



El derecho de la competencia y la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 7 de febrero de 2018: La vinculación de los órganos jurisdiccionales nacionales ante las decisiones de la Comisión Europea

Victoria Trujillo Machuca

AD-Quorum Juristas

Extracto

El Pleno del Tribunal Supremo, Sala Civil, resuelta la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia, declara la nulidad de un acuerdo entre empresas por ser contrario a las normas de la competencia, en contra de una decisión adoptada previamente por la Comisión Europea al considerar que la misma no certificó la conformidad de la práctica objeto de sus pronunciamientos con el derecho de la Unión Europea.

1. Introducción

La legislación procesal civil está contenida fundamentalmente en la Ley de enjuiciamiento civil, Ley 1/2000 (LEC). Pero, por su interés en el proceso civil, es aplicable también la normativa europea. La Unión Europea (UE) asume el desarrollo de una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza que incluya la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–, art. 81). Las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del TFUE son resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, pero fue el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, el que introdujo en el TCE el artículo 81, que hoy se corresponde con el actual artículo 101 del TFUE.

El derecho de la competencia español presenta una estrecha relación con el derecho de la UE, que se refleja en el artículo 404.3 de la LEC, cuando en el trámite de admisión de la demanda se obliga al letrado de la Administración de Justicia a dar traslado a la Comisión Nacional de la Competencia de la resolución admitiendo la demanda en aquellos procesos en los que sean de aplicación los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales 101 y 102 TFUE) o los artículos 1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia, que recogen determinadas conductas prohibidas dentro de la defensa de la competencia.

El preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 julio de 2007, para la defensa de la competencia (LDC), pone de manifiesto que en los últimos años se ha producido una importante reforma del marco comunitario de defensa de la competencia, que ha fructificado en el nuevo Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y, sobre todo, en la modernización de la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia centrada en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. De esta forma, supone una legislación nacional adaptada al modelo comunitario que introduce cambios importantes aclarando y simplificando los diferentes tipos de infracción de la competencia; pasando de un régimen de autorización singular de acuerdos prohibidos a un sistema de exención legal en línea con el modelo comunitario; y, finalmente, aclarando los efectos de la exención legal y el tratamiento de las conductas *de minimis*. En relación con el paso al

sistema de exención legal, la ley excluye de la prohibición aquellos acuerdos que reúnan determinados requisitos, en línea con los previstos en las normas comunitarias. En esencia, se trata de que las prohibiciones no sean aplicables a aquellas restricciones de la competencia proporcionales a los beneficios que generan en términos de eficiencia en la asignación de recursos y, por tanto, de bienestar general. Así, con el fin de reforzar su seguridad jurídica, y a pesar de que la remisión a las normas comunitarias es consustancial a la práctica de defensa de la competencia en España, la ley se refiere expresamente al papel de los reglamentos comunitarios de exención por categorías en la aplicación de la nueva exención legal en el ámbito nacional, dado que hay numerosos acuerdos que afectan al comercio entre Estados miembros y se contempla un sistema, en línea con el comunitario, para las declaraciones de inaplicabilidad de las prohibiciones a una conducta concreta.

2. Acuerdos prohibidos en materia de competencia que pueden afectar al comercio entre Estados miembros

Se denominan acuerdos colusorios aquellos en que varias empresas actúan de manera que limitan o restringen la competencia entre ellas, por los acuerdos que realizan o por el comportamiento que adoptan.

Estas prácticas están reguladas en el artículo 85 del Instrumento de Ratificación de 29 de diciembre de 1992, que pasó a ser el artículo 81 del TUE, hoy el artículo 101 del TFUE, que establece, en el apartado 1, los acuerdos prohibidos entre empresas y prácticas incompatibles, como la prohibición general de las colusiones entre empresas, es decir, de acuerdos entre empresas, de asociaciones o prácticas concertadas que puedan afectar al comercio de los Estados miembros y que o bien tengan por objeto o bien por efecto impedir, restringir o falsear la competencia. En particular, sanciona determinadas conductas como fijar precios, limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones, repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento, etc.

