

LOS CONTRATOS DE ABANDERAMIENTO

*Problemática legal y jurisprudencial respecto al derecho
antitrust europeo*

Luis Guillermo de Rojas Dierssen
Trabajo de fin de grado; Grado en Derecho (UAB); 4º Curso

Director: Carles Gòrriz
16 de Mayo de 2014

RESUMEN

El siguiente trabajo versa sobre los contratos de abanderamiento entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio. Son acuerdos verticales que restringen la competencia y que están conllevando un número elevado de resoluciones judiciales. La dificultad de estos acuerdos radica en su naturaleza, así como en la determinación de si les son de aplicación las normas de derecho europeo *antitrust*, y en qué medida. Los principales operadores petrolíferos que conforman el mercado oligopolístico de los hidrocarburos en España utilizan esta dificultad para restringir la competencia y eludir sanciones. El derecho de la competencia vela por la eficiencia del mercado y por su competitividad, factores que afectan directamente a los ciudadanos y que tienen una importancia capital, teniendo en cuenta la situación actual del viejo continente. Este trabajo se centra en definir conceptualmente dichos contratos, labor que no encontramos en manual alguno, y de manera superficial en artículos doctrinales, buscar la normativa aplicable y dar solución a los principales problemas jurisprudenciales que entrañan, como la fijación de precios.

ABSTRACT

The following paper deals with contracts between oil operators and flag stations. They are vertical agreements that restrict competition and are leading a large number of judgments. The difficulty of these agreements lies in its nature as well as in determining whether they are subject to the regulations of European antitrust law, and to what extent. The main oil operators that make up the oligopolistic market of hydrocarbons in Spain use it's difficult to restrict competition and evade sanctions. The competition law ensures market efficiency and competitiveness, factors that directly affect citizens and are of paramount importance, given the current situation of the Old Continent. This paper focuses on conceptually defining these contracts, work not found in any manual and superficially done in doctrinal articles, search the applicable rules and resolve major jurisprudential issues involved, as the resale price maintenance.

ÍNDICE

I. Introducción

II. Contratos de abanderamiento

1. Concepto y caracteres
2. Naturaleza del contrato
3. Tipos de contratos de abanderamiento y referencia a figuras afines
 - i. El contrato de agencia y el contrato de distribución
 - ii. Diferencias entre el contrato de agencia y de distribución
 - iii. Diferencias entre el contrato de abanderamiento en régimen de agencia no genuina y distribución
4. Contenido
5. Tipos de contratos de estaciones de servicio
 - i. COCO (*Company Owned – Company Operated*)
 - ii. CODO (*Company Owned – Dealer Operated*)
 - iii. DODO (*Dealer Owned – Dealer Operated*)
 - iv. DOCO (*Dealer Owned – Company Operated*)

III. Regulación de los contratos de abanderamiento

1. Reglamento 1/2003
2. Reglamento 2790/1999

IV. Principales problemas judiciales de los contratos de abanderamiento

1. Aplicabilidad de las normas de competencia europeas
2. La duración del pacto de exclusiva
3. La fijación de precios de reventa
4. Nulidad total o parcial del contrato

V. Conclusiones

VI. Bibliografía

VII. Anexos

1. Documentos sin carácter normativo consultados
2. Gráficas

I. INTRODUCCIÓN

En España hay 10.200 gasolineras y de éstas, 4.000 trabajan bajo el régimen de abanderamiento. La utilización de estos contratos se lleva a cabo en un mercado, ya de por sí poco competitivo, el de la distribución de hidrocarburos. Se trata de un mercado oligopolístico en el que tres grandes empresas se reparten el pastel, dejando las migajas para el resto. En 2007 Repsol, Cepsa y BP tenían entre los tres una cuota de mercado del 63'89%¹. En el año 2013 disminuyó la cuota de mercado pero aun así se mantuvo en 61%².

