

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 12 Y 13 DE ENERO DE 2015 (277/2015 Y 590/2015)**

**Contratos de abanderamiento
y suministro de carburantes en exclusiva y
Derecho de Defensa de la Competencia**

Comentario a cargo de:
Aida Oviedo Martínez
Asociada Principal
CMS ALBIÑANA & SUÁREZ DE LEZO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO DE 2015

Roj: STS 277/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:277**

ID CENDOJ: 28079119912015100009

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO DE 2015

Roj: STS 590/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:590**

ID CENDOJ: 2807911991215100013

PONENTE: Excmo. Sr. Don Ignacio Sancho Gargallo

Asunto: Las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 y 13 de enero de 2015 modifican la doctrina anterior de la Sala limitando el periodo de validez de los pactos de exclusiva en los contratos de distribución de carburantes tras la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, que endureció el tratamiento de ese tipo de pactos tanto en lo referente al máximo de su duración (5 años) como al ámbito de régimen excepcional. En particular, la validez de los contratos cubiertos por el Reglamento 1984/83 anterior pero no por el Reglamento 2790/99 desaparece desde que finaliza el periodo transitorio de éste reglamento, el

31 de diciembre de 2001, y no desde el 31 de diciembre de 2006 (5 años después). Además, las sentencias se pronuncian sobre la ausencia de carácter vinculante de las decisiones de la autoridad española de la competencia para la jurisdicción civil, así como respecto de la improcedencia de la revisión de los hechos por el Tribunal Supremo, en concreto, en relación con las conductas de fijación de precios de reventa de las petroleras alegadas por las comercializadoras.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Acerca del valor vinculante de la cosa juzgada respecto de hechos fijados en resoluciones de los órganos administrativos de competencia. 5.2. Improcedencia de la revisión de la interpretación de los hechos en relación con la fijación de los precios de reventa. 5.3. Invalidez sobrevenida de los contratos como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento CE 2790/99 y consecuencias. **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

Las sentencias tratan sobre la compatibilidad de determinados acuerdos para la distribución en exclusiva de carburantes desde una estación de servicio construida por el operador petrolífero con el Derecho de Competencia. En particular, en la sentencia 277/2011, con anterioridad al acuerdo de arrendamiento de industria y exclusiva, la estación de servicio había constituido un derecho de superficie de 25 años a favor de la petrolera (REPSOL) sobre los terrenos en los que ésta, a cambio, había llevado a cabo la inversión necesaria para la construcción y puesta en marcha de la estación de servicio. Por su parte, en la sentencia 590/2015, la petrolera (BP) había vendido a la comercializadora una finca donde se ubicaba la estación de servicio, a cambio de que ésta constituyera un arrendamiento de industria a favor de la petrolera que, a su vez, subarrendaba a favor de la comercializadora la estación de servicio con exclusiva de abanderamiento de 15 años.

En ambos casos, las comercializadoras interpusieron una demanda contra los operadores petrolíferos por la que se solicitaba la nulidad de la relación contractual compleja por infracción del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea o TCE (actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE), fundamentalmente por dos motivos: (i) la fijación a la estación de servicio del precio de venta al público del carburante por parte del operador petrolífero; y (ii) la excesiva duración de la cláusula de no competencia. Además, en ambos casos, se solicitaba que se condenara a las deman-

dadas al pago de una indemnización de daños y perjuicios que debía consistir en la diferencia existente entre el precio efectivamente abonado por la estación de servicio al operador petrolífero y los precios ofrecidos y/o abonados por otros operadores autorizados.

Los contratos que han dado lugar a las sentencias aquí comentadas se suscribieron cuando regía el Reglamento CEE 1984/83 de la Comisión Europea, de 22 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado (actual 101.3 TFUE) a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (“Reglamento 1984/83”), y fueron denunciados una vez entró en vigor el Reglamento CE 2790/1999 de la Comisión Europea, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (“Reglamento 2790/99”).

