

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 15 DE FEBRERO DE 2012 (1375/2012)**

**Aplicación del derecho de la competencia  
a los contratos de suministro de carburantes:  
varias cuestiones relativas al contenido  
y alcance de la llamada “regla de minimis”**

Comentario a cargo de:  
Patricia Liñán Hernández  
Abogada  
CMS Albiñana & Suárez de Lezo

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 11 DE MAYO DE 2011**

**ID CENDOJ:** 28079119912012100005

**PONENTE:** *EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN*

**Asunto:** La sentencia aborda la cuestión de la aplicación de la llamada regla de minimis a las exclusividades de larga duración en los contratos de suministro de carburantes. La sentencia entiende en este caso que, dada la cuota de mercado insignificante de la empresa suministradora, resulta de aplicación la regla de minimis independientemente de la duración de las exclusividades. La sentencia también trata de la pretendida fijación de los precios de reventa por parte de la empresa suministradora porque su acreditación habría hecho inaplicable la regla de minimis. Finalmente, corrige un pronunciamiento anterior y confirma *obiter dicta* que un acuerdo permitido por el Derecho de la competencia europeo en aplicación de la regla de minimis no podría prohibirse por el Derecho de la competencia español.

**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. Sobre la necesidad de suspender el procedimiento si hay cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia europeo. 5.2. La fijación de los precios de reventa por el proveedor. 5.3. La aplicación de la regla de *minimis* a las obligaciones de no competencia de larga duración. 5.4. La aplicación simultánea del Derecho europeo y el Derecho nacional de defensa de la competencia. La doctrina de la “doble barrera” y la aplicación uniforme del Derecho europeo. 5.5 Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

## 1. Resumen de los hechos

El asunto se inicia tras la demanda que varias empresas que explotaban estaciones de servicio interpusieron contra su suministrador de carburante, la petrolera DISA PENINSULA, S.L.U. (antes SHELL PENINSULAR, S.L.) ante el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid.

Las relaciones contractuales entre las demandantes y la petrolera correspondían esencialmente a un esquema contractual habitual en el sector conocido por sus siglas en inglés como CODO (“*Company Owned- Dealer Operated*”). Bajo este esquema, los *gasolineros* cedían derechos de superficie de terrenos de su propiedad a la petrolera para que esta construyera la estación de servicio que luego arrendaba a aquellos para su explotación. A cambio, la petrolera se garantizaba el abanderamiento y el suministro en exclusiva de las estaciones de servicio en cuestión.

Las demandantes pretendían que se declarara la nulidad del conjunto de contratos que unían a cada de ellas con DISA por infringir la normativa de defensa de la competencia (en particular, por la excesiva duración de las obligaciones de no competencia y por la supuesta fijación de los precios a los que los demandantes debían revender los carburantes suministrados).

Como consecuencia de la declaración de nulidad solicitada, los *gasolineros* pretendían que se apreciara *causa torpe* en la petrolera, de manera que esta tuviera que restituir las prestaciones aportadas por los aquellos sin poder pedir a cambio lo dado en virtud del contrato ni solicitar su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.306 apartado 2 del Código Civil. Subsidiariamente, para el caso de que no se apreciara *causa torpe*, se solicitaba la restitución las prestaciones minoradas en las cantidades ya amortizadas conforme a lo establecido en el artículo 1.303 del Código Civil.

## 2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid, en su sentencia de 29 de septiembre de 2006, desestimó íntegramente la demanda.

La sentencia consideró que, dado que la cuota de DISA en el mercado de venta mayorista de carburantes era inferior al 5%, los acuerdos carecían de la importancia suficiente para afectar sensiblemente a la competencia por lo que, en aplicación de la conocida como “regla *de minimis*”, el artículo 81 apartado 1 del Tratado CE (hoy artículo 101 apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) resultaba inaplicable.

