

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 5, 9, 10 Y 11 DE MAYO DE 2011
(3399/2011, 3659/2011, 2906/2011 Y 3658/2011)**

**Nulidad del contrato de arrendamiento de industria y
abastecimiento de carburantes,
Reglamentos de exención núm. 1984/83 y 2790/99**

Comentario a cargo de:
Aida Oviedo Martínez
Asociado sénior de CMS Albiñana & Suárez de Lezo

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5, 9, 10 y 11 DE MAYO
DE 2011**

ID CENDOJ: 28079110012011100333

ID CENDOJ: 28079119912011100002

ID CENDOJ: 28079110012011100299

ID CENDOJ: 28079119912011100001

PONENTES: *EXCMO. SR. JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL;*
EXCMO. SR. FRANCISCO MARÍN CASTÁN; EXCMO. SR. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.

Asunto: Las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5, 9, 10 y 11 de mayo vienen a confirmar la postura adoptada por los tribunales europeos en cuanto a la aplicación del derecho europeo de la competencia (artículo 81 TCE, hoy 101 TFUE) a los contratos de arrendamiento de industria y abastecimiento de carburantes respecto de estaciones de servicio construidas por el operador petrolífero en el terreno del comercializador en virtud de un derecho de superficie. Todas las sentencias entienden que para que el contrato sea nulo por infracción

del artículo 81 TCE en base a la fijación de los precios de reventa, el comercializador deberá operar como un operador independiente y tendrá que probar, en atención a las cláusulas del contrato y a su ejecución, que el operador petrolífero le fijaba un precio mínimo o fijo. Además, en cuanto a los pactos de suministro en exclusiva que también pueden infringir el artículo 81 TCE, el Tribunal Supremo clarifica que tratándose de estaciones de servicio construidas por el operador petrolífero pero no sobre sus propios terrenos, un pacto de exclusiva de suministro superior a los 10 años estaría exento de prohibición por el Reglamento 1984/83, pero no a partir de la entrada en vigor del Reglamento 2790/99 y una vez transcurrido su régimen transitorio. Las sentencias entienden que, en la práctica, ello determina la ineficacia sobrevenida del pacto de exclusiva de suministro, pero no la nulidad de la relación contractual, al tratarse de contratos válidos según la normativa vigente en el momento de su constitución y que han estado en funcionamiento sin incidencias desde tiempo atrás. El Tribunal Supremo recuerda el interés legítimo de que los contratos se cumplan con arreglo a lo pactado (1258 CC) y de que su validez y cumplimiento no se deje al arbitrio de uno de los contratantes (1256 CC).

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Naturaleza de la relación jurídica compleja. 5.2. Cláusulas de fijación de precios. 5.3. Pactos de exclusiva de suministro: ineficacia sobrevenida por modificación legal. 5.4 Conclusión. **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

Las cuatro sentencias tratan sobre la licitud desde el punto de vista de la normativa europea de Derecho de la Competencia de acuerdos para la distribución de carburantes a través de estaciones de servicio propiedad del operador petrolífero. En los cuatro casos, los comercializadores habían constituido un derecho de superficie a favor de las empresas petroleras sobre los terrenos en los que éstas, a cambio, habían llevado a cabo la inversión necesaria para la construcción y puesta en marcha de la estación de servicio, con posterioridad arrendada a los comercializadores en régimen de suministro en exclusiva. Los contratos contenían cláusulas de fijación de precios máximos y las exclusivas de suministro eran de larga duración (superior a los 10 años).

Los comercializadores alegan la nulidad de todos los contratos, que conforman una realidad jurídica compleja, por infracción del artículo 81.1 TCE (actual 101.1 TFUE) al contener cláusulas prohibidas de fijación de los precios de reventa y/o pactos de suministro exclusivo por una duración superior a la permitida. En todos los casos, se discute con carácter preliminar la condición de agente o distribuidor del comercializador.