Con el fin de adaptarse al cambio de normativa antes de la expiración del periodo transitorio establecido en el Reglamento 2790/99, tanto REPSOL como BP llevaron a cabo actuaciones en relación con los contratos controvertidos. En particular, en el caso de la sentencia 277/2011, REPSOL propuso a la comercializadora la firma de un modelo revisado de contrato, recordándole que, en todo caso, era libre para reducir el precio de venta al público con cargo a sus comisiones. Por su parte, en el caso de la sentencia 590/2015, BP comunicó a la comercializadora que la duración del pacto de exclusividad finalizaba el 31 de diciembre de 2006 y que, después de esa fecha, la comercializadora podía continuar con el abanderamiento y suministro de combustible de BP (lo que de hecho sucedió).

Al margen de lo anterior, y de forma coetánea al desarrollo de las relaciones contractuales complejas aquí comentadas, las autoridades de competencia adoptaron determinadas resoluciones en relación con los operadores petrolíferos que, según las comercializadoras, debían incidir en el resultado de los procedimientos. En particular, la Comisión Europea adoptó una decisión de 12 de abril de 2006 (Expediente COM/B.1/38.348) por la que admitió determinados compromisos ofrecidos por REPSOL para permitir que sus distribuidores pudieran desvincularse de su red en España con mayor antelación a la inicialmente prevista y acceder así a contratar con otros proveedores. Asimismo, en 2001, el Tribunal de Defensa de la Competencia declaró que REPSOL había incurrido en prácticas prohibidas por el Derecho de la Competencia al fijar los precios de venta al público de los combustibles a determinados distribuidores (Resolución del TDC de 11 de julio de 2001, expediente 490/00, confirmada por la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 11 de julio de 2007 y 13 de julio de 2007, recursos núm. 866/2001 y 966/2001, respectivamente, y por la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 10 y 17 de noviembre de 2010). Y en 2009, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia o CNC declaró que tanto REPSOL como BP (y también CEPSA) habían incurrido en una in-

fracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operaban bajo su bandera mediante el control de la implementación por parte de sus estaciones de servicio de los precios de venta recomendados (Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, expediente 652/2007).

2. Soluciones dadas en primera instancia

En el caso de la sentencia 277/2015, el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid dictó sentencia el 9 de febrero de 2010 en la que estimó la demanda interpuesta por las actoras. El Juzgado entendió que la relación jurídica compleja existente entre la comercializadora y el operador petrolífero constituía una infracción del Derecho de la Competencia y declaró nulo tanto el contrato de cesión del derecho de superficie como el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva. En particular, después de advertir que la relación contractual que vinculaba a las partes afectaba de modo apreciable al comercio intracomunitario, entendió igualmente que restringía de forma sensible el Derecho de la Competencia por dos razones: (i) se había acreditado una fijación de los precios de venta al público ilícita por parte del operador petrolífero a la estación de servicio; y (ii) la duración del pacto de no competencia estaba amparada por el Reglamento 1984/83, pero no por el Reglamento 2790/99 y, por tanto, era excesiva. Asimismo, el Juzgado condenó al operador petrolífero a satisfacer el pago de los daños y perjuicios causados, que deberían determinarse en el momento de la ejecución de la sentencia, y se corresponderían con la diferencia entre el margen comercial obtenido por cada litro comercializado de carburante y el margen que habría podido obtener de acceder libremente al mercado.

En el caso de la sentencia 590/2015, el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid dictó sentencia el 23 de julio de 2007 desestimando la demanda interpuesta por la comercializadora. En concreto, el Juzgado entendió que no se había acreditado la fijación de precios de reventa por parte de BP y que la duración de 15 años del contrato estaba cubierta en un principio por la exención establecida en el Reglamento 1984/83 y que, con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, se llevó a cabo una adaptación de la duración de la exclusiva limitándola al periodo máximo establecido en ese Reglamento (5 años), por lo que no había causa de nulidad.

3. Soluciones dadas en apelación

En el caso de la sentencia 277/2015, el operador petrolífero recurrió en apelación la sentencia de Primera Instancia y la sección 28ª de la Audiencia

Provincial de Madrid dictó sentencia de 18 de marzo de 2011 en la que estimó parcialmente el recurso interpuesto por aquélla. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de Instancia y declaró únicamente la nulidad del pacto de no competencia (exclusiva de suministro) contenido en el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva, pero no la de toda la relación contractual compleja. En concreto, en cuanto a la fijación de precios, la Audiencia Provincial entendió que el contrato no establecía una imposición directa del precio de reventa y que tampoco había quedado acreditado que el margen indicado por el operador petrolífero a la estación de servicio impidiera a ésta determinar con libertad el precio de venta a terceros, sino que de hecho se habían efectuado descuentos con cargo a la comisión. Respecto de la duración del contrato, la Audiencia Provincial entendió que la entrada en vigor del Reglamento 2790/99 no determinaba la nulidad radical de la relación contractual existente entre las partes, sino sólo la del pacto de no competencia, que debía extinguirse a la finalización del periodo máximo de duración previsto en ese Reglamento (esto es, a los cinco años desde su entrada en vigor).

