

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 7 DE FEBRERO DE 2018 (67/2018)**

**Control judicial de la conformidad con el Derecho
de la competencia e ineficacia sobrevenida
de contratos de abanderamiento**

Comentario a cargo de:
CARMEN OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 2018

Roj: STS 297/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:297

ID CENDOJ: 28079119912018100004

PONENTE: EXCM. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

Asunto: Con motivo de la demanda de nulidad de un entramado contractual de abanderamiento y tras el planteamiento de una cuestión prejudicial (C-547/16), la sentencia consolida y completa la doctrina sobre el control judicial del Derecho de la competencia estableciendo que la existencia de una Decisión de compromisos relativa a acuerdos entre empresas adoptada por la Comisión Europea, no impide que los tribunales nacionales examinen la conformidad de tales acuerdos con el Derecho de la competencia de la Unión ya que tal Decisión no certifica la conformidad comunitaria de la práctica objeto de su pronunciamiento. No obstante, la Decisión constituye un indicio –o principio de prueba– que los tribunales han de tener en consideración al realizar el examen de conformidad con el Derecho de la competencia de los acuerdos entre empresas. En el caso de autos, el control

realizado por la autoridad judicial condujo a declarar la ineficacia sobrevenida del entramado contractual por incompatibilidad con el Derecho de la competencia.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia y en apelación 3. Los motivos de casación alegados. 4. Doctrina del Tribunal Supremo:** 4.1 Cambio normativo: del Reglamento 1984/83 al Reglamento 2790/99 y sus disposiciones transitorias. 4.2. Valor jurídico de una Decisión de compromisos de la Comisión: cuestión prejudicial. 4.3. Exenciones: precios máximos y duración del contrato: 4.3.1. *Precios máximos*. 4.3.2. *Duración del contrato*. 4.4. Ineficacia sobrevenida del contrato. 4.5. Consecuencias. **5. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El 15 de febrero de 1993 los demandantes suscribieron dos contratos con Repsol que constituyen, por razón de su finalidad y prestaciones, un entramado contractual unitario sobre abanderamiento. En virtud del primero, otorgaron un derecho de usufructo por un plazo de veinticinco años a favor de Repsol sobre una finca y una estación de servicio ubicada en la misma, así como sobre la concesión administrativa para su explotación (escritura de constitución de usufructo). En virtud del segundo, Repsol arrendó a uno de los demandantes la finca y la estación de servicios por el mismo plazo y renta de 10.000 pesetas mensuales (contrato de cesión de explotación, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento). El 12 de noviembre de 1994, los demandantes constituyeron, junto a sus hijos, una sociedad que, con el consentimiento de Repsol, se subrogó en dichos contratos.

El contrato de arrendamiento imponía al arrendatario el suministro exclusivo por parte de Repsol hasta su terminación. Como suministrador, Repsol, comunicaba periódicamente los precios máximos de venta al público permitiendo que el arrendador realizara descuentos con cargo a su propia comisión.

El 17 de abril de 2008, los demandantes/arrendatarios instaron la nulidad radical de la relación contractual con Repsol por considerarla contraria al Derecho de la competencia de la Unión Europea (UE) al establecer, en el marco del entramado contractual centrado en la distribución exclusiva, la fijación de los precios de venta al público de los productos suministrados y, además, tener una duración excesiva. En concreto, se aducía que estas condiciones conllevaban la infracción del artículo 81 TCE (actual 101 TFUE), sin que fuera aplicable la exención al que éste da entrada en su tercer apartado al no cumplirse las condiciones que, a estos efectos, exigían los Reglamentos 1984/83, en la fecha de la firma del contrato, y 2790/99, a partir del año 2000.

Los Reglamentos en cuestión abordan la aplicación del artículo 81.3 TCE (exenciones) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. En lo que aquí concierne, ambos establecen las condiciones para que determinados acuerdos restrictivos de la competencia, por lo tanto, prohibidos, se beneficien de una exención que los permita.

2. Soluciones dadas en primera instancia y en apelación

El Juzgado de lo Mercantil número 4 de los de Madrid, desestimó íntegramente la demanda el 8 de julio de 2011. El 27 de enero de 2014, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28^a) desestimó el recurso de apelación confirmando íntegramente la resolución recurrida sobre la base de cuatro fundamentos jurídicos.

