

Aspectos contractuales de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de combustibles

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho Civil

MARIAN GILI SALDAÑA

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

En los últimos años, la elevada litigación en torno a los contratos de distribución de combustibles ha despertado controversias jurídicas importantes. Aunque las materias relativas al Derecho de la competencia son las que han acaparado mayor espacio y atención en el debate, las cuestiones contractuales son igualmente relevantes e interfieren recíprocamente con las propiamente concurrenciales. Este trabajo analiza y sugiere el modo en que los tribunales debieran aproximarse a tres tipos de cuestiones aun relativamente abiertas en la jurisprudencia española a fin de conseguir que los resultados de aplicación de la normativa vigente sean satisfactorios tanto jurídica como económicamente: en primer lugar, cómo entender la asignación y distribución de riesgos en los contratos de distribución de carburantes; en segundo lugar, la incidencia de las cláusulas contractuales y prácticas que afectan al precio de venta final del combustible; finalmente, las consecuencias de la nulidad de dichos contratos por vulneración de la normativa de competencia así como sus efectos restitutorios y, eventualmente, indemnizatorios.

PALABRAS CLAVE

Contratos de distribución de combustibles, Derecho de la competencia, asignación y distribución contractual de riesgos, cláusulas relativas al precio final del combustible, efectos de la nulidad de los contratos.

ABSTRACT

In recent years, high litigation on oil distribution contracts has raised important legal disputes. Although matters relating to Competition Law are those that have attracted both more space and attention in the debate, contractual issues are equally important and mutually interfere with those of Competition Law. This paper analyzes and suggests how courts should approach three types of issues still unresolved in the case law of the Spanish Supreme Court so that the application of the current rules are both legally and economically satisfactory: first, how to understand the allocation and distribution of risks in oil distribution contracts; second, the importance of contractual terms and practices that affect the final price of oil; finally, the consequences of absolute nullity of such contracts for contravention of Competition Law as well as their restorative and, eventually, compensatory effects.

KEYWORDS

Oil distribution contracts, Competition Law, contractual allocation of risks, price terms, effects of contract nullity.

SUMARIO: 1. *Planteamiento y objeto de análisis.*—2. *Asignación y distribución de riesgos en los contratos de distribución de combustibles:* 2.1 *Determinación de la asignación contractual de riesgos.* 2.2 *Agencia genuina o no genuina.*—3. *Cláusulas relativas al precio de venta final del combustible.*—4. *Consecuencias de la nulidad de los contratos de distribución por vulneración del Derecho de la competencia:* 4.1 *Aplicabilidad del art. 1306.2 CC a la nulidad de los contratos de distribución de combustibles.* 4.2 *La difícil interpretación de la fórmula ser extraño a la causa torpe.* 4.3 *Alcance de la aplicación del art. 1306.2 CC a los contratos de distribución de combustibles.* 4.4 *Compatibilidad del art. 1306.2 CC con las sanciones públicas por vulneración de la normativa de competencia.* 4.5 *Problemas derivados de la aplicación del art. 1303 CC a los contratos de distribución de combustibles.*—5. *Bibliografía citada.*

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE ANÁLISIS

En los últimos años, la elevada litigación en torno a los contratos de distribución de combustibles no solo ha suscitado un alto grado de judicialización de un sector de la vida económica sino que también ha despertado controversias jurídicas importantes sobre algunas cuestiones asociadas a la misma.

Los antecedentes remotos de dicha litigación se remontan a momentos lejanos en el tiempo, concretamente a 1927 con la crea-

ción del monopolio estatal de petróleos¹, que sería atribuido el 17 de octubre de ese mismo año a «Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos S.A.» (CAMPESA). Dicho monopolio fue reorganizado en julio de 1947², reservándose al Estado la capacidad de otorgar concesiones para la práctica totalidad de las actividades de hidrocarburos y, a CAMPESA, la competencia exclusiva sobre las actividades de distribución y comercialización. En 1984 se inició la transición hacia la liberalización del sector de hidrocarburos³ a fin de cumplir los estándares del Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE), que fue firmado por España en 1985. La adaptación del monopolio de petróleos debía finalizar el 1 de enero de 1992 y exigía una regulación del acceso al comercio al por mayor y al por menor de los productos petrolíferos procedentes de la CEE⁴. Con esta finalidad se aprobaron el Estatuto regulador de la actividad de distribuidor al por mayor de productos petrolíferos importados de la CEE⁵ y el Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleo de automoción⁶, respectivamente.

Los problemas que se suscitan en la práctica versan sobre la conformidad de los contratos de distribución de combustibles celebrados en España con el Derecho europeo (y español) de la competencia y, en particular, con la prohibición de los acuerdos que restringen la competencia que establecía el art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 (en adelante, TCEE) –posteriormente, art. 81 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea⁷ (en adelante, TCE) y, en la actualidad, art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸ (en adelante, TFUE)–, y con los Reglamentos y Directivas que el Consejo había adoptado, con base en la habilitación prevista en el art. 87 TCEE, para la aplicación de los principios enumerados en los arts. 85 y 86⁹.

¹ Real Decreto-ley núm. 1142, de 28 de junio de 1927 (*Gaceta de Madrid* de 30 de junio de 1927).

² Ley de 17 de julio de 1947 (*BOE* núm. 199, de 18 de julio de 1947).

³ Ley 45/1984, de 17 de diciembre, de reordenación del sector petrolero (*BOE* núm. 302, de 18 de diciembre de 1984).

⁴ Real Decreto-ley 5/1985, de 12 de diciembre, de adaptación del monopolio de petróleos (*BOE* núm. 298, de 13 de diciembre de 1985).

⁵ Real Decreto 2401/1985, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto regulador de la actividad de distribuidor al por mayor de productos petrolíferos importados de la CEE (*BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 1985).

⁶ Real Decreto 645/1988, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleo de automoción (*BOE* núm. 152, de 25 de junio de 1988).

⁷ *DO* n.º C 325, de 24 de diciembre de 2002.

⁸ *DOUE* n.º C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

⁹ Reglamento núm. 17/62/CEE del Consejo, de 21 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (*DOCE* n.º L 13, de 21 de febrero de 1962); Reglamento núm. 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (*DO* n.º 36, de 6 de marzo de 1965); Reglamento núm. 1984/1983/CEE de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apar-

Aunque las materias relativas al Derecho de la competencia son las que han acaparado mayor espacio y atención en el debate, las cuestiones contractuales son igualmente relevantes e interfieren recíprocamente con las propiamente concurrenciales. Así, si la vulneración de la normativa de competencia tiene, lógicamente, efectos contractuales, las reglas y resultados interpretativos del ámbito contractual tienen a su vez efectos sobre la aplicación del Derecho de la competencia.

Este trabajo analiza y sugiere el modo en que los tribunales debieran aproximarse a tres tipos de cuestiones aún relativamente abiertas en la jurisprudencia española –cómo entender la asignación y distribución de riesgos en los contratos de distribución de carburantes, la incidencia de las cláusulas contractuales y prácticas que afectan al precio de venta final del combustible, y las consecuencias de la nulidad de dichos contratos por vulneración de la normativa de competencia así como sus efectos restitutorios y, eventualmente, indemnizatorios–, a fin de conseguir que los resultados de aplicación de la normativa vigente sean satisfactorios tanto jurídica como económicamente.

La cuestión puede parecer un tanto abstrusa y acaso desconectada de los problemas centrales del Derecho privado patrimonial. Esta primera impresión no es cierta, sin embargo. Creemos que el análisis de las cuestiones abiertas en esta nutrida jurisprudencia en materia de contratos de distribución de combustibles ofrece ángulos de apreciable interés desde una perspectiva general. En varios sentidos, además, que afectan, entendemos, de modo relevante al papel actual del Derecho privado en una economía desarrollada.

En primer lugar, porque nos encontramos con una muestra muy destacada de cláusulas y prácticas contractuales en un sector muy definido y acotado de la actividad económica, que permite una consideración en profundidad de las razones y consecuencias económicas de distintos modos jurídicos de acercarse y entender

tado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (en adelante, Reglamento 1984/83/CEE; *DO* n.º L 281, de 13 de octubre de 1983); Reglamento núm. 123/85/CEE de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles (*DO* n.º L 15, de 18 de enero de 1985); y Reglamento núm. 2790/99/CE 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 (en adelante, Reglamento 2790/99/CE; *DO* n.º L 336, de 29 de diciembre de 1999), que fue sustituido por el Reglamento (UE) núm. 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 (*DOUE* n.º L 102/1, de 23 de abril de 2010).

los contratos. En otras palabras, se ofrece al privatista un espacio de estudio rico y bien delimitado para contrastar las herramientas de entendimiento jurídico del contrato y su virtualidad en un sector económico. En segundo lugar, porque nos hallamos ante un escenario en el cual el Derecho privado aparece en una función instrumental en relación con la aplicación de normas de Derecho público que son las que explican el conflicto contractual. De algún modo aparecen los efectos de Derecho privado *al servicio* de los objetivos de un cierto grupo de normas de Derecho público ordenador de la vida económica, en este caso las de competencia. Esta interacción, nos parece, resulta especialmente interesante y reveladora de las posibilidades *instrumentales* del Derecho privado para la plena efectividad de objetivos de política jurídica general. Por último, nos hallamos ante un campo de pruebas especialmente complejo en relación con un grupo variado de normas contractuales que no han recibido excesiva atención teórica, las que se refieren a las consecuencias de la ineficacia contractual, en especial cuando éstas han de ligarse al fundamento último que explica la ineficacia.

En este trabajo, no obstante, no nos ocuparemos de varias cuestiones, relevantes incluso, en conexión con los casos que sirven de origen a este estudio, pero que se pueden sustancialmente dar ya por resueltas y asentadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo o, simplemente, desbordan el alcance prioritario del objeto de análisis. Así, por ejemplo, queremos dejar fuera del ámbito de este trabajo, en primer lugar, la doctrina jurisprudencial que sostiene la nulidad total del contrato –y no la simple nulidad parcial acompañada de integración parcial y jurisprudencial de las cláusulas nulas– cuando las cláusulas que afectan a la duración temporal del pacto de exclusiva y al margen de libertad del concesionario en el precio de venta final se entienden contrarias al Derecho de la competencia.

Algunos ejemplos de esta doctrina pueden verse en las SSTs, 1.^a, 2 de junio de 2000 (Ar. 5092; MP: Francisco Marín Castán) y 3 de octubre de 2007 (Ar. 2922; MP: Juan Antonio Xiol Ríos). El primer caso versaba sobre un contrato de concesión mercantil por el cual José Carlos adquiriría la explotación de una estación de servicio propiedad de «Distribuidora Industrial, S.A.» (DISA), quien además se encargaría de suministrar los carburantes y lubricantes. Sin embargo, DISA acabaría celebrando otro contrato relativo a la estación de servicio con «Prodalca España, S.A.». Juan Carlos demandó a DISA y a «Prodalca España, S.A.» por incumplimiento contractual, y solicitó que se declarara la validez y eficacia del contrato, que se declarara la nulidad de cualquier relación jurídica

entre las dos sociedades codemandadas, que se le entregara la estación de servicio y que se condenara a las demandadas al pago de una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria estimó en parte la demanda, absolvió a «Prodalca España, S.A.», declaró la validez del contrato y, tras desestimar la pretensión de cumplimiento por imposibilidad de entrega de la estación de servicio, condenó a DISA al pago de una indemnización de daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial de Las Palmas confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por Juan Carlos y estimó el de DISA. Para el Tribunal, el contrato era nulo *ex art. 6.3 CC*, pues incluía cláusulas contractuales incompatibles con las condiciones del Reglamento 1984/83/CEE, como la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y unos precios controlados por este último. La nulidad debía ser, además, total, porque «(...) las cláusulas incompatibles con el Derecho comunitario no pueden considerarse separables, ni sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas. (...) En definitiva, procede la nulidad de pleno derecho porque la supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato» (FD 7.º)¹⁰.