Todos los contratos se suscribieron cuando regía el Reglamento CEE 1984/83 de la Comisión Europea, de 22 de junio y fueron denunciados una vez entró en vigor el Reglamento CE 2790/1990 de la Comisión Europea, de 22 de diciembre. En dos de los casos (sentencias 308/2011 y 311/2011), las empresas petroleras formularon reconvencción contra los comercializadores solicitando la resolución del contrato por incumplimiento por parte de éstos de la exclusiva de abastecimiento y la obligación de pago con carácter previo a la interposición de sus demandas. En otro de ellos (sentencia 310/2011), la empresa petrolera había demandado previamente a la distribuidora ante la jurisdicción civil por incumplimiento del contrato, consistente en la falta de pago y la fijación de precios por encima de los recomendados.

Se trata, en definitiva, de supuestos en los que los propietarios de los terrenos sobre los que se constituyó el derecho de superficie, atados por un largo periodo de tiempo y sujetos a unas condiciones menos favorables que las ofrecidas a otras estaciones de servicio no sujetas a pactos de exclusiva (libres), intentan desvincularse de su relación con el operador petrolífero denunciando la nulidad de los contratos en aplicación de la normativa de competencia; y ello después de haber incumplido (al menos en tres de los cuatro casos) sus obligaciones contractuales con el operador petrolífero.

2. Soluciones dadas en primera instancia

En el caso de la sentencia 308/2011, el Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid dictó sentencia el 21 de febrero de 2006 por la que desestimó la demanda interpuesta por el comercializador y estimó la reconvencción de la empresa petrolífera, al considerar que aquél había incumplido grave y reiteradamente el contrato de arrendamiento de industria y abastecimiento en exclusiva. En consecuencia, se condenó al comercializador a entregar a la petrolera la posesión de la estación de servicio y a pagar la cantidad adeudada y una cantidad en concepto de daños y perjuicios.

En el caso de la sentencia 312/2011, el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó sentencia el 19 de octubre de 2005 desestimando la demanda interpuesta por el comercializador.

En ambos casos se entendía que no había habido incumplimiento de las normas de competencia por parte de las operadoras petroleras que conllevara

la nulidad de los contratos: ni se había probado la fijación de los precios de reventa, ni la duración del pacto de exclusiva hacía que los contratos fueran nulos.

En el caso de la sentencia 310/2011, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, mediante sentencia de 7 de marzo de 2006, estimó parcialmente la demanda interpuesta por el comercializador, declarando únicamente la nulidad del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento y acordando la restitución por parte del comercializador de la posesión de las instalaciones a la empresa petrolera. Se entendía que el pacto de exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento era nulo en la medida en que la cuota de mercado del operador petrolífero, superior al 30%, le dejaba fuera de la cobertura proporcionada por el Reglamento 2790/99, lo que hizo que se determinara la nulidad de ese contrato pero no la del contrato de constitución del derecho de superficie, que según el Juzgado podía pervivir independientemente del aquél.

En el caso de la sentencia 311/2011, el Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid dictó sentencia de 26 de enero de 2006 estimando íntegramente la demanda de la comercializadora, declarando nulos los contratos de constitución de derecho de superficie y de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, y desestimando a su vez las pretensiones reconventionales del operador petrolífero. Se entendía en este caso que existía una fijación vertical de precios por parte del proveedor, y ello a pesar de que el demandante únicamente había instado la nulidad de los contratos sobre la base de que la duración del pacto de exclusiva superaba la permitida legalmente.

3. Soluciones dadas en apelación

En cuanto a la sentencia 308/2011, el comercializador recurrió en apelación contra la sentencia de Primera Instancia y la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 28 de marzo de 2007, por la que se desestimó el recurso en los mismos términos que lo hizo la sentencia de Primera Instancia.

