar si el contrato litigioso, un contrato de abanderamiento, era o no compatible con el derecho de defensa de la competencia.

Desde un primer momento, y tras efectuar el correspondiente resumen de los antecedentes, posiciones de las partes, el contenido de la sentencia de primera instancia y de apelación y los fundamentos del recurso, el Tribunal Supremo afirma que su decisión habrá de ajustarse a la doctrina establecida por el TJUE (anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) en sus sentencias de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05), 11 de septiembre de 2008 (asunto C-279/06) y 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07).

Asimismo, mantiene que en la resolución del recurso deberá atenerse a la jurisprudencia que “*a partir de su sentencia de 2 de junio de 2000 viene manteniendo la doctrina de la nulidad civil de los contratos de abanderamiento en exclusiva que no*

*queden amparados por los reglamentos comunitarios de exención”, esto es, de aquellos contratos “que restrinjan la libre competencia sin ofrecer las ventajas objetivas, de mejora de distribución de los productos, que excepcionalmente justifican su legalidad mediante la técnica de la exención por categorías propia de tales Reglamentos, que a su vez permiten a la Comisión retirar el beneficio de la exención a acuerdos o contratos entre empresas que, cumpliendo las condiciones para tal autorización, sin embargo, surtan efectos incompatibles con el apdo. 3 del art. 81 CE”. Según el Tribunal Supremo, “la regla es, por tanto, la prohibición y consiguiente nulidad de los contratos entre empresas que restrinjan la libre competencia; la excepción, su admisibilidad y consiguiente validez si contribuyen a mejorar la distribución y cumplen determinados requisitos”.*

En las citadas sentencias de 14 de diciembre de 2006 y 11 de septiembre de 2008 (resolutorias de dos cuestiones prejudiciales planteadas en dos litigios relativos a dos contratos idénticos), el TJUE definió los criterios jurídicos para determinar si, a los efectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, el titular de una estación de servicio es un agente “genuino” o si, por el contrario, actúa en el tráfico como un operador económico independiente (“agente no genuino”). Por su parte, en su sentencia de 2 de abril de 2009 el TJUE interpretó el texto del artículo 5 a) del Reglamento 2790/1999, relativo a la duración máxima de las cláusulas de no competencia.

Por otro lado, en las sentencias indicadas el TJUE estableció que la fijación por la entidad suministradora del precio de venta al público, por el agente no genuino, no está amparada por las exenciones previstas en el Reglamento 1984/1983 y en el Reglamento 2790/1999.

En los dos epígrafes siguientes se examina la doctrina establecida en relación con las anteriores cuestiones.

## *2.1. La aplicación por el Tribunal Supremo de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la calificación de un agente como “genuino” o “no genuino”*

1. La primera cuestión analizada por el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario fue si la titular de la estación de servicio era un “agente genuino” o, bien al contrario, podía ser considerada como un operador económico independiente, pues sólo en este último caso el contrato litigioso podría entrar en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (posteriormente, el artículo 81 CE y actualmente el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Como se ha avanzado, los criterios para ejecutar ese análisis se establecen en las sentencias del TJUE de 14 de diciembre de 2006 y 11 de septiembre de 2008 y pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) El elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente (y, por tanto, se está ante un

“*acuerdo entre empresas*” en el sentido del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) reside en el contrato celebrado con la empresa suministradora y, más concretamente, en las cláusulas, tácitas o expresas, de este contrato relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. El órgano judicial habrá de analizar cómo se encuentran distribuidos efectivamente los riesgos financieros y comerciales entre el titular de la estación de servicio y el suministrador de carburantes. Según el apartado 43 de la sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006, “*los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste*” (se cita la sentencia del TJUE de 24 de octubre de 1995, caso Volkswagen y VAG Leasing, asunto C-266/93, apartado 19).

Abocando al mismo casuismo que resultaba también de la jurisprudencia construida por el Tribunal Supremo, el TJUE ha advertido de que el examen de los riesgos asumidos por el titular de la estación de servicio debe ser ejecutado “*caso por caso*” y “*teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno*”.