En primer lugar, se esgrimió que Reglamento 2790/99 no excluye los precios de venta máximos o recomendados por el proveedor que no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo, por lo que la fijación de precios máximos de venta al público no tiene efectos apreciables sobre la competencia ya que el agente/arrendatario puede bajar el precio disminuyendo su propia comisión/beneficio. Además, en segundo lugar, se atendió a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE; C-279/2006, de 11 de septiembre de 2008, *Cepsa*, y C-2760/2004, de 2 de abril de 2009, *Pedro IV*), seguida por la del propio TS (STS de 15 de enero de 2010), que había resuelto a favor de la admisibilidad de los precios máximos en el Reglamento 1984/83, considerado aplicable atendiendo a la fecha de la celebración del contrato así como por razón de la interpretación de las disposiciones transitorias del Reglamento 2790/99 (véase el apartado 5.1. a este último efecto).

En tercer lugar, la Audiencia Provincial no halló constancia de que la sociedad demandante (Gasorba) hubiera sido perjudicada por los precios máximos. Finalmente, en cuarto lugar, no se consideró que la duración del contrato constituyera, *per se*, causa de nulidad del mismo en tanto la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 (Asunto n° COMP/B-1/38.348 - Repsol CPP) señaló la existencia de un modo de desvincularse del contrato que satisfacía las exigencias del Derecho de la competencia de la Unión (véase el apartado 5.2.).

Debe señalarse que esta Decisión, resultado de la investigación de la Comisión sobre la compatibilidad con el Derecho de la competencia de la Unión de las prácticas adoptadas en las distintas modalidades contractuales utilizadas por Repsol para asegurarse de que las empresas que explotan estaciones de servicio sólo pudieran adquirir sus propios carburantes para automóviles, recoge los compromisos que, para garantizar dicha compatibilidad, fueron adquiridos por Repsol (Decisión de compromisos). En particular, en lo que concierne a la compra exclusiva y precios máximos, la Decisión mantiene que pueden imponerse precios de venta máximos o recomendar un

precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo. En lo que concierne a la duración de los contratos, más allá de comprometerse a no celebrar nuevos acuerdos con cláusulas de no competencia cuya duración exceda de cinco años, Repsol se obligó a ofrecer a los explotadores de estaciones de servicio en las que ostentaba un derecho de usufructo, la posibilidad de rescatar el derecho (en cualquier momento desde 12 años antes de la fecha de terminación de la duración establecida o desde el día 1 de enero de 2.010, lo que antes se produjera, mediante su adquisición a un precio determinado y de acuerdo con las condiciones establecidas en la propia Decisión).

3. Los motivos de casación alegados

Dejando al margen los motivos esgrimidos para presentar recurso extraordinario por infracción procesal, que no esconden cuestiones sustantivas en el presente caso, tres fueron los motivos de casación alegados.

En primer lugar, se esgrimió la infracción del artículo 81.3 TCE (actual 101.1 TFUE), por una parte, ya que, en contra de la jurisprudencia del TS (STS 863/2009, de 15 de enero de 2010), se había estimado que la relación contractual merecía una exención a pesar de no haberse justificado el cumplimiento de todos los requisitos exigibles para ello. Paralelamente, se esgrimió la infracción del apartado 2 de este mismo artículo pues tampoco se cumplió con esta exigencia tras la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, de forma que al no declarar la nulidad del entramado contractual se vulneró la doctrina del TS relacionada con el artículo 6.3 CC (SSTS de 22 de julio de 1997 y de 18 de junio de 2002).

Como segundo motivo de casación se esgrimió la infracción del artículo 81.1 y 2 TCE (actual 101.1 y 2 TFUE) y del artículo 249 TCE (actual 288 TFUE) en relación con los artículos 1.6, 6.3 y 1809 del CC y con los artículos 2, 3, 7, 9, 10 y 16 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 (actuales 101 y 102 TFUE). Este motivo se centra en la necesidad de modificar la jurisprudencia del TS ya que se ha producido una asunción indebida de la línea interpretativa que considera que el contrato se ajustaba a las obligaciones que el Derecho de la competencia impone a Repsol como distribuidor sobre la base de la Decisión de 12 de abril de 2006, lo que no es compatible con la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Bright Service* (Auto del TJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C-142/13).