En el caso de la sentencia 312/2011, el comercializador recurrió en apelación contra la sentencia de Primera instancia y la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 6 de febrero de 2007, por la que estimó parcialmente el recurso únicamente en lo relativo a las costas inicialmente impuestas a la actora al considerar que la cuestión planteada suscitaba serias dudas de derecho, pero desestimó el recurso en todo lo demás en el entendido de que no se había probado la fijación de los precios de reventa y de que el pacto de exclusividad se beneficiaba de la exención contenida en el Reglamento 1984/83, sin que las modificaciones introducidas por el Reglamento 2790/99 provocaran la nulidad de los contratos.

En el caso de la sentencia 310/2011, la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 7 de mayo, por la que desestimó el recurso interpuesto por la comercializadora y estimó el de la empresa petrolera. En particular, la Audiencia Provincial entendía que los contratos eran válidos por razón de su duración y que no había fijación de precios de reventa puesto que el comercializador podía realizar descuentos con cargo a su comisión. Además, se apreció mala fe del comercializador al haberse opuesto a la adaptación del contrato de arrendamiento al Reglamento 2790/99 propuesta por la petrolera.

En el caso de la sentencia 311/2011, la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 8 de marzo de 2007, por la que se desestimó totalmente el recurso de la comercializadora y se estimó parcialmente el recurso de la empresa petrolera, declarando incumplido por el comercializador el contrato de arrendamiento de industria y abastecimiento y declarando en consecuencia resuelto dicho contrato. La Audiencia Provincial entendía que la fijación de precios no había sido alegada en la demanda como fundamento de la pretensión de nulidad ejercitada y que tampoco resultaba del contrato objeto de enjuiciamiento. En consecuencia, se acordó el desahucio del comercializador y la entrega de la posesión de la estación de servicio a la petrolera hasta el fin del derecho de superficie, y se le condenó al pago de la cantidad que adeudaba más intereses.

4. Los motivos de casación alegados

Los motivos de los cuatro recursos de casación se basaban, a los efectos de lo que aquí interesa, en la infracción del art. 81.1 TCE, por sí mismo o en relación con otros artículos del Código Civil, del Reglamento 1/2003, del Reglamento 1984/83, del Reglamento 2790/99, de la Directiva 86/653 o de la Ley del Contrato de Agencia.

El artículo 81.1 TCE (actual 101.1 TFUE) dispone que “*[s]erán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común*”.

No obstante, el artículo 81.3 TCE (artículo 101.3 TFUE) establece una exención para aquéllos acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios la participación equitativa en el beneficio resultante, siempre que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y que no otorguen a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia res-

pecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate. Tal excepción se articula a través de los reglamentos de exención por categorías promulgados por las instituciones europeas.

Los Reglamentos de exención que estaban en vigor cuando se iniciaron y desarrollaron las relaciones de los operadores petroleros y los comercializadores en cuestión son el Reglamento 1984/1983 de la Comisión de 22 de junio de 1983, relativo a determinados acuerdos de compra en exclusiva; y el Reglamento de 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado tercero del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (hoy sustituido por el Reglamento 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010), que requiere que para beneficiarse de la exención la cuota de mercado del vendedor y del comprador sea inferior al 30%.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Naturaleza de la relación contractual compleja*

En los cuatro casos aquí analizados los comercializadores solicitan la nulidad de los contratos contraídos con los operadores petrolíferos sobre la base de la aplicación del Derecho europeo de Competencia. En consecuencia, en todos ellos se plantea la necesidad de determinar si, con carácter preliminar, los contratos entre ambas partes, generalmente de comisión o agencia, están o no sujetos a ese ordenamiento jurídico.

A tal efecto, el punto de partida será la distinción existente entre agente “genuino” (al que no es aplicable el artículo 81 TCE), y agente “no genuino” (que está sujeto a las prohibiciones –restricciones verticales– de dicho artículo y a las exenciones reglamentarias; *vid.* Comunicación de 13 de octubre de 2000, sobre Directrices relativas a las restricciones verticales, párrafos 12 a 20, que vino a recoger la doctrina elaborada en el ámbito del Derecho de la Competencia europeo en cuanto a la distinción entre agentes genuinos y no genuinos, hoy sustituida por la Comunicación publicada el 19 de mayo de 2010 sobre Directrices relativas a las restricciones verticales, párrafos 12 a 21), distinción plenamente consolidada en Derecho de la Competencia (sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 15 de enero, 5 de mayo y 3 de septiembre de 2010 y de 8 de febrero de 2011).