La razón principal por la cual he decidido redactar un trabajo sobre esta figura contractual es que en los últimos años han dado lugar a un sinnúmero de resoluciones judiciales por problemas relacionados con prácticas colusorias que restringen la competencia; como la fijación de precios o la duración de dichos contratos. Asimismo, resulta atractivo analizar dichos contratos y la problemática judicial que entrañan ya que, a pesar de su vasta utilización, no tienen un amplio desarrollo académico. De hecho en los manuales no son ni siquiera nombrados.

Las resoluciones judiciales sobre estos contratos afectan directamente a los particulares, ya que la fijación de precios es una práctica que afecta a la eficiencia del mercado y restringe la entrada de nuevos actores en éste. Es por ello que podríamos considerar que estos contratos, de una manera indirecta afectan al interés general.

Estas empresas, han utilizado los contratos de abanderamiento para realizar prácticas contrarias a la competencia. En reiteradas ocasiones se han visto envueltas en numerosos procesos judiciales de los que, sorprendentemente, han salido airoso. Esto debería plantearnos, si se está teniendo en cuenta el espíritu de las normas *antitrust*, es decir, la salvaguarda de la competencia en el mercado.

¹ Vid. Gráfica 1 del Anexo II

² Vid. Gráfica 2 del Anexo II

II. CONTRATOS DE ABANDERAMIENTO

1. Concepto y caracteres

Los contratos de abanderamiento tienen una pobre, por no decir inexistente, regulación, llegando al punto de que es del todo inverosímil hallar una definición consolidada de éstos. En la doctrina podemos encontrar la problemática judicial y práctica que estos contratos conllevan, pero no hay ley que los regule, ni doctrina que haga referencia a aspectos conceptuales de los contratos de abanderamiento, a pesar de su, como ya he dicho, vasta utilización, a lo largo de los años.

Podríamos entender el contrato de abanderamiento como una modalidad de acuerdo vertical restrictivo de la competencia de distribución de combustibles petrolíferos entre un tercero que explotará una estación de servicio, de la que puede ser el titular o no (es decir, puede ser propietario o un arrendatario al que la otra parte del contrato, la operadora petrolífera, le cede la gestión del área explotada), y una compañía petrolera que arrendará esa estación de servicio o la podrá tener en propiedad pero con la gestión cedida al explotador³. En éste, el primero se obliga ante el segundo a adquirir en exclusiva, o de la compañía que ésta designe, la totalidad de los carburantes y combustibles líquidos que se expendan en la susodicha estación por un tiempo determinado y a cambio de una renta mensual fija, o lucrándose el explotador del área de servicio de la diferencia del precio al que adquiere el carburante y al que lo revende posteriormente, en base al régimen del contrato. El contrato supondrá, asimismo, la transmisión por la compañía petrolera a la otra parte de los riesgos comerciales o financieros⁴ y la implantación de la imagen de la marca de la compañía en dicha estación de servicio (*de ahí la denominación “de abanderamiento”*). Dependiendo del régimen económico del contrato, gran parte de la jurisprudencia como de la

³ Recordemos que un acuerdo vertical se entiende un acuerdo entre empresas que operen en fases distintas de la cadena de producción por ejemplo entre un productor y un distribuidor como sería el caso de los contratos de abanderamiento.

⁴ Entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de 13 de julio de 2009 (ROJ: STS5934/2009); Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de 28 de junio de 2013 (ROJ: STS 3855/2013); Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso de 15 de noviembre de 2012 (ROJ: SAN 5326/2012)

doctrina hablan de contrato de abanderamiento en su modalidad de agencia⁵ o de contrato de abanderamiento en su modalidad de distribución⁶.

Este tipo de contratos aparecen únicamente en los supuestos de estaciones de servicio CODO (la operadora petrolífera es arrendataria o propietaria del área de servicio, cuya gestión tiene cedida al distribuidor en base a un contrato de arrendamiento o subarrendamiento con exclusividad de suministro de los productos del operador) y DODO (el distribuidor gestor puede tener la propiedad u otro derecho real sobre el área de servicio) (*cuyo concepto desarrollaremos más adelante*)⁷.