Esta última es la razón de la censura realizada por la STS 15-1-2010 a la sentencia de la Audiencia Provincial, en el sentido de que “*el error de la sentencia impugnada consiste en no haber advertido la posibilidad de contratos que, aun siendo en abstracto calificables como de agencia con arreglo a la Ley española 12/92, puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia*” y de que “*desde el punto de vista que aquí interesa, se trata de que un acuerdo entre empresas formalmente calificable y denominado como de agencia, e incluso encuadrable como tal en la Ley 12/92, no sirva, precisamente por ese amparo o cobertura formal, para eludir las normas de defensa de la competencia*”. Es más, en el Fundamento de Derecho Cuarto, el Tribunal Supremo resalta, tras haber efectuado el análisis de la distribución de riesgos en el contrato litigioso, que la propia entidad suministradora había reconocido en uno de sus escritos procesales que la relación controvertida era una “*relación jurídica de agencia no genuina*”.

b) En cuanto a los riesgos relacionados con la venta de los productos, el TJUE considera que se presume que el titular de la estación de servicio los asume cuando se convierte en propietario de los productos en el momento en que los recibe del proveedor, cuando se hace cargo, directa o indirectamente, de los costes relativos a la distribución de estos productos (en particular, los costes de transporte), cuando corre con los gastos de conservación de las existencias, cuando asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos (como su pérdida o deterioro), así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros, o cuando soporta el riesgo financiero de los productos en el supuesto de que esté obligado a pagar al suministrador el importe correspondiente a la cantidad de carburantes suministrada en vez de la

efectivamente vendida. Así se establece en los apartados 51 a 58 de la sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006.

c) Por lo que respecta a los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado (esto es, las que son precisas para que el titular de una estación de servicio pueda negociar o celebrar contratos con terceros), habrá de comprobarse si este último realiza inversiones en locales o equipos, tales como un depósito de carburante, o en acciones de promoción. Si es así, debe entenderse que esos riesgos se trasladan al titular (véanse a este respecto los apartados 51 y 59 de la sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006).

d) Ahora bien, el TJUE ha destacado que la asunción por el titular de la estación de servicio de “*únicamente una parte insignificante de los riesgos*” no puede determinar la aplicación del artículo 81 del Tratado CE (actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), pues en tal caso ese titular no se convierte en un operador económico independiente en la venta de carburantes a terceros. Bien al contrario, su relación con el suministrador es idéntica a la que existe entre un agente y su comitente.

e) Incluso en el supuesto de que se esté en presencia de un contrato de agencia genuino, sólo estarán excluidas del ámbito de aplicación del artículo 81 del Tratado CE las obligaciones impuestas al intermediario en relación con la venta de productos a terceros por cuenta del comitente (entre ellas, la fijación del precio de venta al público). Ahora bien, la prohibición establecida en ese precepto sí será aplicable a las cláusulas de exclusividad y de no competencia que afecten a las relaciones entre el agente y el comitente como operadores económicos independientes si conducen a la exclusión del mercado de referencia.

f) Si el análisis de la distribución y asunción de los riesgos conduce a la conclusión de que el titular de la estación de servicio es un “agente no genuino”, un operador económico independiente, en lo que se refiere a la venta de productos a terceros, la fijación de su precio de venta al público constituirá una restricción de la competencia expresamente prevista en el apartado 1, letra a), del artículo 81 del Tratado CE y, por tanto, un acuerdo prohibido, siempre que concurren todos los demás requisitos para la aplicación de la prohibición. En consecuencia, será necesario que el acuerdo tenga por objeto o efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros (véase a este respecto la sentencia del TJUE de 30 de abril de 1998, caso Cabour, asunto C-230/96, apartado 48). En el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia comentada el Tribunal Supremo reconoce que esta doctrina obliga a matizar la jurisprudencia sobre la “*falta de paliativo alguno, en el Reglamento 1984/1983, de las cláusulas de fijación y control del precio*” por parte de la entidad suministradora o proveedora (contenida en las SSTs 20-11-2008 y 15-4-2009, anteriormente examinadas).

De conformidad con las consideraciones de las sentencias del TJUE de 28 de febrero de 1991, caso Delimitis, asunto C-234/89, y 7 de diciembre de 2000,

caso Neste, asunto C-214/99, para determinar los efectos de un acuerdo de compra exclusiva y establecer si impiden o restringen la competencia, o falsean su juego, el órgano judicial deberá tener en cuenta el contexto económico y jurídico en el que aquél se sitúa y en el que, junto con otros, puede producir un efecto acumulativo sobre el juego de la competencia. Será preciso analizar los efectos que produce el contrato en cuestión, en relación con otros contratos del mismo tipo, sobre las posibilidades de que disponen los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en éste su cuota de mercado.