## 3. Soluciones dadas en apelación

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 6 de junio de 2008, desestimó el recurso interpuesto por los *gasolineros*. Aunque confirmó la aplicación de la regla de *de minimis* al caso, aprovechó para hacer una serie de precisiones acerca del contenido y alcance de la regla “de *de minimis*” en una sentencia clara y respetuosa con los precedentes europeos.

En primer lugar, recordó que la prohibición del artículo 81 apartado 1 del Tratado CE se aplica a acuerdos entre empresas que afecten de manera apreciable al comercio entre estados miembros y que, además, restrinjan de forma sensible la competencia.

La afectación del comercio entre estados miembros y la restricción de la competencia son, aclara, requisitos distintos que deben darse cumulativamente para que la prohibición contenida en el artículo 81 del Tratado CE resulte de aplicación.

En primer lugar, el criterio de la afectación del comercio entre estados miembros delimita el ámbito de aplicación de las normas de competencia europeas (las conductas que no afecten al comercio entre estados miembros estarán, en su caso, sometidas al derecho nacional de cada uno de los Estados Miembros). La Comisión Europea en sus Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004), establece los criterios objetivos para apreciar si una conducta tiene un efecto “apreciable”. Esencialmente, estos criterios objetivos se concretan en que las partes del acuerdo tengan una facturación de menos de 40 millones de euros y una cuota de mercado inferior al 5%. Estos acuerdos están fuera del ámbito del artículo 81 apartado 1 del Tratado CE, incluso si tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

En segundo lugar, el requisito de la restricción sensible de la competencia es un requisito sustantivo basado en la regla “*de minimis non curat lex*”. La

Comisión Europea viene recogiendo en comunicaciones (sin carácter, por tanto, vinculante) los criterios que tendrá en cuenta a la hora de apreciar sin un acuerdo es de menor importancia.

En su Comunicación de *minimis* de 2001 (Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DO C 368 22.12.2001), la vigente en la fecha de la sentencia recurrida, se consideran acuerdos de menor importancia aquellos en los que las cuotas de mercado de las partes son inferiores a determinados porcentajes (esencialmente, 10% para los acuerdos horizontales y 15% para los verticales). No obstante, quedan excluidos aquellos acuerdos que incluyen restricciones especialmente graves de la competencia (entre, y es lo relevante para el caso, los que se encuentran la fijación de precios de reventa pero no las obligaciones de no competencia de larga duración).

En este caso, se consideró acreditado el cumplimiento del requisito de afectación del comercio entre Estados Miembros a la vista de los criterios establecidos en las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio y de la Decisión de la Comisión Europea sobre los contratos de Repsol y su red de estaciones de servicio en España (Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006, Asunto COMP/b-1/38.348- REPSOL CCP, DO L 30.6.2006), en la que se establecía que las redes de contratos de suministro de carburantes que cubrían todo un territorio nacional tenían la potencialidad de afectar al comercio entre Estados Miembros.

Por el contrario, la sentencia de apelación confirmó la instancia y no dio por acreditado el cumplimiento del requisito de la restricción sensible de la competencia dada la insignificante cuota de mercado del suministrador de carburantes, la petrolera DISA (inferior al 5%).

Para llegar a esta conclusión, la sentencia de apelación analizó los contratos bajo los criterios de la jurisprudencia *Delimitis* (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, asunto C-235/89) y de la Comunicación de *minimis*. En particular, el tribunal de apelación consideró que resultaba de aplicación lo dispuesto en el apartado 8 de la Comunicación de *minimis*. Este apartado explica que los acuerdos verticales entre empresas en los que no superándose el umbral del 15% de cuota de mercado de las partes, existe sin embargo el riesgo de un efecto acumulativo de exclusión por la existencia de redes de acuerdos paralelos similares en el mercado, merecen mayor análisis. En tales casos, como decía la jurisprudencia *Delimitis* y precisa la Comunicación de *minimis*, es necesario valorar si el acuerdo enjuiciado contribuye de manera significativa al efecto acumulativo de exclusión.