Por lo tanto, se podría establecer que las características básicas del contrato de abanderamiento son las siguientes:

- a) **Contrato de adhesión:** En los contratos de abanderamiento existe una clara situación de desigualdad económica entre las partes. Frente a la compañía petrolífera de gran poder económico se sitúa el abanderado, generalmente, un empresario de pequeña o mediana entidad que arrienda su estación de servicio sometiendo a unas condiciones generales de la contratación preestablecidas. Partiendo de esta situación, parece evidente que el contrato que se suscribe entre ambos se aproxima a los denominados *contratos de adhesión*. Probablemente, lo que persigue la empresa petrolera es crear una red de distribución conformada por un conjunto de abanderados por lo que le interesa que los contratos sean sustancialmente iguales, de ahí que se utilicen estos contratos⁸. De forma

⁵ Denominación del todo incorrecta, pues como he dicho antes, una de las características del contrato es la asunción de riesgos por el explotador, el problema viene dado por hecho de que estamos ante un contrato de agencia no genuino que en realidad es un contrato de distribución, pero en el derecho anglosajón el sentido en el que utilizan el término “agency” como representante en sentido amplio ha llevado a que los tribunales realicen la traducción literal de dicho término sin adaptarlo a nuestro ordenamiento y, de ahí, la imprecisión terminológica

⁶ Pocas veces es de distribución, normalmente estamos ante agencia no genuina como se desprende de la jurisprudencia analizada

⁷ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume, “Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la Competencia [Comentario a la STS de 15 de enero de 2010 [Civil] RJ 2010, 1400]”, Revista de Derecho Mercantil 279/ Enero-Marzo – 2011 pp. 247-313

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto *et al*, “Contratos Mercantiles: Contratos de distribución”, 2 edición, Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, pp. 462-474, p. 464

general el abanderado se limitará a aceptar el contrato tipo que la petrolera tiene establecido con carácter general (salvando posibles modificaciones de determinadas cláusulas en casos concretos).

- b) Contrato unitario:** A pesar de pequeñas diferencias que pueda haber entre unos y otros, el contrato de abanderamiento es un contrato influenciado por las particularidades del sector económico de los hidrocarburos y que tiene dos elementos que siempre encontraremos en su modalidad y que le dan dicho carácter unitario, a pesar de que, como veremos a continuación tenga una naturaleza mimética en función de las circunstancias bajo las que se contrata, que son:
- a. El suministro de carburante por parte de la compañía a una estación de servicio explotada por un tercero; y
 - b. La implantación de la imagen de la marca de la compañía en dicha estación de servicio.
- c) Contrato atípico:** Pues carece de una regulación sistematizada, y su normación debe indagarse a través de la búsqueda de la voluntad de las partes y las reglas generales de los contratos. Este tipo de contratos participa de las notas características de distintas figuras jurídicas. En general se admite por la doctrina española la validez de los pactos por los que las partes al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 Código Civil) acuerden una determinada forma no exigida por la ley⁹.
- d) Contrato bilateral y sinalagmático:** Estamos ante un contrato bilateral ya que está conformado por dos partes (tercero explotador y operador petrolífero), y sinalagmático pues en éste nacen tanto, obligaciones para la compañía petrolera (*por ejemplo el abono de la cuota fija*) y para el tercero que explota la estación de servicio (*distribución exclusiva de los carburantes*).