La doctrina contenida en los párrafos precedentes ha sido recogida en los apartados 13 y siguientes de las *Directrices relativas a las restricciones verticales*, publicadas en el DOUE, serie C, de 19 de mayo de 2010 (las “Directrices”), en relación con el nuevo Reglamento (UE) n° 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* (el “Reglamento 330/2010”).

Según el indicado apartado 13, “*el factor determinante para la definición de un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1, es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal. A este respecto, es irrelevante para la evaluación que el agente actúe en nombre de uno o de más principales. También lo es la calificación que den al acuerdo las partes o la legislación nacional*”. El apartado 14 establece que “*tres son los tipos de riesgo comercial o financiero pertinentes a la hora de evaluar el carácter genuino de un acuerdo de agencia con arreglo al artículo 101, apartado 1. En primer lugar, deben mencionarse los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos o negociados por el agente por cuenta del principal, tales como la financiación de existencias. En segundo lugar, se encuentran los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. Se trata de inversiones necesarias específicamente para el tipo de actividad para la que el principal ha designado al agente, es decir, necesarias para que éste pueda celebrar o negociar este tipo de contratos. Estas inversiones suelen ser a fondo perdido, lo que significa que, tras abandonar tal ámbito específico de actividad, la inversión no puede emplearse para otras actividades ni venderse, como no sea con pérdidas cuantiosas. En tercer lugar, se encuentran los riesgos relacionados con otras actividades realizadas en el mismo mercado de producto, siempre que el principal requiera que el agente realice tales actividades, pero no como agente en nombre del principal, sino por su propia cuenta*”. Véanse también los apartados 15 y siguientes de las Directrices.

2. Tras ejecutar el análisis del contrato de autos conforme a los criterios o directrices expuestos, el Tribunal Supremo concluye en su STS 15-1-2010, en contra del criterio de la Audiencia Provincial, que efectivamente el titular de la estación de servicio había asumido en una proporción no insignificante riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de productos a terceros.



## 2.2. La fijación o determinación de los precios de venta al público por parte del agente no genuino

1. Las cláusulas de fijación del precio de venta al público en los contratos celebrados con un “agente no genuino” constituirán acuerdos prohibidos cuando tengan por objeto o efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y puedan afectar al comercio entre los Estados miembros.

2. Según la doctrina establecida por las sentencias del TJUE de 11 de septiembre de 2008 y 2 de abril de 2009, el titular de la estación de servicio que sea agente no genuino deberá disponer de libertad para fijar el precio de venta al público. A este respecto, procede efectuar las siguientes precisiones:

a) En primer término, las cláusulas o acuerdos por los que el suministrador o proveedor fije el precio de venta al público por el titular de la estación de servicio, o imponga a éste un precio de venta mínimo, no podrán considerarse cubiertas por los Reglamentos de exención.

b) El suministrador es libre de recomendar al titular de la estación de servicio un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo. Así se declara, en relación con el artículo 4 a) del Reglamento 2790/1999, en el apartado 75 de la sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009.

c) El modo de cálculo del precio de venta recomendado por el suministrador carece de trascendencia, siempre que efectivamente el titular de la estación de servicio posea ese margen de libertad para determinar el precio de venta. Según el apartado 78 de la misma sentencia, esa libertad no existe cuando el suministrador impone al titular de la estación “*un margen de distribución fijo del que no puede apartarse*”.

d) Será el órgano judicial que conozca del litigio el que deba verificar la forma de determinación del precio de venta al público y comprobar si el precio de venta recomendado constituye, o no, en realidad un precio de venta fijo o mínimo. Para ejecutar esa labor deberá tener en cuenta “*el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal*”.

No se estará en presencia de un precio impuesto o mínimo cuando el titular de la estación de servicio posea la posibilidad real de disminuir el precio de venta recomendado con cargo a su margen. Ahora bien, esa posibilidad no concurrirá realmente en el caso de que existan razones de índole económica que anularían los hipotéticos incentivos para reducir el precio de venta con cargo al margen del titular de la estación de servicio, o en el supuesto de que el suministrador emplee prácticas destinadas a desincentivar ese tipo de políticas. En este sentido, el apartado 80 de la sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009 afirma que el órgano judicial “*debe comprobar si tal precio de venta al público no se impone, en*

*realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos*". En el mismo sentido puede leerse el apartado 71 de la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008.