En el caso de la sentencia 590/2015, la comercializadora recurrió la sentencia de Primera Instancia en apelación y la Sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 27 de mayo de 2011 en la que desestimó el recurso planteado. En relación con la fijación de los precios, la Audiencia confirmó que no había habido fijación de precios mínimos, sino un sistema de precios recomendados lícito desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Y en cuanto a la duración del pacto de exclusiva, la Audiencia declaró la validez de dicho pacto sin perjuicio de su extinción a la conclusión del plazo máximo de duración de 5 años fijado en el Reglamento 2790/99, manifestando que la nulidad sobrevenida se predicaría en su caso de la cláusula de no competencia pero no de toda la relación contractual.

4. Los motivos de casación alegados

En el caso de la sentencia 277/2015, la sentencia de apelación es recurrida por ambas partes:

— La parte actora interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal son tres. El primero se funda en la vulneración del principio de cosa juzgada material, en la medida en que la Audiencia Provincial no habría respetado los hechos fijados en la Resolución de la CNC de 2009. El segundo y el tercer motivo se refieren a las reglas sobre la apreciación de la prueba por parte de la Audiencia Provincial. Por su parte, los motivos del recurso de casación, a los efectos de lo que aquí interesa, se basan en la infracción del art. 81.1 TCE (actual 101 TFUE) en relación con otros artículos del Código Civil, del Regla-

mento 1984/83, del Reglamento 2790/99, y del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 261/2008.

— La parte demandada interpuso recurso de casación sobre la base de la infracción del Reglamento 2790/99, de las directrices sobre restricciones verticales, del Reglamento 1/2003 y de los artículos 1.261, 1.274, 7 y 1.303 del Código Civil. No obstante, el Tribunal Supremo apreció causa de inadmisión y desestimó el recurso por preparación defectuosa al no haber sido formulado en atención a su interés casacional.

En el caso de la sentencia 590/2015, la comercializadora interpuso también recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso por infracción procesal se formula sobre la base de cuatro motivos, todos ellos relativos a la fijación de precios. El recurso de casación se plantea con fundamento en un único motivo en el que la norma básica infringida sería el artículo 81 TCE, y que se desarrolla en tres sub-motivos: el primero con relación a la fijación de los precios de reventa; el segundo con relación a la duración del pacto de exclusiva; y el tercero sobre el alcance de la nulidad de pleno derecho.

El artículo 81.1 TCE (actual 101.1 TFUE) dispone que “[s]erán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. Son acuerdos verticales prohibidos por el artículo 101 TFUE los que implican el establecimiento, por parte del proveedor, de precios fijos o mínimos de reventa al distribuidor, y los que incluyen un pacto de exclusiva u obligación de no competencia respecto de otros proveedores.

No obstante, el artículo 81.3 TCE (artículo 101.3 TFUE) exceptúa ciertas prácticas comerciales del efecto jurídico prohibitivo contenido en el apartado 1 del artículo 81 TCE (101 TFUE) por entender que tales prácticas comerciales, que normalmente caerían en la prohibición general, pueden contener ciertos aspectos de interés para el mercado que las haga respetables. La excepción se articula a través de los Reglamentos de exención por categorías promulgados por las instituciones europeas. Como hemos visto, los Reglamentos de exención que estaban en vigor cuando se iniciaron y desarrollaron las relaciones de los operadores petrolíferos con las estaciones de servicio son el Reglamento 1984/1983, y el Reglamento de 2790/1999 (hoy sustituido por el Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010).

A estos efectos, ambos Reglamentos eximían de la prohibición los pactos de exclusiva en el marco de contratos de distribución de carburantes que cumplieran determinados requisitos (tanto en términos subjetivos como de duración). No obstante, el régimen contenido en el Reglamento 1984/83 para

la exención de prohibición de este tipo de pactos era más favorable que el posteriormente establecido en el Reglamento 2790/99, lo que vino a determinar que en algunos casos, los pactos de exclusiva cubiertos por el Reglamento 1984/83 dejaran de estar cubiertos por el Reglamento 2790/99 (como sucede en los dos asuntos aquí analizados).