Estos acuerdos, con carácter general, son nulos, declarados así por el apartado 2 del artículo citado.

No obstante la regla general anterior, admite también excepciones a la prohibición general cuando concurren determinados requisitos cuyos efectos se suponen beneficiosos socialmente o desde el punto de vista de la economía. La excepción a la regla general se contiene en el artículo 85.3 del Instrumento de Ratificación de 29 diciembre de 1992, posterior artículo 81.3, hoy 101.3 del TFUE.

Hasta el Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, las excepciones a la regla general exigían autorización singular, pero a partir de su

entrada en vigor ya no necesitan autorización previa. Por ello, los reglamentos de exención ya no tienen por objeto sustituir a dicha autorización, sino proporcionar seguridad jurídica a determinadas actuaciones.

Es jurisprudencia reiterada que los conceptos de acuerdo y de práctica concertada, en el sentido del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que solo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan. Para que exista acuerdo en el sentido del artículo 81 del TCEE, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 30 de noviembre de 2011).

En cuanto al efecto prevenido en derecho para la infracción del artículo 81.1 del TCEE, es la nulidad de pleno derecho de los acuerdos prohibidos, todo ello de conformidad con el apartado segundo de dicho precepto, y que, como señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Madrid, de 9 de febrero de 2010, se efectúa «de forma coincidente con la consecuencia general prevista en el artículo 6.3 del Código Civil, en derecho nacional, para los actos que infrinjan las normas prohibitivas o imperativas. La nulidad de pleno derecho de un acuerdo en el sentido del artículo 81.1 del TCEE, apartado 2, se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición establecida en el apartado 1 de este mismo artículo o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo debiendo determinarse los concretos efectos *inter partes* de esa nulidad contractual».

La infracción del artículo 81.1 del TCEE y la consiguiente sanción de nulidad en aplicación del apartado segundo del citado precepto exige que el acuerdo entre empresas en examen llene los siguientes requisitos:

- 1.º Afectar de forma apreciable al comercio intracomunitario.
- 2.º Restringir de forma sensible la competencia.

Se trata de requisitos distintos, con presupuestos de apreciación también diferentes, que han de analizarse separadamente, y de carácter cumulativo.

La «afectación» implica la alteración o modificación del comercio que sea capaz de dificultar el funcionamiento del mercado único, pero no se debe confundir la afectación al comercio con la de la competencia. Dicha afectación puede ser real o potencial, y sus efectos han de ser significativos. La Comunicación de la Comisión Europea de 27 de abril de 2004, sobre la aplicación del requisito de la afectación del comercio intracomunitario, utiliza un criterio cuantitativo para medir su importancia, basado, de un lado, en las cuotas de mercado de las empresas partícipes en la práctica anticompetitiva y, de otro, en el volumen de negocio que representan las mismas. Añade dicha comunicación que la apreciabilidad o los efectos

significativos deben considerarse siempre en su contexto económico y jurídico y, en el caso de acuerdos verticales, puede ser necesario tener en cuenta el efecto acumulativo de las redes paralelas (Sentencia de la Audiencia Provincial –SAP– de Madrid de 18 de marzo de 2011).

En este sentido, resulta obvio que un acuerdo puede afectar de manera sensible a la competencia pero, si no afecta de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros, no resulta de aplicación el artículo 81.1 del TCEE siendo, en su caso, de aplicación por los órganos competentes las normas nacionales de competencia, en este caso el artículo 1 de la LDC (SAP de Madrid de 26 de noviembre de 2010).

3. Facultades de la Comisión Europea y de los órganos de jurisdicción nacionales de los Estados miembros

El Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, expresamente atribuye a la Comisión Europea y, en su caso, a las autoridades de competencia de los Estados miembros, la facultad de retirar la cobertura otorgada por los reglamentos de exención, bien a iniciativa propia o previa solicitud. En ambos supuestos, cuando en un caso determinado haya acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas a los que se aplique alguno de los reglamentos de la Comisión contemplados en el artículo 81.1 del TUE y produzcan efectos incompatibles con el artículo 81.3 del TUE, con la diferencia de que para los órganos de los Estados miembros el ámbito territorial se limita al territorio nacional, o a una parte de dicho territorio que presente todas las características de un mercado geográfico distinto.