Pues bien, la Comunicación estima que los acuerdos en los que proveedor (petrolera) y comprador (*gasolinero*) tengan menos de un 5% de cuota de mer-

cado, no contribuyen de forma significativa a ese efecto excluyente y, por lo tanto, pueden beneficiarse de la regla de minimis.

Puesto que, en el caso analizado, la cuota de mercado de DISA era inferior al 5%, la sentencia de apelación concluye que los contratos en cuestión no pudieron contribuir a ningún efecto de exclusión en el sentido del apartado 8 de la Comunicación de minimis. Como consecuencia de lo anterior, la sentencia de apelación desestimó el recurso sin necesidad de analizar, como pretendían los demandantes, la duración de las obligaciones de no competencia.

Por otro lado, la sentencia de apelación le recordó al Juez de lo Mercantil que debía haber entrado a valorar si, como alegaban los recurrentes, se había producido en este caso una restricción especialmente grave de la competencia –en particular, una fijación de los precios de reventa– que excluyera la aplicación de la regla de minimis.

Al respecto, y en línea con lo señalado por el Tribunal Supremo en casos similares, la Audiencia Provincial recordó que un sistema de venta de la suministradora a la estación de servicio consistente en un precio al que se aplican ciertos descuentos no impide que la estación de servicio luego revenda a sus clientes a un precio distinto al precio de venta minorando trasladándoles parte de los descuentos, aunque eso suponga minorar su beneficio. Añade, además, que si la petrolera tuviera que garantizarle la percepción de los descuentos, entonces estaríamos ante un esquema de agencia y no de distribución o reventa y, bajo tal esquema, la prohibición de fijación de precios de reventa no sería aplicable.

Finalmente, se planteó el tribunal si los contratos podrían estar prohibidos por el Derecho de la competencia español aunque no lo estuvieran por el Derecho comunitario en aplicación de la regla de minimis “europea”.

La pregunta surgió por lo siguiente: el artículo 2.2.c) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE núm. 50 de 27.2.2008) establece los requisitos bajo los cuales un acuerdo puede considerarse de menor importancia a efectos de la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, (BOE núm. 159 de 4.7.2007). Este artículo 2.2.c) prevé un régimen algo más estricto que el de la Comunicación de minimis. En efecto, el art. 2.2.c) excluye de la posible aplicación de la regla de minimis las obligaciones de no competencia con una duración superior a los cinco años por considerarlas restricciones especialmente graves. Las obligaciones de no competencia, por el contrario, no son restricciones especialmente graves para la Comunicación de minimis y, por tanto, pueden beneficiarse de la regla de minimis en el caso de no superar las cuotas de mercado máxima establecidas.

En estas circunstancias, surgía la duda de si una obligación de no competencia de duración superior a los cinco años con efectos sobre el comercio

intracomunitario pero de menor importancia para el artículo 81 del Tratado CE podía, sin embargo, prohibirse en aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, al no considerarse por el legislador español de menor importancia.

La respuesta de la Audiencia Nacional fue negativa. En primer lugar, porque, el Derecho español ni se había invocado ni era aplicable en el momento de interposición de la demanda. En efecto, no estaba en vigor ni el Reglamento de Defensa de la Competencia ni la Ley de Defensa de la Competencia ni la modificación dada por la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 13/2007 (BOE núm. 278 de 20.11.2007) al artículo 86.ter 2.f. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que estableció la competencia de los juzgados de lo mercantil para conocer de la aplicación de las normas españolas de defensa de la competencia.

Però, en todo caso y aunque hubieran sido aplicables las normas españolas de defensa de la competencia, el artículo 3.2. del 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 (DO L 1 de 4.1.2003), habría impedido declarar prohibidas bajo la normativa de defensa de la competencia, conductas que no lo estaban bajo la normativa europea. Este artículo 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003 pretende garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la competencia europea estableciendo lo siguiente:

*“La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa o prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral”*

Con esta conclusión, confirmada como veremos por la sentencia analizada, la sentencia de apelación se separa de un pronunciamiento previo del propio Tribunal Supremo (STS de 30 de julio de 2009) sobre el que se volverá posteriormente.