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Acerca del valor vinculante de la cosa juzgada respecto de hechos fijados en resoluciones de los órganos administrativos de competencia*

La primera de las cuestiones relevantes sobre las que se pronuncia la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias aquí comentadas se refiere al valor vinculante de la cosa juzgada respecto de los hechos fijados en resoluciones previas de las autoridades de competencia.

La cuestión se plantea puesto que la entidad comercializadora sostiene que la sentencia de la Audiencia Provincial no se atiene a los hechos descritos en las resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia de 2001, y de la extinta Comisión Nacional de Competencia de 2009, que declararon acreditado que REPSOL (en ambas resoluciones) y BP (en la de 2009) habían impuesto los precios mínimos de reventa a algunas de sus estaciones de servicio.

En ambos casos, la respuesta del Tribunal Supremo es clara y contundente: el efecto de cosa juzgada material no opera en sentido positivo respecto de las resoluciones de las autoridades de competencia citadas.

En efecto, la Sala clarifica que las decisiones adoptadas por las autoridades de competencia están sujetas al régimen propio de los actos administrativos, y no impiden a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pueden, en algún caso, constituir un instrumento de convicción de gran autoridad. A estos efectos, trayendo a colación lo previamente declarado en la Sentencia 634/2009, de 9 de enero, la Sala recuerda que “bajo la normativa actualmente en vigor, no existe ninguna norma legal que, de forma equivalente al artículo 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de la Competencia (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas, en este caso en la apreciación de la nulidad del pacto contractual declarado contrario de la Competencia”.

En el mismo sentido, la Sala manifiesta que el carácter de hecho probado declarado por el Tribunal de Instancia debe ser respetado en casación, sin que ese juicio pueda quedar desvirtuado por actuaciones de un órgano administrativo como la CNC, cuya finalidad es distinta a la de la de un proceso civil (SSTS, entre otras, 1667/2012, de 3 de abril, y 601/2012, de 24 de octubre).

En consecuencia, y apoyándose en doctrina jurisprudencial consolidada, la Sala sostiene que las resoluciones sancionadoras del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia y del actual Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) no vinculan al juez civil, produciendo efectos de cosa juzgada en el proceso civil (STS 8 de mayo de 2013, rec. 2003/10).

Además, en el caso de la sentencia 277/2015, la Sala considera que el contrato entre la comercializadora y REPSOL objeto de la *litis*, suscrito en 1999, no fue tenido directamente en consideración en el expediente del TDC, que concluyó en 2001. Por tanto, el Tribunal Supremo razona que no se da la identidad objetiva y subjetiva necesaria para que se puedan desprender los efectos vinculantes propios de la cosa juzgada.

No obstante lo anterior, cabe entender que la postura de la Sala en cuanto al carácter vinculante de las resoluciones de las autoridades de competencia para la jurisdicción civil hubiera sido distinta si las demandas se hubieran configurado como una acción *follow-on*, esto es, una acción que planteara una pretensión resarcitoria respecto de una infracción de Derecho de la Competencia previamente declarada por la CNMC en una resolución firme, en contraposición a las acciones *stand alone*, en las que la acción resarcitoria se acumula a la acción declarativa de la existencia de una infracción de la normativa antitrust.

Así lo ha puesto de manifiesto la Sala de lo Civil, Sección 1ª, del Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de noviembre de 2013, que reconoce el carácter vinculante de los hechos declarados en una resolución de la CNMC cuando ésta sea firme. En particular, la sentencia citada manifiesta que la jurisdicción civil que entiende de una acción de daños no puede dejar de tener en cuenta lo declarado probado por la resolución firme de la autoridad administrativa de defensa de la competencia, señalando que “únicamente en cuanto a la fijación de los hechos puede producirse tal efecto (vinculante para la jurisdicción civil), pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica” (...) “no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción se derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas diversas”.