Hay una estrecha colaboración entre ambos organismos en materia de competencia comunitaria que se pone de manifiesto en el artículo 15 del Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, ya que, en el marco de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que esta les remita la información que obre en su poder o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias. De igual forma que los Estados miembros remitirán a la Comisión una copia del texto de las sentencias de los tribunales nacionales en las que se pronuncie sobre la aplicación de los artículos 81 u 82 del Tratado. Dicha copia se remitirá sin dilación tras la notificación a las partes del texto íntegro de la sentencia.

Para una aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia se prevé que, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas que, en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar, asimismo, adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos

que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento (art. 16 del Reglamento 1/2003). La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 7 de febrero de 2018, viene a poner en tela de juicio la aplicación del citado artículo 16 del Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, con base en la interpretación del mismo que hace la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 23 de noviembre de 2017.

4. Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 7 de febrero de 2018

4.1. Antecedentes

El supuesto analizado en la sentencia es el siguiente:

La compañía Gasorba, SL interpone demanda de juicio ordinario contra Repsol en el marco de un contrato de cesión de derecho de usufructo y de un contrato de arrendamiento de industria y de exclusiva de abastecimiento (conocido como contrato de abanderamiento o de distribución con pacto de suministro en exclusiva, también denominados en el sector contratos tipo DODO –superficie y usufructo–) y suplica el dictado de una sentencia que declare la aplicación a la relación contractual litigiosa del artículo 81.1 del TUE, que la citada relación contractual no podía gozar de la exención del artículo 81.3 del TUE por no cumplir las condiciones de exención exigidas por los Reglamentos (CE) 1984/83 y 2790/99 y que, asimismo, declare la nulidad radical de la citada relación contractual en aplicación del apartado 2 del artículo 81 del TUE. Y, finalmente, solicita indemnización por los daños y perjuicios causados.

La demanda es desestimada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid y confirmada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia de 27 de enero de 2014, que, al analizar la duración de los pactos en exclusiva, razonó que si la Comisión adoptaba una decisión en el ámbito de sus competencias (Decisión de la Comisión, de 12 de abril de 2006), un órgano nacional de la jurisdicción civil no podía modificar la decisión de la Comisión en virtud de normas de la UE de defensa de la competencia ya consideradas por la Comisión, pues la duración de los contratos de Repsol ya había sido examinada por la Comisión y esta había considerado que los compromisos de Repsol en relación con dichos contratos acabaría liberando un importante número de estaciones de servicio (SSTS de 9 y 11 de mayo de 2011). La demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El Tribunal Supremo, examinados los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación formulados, decidió elevar petición de decisión prejudicial al TJUE, que resuelve en STJUE, de 23 de noviembre de 2017, asunto C-547/16, y establece que una decisión de compromisos adoptada por la Comisión Europea relativa a determinados acuerdos

entre empresas no impide que los tribunales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas comunitarias en materia de competencia y puedan declarar su nulidad. Así como que las decisiones de compromisos convierten estos en obligatorios, pero no certifican la conformidad de la práctica objeto de tales pronunciamientos con las normas del derecho de la Unión que prohíben conductas contrarias a la competencia. Por tanto, no cabe excluir que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que la práctica objeto de la decisión de compromisos es ilegal, porque la decisión de compromisos no puede legalizar de manera retroactiva un comportamiento infractor. No obstante, los órganos judiciales no pueden ignorar este tipo de decisiones porque, en cualquier caso, tales actos tienen carácter decisorio.