#### **4. Los motivos de casación alegados**

Los recurrentes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se componía de un solo motivo según el cual el principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario se habrían infringido al no haber suspendido el tribunal de apelación el procedimiento hasta que se resolvieran varias cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia europeo en casos similares, uno de ellos ante el propio órgano de apelación o, al menos, al no haber elevado el propio tribunal una cuestión prejudicial. Se alegaba que esta negativa a suspender el procedimiento infringía los artículos 16 del Reglamento (CE) 1/2003, 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 234 del Tratado CE y, además, habría generado indefensión.

El recurso de casación, por su parte, se articulaba en tres motivos relacionados todos ellos con la infracción del Derecho comunitario:

(i) infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con los Reglamentos (CEE) n° 1984/83 y (CE) n° 2790/99 (DO L 336 de 29.12.1999), las Directrices relativas a las restricciones verticales (Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, DO C 291 de 13.10.2000) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo, todo ello en relación con la duración máxima permitida para las obligaciones de no competencia;

(ii) infracción del art. 81 del Tratado CE en relación con el considerando 8 del Reglamento (CEE) n° 1983/1984, con el art. 4a) del Reglamento (CE) n° 2790/1999 y con el considerando 10 y el apartado 47 de las Directrices relativas a las restricciones verticales, todos ellos referidos a la prohibición de la fijación de precios de venta al público por parte del proveedor a sus compradores;

(iii) infracción del art. 81 apartado 2 del Tratado CE, así como de los arts. 1.306 apartado 2 y 1.303 de Código Civil, de varias comunicaciones de la Comisión Europea sobre cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales y del considerando 7° del Reglamento (CE) n° 1/2003, al no haberse apreciado la nulidad de los acuerdos y las consecuencias de esa nulidad.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. *Sobre la necesidad de suspender el procedimiento si hay cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia europeo*

Como se ha adelantado, las recurrentes alegaban que la negativa del órgano de apelación a suspender el procedimiento a la espera de que se resolvieran varias cuestiones prejudiciales sobre asuntos similares, una de ellas interpretada por el propio órgano recurrente, además de vulnerar el principio de primacía del Derecho comunitario y la obligación de su aplicación uniforme,

generaba indefensión a los recurrentes. También se alegaba que, de no suspender el procedimiento a la espera de la respuesta a estas cuestiones prejudiciales, la Audiencia Provincial debería haber planteado ella misma una cuestión prejudicial.

En cuanto a la necesidad de esperar a las cuestiones prejudiciales planteadas en otros asuntos, dice la sentencia analizada que, al menos dos de ellas, ya habían sido resueltas en el momento de plantearse el recurso de casación. Se refiere el tribunal, en particular, a las cuestiones prejudiciales resueltas mediante SSTJ de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/06 (CEPSA) y de 2 de abril de 2009, asunto C-260/07 (Pedro IV). Por lo tanto, entiende la Sala lo que podrían haber sido aportadas y, en su caso, atendidas en el procedimiento del recurso de casación.

Respecto del planteamiento por el tribunal de apelación de una nueva cuestión prejudicial, la sentencia se limita a recordar que es una mera facultad de ese órgano jurisdiccional. Como es sabido, conforme al entonces artículo 234 del Tratado CE (hoy, 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), el planteamiento de las cuestiones prejudiciales sólo es obligatorio cuando, existiendo una duda sobre la interpretación de una disposición de Derecho europeo, el órgano que debe plantearla es un órgano cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, lo que no ocurría en este caso dado que la decisión era recurrible en casación.