En el caso examinado por la STS 15-1-2010, la empresa suministradora alegó que la titular de la estación de servicio podía efectuar descuentos "*con cargo a su comisión*" (esto es, de su margen). Sin embargo, tras un análisis conjunto de las diversas estipulaciones contractuales, y de la documentación relativa a los pagos recibidos por la titular de la estación de servicio, el Tribunal Supremo concluyó que esa posibilidad de "descuento" no era real, sino que el precio de venta al público era fijado por la entidad suministradora. Y, tras descartar que el contrato litigioso estuviera amparado por Reglamento 1984/1983, el Tribunal Supremo estimó que, efectivamente, el contrato "*disminuía las posibilidades de los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en éste su cuota de mercado*". Esta apreciación se fundó en el hecho notorio de la posición especialmente fuerte de la empresa suministradora en el mercado español. Sobre estas bases, se declaró la nulidad del contrato controvertido.

3. En relación con la doctrina explicada en los párrafos precedentes, el artículo 4 a) del Reglamento 330/2010, cuyo tenor literal es idéntico al mismo artículo del Reglamento 2790/1999, expresamente dispone que la exención no se aplicará 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*".

Por su parte, el apartado 49 de las Directrices dispone que "*en el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Con todo, si tal acuerdo no puede calificarse de acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1 (véanse los apartados 12 a 21), toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo al artículo 4, letra a), del Reglamento de Exención por Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal*".

### 2.3. Las consecuencias de la nulidad del contrato

1. La jurisprudencia del TJUE tiene declarado de forma consolidada que la nulidad de pleno derecho de un acuerdo, en el sentido del apartado 2 del artículo 81 del Tratado CE, se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo

afectados por la prohibición establecida en el apartado 1 de ese mismo artículo o al acuerdo en su totalidad, si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo. En este sentido pueden consultarse las sentencias del TJUE de 30 de junio de 1966 y de 28 de febrero de **1991**, caso *Delimitis*, asunto *C-234/89*.

Si esos elementos son separables del acuerdo, las consecuencias de la nulidad respecto a todos los demás elementos del acuerdo o respecto a otras obligaciones que se deriven de él no estarán comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de defensa de la competencia.

En relación con esta doctrina cabe citar, por ejemplo, la STS 3-10-2007 (RJ 2008\2922), en la que el Tribunal Supremo rechazó que las cláusulas contractuales que contravenían el derecho de la Unión Europea, esto es, las referidas al alcance temporal del pacto de exclusiva (10 años desde la fecha de entrada en funcionamiento de la estación de servicio) y las “*demás condiciones del contrato restrictivas de la competencia y a la libertad del concesionario para la fijación de los precios*”, tuvieran carácter accesorio en relación con el conjunto del contrato. Esas cláusulas se consideraron inseparables y, asimismo, se sostuvo que tampoco era posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a “*iniciar una relación sobre bases que sean sustancialmente distintas de las establecidas*”. Por el contrario, se afirmó que “*la supresión de las cláusulas contrarias al derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato*”. Y, así, se confirmó la declaración de la nulidad total del contrato de abanderamiento.

En la posterior STS 20-11-2008 (RJ 2009\140) se sostuvo, con cita de las SSTS 2-6-2000 y 3-10-2007, que no cabía aplicar la doctrina de la nulidad parcial (“*utile per inutile non vitiatur*”) por la esencialidad de las cláusulas contrarias a la normativa comunitaria y por no tener el carácter de separables. En el mismo sentido se pronunció la STS 15-4-2009 (RJ 2009\1765), desestimando un motivo de recurso en el que se había alegado la confusión en la sentencia recurrida entre la doctrina comunitaria de la separabilidad y la doctrina civil de la nulidad parcial. Según la Sala, “*la cláusula relativa a la fijación y control por la entidad proveedora del precio de venta –reventa– por el intermediario (estación de servicio) de los productos carburantes y combustibles es claramente contraria al Tratado CE y no tiene ningún paliativo en los Reglamentos, y acarrea la nulidad del contrato*”.

2. También es doctrina reiterada del TJUE la que establece la atribución al Juez nacional de la competencia para determinar las consecuencias concretas de la nulidad de un acuerdo restrictivo de la competencia, en cada caso. En este sentido pueden consultarse la sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 1986, caso *VAG France*, asunto 10/86 (apartados 14 y 15), la sentencia del caso *Cabour*, antes citada (apartado 51), y la sentencia de 30 de noviembre de 2006, caso *Brünsteiner y Autohaus Hilgert*, asuntos C-376/05 y C-377/05 (apartado 48).