4.2. Motivos que fundamentan el recurso de casación

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación con base en que la Decisión de la Comisión Europea, de 12 de abril de 2006, en el asunto COMP/B-1/38.348, Repsol CPP, aprobatoria de determinados compromisos contraídos por Repsol, no certificó (en palabras del TJUE) la conformidad de la práctica objeto de sus pronunciamientos –la relativa a la duración del contrato de exclusiva– con las normas del derecho de la Unión que prohíben conductas contrarias a la competencia. Por lo que, en tanto en cuanto la sentencia recurrida consideró que la decisión de la Comisión enervaba la posibilidad de nulidad contractual por infracción del derecho de la competencia, deben estimarse los dos primeros motivos de casación y, sin necesidad de examinar el tercero, anular dicha sentencia y asumir la instancia, a fin de examinar los motivos del recurso de apelación. El motivo del recurso de apelación relativo a la nulidad invocada por fijación de precios fue rechazado, pero no así la alegación de la nulidad por la duración de la relación contractual, su ineficacia sobrevenida y las consecuencias de su extinción, que fue estimado.

4.3. Decisión del caso

En el recurso de apelación no se mantiene la tesis inicialmente sustentada en la demanda relativa a que la duración por veinticinco años del pacto de exclusiva sería contraria a los límites impuestos por el antes citado Reglamento (CE) 1984/83, por lo que se ciñe la impugnación a la ineficacia sobrevenida de dicho pacto como consecuencia de que, a la fecha de interposición de la demanda, ya había expirado el periodo transitorio contemplado por el Reglamento (CE) 2790/99, que vino a sustituir a aquel, y a privar de amparo a dicha duración, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en la relación contractual litigiosa. La solución a esta cuestión debe ser que el acuerdo celebrado por las partes, pese a ser válido conforme a la normativa vigente en el momento en que fue concertado, no lo es a *posteriori* pues, efectivamente, el cambio normativo sobrevenido no permite que el contrato como tal pueda pervivir y desarrollarse en los términos en que fue concertado. Lo que, a

los efectos que ahora nos ocupan, conlleva que, negada virtualidad sanadora a la Decisión de la Comisión de 2006, deba declararse la nulidad sobrevenida de las relaciones jurídicas entre las partes a partir del día 1 de enero de 2002.

Respecto de las consecuencias de esta ineficacia sobrevenida, entiende el Alto Tribunal que la supresión de la cláusula restrictiva (la duración de la exclusiva de abastecimiento) afectaba a un elemento estructural y a la economía del negocio, sin que sea posible mantenerlo vigente suprimiendo la exclusiva de abastecimiento. En el presente caso, se advierte fácilmente que si una de las demandantes constituyó el usufructo a favor de la petrolera sobre el terreno, la gasolinera y la concesión administrativa por un plazo de veinticinco años es porque, a su vez, la petrolera cedía la explotación de la estación de servicio, junto con el arrendamiento de industria y la exclusiva de abastecimiento, por igual periodo de tiempo, además de las inversiones que iba a realizar en la estación. Es decir, no se habría concertado el contrato de usufructo si no se concedía a continuación el de arrendamiento de industria y abastecimiento en exclusiva. Por ello, entre estos contratos existe un vínculo funcional, determinado por el propósito global que a través de ellos se pretendía conseguir, que permite considerarlos conexos. Y, consiguientemente, en atención a esta vinculación, la ineficacia sobrevenida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro no puede determinar únicamente la nulidad de dicha cláusula, sino que afecta a todo el entramado contractual. Esto es, al contrato de usufructo por veinticinco años, por un lado, y, por otro, a los contratos de cesión de la explotación de la estación de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento.

El hecho de que las consecuencias de la ineficacia sobrevenida no sean las inicialmente pedidas en la demanda, en aplicación del apartado 2 del artículo 1.306 del Código Civil, no impide que pueda pedirse en un pleito posterior la liquidación de esta relación contractual que conformaban los contratos conexos afectados por la ineficacia sobrevenida.

5. Conclusión

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 7 de febrero de 2018, determina un cambio del criterio jurisprudencial que se venía aplicando en sentencias anteriores, con base en la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE, y abre la puerta a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan entrar a examinar la validez de los acuerdos o pactos entre empresas conforme a las normas comunitarias de la competencia, pudiendo declarar su nulidad, a pesar de existir una previa decisión de compromisos adoptada por la Comisión Europea que, aun haciendo estos obligatorios, no impide que un tribunal de un Estado miembro declare ilegal su práctica, no siendo vinculante la decisión de la Comisión en cuanto no certifica la conformidad de tales compromisos con las normas del derecho de la Unión.