El segundo caso tenía por objeto un contrato de imagen, suministro, colaboración técnica y comercial entre «Cepsa Estaciones de Servicio, S.A.» y «Estación de Servicio Polígono de Baeza, S.A.». Ante la falta de pago de las facturas de suministros y el incumplimiento del pacto de exclusividad y de los precios de venta al público prefijados, «Cepsa Estaciones de Servicio, S.A.» demandó a «Estación de Servicio Polígono de Baeza, S.A.» y solicitó que se declarara el incumplimiento del contrato, la condena a su cumplimiento y, de no ser posible, su resolución. El Juzgado de Primera Instancia de Baeza desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. Para el Tribunal, el contrato era nulo, pues incluía una condición suspensiva que hacía que la duración del contrato excediera el plazo máximo de diez años previsto en el Reglamento 1984/83/CEE; además, los precios de venta al público de carburantes eran fijados por la actora, se concedían condiciones más favorables a otros suministradores y se fijaban condiciones por unidad de suministro y no de estación de servicio. Dado que dichas cláusulas contractuales afectaban al alcance temporal del pacto de exclusividad y demás condiciones del contrato restrictivas de la competencia, así como a la liber-

¹⁰ Sentencia comentada por MERCADAL VIDAL, FRANCISCO, «Derecho europeo de la competencia: contrato relativo a la explotación de una estación de servicio; nulidad de pleno derecho por violación de Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el juez español; remisión al ordenamiento», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, pp. 87-120.

tad del concesionario para la fijación de los precios, no podía aceptarse que tuvieran «(...) carácter accesorio en relación con el conjunto del contrato; antes bien, su trascendencia resulta[ba] evidente»¹¹ (FD 9.º)¹².

Nótese, sin embargo, que algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid han sostenido, con base en el principio de conservación del contrato y a fin de evitar un perjuicio importante para el proveedor que ha realizado inversiones iniciales importantes en el inmueble del distribuidor, que los casos de contravención de la normativa comunitaria por infracción de la duración máxima de la cláusula de exclusiva no deben resolverse mediante la nulidad total del contrato sino por medio de la simple reducción de la duración pactada a la máxima permitida. De acuerdo con la SAP Madrid 27 de octubre de 2006 (AC 2007\84; MP: Enrique García García), «(...) 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 2790/1999) (...). [L]a solución no vendría por la nulidad radical de toda la operación (...) sino por vía de la consensuada adaptación del contrato a la duración máxima que derivaba del nuevo Regla-

¹¹ Véase un comentario a esta sentencia en PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, «Sentencia de 3 de octubre de 2007: Nulidad de pleno derecho de contrato de abanderamiento por infracción de Reglamento comunitario», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, 2008, pp. 761-799, especialmente pp. 784-790. Para la autora, las afirmaciones del Tribunal Supremo acerca de la inseparabilidad de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario son coherentes con el resultado al que se pretende llegar si se tiene en cuenta que la finalidad perseguida por la norma que establece la prohibición –a saber, evitar que se adopten acuerdos, decisiones y prácticas contrarias a la libre competencia– se consigue mejor con la nulidad total del contrato. Ahora bien, desde el punto de vista de los resultados para el mercado, se decanta por una argumentación alternativa: «[s]i el contrato se considera[ra] ineficaz parcialmente (...), los distribuidores mayoristas estarían vinculados por un contrato que permitiría un mayor número de estaciones de servicio a disposición de los consumidores, sin que los minoristas estuvieran vinculados por el contenido contrario a la prohibición, que es en definitiva lo que se pretende con la misma (...)».

¹² En un mismo sentido, SSTS, 1.ª, 20 de noviembre de 2008 (Ar. 140; MP: Jesús Corbal Fernández), 15 de abril de 2009 (Ar. 1765; MP: Jesús Corbal Fernández), 30 de junio de 2009 (Ar. 5563; MP: Jesús Corbal Fernández), 30 de junio de 2009 (Ar. 4704; MP: Francisco Marín Castán) y 30 de julio de 2009 [Ar. 4580; MP: Jesús Corbal Fernández; comentada por PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1.306.2.º del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, 2010, pp. 1045-1072, especialmente pp. 1068-1069, para quien hubiese sido procedente la declaración de nulidad parcial del contrato que solicitaba el recurrente y no la total que declaró el Tribunal Supremo, pues «(...) un contrato de franquicia en el que el franquiciador sólo tiene la facultad de recomendar precios y de fijar precios máximos (pero no mínimos) es un contrato (...) perfectamente razonable desde el punto de vista jurídico y económico (...) y, desde luego, es un negocio con la misma causa y merecedor de la misma calificación que el original. Igualmente, (...) la supresión de la cláusula de fijación de precios mínimos, aunque hipotéticamente pudiese alterar (...) el resultado económico del contrato, (...) no [lo] convierte (...) en excesivamente oneroso para una de las partes. En cuanto a (...) si pueden existir dudas acerca de la regulación que hubiesen querido las partes tras la eliminación de la facultad de fijar precios mínimos (...), resulta evidente que su deseo hubiese sido la situación más cercana posible a la pactada, dentro de la legalidad concurrencial, esto es, la conservación para el franquiciador del poder de recomendar precios y de fijar precios máximos para algunos artículos»].

mento (cinco años) o en su defecto, si no se aprovechase el plazo para ello previsto (disposición transitoria del nuevo Reglamento), por considerar que la duración de la cláusula de exclusiva de suministro quedaría limitada al máximo establecido en la nueva regulación, lo que supondría que expiraría a los cinco años desde la entrada en vigor de la modificación legal (...)» (FD 8.º)¹³.

Tampoco pretendemos ocuparnos, en segundo lugar, de la doctrina jurisprudencial que, en este ámbito de los contratos de distribución de combustibles, tan solo permite, al amparo del art. 6.3 CC, solicitar judicialmente la nulidad del contrato, pero no la modificación del régimen contractual pactado, cuando unas determinadas cláusulas contractuales contravienen el Derecho de la competencia.

Son ilustrativas, en este sentido, las SSTs, 1.ª, 23 de junio de 2009 (Ar. 4231; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 29 de junio de 2009 (Ar. 4242; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel¹⁴), 24 de febrero de 2010 (RJ 2010\1404; MP: Francisco Marín Castán), 22 de marzo de 2010 (Ar. 3917; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 6 de septiembre de 2010 (Ar. 6954; MP: Francisco Marín Castán), 28 de septiembre de 2010 (Ar. 7142; MP: Francisco Marín Castán), 18 de febrero de 2011 (Ar. 2360; MP: Francisco Marín Castán) y 31 de marzo de 2011 (Ar. 3437; MP: Francisco Marín Castán). Los hechos que se planteaban en todas ellas eran los siguientes: la sociedad demandante, arrendataria de una estación de servicio propiedad de la sociedad demandada, quien a su vez la abastecía de productos petrolíferos de forma exclusiva y percibía una comisión por las ventas, solicitaba, por un lado, que los contratos celebrados entre ambas –denominados de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento o de abanderamiento– se declararan sujetos al régimen de compra en firme o reventa por aplicación del Derecho comunitario y, por otro lado, que se condenara a la demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios consistente en la diferencia entre el precio efectivamente abonado por la estación de servicio y los precios ofrecidos por otros operadores en régimen de compra en firme o reventa a estaciones de servicio de características similares desde el 1 de junio de 2000, fecha en que había entrado en vigor el Reglamento 2790/99/CE. Dicho en otros términos, pretendían que los contratos celebrados bajo la vigencia del Reglamento 1984/83/CEE se transformaran en unos contratos diferentes por aplicación del

¹³ En un mismo sentido, SSAP Madrid 8 de marzo de 2007 (AC 2007\1812; MP: Rafael Saraza Jimena), 28 de marzo de 2007 [AC 2007\1755; MP: Gregorio Plaza González; confirmada por la STS, 1.ª, 10 de mayo de 2011 (Ar. 3852; MP: Jesús Corbal Fernández)] y 13 de octubre de 2008 (AC 2009\171; MP: Enrique García García).

¹⁴ Véase un comentario a esta sentencia en ARGUDO PÉREZ, José Luis, «Sentencia de 29 de junio de 2009: Derecho comunitario de la competencia. Contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro en estaciones de servicio, y otros conexos. Diferencias entre agente-comisionista y revendedor en firme. Cumplimiento y nulidad de los contratos», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, pp. 1339-1368.

Reglamento 2790/99/CE, pero sin instar la nulidad de los contratos inicialmente celebrados por incompatibilidad con el art. 81 TCE. Para el Tribunal Supremo, el cambio de reglamentación contractual pretendido por las demandantes chocaba con la regla *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC), no estaba previsto en los contratos litigiosos y, además, carecía de apoyo legal, pues la sanción que el art. 81.2 TCE vinculaba a los acuerdos a los que resultase de aplicación el art. 81.1 TCE era la nulidad de pleno derecho.

Finalmente, tampoco abordaremos aquí la doctrina jurisprudencial que considera que la nulidad de un contrato contrario al Derecho de la competencia se contagia y arrastra consigo, en cascada o en cadena, los contratos conexos, preparatorios o *contemplados unitariamente en cuanto al fin de la operación económica pretendida* como, por ejemplo, la constitución de un derecho real limitado o una opción de compra.

Constituye una buena muestra de esta doctrina la STS, 1.^a, 30 de junio de 2009 (Ar. 5563; MP: Jesús Corbal Fernández), en la que se discutía la aplicación del Reglamento 2790/99/CE a la cláusula de exclusividad de veinticinco años prevista en el contrato de arrendamiento de industria y compra en exclusiva que habían suscrito «Rentan Vencan, S.L.» –propietaria del suelo y constituyente de un derecho de superficie– y «Canoven, S.L.» –arrendataria de la estación de servicio y compradora y revendedora de combustibles– con «Shell España, S.A.» –superficiaria, arrendadora de la estación de servicio y proveedora de combustibles–. Mientras que para la proveedora no era necesario adaptar el contrato porque éste se ajustaba al Reglamento 1984/83/CEE, la propietaria del suelo y la arrendataria alegaban que eran empresas vinculadas *ex art. 11* del Reglamento 2790/99/CE y, por tanto, resultaba de aplicación el art. 5 a) de dicho Reglamento, que excluía la limitación temporal de cinco años cuando «(...) los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales o 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». El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia desestimó la demanda por falta de vinculación entre las actoras y declaró la validez de los contratos. La Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y declaró tanto la nulidad del contrato de arrendamiento de industria y compra en exclusiva, tanto como del contrato de superficie: «[e]l que (...) tengan una función económico-social diferente, y no coincidan los otorgantes, no obsta a que se hallen íntimamente relacionados –combinados o entrelazados– e incluso vinculados (recíprocamente condicionados), hasta el punto de que no se habría celebrado el uno sin el otro. Una cosa es que no coincida la

causa, y otra diferente que no respondan al mismo fin. Resulta incontrovertible que Renta Vencan S.L. no habría concedido el derecho de superficie, si no estuviera ya convenido que el objeto de éste (Estación de Servicio) se arrendaría por la superficiaria a Canoven, S.L.» (FD 4.º)¹⁵.

Esta línea jurisprudencial es menos estable y consolidada que las anteriores, pues hay también jurisprudencia que, a diferencia de la que se acaba de reseñar, opta por la independencia de los contratos conexos, preparatorios o *contemplados unitariamente en cuanto al fin de la operación económica pretendida* y niega la conexión causal entre los contratos contrarios al Derecho de la competencia y los que tienen por objeto –en el sentido de los arts. 1271 a 1273 CC– la estación de servicio.