3. En el Derecho español, las consecuencias de la declaración de la nulidad de un contrato se encuentran reguladas en los artículos 1.303 y siguientes del Código Civil. La regla general es la contemplada en el artículo 1.303, conforme

al cual “*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*” (complementada por la norma del artículo 1.307), con las excepciones o matizaciones establecidas en los artículos posteriores.

4. En los procesos judiciales en los que se ha ejercitado la acción de nulidad de un contrato por infracción de las normas de defensa de la competencia (o en los que se ha opuesto la excepción de nulidad, con el mismo fundamento) ha sido sumamente habitual (según se desprende de la relación de sentencias comentada en epígrafe 1 anterior) que el titular de la estación de servicio haya reclamado la aplicación de las consecuencias previstas en la regla 2ª del artículo 1.306 del Código Civil, que establece una norma especial respecto de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad. Según ese precepto, “*si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 2ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido*”. El argumento empleado por los titulares de estaciones de servicio ha sido el de que la causa de nulidad sería imputable exclusivamente a la entidad suministradora, normalmente sobre la base de una suerte de “imposición” del contrato posteriormente declarado nulo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en reiteradas ocasiones la aplicabilidad del artículo 1.306 del Código Civil a los supuestos de contratos nulos, simulados y ejecutados en fraude de ley, estableciendo que la causa torpe a que se refiere el indicado precepto comprende la nulidad. En este sentido pueden citarse, a título de ejemplo, las SSTS 31-12-1979 (RJ 1979\4499), 20-5-1985 (RJ 1985\2403) y 2-4-2002 (RJ 2002\2485). La de 31-12-1979 resulta especialmente destacable, por haber sido dictada en un proceso en el que se declaró la nulidad de un contrato asociativo por su carácter contrario a la normativa de defensa de la competencia. En la STS 20-5-1985 se apreció la procedencia de la aplicación de la regla 2ª del artículo 1.306 del Código Civil dado que una de las partes del contrato no mostró su conformidad con el proceder de la contraparte, a quien se imputaba exclusivamente la causa torpe (nulidad por haberse infringido las normas reglamentarias limitativas del precio del cemento). Finalmente, la STS 2-4-2002 se dictó en un caso de nulidad, fraude de ley y simulación (*vid.* Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero).

5. En relación con las consecuencias o efectos civiles de la declaración de nulidad de un contrato por vulneración de las normas de defensa de la competencia son de interés las sentencias que se comentan a continuación.

En primer lugar, en el caso de la STS 20-11-2008, antes mencionada, declaró la procedencia de la aplicación de las consecuencias contempladas en la regla 2ª del artículo 1.306 del Código Civil, en cuanto a la restitución de las prestaciones.

La STS 26-2-2009 (RJ 2009\1522) resulta muy destacable, pues específicamente versó sobre los efectos civiles de la declaración de nulidad de un contrato de abanderamiento y de diversos negocios jurídicos relacionados. El Tribunal Supremo sostuvo, en interpretación del artículo 1.303 del Código Civil, que la restitución recíproca de las prestaciones establecida en ese precepto “*puede tener unos límites racionales similares a los que la jurisprudencia ha reconocido para algunos casos de resolución contractual*” (citándose las SSTS 17-7-07 y 28-6-77). A este respecto, el Tribunal afirmó que la imposibilidad de retorno de los efectos de un contrato nulo que ha estado ejecutándose durante años se advierte especialmente en los casos de contratos complejos con una prestación principal de suministro para revender, en los que el abastecedor o suministrado (el titular de la estación de servicio) ha vendido a su vez el carburante a terceros lucrándose en la reventa. Esta circunstancia determina que “*los efectos de la nulidad no puedan ser absolutos o ilimitados, pues nunca podrían alcanzar a las ventas de carburante hechas en la estación de servicio a los consumidores finales*”.