La razón de la inaplicación del artículo 81.1 TCE a los “auténticos” contratos de agencia estriba en que tal artículo no se aplica a los comportamientos unilaterales de una empresa puesto que, como resulta de su propio texto, es necesario que nos encontremos ante un acuerdo entre empresas. Si el contrato que une a las partes es de agencia puro, puede entenderse

que no existe tal acuerdo, sino que el agente actúa integrado en la empresa comitente.

En el ámbito específico de distribución de carburantes, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy TJUE) de 14 de diciembre de 2006 (C-217/05) y de 11 de septiembre de 2008 (C-279/06), que resuelven las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial al respecto, precisaron que el elemento decisivo para determinar si el titular de la estación de servicio es un operador económico independiente –y si resulta, por tanto, aplicable la prohibición del artículo 81.1 TCE– reside en el contrato con el operador petrolífero y, más en concreto, en las cláusulas de ese contrato relativas a la asunción de riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros.

A estos efectos, el Tribunal de Justicia precisó los criterios que permiten al juez nacional apreciar, a la luz de las circunstancias fácticas del asunto de que conoce, la distribución efectiva de los riesgos financieros y comerciales entre los titulares de estaciones de servicio y el suministrador de carburantes:

- de una parte, por lo que se refiere a los riesgos relacionados con la venta de los productos, se presume que el titular de la estación de servicio asume estos riesgos 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.
- de otra, y en lo que atañe a los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, en concreto, las que son necesarias para que el titular de una estación de servicio pueda negociar o celebrar contratos con terceros, es preciso comprobar si este último realiza inversiones en locales o equipos, tales como un depósito de carburante, o en acciones de promoción. En caso afirmativo, dichos riesgos se trasladan al titular.

En todo caso, el Tribunal de Justicia subrayó que el hecho de que el titular soporte únicamente una parte insignificante de los riesgos no puede entrañar que el artículo 81 TCE sea aplicable, pues dicho titular no se convierte en un operador económico independiente en la venta de carburantes a terceros. En tal caso, las relaciones entre el titular y el suministrador son idénticas a las que existen entre un agente y su comitente.

Descendiendo a los asuntos que nos ocupan, obviamente, la cuestión sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre el operador petrolífero y el comercializador fue planteada y debatida ante los tribunales de primera instancia y apelación, que consideraron que se trataba de contratos de agencia “no genuinos” y no, como pretendían los comercializadores, de distribución. En dos de ellos (sentencias 308/2011 y 310/2011), además, los comercializadores llevaron esta discusión a la sede casacional. No obstante, en ambos casos, el motivo se desestimó por falta de consistencia. Ciertamente, si la sentencia de apelación ya había calificado la relación como de agencia no genuina, se reconocía por tanto que la relación contractual estaba sometida al Derecho europeo de la Competencia, que era lo que interesaba a la demandante.

Pero debe tenerse en cuenta que únicamente estarían excluidas del ámbito de aplicación del artículo 81 TCE las obligaciones interpuestas al intermediario en el marco de la venta de productos a terceros por cuenta del comitente (incluyendo la fijación de precios de reventa), pero no las disposiciones relativas a las cláusulas de exclusividad y de no competencia, respecto de las que se considera que los agentes son, en principio, operadores económicos independientes (sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006 y 11 de septiembre de 2008, antes citadas).

Por tanto, como razona acertadamente el Tribunal Supremo en la sentencia 312/2011, resulta irrelevante la distinción entre agente “genuino” y “no genuino” cuando la demanda inicial no plantea la fijación de precios de reventa como causa de nulidad, o cuando la pretensión de nulidad de los contratos se basa en que los mismos establecen un pacto de suministro en exclusiva de duración superior a la permitida.