Un ejemplo de esta doctrina puede verse en la STS, 1.ª, 25 de octubre de 2007 (Ar. 8259; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), que analizaba la posible comunicación de los efectos de la resolución de un contrato de arrendamiento de industria y suministro en exclusiva a un contrato anterior de compraventa de estación de servicio. El Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento de las sentencias de instancia y declaró que los contratos celebrados por las partes «(...) constituían negocios jurídicos diferenciados e independientes (...), permaneciendo cada uno de ellos ajeno a los efectos y consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones derivadas del otro contrato». Además, «(...) la previsión de la celebración del posterior contrato de arrendamiento de industria y de venta en exclusiva únicamente [aparecía] como el compromiso que asumía la compradora de presentar (...) un contrato con dicho objeto (...), pero (...) tal compromiso no autoriza (...) a considerar que este negocio jurídico, juntamente con el que posteriormente había de perfeccionarse, conformaban una unidad compleja con causa única, ni, en fin, a identificar ésta con la motivación que inspiró el planteamiento de la operación en términos económicos –que no quedaba, por tanto, causalizada–, o con la finalidad económica última perseguida por las partes, pues la razón de ser del primer negocio jurídico subsistía aun cuando el segundo no llegase a tener lugar, o cuando, habiéndose perfeccionado y, en su caso, consumado, deviniera ineficaz» (FD 2.º)¹⁶.

¹⁵ Para un análisis de su confrontación con la STS, 1.ª, 30 de junio de 2009 (Ar. 4704; MP: Francisco Marín Castán), véase ARGUDO PÉREZ, «Sentencia de 29 de junio de 2009: Derecho comunitario de la competencia. Contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro en estaciones de servicio, y otros conexos. Diferencias entre agente-comisionista y revendedor en firme. Cumplimiento y nulidad de los contratos», cit., pp. 1355 ss.

¹⁶ Véanse, asimismo, la STS, 1.ª, 30 de junio de 2009 (Ar. 4704; MP: Francisco Marín Castán) y la SAP Madrid 15 de febrero de 2010 (AC 2010\508; MP: José Vicente Zapater Ferrer).

2. ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES

La cuestión del reparto de los riesgos dimanantes de la actividad de distribución de combustibles ha desempeñado un papel central en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los litigios entre distribuidores y proveedores.

De modo general, en Derecho de contratos, la noción de *riesgo* o *riesgos* es equívoca, pues se contempla y aplica en situaciones y en relación con eventos muy dispares.

Así, por ejemplo, en el contrato de compraventa, el *riesgo* se refiere al impacto negativo de la pérdida o deterioro de la cosa vendida antes de la entrega¹⁷; en el contrato de transporte, hace refe-

¹⁷ En este sentido, arts. 66-70 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante, Convenio de Viena). El Convenio de Viena prevé dos supuestos especiales: la compraventa que implica el transporte de las mercaderías y la compraventa de mercaderías en tránsito. En el resto de casos, el riesgo se traspaasa al comprador cuando éste se hace cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, cuando las mercancías se ponen a su disposición e incumple el contrato al rechazar su recepción. Si el contrato versa sobre mercancías no identificadas, se considerarán puestas a disposición del comprador cuando estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha pasado a ser del comprador (sobre esta cuestión, ALCOVER GARAU, Guillermo, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Civitas, Madrid, 1991; OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; TAMAYO CARMONA, Juan A., *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e incoterms 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002). Véanse asimismo, aunque no mencionan expresamente el término *riesgo*, los arts. 1452 CC y 333-335 CCom. El art. 1452 CC prevé dos regímenes distintos: el primero, regulado en sus dos primeros apartados, se refiere a las ventas de cosas específicas por precio concreto y a las ventas de cosas genéricas o fungibles hechas aisladamente. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el riesgo aquí es del comprador (*periculum est emptoris*), quien además de quedarse sin la cosa —si ésta se pierde— o soportar su deterioro, deberá pagar el precio o no podrá recuperarlo si ya lo había pagado. El segundo, regulado en el tercer apartado de dicho precepto, se refiere a las ventas de cosas fungibles por un precio fijado con relación al peso, número o medida, en cuyo caso el riesgo solo se transmite al comprador una vez que las mercancías se han pesado, contado o medido, salvo mora del comprador (para un análisis del régimen de transmisión de riesgos en el Código civil español véanse, por todos, COSSÍO, Alfonso de, «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 361 ss.; íd., «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *Anuario de Derecho civil*, 1953, pp. 587 ss.; ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972; PINTÓ RUIZ, José Juan, «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 74, núm. 4, 1975, pp. 693 ss.; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 4, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 111 ss. El art. 333 CCom también atribuye al comprador los daños y menoscabos que sobrevengan a las mercaderías, salvo en los casos de dolo o negligencia del vendedor. Sin embargo, el art. 334 CCom establece una serie de excepciones a la regla anterior, pues si la venta se hizo por número, peso o medida, o la cosa vendida no estaba determinada, el comprador podía reconocerla y examinarla previamente, o el contrato incluía la condición de no entregarla hasta que adquiriese unas condiciones determinadas, los riesgos irán a cargo del vendedor, incluso en los supuestos de caso fortuito.

rencia a la pérdida o avería de la mercadería transportada¹⁸; y, en los contratos de colaboración o colaboración-distribución, alude al impacto negativo del incumplimiento del contrato por parte del tercero o riesgo de cobro¹⁹.

Sin embargo, es en este ámbito en el cual la cuestión relativa a los riesgos, en un sentido económico, tiene un alcance y trascendencia mayores. De hecho, el contrato se define, en buena medida, como un plan de asignación de riesgos de eventos futuros que trata de determinar cuáles son los incentivos de conducta y la cobertura de riesgos más deseable para las partes. Técnicamente, sería una función o *mapping* entre contingencias futuras y conductas de los contratantes, de manera que el coste o beneficio asociado a cada contingencia no se atribuiría a una sola de las partes, sino que se repartiría entre ellas.

Por ejemplo, en un contrato de trabajo, el empleador no asume el riesgo de que el coste de prestar que pueda sufrir el empleado aumente, sino que lo asume el propio trabajador, salvo enfermedad o accidente. Por tanto, el trabajador no puede exigir un aumento de la retribución porque la prestación le resulte ahora más costosa, ya sea porque ha de aprender una nueva tecnología, o un nuevo marco legal. Asimismo, en un préstamo hipotecario a tipo fijo, el prestatario no asume el riesgo financiero de los tipos de interés pero sí el riesgo de pérdida de valor del inmueble hipotecado y el riesgo de reducción de sus ingresos futuros (arts. 1911 CC y 140 LH).

Esta asignación de riesgos es mucho más que una atribución contractual explícita o una atribución implícita deducida de la calificación o caracterización tipológica (concesión, agencia, etc.) de la relación contractual. La concreta asignación de riesgos en las circunstancias económicas en que se desarrolla el contrato permite

¹⁸ Véase una referencia a *riesgo y ventura del cargador* en el antiguo art. 361 CCom, que ha sido derogado por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (BOE núm. 273, de 12 de noviembre de 2009; en adelante, Ley 15/2009). En la actualidad, los arts. 47 a 49 de la Ley 15/2009 regulan los supuestos en los que el porteador responde de la pérdida de las mercancías, así como varias causas y presunciones de exoneración de responsabilidad. Según la regla general, el porteador responde de la pérdida total o parcial de las mercancías, y de las averías que sufran, desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su entrega en destino, así como de los daños derivados del retraso en la ejecución del transporte. Ahora bien, quedará exonerado de responsabilidad si prueba que dicha pérdida, avería o retraso fueron debidos a la culpa del cargador o del destinatario, a una instrucción de éstos no motivada por una acción negligente del porteador, a un vicio propio de las mercancías o a circunstancias que no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir.

¹⁹ El art. 272 CCom establece que si el comisionista percibe, además de la comisión ordinaria por la venta, otra comisión llamada de garantía, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza. Asimismo, el art. 19 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992; en adelante, LCA) señala que será nulo el pacto por el cual el agente asuma el riesgo y ventura de uno, de varios o de la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, si no consta por escrito y expresa la comisión a percibir.

reconstruir el plan contractual querido por las partes. Además, dado que el contrato es por definición voluntario, la distribución de riesgos acordada será presumiblemente la que maximizará el valor del excedente contractual conjunto y, presuponiendo que no haya efectos externos –un supuesto sin duda exigente en ámbitos relevantes para la estructura competitiva del mercado, pero no en los demás–, también será eficiente desde el punto de vista global. Cuando pueda haber tales efectos externos –en términos económicos, pero también jurídicos–, se deberá llevar a cabo un análisis pormenorizado –sin recurrir a la técnica de la inserción en categorías– de la asignación de riesgos y examinar cuál tiene o está abocada a tener un efecto negativo, pues solo las asignaciones que produzcan tales efectos se deberán considerar problemáticas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de carburantes no es particularmente acertada en esta materia al menos por dos tipos de razones: de un lado, porque considera que la determinación de la asignación contractual de riesgos es una cuestión *netamente jurídica* y, de otro, porque parece hacer descansar la calificación del contrato de distribución como agencia *genuina o verdadera* o agencia *no genuina o espuria* –lo que, se verá, tiene importantes efectos jurídicos– simplemente en el examen de tales riesgos.

2.1 Determinación de la asignación contractual de riesgos

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre cómo debía valorarse la concreta asignación de riesgos en el ámbito de los contratos de distribución de combustibles en el asunto *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) c. Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA)*²⁰. Los hechos que se planteaban en el caso eran los siguientes: el 4 de mayo de 1995, la CEEES había presentado ante el Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia contra CEPSA por considerar que los contratos que dicha compañía había celebrado a finales de 1992 con las empresas titulares de las estaciones de servicio –denominados de compra en firme y, posteriormente, de comisión de venta en garantía o de agencia– eran restrictivos de la competencia. El Servicio de Defensa de la Competencia, mediante Decisión de 7 de noviembre de 1995, acordó su sobreseimiento alegando la imposibilidad de aplicar el art. 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia²¹ (en adelante, LDC), a los contratos celebrados

²⁰ STJCE 14 de octubre de 2006 (TJCE 2006\370; MP: U. Iöhmus).

²¹ BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989.

por comisionistas, agentes comerciales o intermediarios con otros empresarios. Dicha Decisión fue confirmada, en primer lugar, por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998 y, posteriormente, por sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2002. La CEEES presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción del art. 85.1 TCEE y del Reglamento 1984/83/CEE. El Alto Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial a fin de determinar si los contratos de distribución en exclusiva de carburantes que reunían unas determinadas características caían dentro del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria.

Los acuerdos verticales –como los contratos que vinculan a proveedores y titulares de estaciones de servicio– solo entran en el ámbito de aplicación del art. 101 TFUE –antiguos arts. 85 TCEE y 81 TCE– cuando los sujetos que intervienen son operadores económicos independientes o, dicho en otros términos, se trata de acuerdos entre dos empresas, entendiéndose por tales aquellas entidades que constituyen unidades económicas desde el punto de vista del objeto del acuerdo²². En ocasiones, las relaciones entre un comitente –un distribuidor de carburantes– y su intermediario –el titular de una estación de servicio– pueden configurarse de este modo. Sin embargo, cuando el titular de una estación de servicio no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente del proveedor de combustibles, quien asume todos los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica, se entiende que opera como un auxiliar integrado en la empresa del proveedor y, por tanto, no resulta de aplicación la prohibición prevista en el art. 101 TFUE²³.

Según el Tribunal, el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio era un operador económico independiente residía «(...) en el contrato celebrado con el comitente y, concretamente, en las cláusulas tácitas o expresas (...) relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. (...) [L]a cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno» (Apdo. 46).

²² Sobre el concepto de empresa en el contexto del Derecho comunitario de la competencia pueden verse las SSTJCE 23 de abril de 1991 (TJCE 1991\1180; MP: Paul J. G. Kapteyn) y 11 de julio de 2006 (TJCE 2006\195; MP: S. von Bahr).

²³ Sobre la condición de empresario independiente puede verse ARGUDO PÉRIZ, *Sentencia de 29 de junio de 2009: Derecho comunitario de la competencia. Contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro en estaciones de servicio, y otros conexos. Diferencias entre agente-comisionista y revendedor en firme. Cumplimiento y nulidad de los contratos*, cit., pp. 1347 ss.