Por otro lado, el Tribunal Supremo también rechazó la aplicación del artículo 1.303 del Código Civil “*desde la perspectiva del enriquecimiento injusto*” (la titular de la estación de servicio aducía que la suministradora se había enriquecido injustamente, al haber estado vendiendo los carburantes a aquélla, mientras el contrato se ejecutó, “*no al mejor precio del mercado sino a un precio de acuerdo con la financiación que le había facilitado*”). En la sentencia se entiende que esa misma perspectiva “*exigiría computar no sólo la ganancia de esa misma parte litigante en la reventa del carburante a los consumidores finales sino también las ventajas derivadas de su abanderamiento*” por la suministradora y “*de otras prestaciones de ésta*” que también eran “*irreversibles*”. Para el Tribunal Supremo el argumento de la titular de la estación de servicio hubiera sido “*tal vez*” atendible “*si la estación no hubiera llegado a entrar en funcionamiento y todo se redujera al reembolso del préstamo y a la devolución del carburante suministrado a cambio del precio pagado por él, pero no cuando el carburante suministrado se ha revendido a los consumidores finales durante años bajo el abanderamiento*” de la suministradora. Y es que, “*una coherencia total*” con el planteamiento de la titular de la estación de servicio “*comportaría que ella tuviera que restituir al abastecedor no sólo el mismo volumen de carburante suministrado durante esos años sino también la ganancia obtenida en su reventa*”.

En la STS 15-4-2009 se consideró que el artículo 1.303 del Código Civil era aplicable al caso (negándose que se estuviera en un supuesto de causa torpe del artículo 1.306) y se afirmó que el efecto de la nulidad consistente en las recíprocas restituciones, al tener carácter “*ex lege*”, debería haberse aplicado incluso de oficio. Sin embargo, a la vista de la complejidad de las cuestiones que suscitaba la restitución de las prestaciones, la ausencia de un planteamiento claro al respecto y la imposibilidad de diferir la cuestión al proceso de ejecución, el Tribunal Supremo remitió la determinación de los efectos de la extinción contractual por declaración de nulidad “*al juicio declarativo*” que la parte interesada estimase pertinente plantear.

La pretensión de nulidad de un contrato de arrendamiento de industria y suministro en exclusiva fue estimada en la STS 30-6-2009 (RJ 2009\4704), si bien igualmente se apreció la procedencia de su resolución a instancia de la entidad suministradora, por incumplimiento de la titular de la estación de servicio, “*durante el tiempo en que se mantuvo la relación de arrendamiento y exclusiva entre las partes*”. También se estimó la pertinencia de la indemnización a favor de la entidad suministradora. Esa nulidad “sobrevvenida” del contrato, si se permite la expresión, se justificó por la Audiencia Provincial sobre la base de que “*al no haber transcurrido aún el plazo máximo de diez años fijado por la normativa comunitaria, la relación jurídica litigiosa debía considerarse “lícita y válida” mientras se mantuvo, aunque analizándola ‘desde la perspectiva de un contrato de distribución en exclusiva y de cooperación técnica y comercial suscrito entre el propietario de una estación de servicio y una empresa suministradora’.*”

6. En el caso resuelto por la sentencia objeto de comentario, la titular de la estación de servicio reclamó en su reconvención que la declaración de nulidad del contrato litigioso diera lugar a las consecuencias previstas en la regla 2ª del artículo 1.306 del Código Civil (*vid.* Antecedente de Hecho Segundo). El Tribunal Supremo, no obstante estimar la pretensión de nulidad por infracción de una norma prohibitiva, consideró que el pronunciamiento debía limitarse a declarar aquélla, sin establecer obligaciones de restitución a cargo de ninguna de las partes. Esta última decisión se fundó en la doctrina establecida por la STS 26-2-2009 (RJ 2009\1522), anteriormente examinada, y en la consideración por el Tribunal de las siguientes circunstancias:

- a) La titular de la estación de servicio no denunció la contravención del Derecho de defensa de la competencia hasta verse demandada por la compañía suministradora por vulneración del pacto de exclusiva;
- b) En la fecha de otorgamiento del contrato litigioso la titular de la estación de servicio podía haber contratado con otras compañías suministradoras;
- c) Durante más de nueve años la titular de la estación de servicio se benefició del abanderamiento por la empresa suministradora, a la sazón una compañía líder del sector, y percibió así importantes cantidades tanto directamente de la propia compañía como derivadas de la venta de los productos a terceros; y, finalmente,
- d) La compañía suministradora ofreció a la titular de la estación de servicio adaptar el contrato al Reglamento nº 2790/99, sin que esta última mostrara el menor interés al respecto.

El Tribunal Supremo entendió que la solicitud de aplicación de la regla 2ª del artículo 1.306 del Código Civil en realidad constituía una pretensión resarcitoria por la titular de la estación de servicio, y apuntó que la regla 1ª del artículo citado 1.306 pone de manifiesto que la buena o mala fe de los contratantes también es relevante a la hora de determinar las consecuencias de la nulidad.