Por lo demás, cabe notar que la consideración de los contratos de comisión o agencia entre titulares de estaciones de servicio y operadores petrolíferos como contratos de agencia “no genuinos” a los efectos de la aplicación del Derecho europeo de la Competencia es, en líneas generales, el criterio adoptado por los órganos jurisdiccionales en relación con este tipo de acuerdos. Como señala Díaz Estella, entre las Sentencias dictadas en el periodo 1999-2009, no existe una sola en la que el órgano que enjuicia este tipo de asuntos manifieste que se está ante un contrato de reventa o venta en firme, si bien en la mayoría de los casos se consideró que se trataba de contratos de agencia no genuinos.

5.2. Fijación del precio de reventa

Ninguna de las sentencias aquí comentadas declara que se haya producido una fijación de los precios de reventa que dé lugar a la nulidad de los contratos.

Con carácter preliminar, conviene tener presente que la determinación de si alguna de las cláusulas del contrato fija los precios a la estación de servicio es una cuestión de hecho que sólo puede ser conocida por el Tribunal Supremo si se plantea como un error patente o error en la valoración o interpretación de la prueba (sentencia del TS de 23 de diciembre de 2009). Como recuerda el Tribunal Supremo en una de las sentencias aquí analizadas (sentencia 312/2011), la casación no abre una nueva instancia en la que se pueda variar el supuesto de hecho litigioso reconstruido en las resoluciones recurridas.

Por ello, en tres de los cuatro casos analizados (sentencias 308/2011, 310/2011 y 312/2011), el Tribunal Supremo desestimó el motivo basado en la infracción del artículo 81.1 TCE por imposición de los precios de reventa, al considerar que se incurría en el vicio casacional de la petición de principio. En efecto, el Tribunal Supremo entendió que los apelantes hacían supuesto de la cuestión, puesto que el único fundamento del motivo invocado era la afirmación de que había habido imposición de los precios de reventa, cuando las sentencias recurridas declaraban que el contrato no contenía ninguna cláusula que impusiera el precio de venta al público ni en el desarrollo de la relación se había impedido en ningún momento al agente repartir su comisión. Por lo que respecta al cuarto caso aquí analizado (sentencia 311/2011), el motivo también fue rechazado, en la medida en que la fijación de los precios de reventa ni siquiera se había planteado en la demanda inicial del comercializador.

En todo caso, a los efectos del presente comentario, resulta pertinente exponer brevemente la evolución de la normativa, doctrina y jurisprudencia respecto de la nulidad de los contratos de distribución (o de agencia no genuina) por fijación de los precios de reventa.

El considerando octavo del Reglamento 1984/83 expresaba que “[...] *las disposiciones restrictivas de la competencia y, en particular, las que limiten la libertad del revendedor de fijar los precios o las condiciones de reventa o de elegir a sus clientes, no pueden quedar eximidas con arreglo al presente Reglamento*”.

En interpretación de dicho Reglamento y, en particular, las normas de su título III –relativo a las disposiciones aplicables a los acuerdos de estaciones de servicio–, el Tribunal de Justicia precisó, en su sentencia de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05) que “*los artículos 10 a 13 del Reglamento (CEE) 1984/83 de la Comisión [...] deben interpretarse en el sentido de que tal contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador*”.

Tiempo después, en su sentencia de 11 de septiembre de 2008 (asunto C-279/06), el mismo Tribunal razonó que “*el artículo 11 del Reglamento 1984/83 enumeraba, de manera exhaustiva, las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, podían imponerse al revendedor, entre las que no figuraba la fijación del precio de venta al público*”, dejando claro que las demás disposiciones restrictivas

de la competencia y, en particular, las que limitaban la libertad del revendedor de fijar los precios, no podían quedar eximidas con arreglo al Reglamento 1984/83.