En todo caso, señala la Sala, las recurrentes no habían establecido cual debía ser la consecuencia de una eventual apreciación de esta infracción procesal, lo que demuestra, a entender de la sentencia de apelación, que se trata de un motivo difícilmente encuadrable en alguno de los que el artículo 469 apartado 1 LEC establece taxativamente para poder plantear un recurso extraordinario por infracción procesal.

### *5.2. La fijación de los precios de reventa*

La sentencia analizada confirma el análisis en apelación en línea con lo señalado en los numerosos precedentes resueltos tanto por el Tribunal de Justicia europeo como por la propia Sala.

En este sentido, se considera insuficiente el hecho de que la fórmula de fijación del precio de suministro sea el precio de venta recomendado al público menos un descuento. Dice la sentencia analizada que los recurrentes podían separarse de precio recomendado y dar descuentos a sus clientes reduciendo su margen (esto es, reduciendo el descuento que le otorgaba la petrolera). Además, no se acreditaron otras circunstancias fuera de la fórmula contenida en el contrato que permitiera concluir que la petrolera impidiera directa o indirectamente que los *gasolineros* hicieran descuentos sobre el precio recomendado.



### 5.3. *La aplicación de la regla de minimis a las obligaciones de no competencia de larga duración*

Las recurrentes alegaban que, en contra de lo declarado en las sentencias de instancia, la regla de minimis no podía amparar a las obligaciones de no competencia cuando su duración era excesiva, particularmente en un caso como este en el que existían redes paralelas de acuerdos similares (esto es, con obligaciones de no competencia y de compra exclusiva) que dificultaban el acceso al mercado por parte de otros suministradores.

Las recurrentes coincidían en el planteamiento de las sentencias de instancia en que, de acuerdo con la jurisprudencia Delimitis, los contratos analizados sólo deberían haberse prohibido si se entendía que contribuían de manera significativa a este efecto de cierre de mercado provocado por la existencia de redes paralelas de acuerdos.

Sin embargo, las recurrentes discrepaban respecto de que la relevancia de la contribución pudiera, como hacían las sentencias, valorarse exclusivamente en función de la cuota de mercado de la petrolera.

En su opinión, las sentencias de instancia también deberían haber tenido en cuenta la duración de las obligaciones de no competencia contenidas en los contratos en cuestión. Esta exigencia, la de tener en cuenta también la excesiva duración de los acuerdos, se establecía en la jurisprudencia Delimitis.

No se dice en la sentencia, pero la necesidad de tener en cuenta la excesiva duración de los contratos parecían haber sido establecida, en el momento de dictarse la sentencia analizada, por el Tribunal de Justicia europeo en el asunto Lubricarga, en el respondía a varias cuestiones prejudiciales en un litigio muy similar al que nos ocupa (Auto de 3 de septiembre de septiembre de 2009, asunto C-506/07). En efecto, en el Auto puede leerse lo siguiente:

*“con el fin de analizar la importancia de la contribución de los contratos celebrados por un proveedor al efecto de bloqueo acumulativo, debe tomarse en consideración la posición de las partes contratantes en el mercado. Dicha contribución depende, además, de la duración de dichos contratos. Si esta duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, el contrato concreto está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1 (sentencias, antes citadas, Delimitis, apartados 24 a 26, y Neste, apartado 27)”.*

Pese a ello, la sentencia analizada confirma la sentencia de apelación en este punto concluyendo que, a la vista de los precedentes europeos, la insignificancia de la cuota de mercado del suministrador es suficiente para apreciar que los contratos son de menor importancia y que, por lo tanto, no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE independientemente de su duración (y, por lo tanto, sin necesidad de entrar a valorar esta).

En apoyo de esta afirmación, la sentencia analizada cita precisamente el pronunciamiento del Tribunal de Justicia el asunto Lubricarga, pese a que, como se ha visto, en él hay una mención expresa la necesidad de valor si la exclusividad tiene una excesiva duración.