⁹ ALBALDEJO, Manuel; *et al*; “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XVII, Vol 1º.-A, Artículos 1.254 a 1.260 del Código Civil”, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, pp. 438-439

- e) Contrato de duración:* Pues las prestaciones de las partes se prolongan necesariamente en el tiempo, lo que supone un comportamiento continuo durante el período temporal determinado en el contrato.
- f) Contrato temporal:* A pesar de que sea un contrato de duración, tenemos que tener presente que la Comisión, con el fin de salvaguardar la competencia en el mercado, desarrolló dos Reglamentos relativos a los acuerdos verticales en los que se limita la duración de los contratos. Concretamente en el artículo 5 del Reglamento 2790/1999 de 22 de diciembre relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE (actual art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)), marca un límite temporal de 5 años¹⁰ para contratos entre empresas tanto competidoras como no competidoras¹¹ en determinados acuerdos verticales, entre los que podríamos encontrar los contratos de abanderamiento. El Reglamento 1984/83 de 22 de junio de 1983 relativo a la aplicación del artículo 85 del Tratado (antiguo 101 del TFUE) a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva establece un límite temporal de 10 años para los acuerdos verticales entre un operador petrolífero y un tercero explotador de estación de servicio¹².
- g) Contrato de cooperación:* Pues con esta forma jurídica dos empresarios pretenden colaborar en la difusión de un producto o marca.
- h) Contrato oneroso:* Pues el agente no genuino o concesionario se lucra, ya sea, porque el primero obtiene un porcentaje de la venta o porque el segundo se lucra por la diferencia entre el precio de compra al fabricante o suministrador, y el precio de reventa al consumidor.

¹⁰ “No obstante, este límite temporal no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por éste a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del periodo de ocupación de los locales y terrenos por el comprador” [art. 5, letra a), del Reglamento 2790/1999]

¹¹ Recordemos que el contrato de abanderamiento es un acuerdo vertical, es decir, entre dos empresas que se encuentran en fases diferentes de la cadena de producción

¹² Por otro lado, tenemos que tener presente que el Reglamento 1984/83 será aplicable a los acuerdos concertados entre el 1 de julio de 1983 y el 31 de diciembre de 1997 y el Reglamento 2790/99 será aplicable a los acuerdos concertados entre el 1 de enero del 2000 y el 31 de mayo de 2010

2. Naturaleza del contrato

El contrato de abanderamiento es un contrato cuya naturaleza ha sido muy discutida en la jurisprudencia nacional y europea. En el caso del Derecho interno existe una jurisprudencia contradictoria y de difícil racionalización en relación con los contratos de abanderamiento los cuales en ocasiones se califican como de agencia¹³ y en otras como de distribución¹⁴. Tenemos que tener presente que la equiparación de estos contratos con la de agencia no es del todo acertada¹⁵.

Por otro lado, parte de la doctrina, ha aceptado que el contrato de abanderamiento constituye una “*categoría jurídica unitaria propia del sector de la distribución de los combustibles petrolíferos*”¹⁶, debido a que, como he mencionado en sus caracteres, tiene dos elementos comunes a todos los contratos que lo pueden diferenciar de otras categorías contractuales.

Desde mi punto de vista, la afirmación de Jaume MARTÍ MIRAVALLS, es en parte acertada, y en parte no, pues, a pesar de que es cierto que los contratos de abanderamiento tienen ciertas características que podrían hacerlos únicos y que se repiten en todos los contratos así denominados, éstos, en función de las circunstancias en que se contratan tienen una naturaleza cambiante. Aunque es más común ver los contratos de abanderamiento en su denominado régimen de agencia (es decir, agencia no genuina), siempre podrán ser enmarcados, por sus características, como contratos de distribución, por lo que, a pesar de que tengan dos caracteres que les distinguen como tal, no podemos afirmar plenamente que

¹³ Así lo establece la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 28 de Septiembre de 2005 (AC 2005/1848) cuando afirma que “*El contrato de agencia permite al agente asumir los riesgos derivados de las operaciones de intermediación si así lo han acordado las partes...esto no desvirtúa la naturaleza jurídica del contrato de 20 de noviembre de 1992 entre Repsol y la Estación de Servicios La Herradura, SA convirtiéndolo en un contrato de reventa*” o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de octubre de 2006 (AC 2007/84) que afirma “*dentro de las peculiaridades del ramo de la distribución de combustibles, que admite diversas modalidades, resulta análoga al de la agencia*”.