En consecuencia, se entendía que la fijación del precio de venta al público de los productos petrolíferos constituía una restricción de la competencia no cubierta por la exención prevista en el artículo 10 del Reglamento 1984/83, que debía determinar la nulidad de los contratos.

No obstante, con la entrada del Reglamento 2790/99, se introdujo la posibilidad (ya reconocida por la doctrina) de que los proveedores impusieran precios de venta máximos o recomendados, siempre que ello no equivaliera a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes (artículo 4.a)], como pueden ser la fijación del margen al titular de la estación de servicio, amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones o incentivos.

Compete por tanto al órgano jurisdiccional ante el que se inste la nulidad del contrato comprobar que la fijación de un precio máximo o recomendado no es, en realidad, un precio de venta fijo o mínimo, para lo cual habrá que tener en cuenta el conjunto de las obligaciones contractuales, así como el comportamiento de las partes en el asunto principal. En particular, se deberá verificar que el comercializador puede en realidad disminuir los precios máximos o apartarse de los precios recomendados, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes en el litigio principal (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de abril de 2009).

Sobre la base de lo anterior, ya en sede nacional, el Tribunal Supremo ha entendido que no cabe hablar de precio de venta fijo cuando se autoriza a hacer descuentos a los clientes a cargo de las comisiones, siempre que los márgenes comerciales permitan una posibilidad real de hacer descuentos, porque en otro caso, podría haber una restricción indirecta (SS. 15 de enero y 24 de marzo de 2010 y 8 de febrero de 2011).

Por otra parte, de acuerdo con el Reglamento 2790/99, en el caso de fijación de precios máximos o recomendados, el operador petrolífero no se beneficia de la exención si su cuota en el mercado es superior al 30%. Ello no implica que el contrato quede automáticamente incurso en la prohibición del artículo 81.1 TCE, sino que deberá hacerse una evaluación individual del acuerdo para determinar si del mismo podrían derivarse efectos restrictivos de la competencia.

Volviendo a las sentencias que nos ocupan, y como se ha avanzado, en los cuatro casos analizados el Tribunal Supremo desestimó el motivo basado en la infracción del artículo 81.1 TCE por fijación de los precios de reventa al considerar que, según lo declarado en las instancias anteriores, no se había acreditado la fijación de precios mínimos o fijos.

No obstante, sí que se había acreditado la imposición de precios máximos, y en dos de los casos (sentencias 310/2011 y 311/2011), también se había probado que la cuota de mercado de la petrolera era superior al 30%. En particular, se trataba de una petrolera que había sometido su sistema de distribución a evaluación por parte de la Comisión Europea y en el marco de ese proceso se había comprometido a adoptar una serie de medidas para evitar los efectos de bloqueo detectados por la Comisión (Decisión de la Comisión Europea COMP/B-1/38.348 – *Repsol C.P.P.*). Por tanto, en ese contexto, el establecimiento de precios máximos no quedaba amparado por la exención del Reglamento 2790/99.

No obstante, el Tribunal Supremo no entró a valorar si, en el caso concreto, esa fijación de precios resultaba contraria al Derecho de la Competencia, al entender que dicha cuestión escapaba del recurso civil, limitado a determinar la conformidad o disconformidad de la relación jurídica enjuiciada (y no la de la actividad empresarial global de Repsol) con el Derecho europeo de Competencia.

A estos efectos, el Tribunal Supremo recuerda que el Reglamento nº 1/2003 no impide que los Estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos distintos de la competencia, como pueden ser los de que los contratos se cumplan (artículo 1258 CC) y que no se dejen al arbitrio de una de las partes (1256 CC).

Por lo demás, cabe tener en cuenta que ninguna de las comercializadoras había aportado argumentos que contribuyeran a determinar que la fijación de precios máximos por parte de Repsol desplegara efectos restrictivos para la competencia; cuestión que, por otra parte, tampoco había concluido la Comisión Europea tras su revisión del sistema de distribución de Repsol.