De hecho, concluido el periodo de transposición de la Directiva europea sobre daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust (Directiva 2014/104/UE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea), las resoluciones firmes de la CNMC tendrán carácter vinculante para la jurisdicción civil, en consonancia con lo dispuesto en su artículo 9, que dispone que “los Estados miembros velarán para que la constatación de una infracción del Derecho de la Competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la Competencia”.

En todo caso, y aun admitiendo el carácter vinculante de las resoluciones del TDC y CNC que declaraban la fijación, por parte de REPSOL y BP, de los precios de reventa de los carburantes a las estaciones de servicio, ello no cambiaría el sentido del fallo de las sentencias aquí comentadas, en la medida en que, como manifiesta la Sala en la sentencia 277/2015, tales resoluciones no se pronunciaban, expresamente, sobre la concreta relación jurídica entre las estaciones de servicio y las petroleras.

5.2. *Imprudencia de la revisión de la interpretación de los hechos en relación con la fijación de los precios de reventa*

La segunda de las cuestiones de interés sobre las que se pronuncia la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene que ver con la invocación, tantas veces alegada en asuntos similares al aquí enjuiciado por estaciones de servicio, de que la interpretación de la prueba realizada por el Tribunal de Instancia o apelación en cuanto a la fijación por parte de la petrolera de los precios de reventa de carburantes es errónea, tanto en sede del recurso extraordinario por infracción procesal como en sede casacional.

En efecto, en este tipo de casos, las sentencias de instancia suelen declarar que no se ha acreditado que el operador petrolífero impusiera los precios a los que debía vender la estación de servicio, quien tiene la carga de probarlo. Por ello, son muchos los casos en los que las estaciones de servicio plantean motivos relacionados con la interpretación de la prueba realizada por el Tribunal de instancia o apelación ante el Tribunal Supremo, quien, con carácter general, suele desestimarlos.

A estos efectos, y en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, la Sala clarifica que las cuestiones que no son fácticas sino de interpretación jurídica son ajenas a ese recurso, y por ello, no pueden examinarse en su seno los argumentos impugnatorios que pretenden cuestionar las conclusiones fácticas de la Audiencia Provincial desde la perspectiva hermenéutica, esto es, en relación con la disconformidad de la interpretación contractual.

Los aspectos interpretativos de los contratos son materia de casación, y aunque las posibilidades de revisar la interpretación realizada en la instancia en casación son también limitadas, no es adecuado utilizar argumentos referentes a un supuesto error en la interpretación para cuestionar el juicio fáctico de la Audiencia Provincial, en este caso, relativo a la no imposición de los precios mínimos por el suministrador en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal.

En cuanto a la casación, el Tribunal Supremo reitera que el control en casación de la interpretación contractual realizada por el Tribunal de instancia puede resumirse en que (i) la interpretación del contrato, como su calificación, es una labor jurídica que se asienta en los hechos que se declaren probados (entre otras, Sentencias 94/2011, de 14 de febrero, 122/2011, de 22 de febrero) y (ii) fijada esa interpretación por el Tribunal de instancia, el ámbito de debate en casación sobre la interpretación contractual no se extiende a lo oportuno o conveniente (es decir, a si existían o no otras interpretaciones igualmente posibles), sino que, por el contrario, se limita a la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico, sin que baste para considerar infringida en casación una norma o regla interpretativa la mera propuesta por el recurrente de otra de las interpretaciones posibles (sentencias 159/2012, de 23 de marzo, y 198/2012, de 26 de marzo, ambas citadas por la sentencia 677/2013, de 6 de noviembre).

En estas circunstancias, será muy difícil que, una vez declarada la inexistencia de la imposición de los precios de reventa por parte de la petrolera en la instancia, el Tribunal Supremo cambie de parecer y aprecie la infracción de Derecho de la Competencia. A pesar de ello, las estaciones de servicio no desisten y suelen incluir en sus recursos ante el Tribunal Supremo motivos basados en la interpretación de la prueba, por lo que la doctrina jurisprudencial de la Sala en este sentido es consolidada, como en el caso de las sentencias aquí comentadas.

5.3. *Invalidez sobrevinida de los contratos como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento CE 2790/99 y consecuencias*

a) El cambio de doctrina a raíz del asunto Bright Service

La tercera cuestión relevante que abordan las sentencias aquí comentadas se refiere a los pactos de exclusiva de duración superior a la prevista en el Reglamento 2790/99 tras su entrada en vigor, que rectifica la anterior doctrina del Tribunal Supremo sobre el periodo de validez de esos pactos desde que se produce el cambio de normativa.