No hay nada sustancial que reprochar al razonamiento del TS. Aunque este podría haberse separado de lo señalado en la Comunicación de minimis 2001 dado su carácter no vinculante, parece razonable que, en ausencia de acreditación en el procedimiento por la parte interesada de que un acuerdo restringe significativamente la competencia, emplee el mismo criterio que el expresado por la Comisión (quien a su vez debe establecer este criterio respetando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta sí vinculante para nuestros órganos jurisdiccionales) sin necesidad, por tanto de tener en cuenta si cumplen los requisitos o no de los reglamentos de exención aplicables.

No obstante, lo que sí parece claro es que la jurisprudencia europea, en el asunto Lubricarga, venía a establecer la necesidad avanzada por la jurisprudencia Dellimitis de que el órgano jurisdiccional nacional valorara no sólo la cuota de mercado de las partes sino también si la exclusividad tenían una duración excesiva en comparación a la media de otros contratos en el mercado.

En este punto, cabe señalar que el Tribunal Supremo ha modificado recientemente su posición y, en dos asuntos muy similares al que aquí se analiza, ha entrado a valorar la duración de las obligaciones de no competencia por si debiera excluirse la aplicación de la regla de minimis, incluso por debajo de la cuota del 5%. Nos referimos a las sentencias de 20 de octubre de 2015 y de 16 de diciembre de 2015.

En particular, en la sentencia de 16 de diciembre de 2015 se resume la posición de la Sala al respecto en los siguientes términos:

*A su vez, conforme a las conclusiones del auto del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2014, transcritas en el apartado 2º de este mismo fundamento, tomando en consideración los umbrales de la Comunicación de minimis, cuando la cuota de mercado no excede del 5% el contrato en cuestión sólo estará prohibido por el artículo 81 del Tratado si su duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado. La prueba de que el contrato infringe el artículo 81 y, por tanto, de que su duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, incumbe a la parte actora por expresa disposición del artículo 2 del Reglamento 1/2003, y dicha prueba no consta en las actuaciones.*

Estas dos últimas sentencias siguen al Auto 4 de diciembre de 2014, asunto C-387/13 (Estación de Servicio Pozuelo 4), que precisamente resuelve la cues-

tión prejudicial planteada en la primera de ellas acerca la necesidad de valorar o no la excesiva duración de los contratos:

*Un contrato como el controvertido en el litigio principal, por el que se establece la constitución de un derecho de superficie a favor de un proveedor de productos petrolíferos para que construya una estación de servicio y se la arriende al propietario del suelo, con imposición de una obligación de compra en exclusiva durante un largo período de tiempo, no tiene, en principio, por efecto restringir sensiblemente la competencia y, en consecuencia, no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, siempre que, por una parte, la cuota de mercado de ese proveedor no supere el 3 % mientras que la cuota de mercado acumulada de otros tres proveedores represente cerca del 70 %, y, por otra parte, la duración de dicho contrato no sea manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, lo cual deberá comprobar el órgano jurisdiccional remitente.*

Finalmente, cabe señalar que la Comunicación de minimis de 2001 fue sustituida por otra nueva en 2014 (DO C 291 de 30.8.2014). La nueva Comunicación de minimis 2014 se adopta tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto Expedia (STJ de 13 de diciembre de 2012, C-226/11), donde, además de recordarse el carácter no vinculante de las Comunicaciones de la Comisión Europea, se establece que las restricciones “por objeto” no pueden beneficiarse de la regla de minimis:

*“un acuerdo que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su naturaleza y con independencia de cualquier efecto concreto que puede tener, una restricción apreciable de la competencia”.*

En atención a ello, la Comunicación de minimis de 2014 sustituye la lista de acuerdos que no podían beneficiarse de la regla de minimis por una exclusión genérica de acuerdo restrictivo por el objeto y también de los acuerdos que se identifiquen como restricciones especialmente graves de la competencia en los reglamentos de exención por categorías actuales o que se dicten en un futuro.