5.3. *Pactos de exclusiva de suministro: invalidez sobrevinida por modificación legal*

En todos los casos aquí analizados, las recurrentes alegaron que los pactos de exclusiva de duración superior a la permitida no podían beneficiarse de la exención contenida en los Reglamentos 1984/83 y 2790/99 para este tipo de acuerdos. Como veremos a continuación, el planteamiento es acertado respecto del Reglamento 2790/99, pero no respecto del Reglamento anterior.

En efecto, el Reglamento 1984/83 establecía que “*no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1*”, que sancionaba la inaplicación de la exención cuando el acuerdo se celebrase “*por una duración indeterminada o por más de diez años*”, si el mismo se refería “*a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia*”

contempladas en el presente título, durante todo el periodo durante el cual explote efectivamente la estación de servicio”.

En línea con lo anterior, el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia antes citada de 2 de abril de 2009 (C-260/07), que *“el artículo 12, apartado 2, del Reglamento CEE 1984/83 [...] no exigía que el proveedor fuera propietario del terreno sobre el que hubiera construido la estación de servicio arrendadas al revendedor”.*

En consecuencia, en todos los casos aquí analizados, la relación contractual que incluía el pacto de suministro en exclusiva por un periodo superior a los 10 años era válida en su origen en atención al derecho de superficie constituido en favor del operador petrolífero que arrendaba los terrenos al comercializador.

No obstante, el Reglamento 2790/99 endureció el tratamiento de las cláusulas de exclusiva tanto en lo referente al máximo de su duración (5 años) como al ámbito de régimen excepcional, al disponer en su artículo 5 que *“la exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contractuales contenidas en los acuerdos verticales: a) a cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un periodo de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de los cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del periodo de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador”.*

Por tanto, al exigir el nuevo régimen que el arrendador no solo fuera el propietario de la estación de servicio sino también del terreno (sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009 y TS de 28 de febrero de 2011), la duración de los pactos de exclusiva incluidos en los contratos litigiosos aquí analizados no se ajusta, de forma sobrevenida, a las exigencias del Reglamento 2790/99.

En las sentencias que dan lugar a este comentario, el Tribunal Supremo aboga por la nulidad parcial del acuerdo en lo referente al pacto de exclusiva, lo que resulta coherente con lo dispuesto por el Reglamento 2790/99 que establece que la restricción de la competencia que provoca una cláusula de no competencia (pacto de suministro exclusivo) provoca la nulidad de la cláusula por imposibilidad de aplicar la exención, pero no la nulidad del contrato en su integridad si el resto del contrato es separable de la cláusula no amparada por la exención (*vid.* párrafos 57, 66 y 67 de las Directrices relativas a las restricciones verticales contenidas en la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, antes citada).

El Tribunal Supremo recuerda que si el contrato era válido bajo la normativa al amparo de la cual fue estipulado, no puede devenir luego nulo en su

integridad por la modificación normativa posterior (Reglamento 2790/99). Y añade que de acuerdo con el régimen transitorio del Reglamento, la relación jurídica sería válida hasta el 31 de diciembre de 2006, resultado de adicionar al 31 de diciembre de 2001 los cinco años de duración máxima permitida. Téngase en cuenta que el artículo 12.2 del Reglamento 2790/99 establecía que la prohibición del artículo 81.1 TCE no era aplicable durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001.

Más aún, en la sentencia 311/2011, el Tribunal Supremo plantea (aunque no resuelve) la procedencia de la finalización total de la relación jurídica. Como explica Vaquero Pinto, *“Por las razones ya apuntadas (el entramado financiero), la relación carece de sentido sin dicha cláusula, pues el precio de los productos objeto de la exclusiva, referidos a la duración inicialmente convenida, forman parte de la retribución del financiador (abastecedor); y sería obra de auténtica ingeniería cualquier planteamiento de restitución parcial para la recomposición del equilibrio contractual (art. 1303 CC)”*.