El juez nacional debía valorar dos tipos de riesgos: por un lado, los riesgos vinculados a la venta de los productos y, por otro lado, los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado. Dentro de la primera categoría se debía tomar en consideración si el titular de la estación de servicio adquiriría la propiedad de los productos antes de su venta a terceros y si asumía los costes relativos a su distribución –en particular, los costes de transporte–, los gastos relativos a su conservación, la responsabilidad por los daños que pudieran sufrir como consecuencia de su pérdida o deterioro –independientemente del cumplimiento o no de la obligación de conservarlos en condiciones adecuadas–, la responsabilidad por los daños y perjuicios que pudieran causar a terceros, el riesgo financiero a falta de comprador para el carburante o en caso de pago diferido por utilización de tarjetas de crédito, etc. Y, dentro de la segunda categoría, si asumía el riesgo financiero al realizar inversiones específicas relacionadas con la venta de los productos o inversiones en acciones de promoción. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concluyó que «[e]l artículo 85 del Tratado CEE (...) se aplicará a un contrato de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles (...) celebrado entre un suministrador y un titular de una estación de servicio, cuando este titular asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de terceros (...)»²⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sostenido reiteradamente que la concreta asignación de riesgos entre las partes es una cuestión jurídica cuya determinación se debe realizar mediante el examen de las cláusulas del contrato, sin entrar a valorar la entidad efectiva de los riesgos asumidos en la realidad o las circunstancias reales que permitan apreciar que el reparto de riesgos es distinto del que se desprende del clausulado contractual.

La línea adoptada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo puede verse en la STS, 3.^a, 4 de mayo de 2007 (Ar. 2097; MP: Manuel Campos Sánchez Bordona), donde el Alto Tribunal afirmó que «(...) lo que se trata es precisamente de decidir si el contrato así pactado, tras el examen de todas sus especificaciones, se inscribe dentro de un tipo negocial o de otro. A estos efectos, tampoco podrán calificarse de decisivas determinadas referencias nominales (por ejemplo, la relativa a la actuación *por cuenta de*) cuando el conjunto de los rasgos contractuales desvirtúe las conclusiones que de aquella mera referencia nominal pudieran extraerse». Para el Tribunal, la asunción de riesgos significativos, junto con la obligación del titular

²⁴ Este criterio sería reafirmado por la SSTJCE 11 de septiembre de 2008 (TJCE 2008\203; MP: U. Iöhmus).

de la estación de servicio de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador, eran factores que denotaban que los contratos de distribución no se podían beneficiar de la exención prevista en el Reglamento 1984/83/CEE. En el caso, el titular de la estación de servicio había asumido los siguientes riesgos significativos: «en primer lugar, (...) ha de pagar la mercancía entregada asumiendo el riesgo comercial correspondiente a la diferencia entre las cantidades suministradas y las efectivamente vendidas a los clientes. (...) En segundo lugar, (...) asume en exclusiva los riesgos del producto (pérdidas, fugas, diferencias de volumen por factores ligados a la temperatura o evaporación, etc.) desde que le es suministrado, incluso si los conserva en condiciones adecuadas. A partir del momento de la entrega del producto, y sea cual sea el momento en que éste sea vendido al consumidor final, el titular de la estación de servicio lo habrá abonado por la cantidad que se le suministró, que puede no coincidir con la que él mismo venderá a los consumidores cuando el combustible sufra una minoración de su volumen a consecuencia de las alteraciones de temperatura, o sufra las mermas y pérdidas de otros factores. El dato de que estas variaciones –volumétricas o de distinto signo– no se produzcan en cantidades importantes no es óbice a la consideración, netamente jurídica, de que existe el riesgo y que es asumido por el titular de la estación de servicio. Asume (...) igualmente los riesgos derivados de los daños que los productos puedan causar a terceros mientras se encuentren en sus instalaciones, también en los supuestos de caso fortuito» (FD 16.º)²⁵.

En cambio, la Sala Primera se expresa en términos más favorables a considerar el contexto económico real por encima de la calificación jurídica, aunque su análisis es, en último extremo, similar al de la Sala Tercera en cuanto a formalismo.

Un claro exponente de la línea seguida por la Sala Primera del Tribunal Supremo puede verse en la STS, 1.ª, 20 de noviembre de 2008 (Ar. 140; MP: Jesús Corbal Fernández), en la que el Tribunal defiende que «[l]o que importa, como dice la STJCE de 14 de diciembre de 2006 (...) es más la realidad económica que la calificación jurídica (ap. 46), y para determinar si debe aplicarse el citado artículo [85.1 TCEE] es necesario analizar la distribución de los riesgos financieros y comerciales entre el titular y el proveedor de carburantes (...). La ponderación interpretativa del conjunto de las cláusulas del contrato litigioso efectuada por el Tribunal de apelación responde a la finalidad expresada de respeto al Derecho comunitario, y en tal perspectiva no resulta comprensible se tilde de ilegal, ilógica y absurda» (FD 2.º)²⁶.

²⁵ Se hacen eco de esta doctrina las SSTS, 3.ª, 10 de noviembre de 2010 (Ar. 7974; MP: Eduardo Espín Templado) y 17 de noviembre de 2010 (Ar. 7978; MP: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

²⁶ Cfr. STS, 1.ª, 15 de enero de 2010 (Ar. 1400; MP: Francisco Marín Castán), donde el Tribunal sostiene 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 (...), puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (...). Que esto es lo sucedido con el contrato litigioso

Los factores que el juez debiera, pues, tomar en consideración a la hora de examinar los distintos tipos de riesgos son los siguientes: en primer lugar, y en relación con los riesgos de pérdida, deterioro o minusvalía volumétrica que afecte al combustible, el tipo de producto, la incidencia real de tales eventos –¿es un riesgo importante si el evento se produce con una probabilidad del 1/1.000.000?– y la presencia de otros factores –por ejemplo, la conveniencia de mantener incentivos residuales al correcto almacenaje y custodia– que permitan explicar el porqué el fabricante no debe absorber todo el riesgo²⁷. En segundo lugar, y respecto de los riesgos asumidos frente a terceros, cuáles son estos riesgos en concreto, si realmente son absorbidos por las partes o se trasladan a otros mediante la contratación de seguros y, por último, el régimen de responsabilidad legal aplicable²⁸. Finalmente, en relación con el riesgo comercial –pago a la petrolera frente a cobro del comprador final–, no basta con examinar el plazo de pago fijado en el contrato y verificar que no está condicionado al

se desprende (...) de su contenido, por más que se titule *contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos a estaciones de servicio en régimen de agencia* y sus cláusulas y parte expositiva aludan (...) al titular de la estación de servicio (...) como el *agente*. (...) [E]l contenido del contrato revela que [el agente] asume en proporción nada insignificante varios riesgos vinculados a la venta de los productos a terceros. Como especialmente significativo destaca el riesgo derivado de las ventas pagadas mediante tarjeta de crédito de la red de la compañía abastecedora; en definitiva, el del impago final por el cliente de la estación de servicio (...). Además, el apdo. 5 de la cláusula quinta impone (...) el pago al contado *al tiempo de efectuarse los distintos pedidos de los productos*, con la única alternativa de pagar en un plazo máximo de nueve días a partir de la entrega o suministro de los productos, pero esto último sólo si *el agente prestaba previamente garantías suficientes a juicio de Repsol Comercial*, y el apdo. 6 (...) establece que el retraso en los pagos dará lugar al devengo automático de los correspondiente intereses de demora, (...) pudiendo Repsol *suspender los suministros hasta la regularización de la deuda*. Por otro lado, el apdo. 2 de la cláusula séptima obliga al *agente a tener la Estación de Servicio permanentemente abastecida de los productos objeto de la exclusiva de suministro* (...). Finalmente, el apdo. 4 de la misma cláusula dispone que *el agente asume el riesgo de los productos objeto de la exclusiva desde el momento en que los reciba de Repsol Comercial y éstos se introduzcan en los depósitos o almacenes existentes en la Estación de Servicio, teniendo, desde ese momento, la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y respondiendo, en su caso, tanto frente a Repsol Comercial como frente a terceros, de cualquier contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar*» (FD 4.º). Esta sentencia ha sido comentada por SOBREPORA MILLET, Isabel/HERNÁNDEZ PARDO, Alfredo, «Prácticas contrarias al Derecho de la competencia en la venta de combustibles y carburantes en estaciones de servicio. Comentario de la STS de la Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de enero de 2010 (RJ 2010, 1400)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011-1, pp. 255-267.

²⁷ Ello explica que comisionistas y depositarios asuman riesgos sobre lo que se les ha confiado. Así, el comisionista que tuviere en su poder mercaderías o efectos por cuenta ajena, responde de su conservación en el estado que los recibió (art. 266 CCom). Asimismo, los depositarios están obligados a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato (art. 1766 CC). La obligación de custodia y transporte que corresponde al porteador se encuentra regulada en el art. 28 de la Ley 15/2009.

²⁸ Por ejemplo, el art. 1908.1 CC somete a los propietarios a un régimen de responsabilidad objetiva por los daños causados por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y por la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

cobro efectivo, sino también si el plazo contractual es inferior o no al tiempo estimado de venta del producto, si el contrato con los compradores finales es al contado o mediante sistemas que aseguran el cobro, cuáles son los niveles efectivos de riesgo comercial asumidos y si el plazo contractual cumple efectivamente una función adecuada de incentivo en el marco del contrato –incentivos a una estimación realista en los pedidos, a no concentrar el esfuerzo en el negocio paralelo distinto a la venta de combustible, etc.

La STS, 1.^a, 5 de mayo de 2010 (Ar. 5026; MP: Francisco Marín Castán) analiza con bastante corrección la cuestión de los riesgos comerciales. El 11 de marzo de 1988, «Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.» (Repsol) y Adela celebraron un contrato de abanderamiento por el cual la petrolera, propietaria de la estación de servicio, cedía la explotación de la misma en régimen de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento a la persona que, con anterioridad, había sido su propietaria. El 17 de noviembre de 2000, Repsol demandó a la arrendataria por incumplimiento de la cláusula de exclusiva de abastecimiento y solicitó la resolución del contrato y una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid estimó en parte la demanda, declaró el incumplimiento de la exclusiva de abastecimiento y la resolución del contrato, y condenó a la demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, entre otras cuestiones, porque «(...) lo decisivo para determinar si un contrato de (...) abanderamiento incurre o no en la prohibición del Tratado (...) es si quien explota la estación de servicio es o no un agente genuino, condición que depende de que asuma o no los riesgos financieros o comerciales significativos, riesgos que (...) no se advierten en este caso porque la recurrente, que no es propietaria de la estación de servicio, no cargaba con las consecuencias de las ventas abonadas mediante tarjeta emitida por Repsol ni mediante ninguna otra tarjeta de crédito y tampoco tenía que pagar a Repsol al contado, de suerte que sus obligaciones respecto de los productos suministrados no diferían sustancialmente de las exigibles a cualquier gestor de una estación de servicio y, en cuanto al pago de los productos a Repsol en un plazo de nueve días, no se considera suficiente para desvirtuar la condición de agente genuino dada la normal rotación de los productos suministrados» (FD 5.^o).

2.2 Agencia genuina o no genuina

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece hacer descansar la calificación del contrato como agencia *espuria o no genuina*²⁹, o

²⁹ Véanse las SSTs, 3.^a, 4 de mayo de 2007 (Ar. 2097; MP: Manuel Campos Sánchez Bordona) –«(...) la asunción de (...) dos riesgos significativos, unida al hecho de que se imponía al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de

agencia *verdadera o genuina*³⁰, en el examen de los riesgos asumidos por los contratantes. Sin embargo, este automatismo desde la caracterización de –ciertos– riesgos a la calificación global del contrato es apresurado e incorrecto. Dentro de un mismo tipo contractual caben legítimamente distintas asignaciones de riesgos en función de factores como el precio o la retribución, pero también de otras circunstancias económicas relevantes. Así, por ejemplo, son perfectamente posibles, aceptables, y se encuentran previstos legalmente, los contratos de mandato, comisión o agencia con riesgos –comerciales o de otro tipo– significativos a cargo de los mandatarios³¹, de los comisionistas³² y de los agentes³³.

venta al público fijado por el suministrador, son factores que (...) bastan para concluir que los contratos de distribución (...) no podían beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 1984/83» (FD 17.º)– y 17 de noviembre de 2010 (Ar. 7978; MP: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat) –«los titulares de las estaciones de servicio no actúan como genuinos agentes o comisionistas (...) sino como operadores económicos independientes, ya que se comprometen (...) al pago al contado de los combustibles y carburantes entregados en el plazo de nueve días desde el suministro, a la conservación de productos petrolíferos suministrados, asumiendo el riesgo vinculado al deterioro o pérdida, y, asimismo, los riesgos financieros y comerciales derivados del desarrollo de la actividad de distribuidores minoristas de carburantes» (FD 5.º)–. Asimismo, la STS, 1.ª, 15 de enero de 2010 (Ar. 1400; MP: Francisco Marín Castán) –«(...) si bien algunas de aquéllas [obligaciones] sí son propias de los agentes, como la de conservar los productos en las debidas condiciones, sin embargo globalmente consideradas destierran (...) la idea de que el (...) recurrente fuese, en el contexto real económico y jurídico, un operador económico dependiente de Repsol o un auxiliar integrado en su empresa» (FD 4.º)–.