En efecto, el Reglamento 1984/83 establecía que “*a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclu-*

siva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente título, durante todo el periodo durante el cual explote efectivamente la estación de servicio”.

No obstante, el Reglamento 2790/99 (artículo 5) endureció el tratamiento de las cláusulas de exclusiva tanto en lo referente al máximo de su duración (5 años) como al ámbito de régimen excepcional, al exigir que el arrendador no solo fuera el propietario de la estación de servicio sino también del terreno (sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009 y TS de 28 de febrero de 2011).

Por tanto, relaciones jurídicas como las aquí comentadas en las que la exclusiva se preveía por todo el periodo cubierto por el derecho de superficie o el subarriendo de industria (superior a 10 años) pero que se referían a estaciones de servicio propiedad de la empresa petrolera aunque sitas en terrenos propiedad de las comercializadoras estaban cubiertas por la exención del Reglamento 1984/83, pero no por la exención del Reglamento 2790/99 (que limitaba este tipo de pactos a 5 años cuando no se dieran los requisitos anteriormente expuestos).

En este tipo de casos, la Sala venía considerando que, tras la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, el acuerdo estaba amparado por el Reglamento 1984/83 hasta el 31 de diciembre de 2006. Para llegar a esta conclusión, la Sala sumaba al periodo transitorio previsto en el Reglamento 2790/1999 (hasta el 31 de diciembre de 2001) otro período de duración equivalente al máximo en el que un contrato que prevea una exclusiva podía estar exento al amparo del Reglamento 2790/1999 (cinco años de duración máxima general permitida por el art. 5 a) de dicho Reglamento).

No obstante, esa doctrina quedó afectada por la interpretación que, sobre la cuestión, ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Auto de 27 de marzo de 2014, asunto *Bright Service*, en la que se afirma lo siguiente:

“Procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha precisado en diversas ocasiones que, en el caso de que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que un acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento n° 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento n° 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento n° 2790/1999 (véanse las sentencias CEPSA, EU C-2008/485, apartados 59 y 60, y Pedro IV Servicios, EU C-2009/215, apartado 67).

Por tanto, no cabe alegar válidamente, como hace Repsol, que tal acuerdo sigue estando excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, por dicho Reglamento hasta el 31 de diciembre de 2006, al sumar al periodo transitorio previsto en el artículo 12, apartado 2, del mismo Reglamento un período de una duración equivalente al máximo durante el

cuál un contrato que incluya una cláusula de no competencia puede estar exento en virtud del Reglamento n° 2790/1999.

Por otra parte, en el apartado 68 de la sentencia Pedro IV Servicios (EU C-2009/215), el Tribunal de Justicia añadió que, cuando un acuerdo no cumple todos los requisitos previstos por un Reglamento de exención, sólo incurre en la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, si tiene por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros. En este último caso, y a falta de exención individual en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, dicho acuerdo es nulo de pleno Derecho conforme al apartado 2 de este mismo artículo”.

b) Aplicación de la nueva doctrina en la sentencia 277/2015

En el caso de la sentencia 277/2015, y aplicando el razonamiento del TJUE que se viene de transcribir, la Sala entiende que debe considerarse que el pacto de exclusividad establecido en la relación contractual compleja entre la comercializadora y REPSOL estuvo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE (actual art. 101.1 TFUE) hasta el 31 de diciembre de 2001, y no hasta el 31 de diciembre de 2006, como manifestaba la sentencia de la Audiencia Provincial.

En consecuencia, a partir del día siguiente (1 de enero de 2002), el pacto de exclusiva es nulo de pleno derecho, debiendo determinarse a continuación el alcance de esa nulidad teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto (sentencias de 3 de octubre de 2007, de 20 de noviembre de 2008, de 15 de abril de 2009 y de 30 de junio de 2009).

A este respecto, la Sala declara que la nulidad alcanza a toda la relación contractual, en la medida en que todos los contratos respondían a una finalidad común y entres ellos existía un equilibrio de prestaciones que se rompe cuando la cláusula de no competencia deviene nula. En este sentido, a Sala considera que los contratos de superficie y arrendamiento, con la consiguiente inversión realizada por la petrolera, se realizaron con fundamento en que la inversión se amortizaría con el suministro de combustible en exclusiva durante el periodo de duración del contrato pactado, por lo que la nulidad sobrevinida sobre la cláusula determina la nulidad de toda la realidad contractual, y no sólo la de la cláusula.