### 3. Valoración de la sentencia

Según se ha examinado en los epígrafes previos, la STS 15-1-2010 no establece una doctrina o se decanta por una cierta corriente jurisprudencial en relación con una determinada controversia (la validez o nulidad de los contratos de abanderamiento). Y es que el propio casuismo al que abocaban las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo con anterioridad impedía establecer una doctrina concreta sobre la materia, sino solamente una serie de criterios o directrices que permitían analizar y resolver sobre si el específico contrato de abanderamiento o suministro en exclusiva respetaba o infringía las normas de defensa de la competencia, sobre su validez o nulidad por tal causa y sobre los efectos de esa nulidad, en su caso.

Ese casuismo resulta acrecentado por el sentido de la doctrina establecida por el TJUE y aplicada por el Tribunal Supremo en la propia STS 15-1-2010, en relación con los criterios relevantes para la decisión sobre el carácter de agente genuino o no genuino del titular o explotador de la estación de servicio, la posibilidad de fijación de precios de venta al público por el titular de la estación de servicio y los requisitos necesarios para la declaración de nulidad del contrato por infracción de las normas de defensa de la competencia.

Estas circunstancias sin duda restan trascendencia jurídica a la STS 1-15-2010 y desvirtúan su carácter “unificador”. Quizás por esa razón en las resoluciones posteriores del Tribunal Supremo no se ha citado esa sentencia como fuente de doctrina, sino más bien como decisión recopilatoria de la doctrina (ésta sí) establecida por el TJUE (o de la jurisprudencia del Tribunal Supremo). De estas sentencias pronunciadas con posterioridad a la STS 15-1-2010 cabe llamar la atención sobre los siguientes extremos:

a) En la STS 24-2-2010 (RJ 2010\1404) se rechazó la pretensión de la titular de varias estaciones de servicio consistente en la petición de que tres contratos que se habían venido ejecutando pacíficamente durante la vigencia del Reglamento 1984/1983 se transformasen en unos contratos diferentes por aplicación del Reglamento 2790/99. La demandante no pidió la nulidad de los contratos inicialmente celebrados por su incompatibilidad con el artículo 81 del Tratado CE.

El Tribunal Supremo sostuvo que *“la consecuencia derivada de una contravención del Derecho comunitario, hoy de la Unión (...), sería la nulidad, nunca pedida en la demanda, y no el cambio de régimen o, con más exactitud, la imposición a la demandada-recurrida de un régimen diferente del pactado”*. Y añadió que *“la técnica de los Reglamentos de exención por categorías, que obedece a las previsiones del apartado 3 del artículo 81 CE para salvar de la prohibición de su apartado 1 determinadas categorías de acuerdos por los beneficios generales que pueden reportar, determina la nulidad, conforme al apartado 2 del mismo artículo, de los acuerdos o contratos que no cumplan las condiciones requeridas para su exención, nulidad que a su vez producirá unas determinadas*

*consecuencias pero no autoriza a los contratantes a invocar ni el Tratado ni los Reglamentos a su conveniencia para modificar contratos vigentes únicamente en lo que les favorezca y, por tanto, rompiendo unilateralmente el equilibrio de intereses presente en el momento de la celebración de esos mismos contratos*". Lo mismo se sostiene en la posterior STS 28-9-2010 (RJ 2010\7142).

b) El Tribunal Supremo confirmó la desestimación de la acción de nulidad en la STS 28-2-2011 (JUR 2011\76377), que versó sobre un contrato de constitución de derecho de superficie y de contrato de arrendamiento de industria y abastecimiento en exclusiva. El Tribunal entendió que la relación jurídica estaba exenta conforme al Reglamento 1984/1983 y era válida hasta el 31 de diciembre de 2006. Antes de esa fecha la titular de la estación de servicio incurrió en un incumplimiento resolutorio. Cabe subrayar que el Tribunal Supremo entendió que, a pesar de que el contrato de cesión de la explotación de la estación de servicio y el contrato de derecho de superficie eran dos contratos vinculados, la resolución del primero no afectaba al segundo, *"a diferencia de lo que habría sucedido con la invalidez"*.