³⁰ En este sentido, véanse las SSTs, 1.ª, 5 de mayo de 2010 (Ar. 5026; MP: Francisco Marín Castán) y 3 de septiembre de 2010 (Ar. 6951; MP: Francisco Marín Castán). En el primer caso, «(...) los riesgos que se transferían constituían una parte insignificante y, por ende, se correspondían con los que según nuestro CCom pueden correr a cargo del comisionista. Así, los gastos de transporte del producto los soportaba por entero la abastecedora; los riesgos por pérdida del producto sólo los asumía la actora-recurrente a partir de que se encontraran bajo su custodia; el riesgo de daños a terceros (...) sólo comprendía aquellos que se causaran por acción u omisión de la propia actora-recurrente desde que se hubiera hecho cargo del producto, sin extenderse nunca a los daños causados por las características del producto tal y como había sido servido por la abastecedora; el pago a los nueve días se correspondía con la normal rotación del producto; y, en fin, la actora-recurrente no soportaba los riesgos de la utilización de la tarjeta de crédito CEPESA por los clientes de la estación de servicio (...)» (FD 4.º). En el segundo caso, los riesgos financieros y comerciales significativos no se advierten «(...) porque la recurrente, que no es propietaria de la estación de servicio, no cargaba con las consecuencias de las ventas abonadas mediante tarjeta emitida por Repsol ni mediante ninguna otra tarjeta de crédito y tampoco tenía que pagar a Repsol al contado (...) y, en cuanto al pago de los productos a Repsol en un plazo de nueve días, no se considera suficiente para desvirtuar la condición de agente genuino dada la normal rotación de los productos suministrados» (FD 5.º).

³¹ De acuerdo con el art. 1726 CC, el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales en función de si el mandato ha sido o no retribuido. Asimismo, el art. IV. D-3:103 DCFR regula la obligación del mandatario de cumplir sus obligaciones con la diligencia debida, tomando en consideración (a) la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos que se derivan del cumplimiento de las obligaciones; (b) si las prestaciones serán realizadas por un mandatario no profesional o de forma gratuita; (c) la remuneración que se pagará por la realización de las prestaciones, y (d) el momento de su cumplimiento.

³² Art. 272 CCom (véase *supra* nota 19).

³³ Art. 19 LAC (véase *supra* nota 19). Véase, asimismo, el art. IV. E-3:313 DCFR, según el cual el acuerdo por el cual el agente comercial garantiza que un cliente pagará el

La calificación o encaje tipológico de un contrato es meramente instrumental pues, en último extremo, trata de asegurar el cumplimiento de la auténtica voluntad de las partes –y no solo de la voluntad nominal o cosmética (*falsa demonstratio*)– en cuanto al modo de regir su relación contractual (arts. 1091 y 1255 CC).

El simple hecho de que haya riesgos a cargo de uno solo de los contratantes no justifica una *recalificación* del contrato, salvo que previamente se haya realizado una reconstrucción de la voluntad global de las partes y se haya examinado la distribución global de riesgos. Además, dicha función de recalificación, efectuada a fines de aplicación de la normativa de competencia, tampoco justifica una desviación de la modalidad contractual elegida por los contratantes hacia otra que, siendo alternativa a la realmente escogida, ha sido rechazada implícitamente.

Esta última posibilidad se atisbaba en algunas sentencias del Tribunal Supremo, pero parece ahora firmemente condenada por la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera [SSTS, 1.ª, 23 de junio de 2009 (Ar. 4231; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 29 de junio de 2009 (Ar. 4242; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 24 de febrero de 2010 (Ar. 1404; MP: Francisco Marín Castán), 22 de marzo de 2010 (Ar. 3917; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 6 de septiembre de 2010 (Ar. 6954; MP: Francisco Marín Castán), 28 de septiembre de 2010 (Ar. 7142; MP: Francisco Marín Castán), 18 de febrero de 2011 (Ar. 2360; MP: Francisco Marín Castán) y 31 de marzo de 2011 (Ar. 3437; MP: Francisco Marín Castán)]. En todos estos casos, las demandantes pretendían que los contratos celebrados bajo la vigencia del Reglamento 1984/83/CEE se transformaran en unos contratos diferentes por aplicación del Reglamento 2790/99/CE, pero sin pedir previamente la nulidad de los contratos inicialmente celebrados por incompatibilidad con el art. 81 TCE. Para el Tribunal Supremo, el cambio de reglamentación contractual era contrario a la regla *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC), no estaba previsto en los propios contratos litigiosos ni tenía apoyo legal, y resultaba contrario a la potencialidad normativa creadora que reconoce nuestro sistema jurídico a los interesados (art. 1255 CC).

Finalmente, es también muy importante que este resultado de recalificación no se cuele por la puerta de atrás, disfrazando bajo pretendidas consecuencias restitutorias (art. 1303 CC) o de retención (art. 1306.2 CC) lo que serían indemnizaciones correspondientes a otros esquemas contractuales distintos a los elegidos por las partes.

precio de los productos objeto del contrato que ha negociado o celebrado será válido si (a) consta por escrito o en algún otro soporte duradero; (b) cubre contratos negociados o celebrados por el agente comercial o contratos con clientes concretos que constan en el acuerdo; y (c) es razonable para los intereses de las partes. El agente comercial que celebre este tipo de contratos tendrá derecho a una comisión razonable.

3. CLÁUSULAS RELATIVAS AL PRECIO DE VENTA FINAL DEL COMBUSTIBLE

El núcleo de las consideraciones que se han hecho en relación con la asignación de riesgos en el contrato es trasladable a las cláusulas y conductas de las partes que inciden en el precio de venta final del producto. En efecto, dado que las previsiones contractuales se establecen, al menos de forma presuntiva, para maximizar el valor conjunto del contrato para las partes, es necesario atender a las circunstancias económicas reales que inciden en los efectos de tales cláusulas y conductas –pero sin tomar en consideración pretendidas caracterizaciones *puramente jurídicas* en relación con la materia³⁴–, así como a todos sus efectos –no solo los concurrentiales–.

En la interpretación de la incidencia y de los efectos de las cláusulas contractuales se debe partir de un dato normativo: las cláusulas se pactan para ser eficaces y para ser cumplidas. Imaginemos una cláusula que reza lo siguiente:

«El comisionista comercializará los combustibles y carburantes en nombre y por cuenta del principal en el precio y demás condiciones fijados por éste. *No obstante, el comisionista tendrá plena libertad para repartir su comisión con los clientes, por lo que podrá reducir el precio efectivo pagado por éstos, mediante incentivos a su cargo, sin disminuir los ingresos a abonar al principal*».

El punto de partida en el entendimiento de este contrato debiera ser el de que el comisionista tendrá libertad para determinar el precio de venta mediante la posibilidad de realizar descuentos dentro del margen que ofrece su comisión, siempre y cuando no se acredi-

³⁴ Como dice correctamente la STS, 3.^a, 10 de noviembre de 2010 (Ar. 7969; MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona), lo importante no es el modo, sino el resultado en términos de que concurra, efectiva y realmente, margen de libertad para determinar el precio de venta. En este caso se planteaban dos tipos de cuestiones: por un lado, si la recomendación de precios realizada por «Repsol, S.A.» a las estaciones de servicio revendedoras constituía por sí misma y en todo caso una infracción del art. 1.1 LDC; por otro lado, si «Repsol, S.A.» había utilizado de manera fraudulenta y generalizada las exenciones previstas en el Reglamento 1984/83/CEE a fin de alargar la duración máxima de los contratos. En relación con la primera cuestión, el Tribunal concluyó que «[s]i del examen de la prueba se obtiene la conclusión de que [los] precios eran establecidos por el explotador de la estación de servicio sin atenerse necesariamente a los recomendados y sin que hubiera mecanismos de control o presión por el suministrador, de modo que indirectamente se consiguiera el mismo efecto de la fijación, no concurren las circunstancias que inhibirían el acogimiento de la exención por categorías de los acuerdos de compra exclusiva» (FD 4.º). En relación con la segunda, sostuvo que no había fraude de ley si los acuerdos se atenían «(...) a una de las posibilidades –extraordinarias pero legítimas– que la propia norma comunitaria prevé como excepción singular al régimen *ordinario* de duración de los contratos en exclusiva beneficiados por la exención, [a saber], que el proveedor hubiera arrendado al revendedor la estación de servicio o le hubiera concedido de hecho o de derecho su usufructo» (FD 6.º) [para un análisis de las pautas interpretativas aplicables a las cuestiones objeto de debate, véase la STJCE 2 de abril de 2009 (TJCE 2009\76; MP: U. Iöhmus)].

te que dicha posibilidad no existe en la práctica, bien como consecuencia de otros pactos o conductas que lo imposibilitan –fijación indirecta, por ejemplo a través de la fijación unilateral del margen o comisión, o del establecimiento de límites al descuento– o que imponen serios obstáculos (amenazas, sanciones, recomendaciones cuasi-vinculantes), bien por el efecto de pactos o conductas que crean desincentivos serios al posible otorgamiento de descuentos y cuyos efectos positivos en el aumento de valor en la relación contractual no exceden los posibles efectos externos negativos sobre la posibilidad de otorgar descuentos.

Por ejemplo, si un sistema informático común supone un coste adicional para el comisionista a la hora de realizar un descuento, pero produce un ahorro global de costes –para principal y comisionista– de mayor magnitud, el efecto global es positivo y no debiera desincentivarse mediante las normas de competencia.

Sin embargo, no parece ser éste el planteamiento de arranque que subyace en la reciente jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que presume la existencia de un precio fijo salvo que pueda demostrarse que éste no se observa o respeta en las relaciones con los compradores finales³⁵.

Por otro lado, el cálculo del margen de descuento debe atender en todo caso a las particularidades del producto y del mercado en cuestión, así como a la estructura global de incentivos de conducta de los agentes.

La simple comparación entre el margen comercial del comisionista y el precio a pagar al comitente no es económica ni jurídicamente razonable³⁶. Si, por ejemplo, el margen comercial de la actividad petrolera es de 5 y el precio a pagar al proveedor es de 100, no es lo mismo que, de esos 100, 95 sean coste de producción e impuestos, o que lo sean solo 50. En el primer caso, el margen de maniobra, incluso con la máxima libertad de descuento, es intrínsecamente mucho más limitado, de modo que cualquier descuento que se haga, medido sobre el máximo descuento posible, será proporcionalmente mucho más elevado.

³⁵ Pueden verse algunos ejemplos de esta línea jurisprudencial en las SSTs, 3.ª, 10 de noviembre de 2010 (Ar. 7974; MP: Eduardo Espín Templado) y 17 de noviembre de 2010 (Ar. 7978; MP: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

³⁶ Éste es el procedimiento que sigue la STS, 1.ª, 15 de enero de 2010 (Ar. 1400; MP: Francisco Marín Castán) –según la cual Repsol no recomendaba sino que fijaba el precio de venta al público de los carburantes, pues márgenes comerciales de entre 5-6 pesetas/litro (0,03-0,04 euros/litro) para productos que el recurrente debía pagar a 67-130 pesetas (0,40-0,78 euros), según producto y fase contractual, no permitían una posibilidad real de descuentos con cargo a esos márgenes por parte de quien tenía que correr con los gastos corrientes de la estación de servicio– y que reproduce posteriormente la STS, 3.ª, 10 de noviembre de 2010 (Ar. 7974; MP: Eduardo Espín Templado).