Finalmente, el tercer motivo de casación se apoyó en la infracción del artículo 394 de la LEC. El TS resolvió estimar los dos primeros tras analizarlos conjuntamente y, en esa tesitura, procedió a anular la sentencia sin examinar el tercer motivo (FJ 7, apartado 6).

4. Doctrina del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del TS ha experimentado una evolución al hilo de los cambios normativos en el Derecho de la competencia de la UE, en particular, el paso del Reglamento 1984/83 al Reglamento 2790/99, su sucesor, relativos a la aplicación del artículo 81.3 TCE (actual 101.3 TFUE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Asimismo, las cuestiones interpretativas resueltas por el TJUE han marcado los pasos de esta evolución. En los apartados que siguen se da cuenta de la misma atendiendo a los aspectos fundamentales abordados en esta sentencia, que han sido igualmente recogidos en otras posteriores (SSTS de 8 de marzo y de 20 de septiembre de 2018).

4.1. *Cambio normativo: del Reglamento 1984/83 al Reglamento 2790/99 y sus disposiciones transitorias*

El TS venía entendiendo que la entrada en vigor del Reglamento 2790/99 el 1 de enero de 2000, no sólo mantenía la prórroga de las exenciones previstas por el Reglamento anterior hasta el 31 de diciembre de 2001 respecto de los acuerdos que estuvieran en vigor el 31 de mayo de 2000 (art. 12.2), sino que, además, permitía sumar a este período transitorio otro período de duración equivalente al máximo durante el cual un contrato con una cláusula de no competencia pudiera estar exenta conforme al nuevo Reglamento (STS 991/2014 de 12 de enero de 2015). En esta línea, la AP consideró que, dado que durante el período transitorio Repsol, que contaba con una cuota de mercado superior al 30%, solicitó una declaración negativa de exención individual (conforme al Reglamento 17/1962) y que, conforme a lo establecido en la Decisión sobre compromisos de la Comisión, se había ofrecido a los arrendatarios la posibilidad de desvincularse del contrato, la relación contractual entre las partes quedó ajustada al nuevo marco jurídico.

Sin embargo, tras el Auto del TJUE de 27 de marzo de 2014 (asunto C-142/13, *Bright Service*), el TS comenzó a adoptar una solución distinta (STS 763/2014, de 12 de enero de 2015, seguida después en la STS 162/2015, de 31 de marzo). En el asunto *Bright Service* el TJUE estableció que, cuando un acuerdo cumple con los requisitos de exención previstos por el Reglamento 1984/83 pero no con los establecidos por el Reglamento 2790/99, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE a partir del 31 de diciembre de 2001, fecha en la que concluye el período transitorio fijado por el artículo 12.2 de dicho Reglamento para los acuerdos vigentes el 31 de mayo de 2001. De ahí que el TS dejara de sumar a este plazo, como venía haciendo, otro período de duración equivalente durante el que un contrato con cláusula de no competencia puede estar exento conforme al nuevo Reglamento, para declarar la ineficacia sobrevenida de los contratos que no cumplieran con este último a partir del 1 de enero de 2002.

4.2. *Valor jurídico de una Decisión de compromisos de la Comisión: cuestión prejudicial*

El compromiso de exclusividad incluido en estos contratos de abanderamiento venía considerándose como ajustado al Derecho de la competencia de la UE en virtud de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006, que era interpretada como reconocedora de la exención (SSTS 311/2011 de 9 de mayo, 310/2011, de 11 de mayo, 709/2012, de 30 de noviembre y 789/2012, de 4 de enero de 2013). No obstante, las dudas sobre el alcance del valor jurídico de la Decisión llevaron al TS a formular una cuestión prejudicial (art. 367 TFUE) sobre la interpretación del artículo 16 del Reglamento 1/2003. En síntesis, se trataba de identificar claramente qué valor jurídico tiene la Decisión de la Comisión para poder establecer si amparaba o no la excepción, con los consiguientes efectos sobre el contrato.