Finalmente, por lo que respecta a una posible indemnización, y toda vez declarado el entramado contractual nulo desde el 1 de enero de 2002, la Sala considera que las relaciones contractuales de superficie, arrendamiento de industria y distribución no sólo quedan sin efecto, sino que también han de liquidarse para reestablecer el equilibrio económico entre las partes, teniendo en cuenta (i) la inversión realizada por la petrolera y no amortizada, que

habría revertido a favor de la comercializadora propietaria del terreno en el que se construyó la estación de servicio; y (ii) las cantidades de más que la comercializadora pagó por el combustible suministrado, en relación con los precios medios de suministro en la zona desde que la relación contractual devino nula. Y como ya había declarado en otros casos, la Sala manifiesta que esa liquidación debe ser objeto de un pleito posterior, evitando así las complicaciones que supone la restitución recíproca de las prestaciones para reestablecer el equilibrio contractual en este tipo de casos.

c) Aplicación de la nueva doctrina en la sentencia 590/2015

En cuanto a la sentencia 590/2015, y a pesar de que ésta hace referencia específica al cambio de postura que se ha producido a raíz del asunto *Bright Service* en la Sala en la sentencia 277/2015, el Tribunal Supremo entiende que no procede declarar la nulidad de la cláusula contractual ni determinar el alcance de ésta, puesto que cuando se interpuso la demanda en julio de 2007, el pacto de no competencia ya no estaba vigente.

A tal efecto, la Sala toma en consideración que a raíz de la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, BP adaptó el contrato al periodo máximo de duración de cinco años que preveía el citado Reglamento, comunicando a la estación de servicio que el pacto de exclusiva finalizaba el 31 de diciembre de 2006. Por tanto, y entendiendo que más que una prórroga de la exención que provenía del Reglamento anterior lo que se produce es una adaptación del contrato al nuevo Reglamento, la Sala entiende que no hay necesidad de declarar la nulidad sobrevenida a partir del 1 de enero de 2002 en línea con la interpretación del TJUE en el asunto *Bright Service*.

d) Conclusiones

A partir de la adopción del auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Bright Service*, y apartándose de la doctrina anterior, la Sala acoge como suya la interpretación de ese tribunal y establece que los pactos de exclusiva incluidos en los acuerdos para la distribución de carburantes que no están exentos de prohibición a partir de la entrada en vigor del Reglamento 2790/99 son nulos a partir del 31 de diciembre de 2001, fecha en la que finalizaba el régimen transitorio previsto en el nuevo Reglamento.

El alcance de la nulidad del pacto de exclusiva deberá determinarse en función del caso concreto e, incluso, en un pleito posterior. La nulidad podrá aplicarse con carácter parcial –sólo respecto del pacto de exclusiva– o total –respecto de todo el entramado contractual–.

No obstante, la nueva doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo no se aplicará si las partes del acuerdo modificaron la duración del pacto de exclusiva para adaptarlo a las reglas del Reglamento 2790/99.

6. Bibliografía utilizada

- YANES YANES, «Aplicación privada *antitrust*, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de ciclo?», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 9, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, Julio 2011, pag. 133, Editorial La Ley.
- VAQUERO PINTO, «Comentario a la Sentencia de 9 de mayo de 2011», *Revista de Cuadernos de Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 89/2012 parte Sentencias, Editorial Civitas, S.A., Pamplona.
- SOBREPORA MILLET, «La interpretación del TJCE con relación a la fijación de precios y la duración máxima de los acuerdos de compra en exclusiva en la distribución de carburantes», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 29 de enero de 2010, Editorial La Ley.
- DÍEZ ESTELLA, «A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes (Comentario al auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07)», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 18 de diciembre de 2009, Editorial La Ley.
- DE FELIX PARRONDO, «Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n°4 – 2009, pg. 197.
- MARTÍNEZ ROSADO, «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la Competencia: ¿una problemática sin fin o el fin de una problemática?», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 5, Sección Estudios, julio-diciembre 2009, pág. 153, Editorial La Ley.