Además, la situación será muy distinta en función de si los beneficios del comisionista tan solo proceden del margen comercial de la actividad petrolera o deben sumarse los beneficios derivados del desarrollo de actividades complementarias (taller, lavado, cafetería, restaurante, hotel, etc.). Cuando estamos ante bienes complementarios, la reducción del precio de uno aumenta la demanda del otro: una disminución del precio del combustible expande no solo la demanda de éste, sino también la de todos los servicios complementarios. Estos servicios funcionan, pues, como fuente de subsidios cruzados, ya que sus ingresos permiten recuperar los descuentos más agresivos en el precio de venta de los combustibles. De este modo, el incentivo a hacer descuentos, dado su impacto global sobre los beneficios totales del distribuidor, es superior.

En definitiva, el análisis de la incidencia de los contratos sobre el precio de venta requiere necesariamente un examen circunstanciado del producto y del mercado, de las circunstancias singulares del comisionista y de la relación contractual, así como de los efectos de las conductas o pactos que inciden tanto en el precio de venta —efecto externo— como en el excedente contractual de la relación.

4. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN POR VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En Derecho español, la regla general en caso de nulidad de un contrato es la restitución *in natura* de las prestaciones entregadas, con sus frutos e intereses si las mismas los produjeran (art. 1303 CC). Si la restitución *in natura* no es posible, deberá entregarse el valor que tenía la prestación cuando se produjo el evento que impide la restitución y los intereses desde esa fecha (art. 1307 CC)³⁷.

³⁷ Para un análisis de tales reglas, véanse DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Artículo 1303» y «Artículo 1307», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 2, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982 (disponible en Vlex); íd., «Art. 1303» y «Art. 1307», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et alii*, *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 550 ss. y 561 ss.; más recientemente, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005; COLÁS ESCANDÓN, Ana, «Artículo 1303» y «Artículo 1307», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 1547-1549 y pp. 1551-1552; JEREZ DELGADO, Carmen, *La anulación del contrato*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011. Resume la doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos la STS, 1.ª, 11 de febrero de 2003 (Ar. 1004; MP: Jesús Corbal Fernández), según la cual el art. 1303 CC, «(...) que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (...), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (...), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anu-

Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo, en los casos de nulidad de un contrato de distribución de combustibles por vulneración del Derecho comunitario, el distribuidor no puede optar entre la nulidad del contrato o una indemnización consistente en el interés de cumplimiento, esto es, aquello que habría ganado bajo un régimen de reventa o, en otros términos, la diferencia entre los precios pagados y los ofrecidos o abonados por otros suministradores a estaciones de servicio similares vinculadas en régimen de compra en firme o reventa³⁸.

Los arts. 1305 y 1306 CC contienen excepciones relevantes a esta reglamentación general para los casos de nulidad absoluta por ilicitud causal, estableciendo una dualidad de regímenes –aunque con consecuencias prácticamente idénticas– en función de si la causa ilícita o torpe constituye o no delito o falta: en el primer caso, las prestaciones serán decomisadas de acuerdo con los arts. 127 ss. CP, salvo que una de las partes no estuviera incurso en delito, en cuyo caso podrá recuperar la prestación. En el segundo caso, se aplicará la antigua regla del *nemo auditur* –o, para los angloamericanos, *clean hands rule*–, de manera que, cuando ambos contratantes sean culpables, ninguno podrá recuperar lo que entregó (principio *in pari causa turpitudinis*) ni, obviamente, reclamar el cumplimiento del otro (art. 1306.1 CC); si, por el contrario, la culpa es unilateral, la parte no culpable o ajena –*extraña*, en términos del art. 1306.2 CC– a la causa torpe podrá obtener la restitución de lo entregado y, a su vez, retener lo que hubiera recibido

labilidad o nulidad relativa (...) y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la Ley (...). Por consiguiente, cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración (...), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (...). El art. 1303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (...) y el precio con sus intereses (...), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta a su aplicación a otros tipos contractuales. Parando mientes en la devolución de la cosa resulta incuestionable que el bien debe restituirse *in natura* (...), pero puede ocurrir que ello no sea posible por causas físicas o jurídicas, y entonces ha de acudir a la aplicación del art. 1307 CC, cuya normativa rige también para la nulidad radical (no sólo la relativa) y que igualmente (...) es aplicable de oficio como *efecto ex lege*. Ciertamente dicho precepto se refiere a cosa *perdida* pero la doctrina jurisprudencial extiende la previsión normativa a cualquier tipo de indisponibilidad material o jurídica (...). La indisponibilidad puede ser total y parcial, y se produce cuando toda la cosa, o una parte de ella, ha pasado a poder de un tercero hipotecario (...). [Respecto del] problema relativo al alcance del reintegro sustitutivo (...) habrá de estarse al valor de la cosa en el momento de su disponibilidad ('el momento es aquel en que por su enajenación a terceros de buena fe la cosa vendida se hizo irreivindicable, no el de la sentencia que así lo declara habida cuenta que esta sentencia es declarativa, no constitutiva, y se limita a constatar una situación preexistente; de ahí que la obligación de restitución surja en el momento en que los vendedores enajenaron las cosas, careciendo de poder dispositivo sobre ellas'). En lo que atañe a los frutos, la jurisprudencia entiende que el art. 1303 CC se refiere a los líquidos existentes, es decir, deducidos los gastos de cultivo y recolección (...)» (FD 2.º).

³⁸ En este sentido, véase la STS, 1.ª, 29 de junio de 2009 (Ar. 4242; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

(art. 1306.2 CC). En definitiva, de acuerdo con los arts. 1305 y 1306 CC, ninguno de los contratantes, sea o no extraño a la causa torpe, podrá reclamar el cumplimiento; la parte extraña a la causa torpe podrá reclamar la restitución de lo que hubiese entregado; y, si ambas partes están incurso en delito o falta, cada una de ellas retendrá lo que hubiera recibido³⁹.

Una parte importante de las demandas de nulidad instadas por quienes explotan estaciones de servicio invocan el art. 1306.2 CC para regir las consecuencias de la nulidad pretendida. Sin embargo, la aplicación de este régimen es confusa y suscita muchos problemas en el ámbito de los contratos de distribución de combustibles. A continuación se examinan algunos de estos problemas.

4.1 Aplicabilidad del art. 1306.2 CC a la nulidad de los contratos de distribución de combustibles

Una primera cuestión que se plantea cuando se analizan las demandas de nulidad civil interpuestas por quienes explotan las estaciones de servicio contra las petroleras por contradicción con la normativa de competencia es si el art. 1306 CC resulta de aplicación a los contratos de distribución de combustibles y, en su caso, a los contratos conexos⁴⁰.

³⁹ Véase un análisis de esta dualidad de regímenes en DELGADO ECHEVARRÍA, *Artículo 1305 y Artículo 1306*, cit.; íd., *Art. 1305 y Art. 1306*, cit., pp. 555 ss. y 558 ss.; más recientemente, DELGADO ECHEVARRÍA/PARRA LUCÁN, cit.; COLÁS ESCANDÓN, *Artículo 1305 y Artículo 1306*, cit., pp. 1549-1551; CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 754 ss.

⁴⁰ Los tribunales del orden jurisdiccional civil tienen plena competencia para declarar la nulidad de los contratos civiles –en sentido amplio, comprensivo de los mercantiles– por infracción de las normas de defensa de la competencia, sin que sea necesaria una decisión previa de la Comisión Nacional de la Competencia. Como señala la STS, 1.ª, 15 de abril de 2009 (Ar. 1765; MP: Jesús Corbal Fernández), «(...) así lo viene entendiendo de modo ininterrumpido la más reciente jurisprudencia de esta Sala a partir de la Sentencia de 2 de junio de 2000 (RJ 2000\5092). En tal sentido se orientan, entre otras, las Sentencias de 27 de julio de 2003 (RJ 2003\6060) –le corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento cuando se trata de relaciones entre particulares de naturaleza estrictamente privada–; 15 de marzo de 2006 (RJ 2006\5612), que alude, por un lado, al reconocimiento por el art. 6 del Reglamento (CE) número 2/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, al disponer que ‘los órganos jurisdiccionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado’, y, por otro, a la atribución en España de tal competencia a los Juzgados de lo Mercantil por el art. 86 ter 2.f) de la LOPJ; 22 de junio de 2006 (RJ 2006\4712), que dice que le corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento (en relación con la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam –antes 85 y 86 del Tratado de Roma–) cuando se trata de salvaguardar los derechos subjetivos de los ciudadanos, resolviendo los conflictos entre particulares, de modo que mientras para las autoridades nacionales de defensa de la competencia lo trascendente es la protección del orden público económico –interés del mercado–, para la jurisdicción civil lo es la tutela del interés privado; 14 de marzo de 2007 (RJ 2007\2229), que declara que la competencia de los tribunales civiles en defensa de la competencia es autónoma e independiente de la del Tribunal de Defensa de la Competencia [actualmente Comisión Nacional de la Com-

El Tribunal Supremo ha mantenido posturas contradictorias en torno a esta cuestión. En algunas ocasiones ha rechazado la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el art. 1306.2 CC por considerar que causa torpe es causa inmoral y aplicar su régimen daría lugar a un enriquecimiento injusto a favor de quien explota la estación de servicio, sin que hubiera culpa o conducta inmoral de la petrolera. En otras, en cambio, no ha llegado a discutir su aplicación.

La STS, 1.ª, 30 de junio de 2009 (Ar. 5563; MP: Jesús Corbal Fernández) niega expresamente la aplicación al caso del art. 1306 CC. Para el Tribunal, «[e]l tema debe decidirse en el sentido de aplicar el art. 1303 CC, y no el 1306, ni en su número segundo, ni en su número primero, porque en el caso no hay causa torpe (en el sentido estricto de inmoral al que se refiere el precepto), y el criterio de *dejar las cosas como están* aplicado al caso, aparte de ser injusto y dar lugar a un enriquecimiento injustificado, no se ajusta a las circunstancias concurrentes relativas a que se trata de una invalidez sobrevenida por cambio legislativo, ajena a cualquier asomo de culpa o negligencia de la petrolera demandada, a lo que debe añadirse que la aplicabilidad del art. 1303 CC a casos similares es el criterio adoptado por esta Sala y el más adecuado, en la medida en que sea posible su aplicación, para mantener el equilibrio de los intereses en juego» (FD 4.º)⁴¹.

petencia]; y 3 de octubre de 2007 (RJ 2008\2922), en la que se resalta que la más reciente jurisprudencia admite de manera inconcusa la competencia de los tribunales civiles para la aplicación de los preceptos reguladores de la defensa de la competencia, tanto del orden comunitario como de orden interno, en orden a la determinación de los efectos de la nulidad de los negocios jurídicos afectados pueda producir entre las partes, entre otros aspectos» (FD 2.º).