La cuestión prejudicial (asunto C-547/16, *Gasorba*) fue resuelta por la STJUE de 23 de noviembre de 2017 en el sentido de que las Decisiones de compromisos de la Comisión los convierten en obligatorios, pero no certifican la conformidad de las prácticas objeto de pronunciamiento con las normas del Derecho de la competencia de la UE. De ahí que, “*una decisión de compromisos relativa a determinados acuerdos entre empresas y adoptada por la Comisión Europea en virtud del artículo 9, apartado 1, del referido Reglamento (1/2003) no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas en materia de competencia y declaren, en su caso, la nulidad de tales acuerdos con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 2.*”

En definitiva, las Decisiones de compromisos tienen carácter obligatorio, aunque no certifican la conformidad de la práctica que contemplan con el Derecho de la competencia de la UE ni pueden legalizar un comportamiento infractor. Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden evaluar su conformidad con el mismo. No obstante, el TJUE señala que los tribunales nacionales “*no pueden ignorar este tipo de decisiones*” puesto que tienen carácter decisorio y porque, tanto el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE) como el objetivo de aplicación eficaz y uniforme del Derecho de la competencia de la UE, “*obligan al juez nacional a tener en cuenta el análisis preliminar de la Comisión y a considerarlo in indicio –o, incluso, un principio de prueba– del carácter contrario a la competencia del acuerdo en cuestión*” a la luz del artículo 101.1 TUE.

4.3. *Exenciones: Precios máximos y duración del contrato*

4.3.1. Precios máximos

En un primer momento, el TS mantuvo un criterio muy estricto (STS 1066/2008, de 20 de noviembre y 249/2009 de 15 de abril). Tras las sentencias del TJUE en los asuntos *Cepsa* y *Pedro IV* esta posición se matizó siguiendo la

pauta marcada por el Tribunal comunitario (STS 863/2009, de 15 de enero de 2010), de forma que la imposición de precios de venta máximos se entendía acogida en la exención por categorías del Reglamento 1894/83 siempre y cuando el vendedor tuviera la posibilidad real de determinar el precio final de venta al público. Así, los tribunales nacionales “*tienen la facultad de verificar, teniendo en cuenta el conjunto de las obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico así como el comportamiento de las partes en el litigio, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo*”, para lo que “*debe examinar si el revendedor tiene la posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado*” comprobando que “*no se impone de modos subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos*” (STS 214/2012 de 16 de abril, 447/2012 de 10 de julio, 441/2012 de 20 de julio y 610/2012, de 24 de octubre).

Sobre esta base, “*si el contrato permite hacer descuentos en el precio de venta al público, la prueba de su imposibilidad real incumbe a la parte litigante que pide la nulidad, normalmente mediante prueba pericial*” y, en consecuencia, como ya se había establecido en sentencias anteriores (entre otras, SSTS 61/2011 de 28 de febrero y 236/2012 de 10 de abril), “*por regla general habrá de respetarse el juicio probatorio del tribunal de instancia sobre este punto*” (SSTS 789/2012 de 4 de enero y 713/2014 y 764/2014, que se remiten expresamente al asunto *Pedro IV*). Esto vuelve a reiterarse en la Sentencia 669/2015 de 17 de diciembre.

En este marco, en lo que al caso concreto concierne, el argumento hubo de ser desestimado puesto que, además de no haber sido esgrimido en primera instancia y no poder ser presentado *ex novo* en apelación, en ningún momento se alegó la imposibilidad, por razones económicas, de aplicar descuentos a los consumidores finales en el marco del contrato. La jurisprudencia considera insuficiente el argumento del IVA cuando no consta, como es el caso, que falten remedios correctores permitidos por las autoridades tributarias (SSTS de 28 de septiembre, en rec.600/2008, y 13 de junio de 2011, en rec. 2202/07, entre otras).

4.3.2. Duración del contrato

La compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho de la competencia de la duración del pacto de exclusiva viene de la mano del régimen transitorio del Reglamento 1984/83 al 2790/1999 que, como se ha señalado (apartado 5.1.) el TS clarificó modificando el criterio jurisprudencial en su sentencia 764/2014, de 12 de enero de 2015, a raíz del asunto *Bright Service*. En este sentido ha de tenerse en cuenta que, mientras el reglamento 1984/83 daba cabida a cláusulas de exclusiva de larga duración, el Reglamento 2790/99 excluye de la excepción a aquellas que exceden de cinco años (art. 5). Así, el hecho de que la duración del contrato no pueda beneficiarse de la aplicación del nue-

vo Reglamento, puesto que éste no permite excepcionar el pacto de exclusiva más allá de cinco años, “no significa que de modo retroactivo se produzca la nulidad total del contrato pese a ser válido conforme a la normativa vigente en el momento en el que se concertó”. Lo que sucede es que el cambio normativo “no permite que el contrato pueda pervivir y desarrollarse en los términos en los que fue concertado”. A estos efectos, conviene recordar (apartado 5.2) que la Decisión de la Comisión carece de “*virtualidad sanadora*”.