La exclusión genérica de las restricciones “por el objeto”, además de reducir el ámbito de aplicación de la regla de minimis, obliga a que se determine previamente si es una restricción por el objeto, lo que no siempre es sencillo (sobre todo, teniendo en cuenta la interpretación extensiva del concepto que vienen haciendo los tribunales europeos y la Comisión). Consciente de las dificultades, la propia Comisión ha publicado una Guía sobre qué restricciones deben considerarse “restricciones por el objeto” a los efectos de la Comunicación de minimis 2014.

Las novedades introducidas por la nueva Comunicación de minimis de 2014, sin embargo, no afectan al pronunciamiento que se analiza. Primero, el efecto acumulado de redes paralelas de acuerdos sigue tratándose igual. Segundo, las obligaciones de no competencia de larga duración (más de cinco años) pueden seguir beneficiándose de la regla de minimis si no se superan las cuotas de mercado máximas allí establecidas ya que no son (al menos, por el momento) restricciones “por el objeto” ni se contemplan como restricciones especialmente graves en el hoy en vigor Reglamento (UE) n° 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 (DO L 102 de 23.4.2010).

5.4. *La aplicación simultánea del Derecho europeo y el Derecho nacional de defensa de la competencia. La doctrina de la “Doble barrera” y la aplicación uniforme del Derecho europeo*

Finalmente, el Tribunal Supremo aclara *obiter dicta* que no es posible prohibir, en aplicación de apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, un acuerdo que, por ser de menor importancia bajo el Derecho europeo, no está prohibido por el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

La cuestión, como se ha avanzado, se plantea porque el Reglamento de Defensa de la Competencia considera, a diferencia de la Comunicación de minimis de 2001, que las obligaciones de no competencia no pueden ser acuerdos de menor importancia. Como consecuencia de ello, podría ocurrir que un acuerdo que contuviera una obligación de este tipo y que estuviera doblemente sometido a la legislación europea y española por afectar al comercio intracomunitario (teoría de la doble barrera), estuviera permitido por el artículo 81 apartado 1 del Tratado CE al considerarse un acuerdo de menor importancia en aplicación de la Comunicación de minimis y, a su vez, estuviera prohibido por el artículo 1 apartado 1 de la Ley de Defensa de la Competencia al no beneficiarse de esta condición de acuerdo de menor importancia en aplicación del artículo 2.2.c) del Reglamento de Defensa de la Competencia.

La aclaración que hace la sentencia analizada es interesante porque, aunque no se reconozca abiertamente, viene a corregir un pronunciamiento anterior de la misma Sala (en la antes citada, STS de 30 de julio de 2009).

La STS de 30 de julio de 2009 concluyó que el criterio de la doble barrera, que permite la aplicación a una misma conducta de las normas europeas y nacionales de la competencia, llevaba necesariamente a que esto fuera posible, es decir, a que se declarara la nulidad de un acuerdo, pese a la regla de minimis europea.

La sentencia que ahora analizamos se separa de lo anterior y confirma (ciertamente de forma muy sucinta) lo señalado en la instancia acerca de la

imposibilidad de prohibir bajo Derecho nacional lo que está permitido en Derecho europeo en aplicación de la regla de *minimis* (v. apartado 2 anterior).

Esta solución es, por lo demás, la única compatible con lo señalado en el artículo 3 apartado 2 del Reglamento (CE) 1/2003, que, como se ha expuesto antes, con el objetivo de garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la competencia, establece que la aplicación del Derecho nacional de la competencia no puede resultar en la prohibición de acuerdos que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado”.

De hecho, el Tribunal de Justicia europeo vino, pocos meses después de dictarse la sentencia analizada, a confirmar que este es el planteamiento correcto. Efectivamente, en su sentencia de 13 de diciembre de 2012 en el asunto “Expedia” (cit.), el Tribunal de Justicia aclara que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003, las autoridades de competencia de los Estados miembros sólo podrán aplicar las disposiciones de Derecho nacional que prohíban las prácticas colusorias a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros en el sentido del hoy artículo 101 TFUE, si este acuerdo es una restricción sensible de la competencia en el mercado interior.