⁴¹ La Sala Primera del Tribunal Supremo también ha rechazado la aplicación del art. 1306 CC en otros casos recientes de vulneración de la normativa de competencia no referidos a la distribución de combustibles: así sucede en la STS, 1.ª, 21 de mayo de 2009 (Ar. 3187; MP: Francisco Marín Castán), donde el Tribunal declaró la validez del convenio profesional de los corredores de comercio de Granada que establecía un reparto igualitario de los ingresos y condenó a los dos corredores incumplidores a llevar a cabo las liquidaciones mensuales previstas en dicho convenio. Según el Tribunal, la nulidad del convenio «(...) no puede beneficiar a quien (...) se aprovechó del [mismo] mientras servía a sus intereses y dejó de cumplirlo cuando ya no fue así. Y aunque (...) una aplicación estricta de la regla 1.ª del art. 1306 CC determinaría que los demandantes no pudieran exigir el cumplimiento del convenio por los demandados, (...) en el presente caso concurrían dos circunstancias que (...) comportaban que el cumplimiento (...) sí fuera exigible: la primera, que la integración de los corredores de comercio en el cuerpo de notarios imponía ya por sí sola extinción del convenio en un tiempo próximo; y la segunda, que en el propio convenio los corredores firmantes se sometían especialmente a las normas reglamentarias y a las de actuación derivadas de las circulares del Consejo y de la Dirección General, siendo así que en el presente caso el convenio litigioso fue convalidado por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera hasta más allá de su extinción de hecho, debida a la ya mencionada integración de los corredores en el cuerpo de notarios» (FD 5.º). Asimismo, en la STS, 1.ª, 30 de julio de 2009 (Ar. 4580; MP: Jesús Corbal Fernández), el Tribunal declaró la nulidad de dos contratos de franquicia relativos a tratamiento capilar que incluían cláusulas restrictivas de la competencia consistentes en la fijación de los precios que la franquiciada debía cobrar a sus clientes. En relación con las consecuencias de dicha declaración de nulidad, sostuvo que «(...) ni

La STS, 1.^a, 20 de noviembre de 2008 (Ar. 140; MP: Jesús Corbal Fernández), a diferencia de lo que había sucedido en la sentencia de instancia, omite cualquier discusión acerca de la aplicación del precepto. También parece ser éste el sentido en que debe entenderse la STS, 1.^a, 3 de octubre de 2007 (Ar. 2922; MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

Con todo, es posible encontrar en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo algunos precedentes de la aplicación de las consecuencias previstas en el art. 1306 CC a casos de nulidad derivada del art. 6.3 CC –vulneración de normas prohibitivas no disponibles–, incluso por contravención de normas del Derecho de la competencia.

Entre tales precedentes se encuentran las SSTs, 1.^a, 31 de diciembre de 1979 (Ar. 4499; MP: Jaime de Castro García), 20 de mayo de 1985 (Ar. 2403; MP: José María Gómez de la Bárcena y López) y 2 de abril de 2002 (Ar. 2485; MP: José de Asís Garrote). En el primer caso –contrato de constitución de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya para la venta de aceites minerales y otros productos petrolíferos–, el Tribunal declaró la nulidad de los pactos estatutarios relativos a la distribución de pérdidas y ganancias por cuanto tenían por objeto y producían el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en el mercado de Vizcaya y consideró, con base en la regla primera del art. 1306 CC, que la torpeza e ilicitud del contrato alcanzaban a todos sus otorgantes. En el segundo caso –contrato de compraventa de cemento básico a granel en polvo–, el Tribunal negó la aplicación de la regla primera del art. 1306 CC en favor de la regla segunda por considerar que la causa torpe únicamente era atribuible a la vendedora, pues había vendido el producto a un precio superior al legalmente autorizado. Finalmente, en el tercer caso –compraventa simulada que encubría un contrato de explotación de farmacia–, el Tribunal sostuvo que el art. 1306 CC era aplicable al contrato disimulado –de explotación de farmacia– porque el hecho de estar prohibido por una ley administrativa no lo convertía en un contrato inexistente sino nulo⁴².

la causa de nulidad apreciada tiene la condición de torpe, en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación (...) del art. 1306 CC con el efecto de *dejar las cosas como están* sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto» (FD 10.^o). Para PEÑA LÓPEZ, *Sentencia de 30 de julio de 2009*, cit., pp. 1069-1071, una vez descartada por el Tribunal Supremo la nulidad parcial, la aplicación del art. 1306.2 CC hubiese sido la opción correcta: en primer lugar, porque «no es de recibo que se afirme que a ambas partes les es imputable la culpa de haber introducido la cláusula sobre la base del único hecho de que las dos prestaron su consentimiento contractual»; y, en segundo lugar, porque no está de acuerdo con un concepto de moralidad «(...) en el que ésta aparece exclusivamente como algo ligado a la impudicia, a la lascivia, al decoro o a la ignominia».

⁴² Véase un comentario a esta sentencia en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, «Sentencia de 2 de abril de 2002: Simulación. Inexistencia de contrato de compraventa de oficina de farmacia. Nulidad de contrato disimulado de regencia de oficina de farmacia por ser contrario a la ley. 'Causa torpe': inexistencia de la obligación de restitución», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, pp. 813-824.

4.2 La difícil interpretación de la fórmula *ser extraño a la causa torpe*

El art. 1306.2 CC menciona, para describir a quien puede reclamar lo dado sin obligación de cumplir, a la parte extraña a la causa torpe. La fórmula *ser extraño a la causa torpe* es de todo punto ambigua de manera general, pues puede querer decir que no se conoce la ilegalidad, que uno de los contratantes ha sido inducido por la otra parte a contratar, que está dentro del ámbito de protección de la norma cuya vulneración provoca la nulidad, etc.⁴³. Dada la incertidumbre en esta materia, es aconsejable, sin duda, una actitud restrictiva a la hora de aplicar la norma.

Podría parecer que, en el contexto de los contratos de distribución de combustibles, la diferencia de peso y la sofisticación económica de las partes –empresas petroleras, de un lado; empresarios de gasolinera, de otro– harían más fácil la cuestión. Sin embargo, incluso en este campo, la casuística es amplia.

4.3 Alcance de la aplicación del art. 1306.2 CC a los contratos de distribución de combustibles

Dando hipotéticamente por supuesta la aplicación del art. 1306.2 CC, otra cuestión que suscita un enorme interés es la relativa a su alcance en el ámbito de los contratos de distribución de combustibles. La cuestión no es puramente teórica, pues quienes pretenden la nulidad suelen solicitar, al amparo del art. 1306.2 CC, una indemnización por la diferencia global «entre los precios de adquisición ofertados por otros operadores a gasolineras de similares características según el régimen de reventa que debería haberse observado y los precios de adquisición abonados a la petrolera demandada, incrementado en los intereses legales»⁴⁴. Sin embargo, ya se ha dejado apuntado con anterioridad que, bajo el régimen previsto en el art. 1306 CC, resulta imposible acudir a mecanismos indemnizatorios. La parte *extraña a la causa torpe* tan solo puede exigir la restitución –*in natura* o por su valor– de la prestación realizada y retener la prestación –*in natura* o

⁴³ Como señala CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 757-758, la jurisprudencia nunca ha precisado términos como *culpa* o *extrañeza* a la causa torpe: «no estar incurso en causa torpe puede significar no haber consentido el negocio, no haber conocido su ilegalidad, haber sido explotado por la otra parte o, simplemente, pertenecer al género de personas al que la norma prohibitiva pretende proteger».

⁴⁴ Entre otras, STS, 1.^ª, 20 de noviembre de 2008 (Ar. 140; MP: Jesús Corbal Fernández). De acuerdo con la noción amplia de lucro cesante que parece debe prevalecer en el sistema jurídico español (MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 38 ss.), se estaría ante una reclamación de lucros cesantes.

su valor— entregada por la parte incurso en la causa ilícita antes de la declaración de nulidad. No puede pretender, en cambio, una reparación de daños valorada bien en el beneficio que hubiera obtenido con el contrato nulo, bien en el interés contractual negativo o coste de oportunidad por haber celebrado dicho contrato.

La vía indemnizatoria, como correctamente recuerdan *obiter dicta* algunas sentencias del Tribunal Supremo⁴⁵, tan solo sería exigible por vía de la responsabilidad *in contrahendo*, lo que en estas circunstancias conllevaría probablemente la necesidad de acreditar el dolo *in contrahendo* de la contraparte (art. 1270.2 CC)⁴⁶.

4.4 **Compatibilidad del art. 1306.2 CC con las sanciones públicas por vulneración de la normativa de competencia**

Una cuestión relevante que parece no haberse planteado nunca en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo es la compatibilidad del art. 1306.2 CC con las sanciones públicas por vulneración de la normativa de competencia. En efecto, se podría suscitar la duda de si la excepcionalidad del régimen del art. 1306.2 CC respecto del general del art. 1303 CC supone una dimensión *sancionatoria* que no podría añadirse a la de las sanciones administrativas so pena de una vulneración del *non bis in idem*.

Para comprobar más claramente esta vertiente sancionadora del art. 1306.2 CC basta una buena explicación de su incidencia diferencial respecto del régimen ordinario de la nulidad.

En los contratos nulos, el efecto jurídico de la nulidad impide precisamente que las partes puedan exigir jurídicamente el cumplimiento de las conductas pactadas como prestación. La consecuencia de la nulidad consiste en la plena restitución o reintegración de la situación preexistente al contrato nulo (régimen general del art. 1303 CC) y ello hace que no se eliminen los incentivos de las partes —o al menos de aquella que ha incurrido en causa ilícita— a celebrar el contrato pues, en el peor de los casos, se quedarán como estaban antes de concertar el contrato nulo.

La regla del art. 1306.2 CC trata de minar este incentivo a celebrar el contrato que el sistema jurídico conceptúa como nulo, pues *priva* al contratante que ha incurrido en causa ilícita del derecho a repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato, pero le obliga a restituir a la contraparte lo que hubiere entregado. El precepto no contiene entonces una consecuencia indemnizatoria más allá de la

⁴⁵ SSTS, 1.ª, 2 de junio de 2000 (Ar. 5092; MP: Francisco Marín Castán) y 30 de junio de 2009 (Ar. 4704; MP: Francisco Marín Castán).

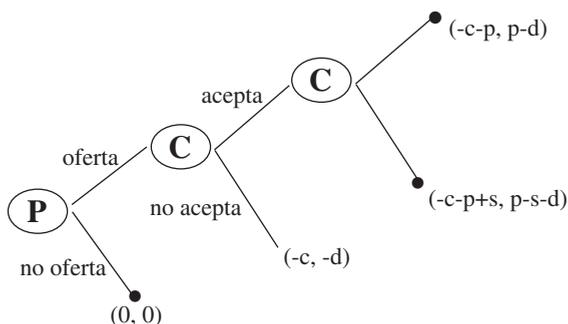
⁴⁶ MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Art. 1270», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et alii*, *Comentario del Código civil*, cit., pp. 470 ss.

ineficacia, sino una verdadera sanción civil –la privación de lo entregado en virtud del contrato nulo– y, por tanto, se puede entender como un esquema sancionador. Además, se trata de un mecanismo muy poco costoso –no implica inversión de recursos públicos en detección y sanción– y sorprendentemente eficaz.

En efecto, la posibilidad combinada de no cumplir el contrato nulo y de retener al tiempo lo recibido de la otra parte hará irremediablemente atractivo el oportunismo contractual lo que, anticipado por la otra parte, la disuadirá de celebrar el contrato o bien de celebrarlo en los términos de los que resulta la ilicitud causal. En otros términos, la eliminación del derecho a la restitución de quien participa de la torpeza de la causa –y la correlativa sujeción a la restitución que reclame la parte inocente– sirve de incentivo para que la parte no culpable pueda, una vez celebrado el contrato, quedarse con todo. La parte culpable que anticipe ese comportamiento –oportunista– de la otra y, por tanto, imagine que puede acabar en una situación peor a la que estaba antes de contratar, optará entonces por no proponer o celebrar el contrato ilícito.

Para ilustrar de manera sencilla la gran virtualidad del art. 1306.2 CC para disuadir contratos que, según el sistema jurídico, tienen causa ilícita, podemos recurrir a la teoría de juegos: pensemos en el ejemplo de un contrato que en Derecho español no constituya un delito pero se considere comúnmente como un contrato con causa torpe. En este juego, llamaremos a los contratantes *C* y *P*, y supondremos que la inmoralidad está solo del lado de quien ofrece el contrato inmoral –*C*– a cambio de dinero.

De acuerdo con la estructura del juego bajo el art. 1306 CC, *C* puede escoger entre hacer o no la oferta de contrato ilícito. Si la hace –lo que le supone un coste *c*–, la otra parte, al recibirla –lo que le supone un coste *d*–, puede aceptar o no la oferta. Si la acepta, cobrará el dinero ofrecido, pero luego podrá negarse a realizar la prestación comprometida y no habrá de restituir lo cobrado (art. 1306.2 CC).