Como consecuencia, el TS estima en parte el recurso de casación y, con él, también en parte, la demanda, declarando la nulidad sobrevenida de las relaciones jurídicas entre las partes desde el 1 de enero de 2002 por ser contraria a la competencia la excesiva duración del contrato.

4.4. *Ineficacia sobrevenida del contrato.*

Respecto de las consecuencias de la ineficacia sobrevenida del contrato, el TS tiene reconocido que, conforme a la jurisprudencia del TJUE (asunto C-279/2006, 11 de septiembre de 2008, *Cepsa*), “la nulidad del art. 81.2 TCE se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición ... o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo”, siendo, además, que el derecho interno admite la nulidad parcial (STS 763/2014, de 12 de enero de 2015, 162/2015, de 31 de marzo y 762/2015 de 30 de diciembre). Para realizar en análisis de la cuestión debe atenderse a los efectos que la supresión de la cláusula restrictiva tiene sobre el contrato y la economía del negocio.

En el presente caso, como en tantos otros de su misma especie, se trata de un entramado contractual (usufructo y contratos de cesión de explotación, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento) entre cuyos elementos existe un vínculo funcional determinado por el propósito global que se pretendía lograr con ellos, pues respondían a una misma finalidad comercial y mantenían entre sí un equilibrio de prestaciones, por lo que se consideran conexos. Así, la ineficacia sobrevenida de la duración de la exclusiva del suministro y la consecuente nulidad de la cláusula de suministro, afecta al conjunto de los contratos (unidad comercial), pues rompe el equilibrio entre ellos. Por lo demás, nada impide que pueda pedirse en pleito posterior la liquidación de la relación contractual que conformaban los contratos conexos (art. 1.306.2 CC).

4.5. *Consecuencias*

Tras el cambio normativo operado por el Reglamento 2790/1999, la prolongada duración de los contratos con cláusulas de exclusiva pasó de ser una práctica anticompetitiva autorizada conforme al Reglamento 1984/83, a considerarse una práctica prohibida si supera los cinco años. La interpretación de las disposiciones transitorias del Reglamento 2790/1999 por parte del TJUE, aclaró definitivamente que resulta aplicable desde el 1 de enero de 2002 a los contratos que, cum-

pliendo con la legalidad anterior pero no con la nueva, estuvieran en vigor el 31 de mayo de 2001. Por otra parte, tal y como ha establecido el TJUE, una Decisión de compromisos de la Comisión no sana prácticas anticompetitivas. Más allá de lo que dispongan estas Decisiones, los tribunales conservan su competencia para juzgar sobre la compatibilidad de los acuerdos concertados por las empresas con las normas de Derecho de la competencia de la UE si bien, a estos efectos, las Decisiones deben de ser tenidas en consideración como un indicio o principio de prueba. Sobre estas bases, el TS analiza la compatibilidad con el Derecho de la competencia del régimen de fijación de precios contenido en el contrato de abanderamiento por una parte y, por otra, del acuerdo relativo a la duración del mismo. Mientras el primero no contraviene el Derecho de la Unión en tanto, como establece la jurisprudencia comunitaria, se fijaban precios máximos disponiendo los distribuidores de un margen para aplicar precios de venta al público más reducidos, la duración de los contratos, a todas luces excesiva, constituye una violación del Derecho de la competencia que, en última instancia, conduce a la ineficacia sobrevenida de todo el entramado contractual ya que el mismo constituye una unidad negocial.

5. Bibliografía

- Alonso Soto, «Ineficacia sobrevenida de los contratos de abanderamiento por el cambio normativo sobre su duración», https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/10/Ineficacia-sobrevenida-de-los-contratos-de-abanderamiento_V2.pdf.
- Ortuño Baeza, «Comentarios al Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de Diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», *Noticias de la Unión Europea*, N° 204, 2002, págs. 15-44.