Ciertamente, la solución puede dar lugar a resultados paradójicos. Así, una obligación de no competencia que no afecte al comercio entre estados miembros estaría prohibida sin posibilidad de considerarse de *minimis* mientras que esa misma conducta podría beneficiarse de la regla de *minimis* si afectara al comercio ante estados miembros.

La solución *de lege ferenda* sería hacer coincidir las normas españolas sobre acuerdos de *minimis* con la doctrina y jurisprudencia comunitaria. Dicho en otros términos, habría que “armonizar” la normativa nacional y europea en este punto (armonización indirecta que es, sin duda, un objetivo del Reglamento (CE) 1/2003 porque indiscutiblemente facilita la aplicación uniforme del Derecho de la competencia).

### 5.5. Conclusión

La sentencia aborda varias cuestiones relacionadas con la aplicación del Derecho de la competencia europeo a los contratos de suministro de carburantes.

En particular, la sentencia se pronuncia acerca de la aplicación de la “*regla de minimis*”, según la cual el artículo 81 del Tratado CE (hoy, 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) no se aplica a aquellos acuerdos que no restringen sensiblemente la competencia en el mercado.

En este caso, el Tribunal Supremo valora si pueden ampararse en la regla de *minimis* las obligaciones de no competencia en este tipo de contratos de

suministro de carburantes en los que suele producirse un efecto acumulativo de exclusión como consecuencia de la existencia de otros contratos paralelos similares. El Tribunal Supremo concluye que la insignificante cuota de mercado de la petrolera permite, por sí sola, excluir que contribuya de forma significativa al efecto de cierre. No es necesario, se dice, valorar si las exclusividades tienen una excesiva duración en comparación a otras exclusividades en el mercado, tal y como exigía la recurrente.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha cambiado su postura en este punto y ha establecido que, para excluir la contribución significativa al efecto de cierre en el sentido de la jurisprudencia *Delimitis*, además de la cuota de mercado del suministrador, debe valorarse si la exclusividad en cuestión es excesiva en comparación a otras existentes en el mercado (SSTS de 20 de octubre y de 16 de diciembre de 2015). Este cambio se produce después de que el Tribunal de Justicia europeo respondiera en este sentido a una cuestión prejudicial planteada por tribunal español en un asunto muy similar al analizado (ATJ 4 de diciembre de 2014, asunto *Estación de Servicio Pozuelo 4*).

Siguiendo con la regla de *minimis*, el Tribunal Supremo se pronuncia *obiter dicta* acerca de la imposibilidad de prohibir por el Derecho nacional un acuerdo que estaría permitido por el Derecho europeo en aplicación de la regla de *minimis*. Corrige así lo señalado en una sentencia previa y se alinea con la doctrina del Tribunal de Justicia recogida en su sentencia *Expedia* (dictada unos meses después que la que aquí se analiza).

Finalmente, la sentencia realiza un análisis relativamente exhaustivo (aunque no novedoso) acerca de los requisitos de prueba de las restricciones relacionadas con los precios de reventa (dado que su acreditación en el caso hubiera excluido la aplicación de la regla de *minimis*). En línea con sus pronunciamientos previos, la Sala confirma que el hecho de que la estación de servicio tenga que reducir su margen para poder separarse del precio recomendado por la petrolera es insuficiente para considerar restringida su libertad para fijar los precios en ausencia de otros elementos de prueba.

## 6. Bibliografía utilizada

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.

DIEZ 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 1999, Asunto C-506/2007)», en *Diario La Ley*, 18 de diciembre de 2009.

- YANES YANES, «Aplicación privada antitrust, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: pronunciamientos de fin de ciclo? (1)» en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 9-2011, pg. 133.
- VAQUERO PINTO, «Comentario a la Sentencia de 9 de mayo de 2011» en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.89/12.