La conclusión inmediata es que, con independencia del precio ofrecido o del coste de la prestación, o del daño $-d-$ causado a P al recibir la oferta de contrato inmoral, a P le interesará aceptar la oferta recibida y luego cobrar y renegar del compromiso $-inválidamente-$ asumido. C , que puede prever esta estrategia de la otra parte, nunca hará la oferta pues, bajo las reglas del art. 1306.2 CC, su realización y aceptación $-esto es, la celebración del contrato nulo-$ le dejará en una situación peor a la que estaría si no la hubiese realizado. Esto es, obtendremos disuasión completa de la conducta que el sistema jurídico quiere evitar $-el contrato inmoral-$ sin necesidad de acudir a sanciones ajenas al mecanismo contractual $-penales o administrativas-$.

Sin embargo, el comportamiento de P puede ser perjudicial para él mismo a la larga, pues si C no hace la oferta, se queda con 0, que puede ser menor que $p-s-d$, esto es, aquello que habría obtenido de haber habido oferta, aceptación, cobro del precio y prestación del servicio inmoral.

El cabo suelto en el régimen previsto en el art. 1306.2 CC es que hay probabilidades de que, si introducimos una interacción dinámica entre los contratantes, el juego no se desarrolle en la forma presentada. Cuando $p-s-d > 0$, P prefiere *comprometerse* a prestar el servicio y no valerse del art. 1306.2 CC. Dicho compromiso no es factible ni creíble en un contexto estático, pues no prestar el servicio y quedarse con el precio es una estrategia dominante para P ⁴⁷. Sin embargo, en un contexto dinámico, hay mecanismos mediante los cuales puede expresar su compromiso o disponibilidad para comprometerse a cumplir⁴⁸.

Por ejemplo, supongamos que P está integrado en una organización estable $-una empresa, por ejemplo-$ que trata con diferentes C en distintos períodos de tiempo. En este escenario, el juego antes descrito es un simple episodio dentro de un juego dinámico $-con T períodos-$ en el que P se comporta como un jugador a largo plazo y C como un jugador a corto plazo $-P$ juega en cada período y los C solo en uno-, de forma que puede surgir el efecto de la reputación⁴⁹. Supongamos que existe un tipo de P con preferencias extra-

⁴⁷ Estrategia dominante es aquella que garantiza a un jugador el mejor resultado, con independencia de las estrategias que escojan el resto de jugadores.

⁴⁸ Estos mecanismos son creíbles y viables en un sentido económico o práctico, obviamente no en sentido jurídico, pues la acción o excepción de nulidad no son disponibles *ex ante* para los contratantes.

⁴⁹ El efecto de la reputación en la teoría de juegos fue desarrollado por KREPS, David M./WILSON, Robert, «Reputation and imperfect information», *Journal of Economic Theory*, vol. 27, núm. 2, 1982, pp. 253-279; y por MILGROM, Paul/ROBERTS, John, «Predation, reputation and entry deterrence», *Journal of Economic Theory*, vol. 27, núm. 2, 1982, pp. 280-312.

ñas, pues hace honor a su palabra de prestar el servicio una vez que se le ha pagado el precio. El efecto de la reputación significa que, aunque la probabilidad de encontrar este tipo de *P* sea despreciable, si la tasa de descuento es lo suficientemente grande –los jugadores son suficientemente pacientes–, es posible que *P* comunique un compromiso perfecto de cumplir (*p-s-d*, en nuestro caso), pues la existencia del tipo *honesto* proporcionará los incentivos al *P* normal –casi toda la población– a cumplir. Al hacerlo, el jugador normal intentará convencer a los futuros *C* de que es honesto. En nuestro caso, necesitaremos un supuesto adicional, esto es, que al menos un pequeño conjunto de *C* decida hacer la oferta y pagar⁵⁰.

El atractivo del régimen de nulidad civil sin restitución –para la parte culpable– como mecanismo para desincentivar la celebración de contratos se desvanece entonces cuando el escenario se complica introduciendo las interacciones dinámicas –prolongadas en el tiempo y en las que la reputación puede jugar un papel relevante– entre las partes. Este fenómeno constituye una explicación adicional del por qué, si queremos disuadir ciertas conductas voluntarias –contractuales– de quienes participan, en circunstancias de posibles interacciones repetidas, deba acudir a las consecuencias penales u otras formas públicas de sanción externa de las conductas.

De lo anterior se puede inferir que el art. 1306.2 CC es funcionalmente equivalente a una sanción y, además, consiste en una *privación* de derechos –a la restitución– de que ordinariamente dispone el contratante de un contrato nulo. Ahora bien, el paso adicional de plantear su incompatibilidad con las sanciones administrativas del Derecho de la competencia exigiría un análisis singularizado del alcance de la regla del *non bis in idem* que excede grandemente el propósito de este trabajo.

4.5 Problemas derivados de la aplicación del art. 1303 CC a los contratos de distribución de combustibles

Para concluir con los problemas derivados de las consecuencias de la nulidad conviene analizar brevemente la aplicación a este escenario de la regla general del art. 1303 CC, según la cual las partes deben restituirse recíprocamente las cosas objeto del contrato, con los frutos e intereses en su caso, una vez declarada la nulidad del mismo.

⁵⁰ Véase el detalle del argumento técnico para este resultado en FUDENBERG, Drew/LEVINE, David K., «Maintaining a Reputation when Strategies are Imperfectly Observed», *Review of Economic Studies*, vol. 59, 1992, pp. 561-579.

La aplicación de esta regla es compleja en relación con los contratos de distribución de combustibles por varias razones: así, es posible que la nulidad pretendida afecte a un conjunto contractual complejo –por ejemplo, la constitución de un derecho real que se encuentra unido a un contrato de distribución–. Es igualmente posible que los contratantes o, cuanto menos, la petrolera, hayan realizado inversiones específicas –como la construcción de la instalación, o la introducción de mejoras en la misma, etc.–. Además, la restitución puede implicar la liquidación de estados posesorios entre dos poseedores –el usufructuario o superficiario y arrendador, por un lado, y el nudo propietario o propietario del suelo y a la vez arrendatario de la industria o explotación, de otro–. La restitución *in natura*, por su parte, no siempre será posible. Finalmente, parece razonable pensar que no se pueden aplicar sin más los regímenes jurídicos del usufructo o del derecho de superficie, pues éstos sólo regulan la liquidación del estado posesorio pensando implícitamente –en el caso del usufructo– o explícitamente –en el caso del derecho de superficie⁵¹– en la extinción del derecho por expiración del plazo.

En consecuencia, no está tan claro que, a la hora de determinar la compensación de inversiones o mejoras, se puedan aplicar los regímenes generales de liquidación de estados posesorios⁵². De hecho, el Tribunal Supremo ha descartado la aplicación de tales reglas y ha optado –tal vez inspirado de alguna manera en el art. 29 LCA⁵³– por vías directas de compensación de inversiones específicas no amortizadas⁵⁴. Sin embargo, hay que advertir que esta vía

⁵¹ Según el art. 41.5, párrafo segundo, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (*BOE* núm. 154, de 26 de junio de 2008), «(...) [a] la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie (...)».

⁵² Por ejemplo, el régimen general de liquidación de estados posesorios de los arts. 451 ss. CC o el régimen específico –y menos generoso– de la falta de condiciones de eficacia del contrato (arts. 1122 y 1123 CC) y del usufructo (art. 487 CC).

⁵³ Según este precepto, «[s]in perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato».

⁵⁴ En la STS, 1.ª, 30 de junio de 2009 (Ar. 5563; MP: Jesús Corbal Fernández), analizada *supra* apartado 1 de este trabajo, el Tribunal acuerda, en relación con el contrato de arrendamiento y compra en exclusiva, la devolución del objeto arrendado y la liquidación de los saldos pendientes; y, en relación con el contrato de superficie, dado que la construcción revierte al concedente del derecho, éste debe reintegrar a la superficiaria las cantidades que procedan correspondientes a la parte proporcional de la suma de 69 millones de pesetas (principal más IVA) satisfechas por la constitución del derecho de superficie, correspondiente al periodo no disfrutado, con intereses legales desde la fecha de entre-

remite a un remedio indemnizatorio por incumplimiento o, al menos, a una compensación contractual que no se corresponde con el ámbito restitutorio que es, en puridad, el que concurre en los casos analizados.

En definitiva, la complejidad del entramado contractual y la presencia importante de factores *idiosincrásicos* a la concreta relación contractual en la que nos encontramos –inversiones específicas de distinta naturaleza– hace muy difícil establecer un sistema general de consecuencias restitutorias tras la declaración de nulidad de los contratos de distribución de combustibles.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCOVER GARAU, G. (1991), *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Civitas, Madrid.
- ALONSO PÉREZ, M. (1972), *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid.
- ARGUDO PÉREZ, J. L. (2010), «Sentencia de 29 de junio de 2009: Derecho comunitario de la competencia. Contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro en estaciones de servicio, y otros conexos. Diferencias entre agente-comisionista y revendedor en firme. Cumplimiento y nulidad de los contratos», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, pp. 1339-1368.
- CARRASCO PERERA, Á. (2010), *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- COLÁS ESCANDÓN, A. (2009), «Artículo 1303», «Artículo 1305», «Artículo 1306», «Artículo 1307», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 1547 ss.
- DE COSSÍO, A. (1944), «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *Revista de Derecho Privado*, pp. 361 ss.
- «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *Anuario de Derecho civil*, 1953, pp. 587 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1982), «Artículo 1303», «Artículo 1305», «Artículo 1306» y «Artículo 1307», en ALBALADEJO GARCÍA, M./DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 2, 2.^a ed., Edersa, Madrid (disponible en Vlex).
- «Art. 1303», «Art. 1305», «Art. 1306» y «Art. 1307», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. *et alii*, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 550 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J./PARRA LUCÁN, M. Á. (2005), *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2010), *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 4, Civitas Thomson Reuters, Madrid.

ga, y parte de la inversión realizada en la construcción que revierte a la entidad concedente del derecho de superficie pendiente de amortizar a la fecha de cesación efectiva de este derecho, con los intereses legales desde esta fecha.

- FUDENBERG D./LEVINE, D. K. (1992), «Maintaining a Reputation when Strategies are Imperfectly Observed», *Review of Economic Studies*, vol. 59, pp. 561-579.
- JEREZ DELGADO, C. (2011), *La anulación del contrato*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- KREPS, D. M./WILSON, R. (1982), «Reputation and imperfect information», *Journal of Economic Theory*, vol. 27, núm. 2, pp. 253-279.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2002), «Sentencia de 2 de abril de 2002: Simulación. Inexistencia de contrato de compraventa de oficina de farmacia. Nulidad de contrato disimulado de regencia de oficina de farmacia por ser contrario a la ley. 'Causa torpe': inexistencia de la obligación de restitución», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, pp. 813-824.
- MERCADAL VIDAL, F. (2001), «Derecho europeo de la competencia: contrato relativo a la explotación de una estación de servicio; nulidad de pleno derecho por violación de Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el juez español; remisión al ordenamiento», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, pp. 87-120.
- MILGROM P./ROBERTS, J. (1982), «Predation, reputation and entry deterrence», *Journal of Economic Theory*, vol. 27, núm. 2, pp. 280-312.
- MORALES MORENO, A. M. (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid.
- «Art. 1270», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. *et alii*, *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 470 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000), *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PARRA LUCÁN, M. Á. (2008), «Sentencia de 3 de octubre de 2007: Nulidad de pleno derecho de contrato de abanderamiento por infracción de Reglamento comunitario», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, pp. 761-799.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2010), «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1.306.2.º del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, pp. 1045-1072.
- PINTÓ RUIZ, J. J. (1975), «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 74, núm. 4, pp. 693 ss.
- SOBREPERA MILLET, I./HERNÁNDEZ PARDO, A. (2011), «Prácticas contrarias al Derecho de la competencia en la venta de combustibles y carburantes en estaciones de servicio. Comentario de la STS de la Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de enero de 2010 (RJ 2010, 1400)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011-1, pp. 255-267.
- TAMAYO CARMONA, J. A. (2002), *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e incoterms 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia.