c) La STS 24-3-2010 (RJ 2010\2527) citó la sentencia de Pleno de 15 de enero de 2010, recordando que, como se expone en ella, *"en no pocos casos, contratos denominados por las partes como de agencia pueden incurrir en prohibición y consiguiente nulidad, por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia"*. El Tribunal Supremo destacó que la sentencia de la Audiencia no había podido aplicar la doctrina establecida por las sentencias del TJUE de 14 de diciembre de 2006 y 11 de septiembre de 2008 y entendió que los riesgos asumidos por la titular de la estación de servicio no eran insignificantes. Ahora bien, rechazó que la empresa suministradora impusiera unos precios a la titular de la estación de servicio y, en consecuencia, desestimó la pretensión de nulidad. Según el Tribunal Supremo, *"no hay prueba de que el margen señalado por la suministradora al recurrente impida, de hecho, a éste determinar con libertad significativa el precio de venta a los terceros"*.

d) En la STS 5-5-2010 (RJ 2010\5026) el Tribunal Supremo mantuvo que *"la invocación del Derecho de la Unión de defensa de la competencia como causa de nulidad del complejo negocial formado por los contratos de compraventa y los relativos al arrendamiento de la estación de servicio con exclusiva de abastecimiento constituye un ejercicio del derecho contrario a la buena fe y, por ello, incompatible con lo que el artículo 7.1 del Código Civil dispone con carácter general y el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal de modo más especial para las consecuencias derivadas de los contratos según su naturaleza, pues el artículo 81 del Tratado CE y los Reglamentos comunitarios n° 1984/83 y 2790/99 se invocan con un carácter meramente formal para, materialmente, eludir la regla básica de que los contratos deben ser cumplidos"*.

En el caso resuelto por esta sentencia la exclusiva se había incumplido a partir del año 1996 y la estación de servicio, la "gasolinera", se había cerrado meses antes de la promoción del proceso. Por estas razones se entendió que el contrato tendría poca o nula incidencia en la libre competencia, por lo que ca-



recía de sentido declarar su nulidad por vulneración del artículo 81 del Tratado CE, al no poder alcanzarse el fin de protección de esa norma.

En esta resolución se menciona la STS 15-1-2010 como una decisión en la que se habría “recopilado” la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los criterios para “*determinar si un contrato de los denominados de abanderamiento incurre o no en la prohibición del Tratado, y en consecuencia si puede quedar exento de la prohibición conforme a los (...) Reglamentos comunitarios*”.

e) La STS 3-9-2010 (RJ 2010\6951) también desestimó la pretensión de nulidad, al apreciarse, en aplicación de la doctrina del TJUE, que los riesgos asumidos por el titular de la estación de servicio en relación con los productos suministrados y con su pago no desvirtuaban su condición de agente genuino, ya que esos riesgos constituían una parte insignificante y se correspondían con los que pueden correr a cargo del comisionista según el Código de Comercio español.

f) Finalmente, de la STS 8-2-2011 (JUR 2011\76364), que también cita la sentencia objeto de comentario, cabe destacar que, tras desestimar la pretensión de nulidad, el Tribunal Supremo razonó que “*no resulta coherente con las reglas del artículo 1306 del Código Civil pedir la nulidad de un contrato que se ha estado ejecutando sin conflictos entre las partes durante más de nueve años cuanto tan sólo faltan unos meses para cumplir los diez años de vigencia estipulados, denunciando solamente entonces una causa torpe como imputable únicamente a la otra parte contratante y consistiendo esa causa en la vulneración del Derecho de la Unión de defensa de la competencia*”, remitiéndose a las consideraciones de la anterior STS 5-5-2010.

#### 4. Bibliografía

- Alfaro Águila- Real, J. y otros, *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Möllers, T.M.J. y Heinemann, A. [edits.], Cambridge, 2007.
- De Castro, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 2002.
- Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Navarra, 2007.
- Guerra Fernández, A. y Rodríguez Encinas, A., *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, número 18, Madrid, 2007, páginas 42 y siguientes.
- Gutiérrez Hernández, A., *La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000 y sus implicaciones para los contratos de suministro exclusivo de carburantes entre compañías petroleras y estaciones de servicio*, Revista La Ley, 2001, Ref. D-73.
- Lorente Hurtado, F., *Restricciones verticales en la distribución de combustibles petrolíferos. La cuestión de la agencia*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, número 14, Madrid, 2006, páginas 29 y siguientes.
- Toth, A.G., *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law, Vol. III, Competition law and policy*, Nueva York, 2008.