En cualquier caso, cabe señalar que en ninguna de las cuatro sentencias aquí comentadas el Tribunal Supremo declara la nulidad parcial del pacto de suministro en exclusiva:

- en las sentencias 308/2011 y 311/2011, puesto que el comercializador había incumplido sus obligaciones contractuales cuando los contratos eran aún lícitos y, en consecuencia, lo que procedía era su resolución;
- en la sentencia 312/2011, porque el plazo máximo (de cinco años) tolerado por el Reglamento no había vencido cuando la demanda fue interpuesta; y
- en la sentencia 310/2011, porque en el marco de los compromisos ofrecidos por Repsol a la Comisión Europea (*vid. supra*), se encontraba el de adaptar automáticamente el contrato a cualquier modificación de las disposiciones imperativas emanadas de las instituciones europeas, y la demandante había interesado la nulidad jurídica sólo después de que Repsol le demandara por incumplimiento del contrato ante la jurisdicción civil.

5.4. Conclusión

Las decisiones del Tribunal Supremo analizadas son plenamente conformes con la jurisprudencia europea.

De una parte, entienden que la fijación por parte de la petrolera de precios mínimos o fijos está prohibida por el artículo 81.1 TCE (hoy 101 TFUE) y que el establecimiento de precios máximos o recomendados está exento de prohibición si el proveedor tiene una cuota inferior al 30%; ello siempre y cuando el titular de la estación de servicio asuma riesgos comerciales y financieros significativos.

De otra, confirman que de conformidad con el régimen del Reglamento 2790/99, los pactos de suministro en exclusiva de duración superior a los cinco años sólo estarán permitidos si la petrolera es propietaria de la estación de servicio y de los terrenos en los que esté construida.

A este último respecto, el Tribunal Supremo considera que a raíz de la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, para los supuestos –tan extendidos en nuestro país– en los que la operadora petrolífera es sólo titular de un derecho de superficie y el nudo propietario coincide con la persona que gestiona la estación de servicio, las partes deberán adaptar, por vía consensuada, el contrato a la duración máxima derivada del nuevo Reglamento (5 años). En caso contrario, el pacto de suministro en exclusiva expirará a los cinco años desde la entrada en vigor de la modificación legal, garantizándose así el cumplimiento de la limitación temporal que impone el legislador comunitario de modo compatible con el respeto de la eficacia y conservación del resto de lo pactado.

No obstante, el Tribunal Supremo elude valorar la posible ilicitud del establecimiento de precios máximos al comercializador cuando la petrolera tiene una cuota de mercado superior al 30%. Y tampoco se pronuncia sobre las consecuencias que podría tener la declaración de nulidad parcial de un pacto de no competencia cuando su duración no se ajusta a las exigencias del Reglamento 2790/99, por ejemplo, si se justificaría el derecho de la petrolera a exigir una compensación según la entidad de su inversión. Habrá que esperar pues para conocer la posición de la Sala sobre estas cuestiones.

6. Bibliografía utilizada

- Martínez Rosado, «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y derecho de la competencia: ¿una problemática sin fin o el fin de una problemática?», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 5, Sección Estudios, julio-diciembre 2009, pág. 153, Editorial La Ley.
- Díez Estella, «A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes (Comentario al auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07)», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 18 de diciembre de 2009, Editorial La Ley.
- Sobrepera Millet, «La interpretación del TJCE con relación a la fijación de precios y la duración máxima de los acuerdos de compra en exclusiva en la distribución de carburantes», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 29 de enero de 2010, Editorial La Ley.
- Yanes Yanes, «Aplicación privada *antitrust*, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de ciclo?», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 9, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, Julio 2011, pag. 133, Editorial La Ley.

Vaquero Pinto, «Comentario a la Sentencia de 9 de mayo de 2011», Revista de cuadernos de Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 89/2012 parte Sentencias, Editorial Civitas, S.A., Pamplona.