¹⁴ Dicha equiparación la encontramos en JPI núm. 44 de Madrid de 10 de Junio de 2004 (JUR 2005/110872); Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 8ª, de 7 de octubre de 2005 (JUR 2005/274105); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 31 de enero de 2005 (JUR 2005/92423)

¹⁵ Pues la característica principal del contrato de agencia es la no asunción de riesgos, característica no presente en los contratos de abanderamiento, esta confusión, como veremos más adelante, se da por problemas terminológicos principalmente

¹⁶ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume, “*Contrato de abanderamiento*”, cit., p. 302

estemos ante un contrato *sui generis*. Creo interesante mencionar que esta “*naturaleza mimética*” es una de las principales causas de confusión en el ámbito judicial y doctrinal.

Los contratos de abanderamiento, en función de sus circunstancias tendrán la consideración de contrato de agencia no genuino¹⁷ (ya que el agente asume riesgos) o contrato de distribución en exclusiva o concesión. En el supuesto de que nos encontremos en el caso de que el operador sea quien fije el precio final estaremos ante un régimen de agencia no genuina en el que el agente percibe una comisión, y en los casos en los que el explotador del área de servicio pueda fijar libremente los precios, o a lo sumo, el empresario principal pueda determinar precios máximos o recomendados estaremos ante un contrato de abanderamiento en régimen de distribución. Hay que tener presente que la fijación de precios constituye un ilícito *antitrust*, por lo que si estamos ante un contrato de agencia no genuino no podrá haber dicha práctica. Muchas operadoras resuelven esto con cláusulas en las que los explotadores pueden hacer descuentos con cargo a su comisión (así arguyen que no hay fijación de precios).

Si es un contrato de agencia genuina, al no asumir riesgos el agente, no se aplica la normativa *antitrust* pues no es acuerdo entre empresas, no obstante al no haber dicha asunción tampoco estaremos ante un contrato de abanderamiento, ya que una de las características básicas es la asunción de riesgos.

A continuación, estableceré las diferencias entre los contratos de abanderamiento en régimen de agencia no genuina y de distribución, con el fin de discernir con mayor claridad entre dos figuras separadas por una tan delgada línea conceptual.

¹⁷ Tenemos que tener presente que no es que estemos ante un contrato cuya naturaleza es de agencia. Agencia no genuina es una denominación económica que le da la Comisión y que las autoridades y tribunales nacionales han adoptado, pero en todos los casos nos encontramos ante un contrato cuya naturaleza, por sus características, es la de distribución.

3. Tipos de contratos de abanderamiento y referencia a figuras afines

En primer lugar, lo idóneo sería definir las figuras afines al contrato de abanderamiento y, a su vez, mostrar las diferencias más relevantes existentes entre éstas.

3.1. El contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva o concesión

El contrato de agencia es un contrato típico, regulado en la Ley 12/1992, de 27 de Mayo de Contrato de Agencia (en adelante, LCA)¹⁸.

El art. 1 de la LCA define el contrato de agencia como *“el contrato por el que un empresario se obliga a cambio de una remuneración a promover de manera continuada o estable actos u operaciones de comercio por cuenta de otro empresario, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo de tales operaciones”*. A título informativo, puede ser interesante remarcar el hecho de que la definición en la normativa española difiere, en ciertos aspectos, de la Directiva del Consejo, pues en la ley española el concepto es mucho más amplio ya que habla de la *“promoción de actos u operaciones”*, mientras que la Directiva habla únicamente de *“compra y venta de mercancías”*; no obstante, la definición española se corresponde más con la realidad¹⁹.

El contrato de distribución en exclusiva o concesión, al contrario que el contrato de agencia es un contrato atípico, pero que parte de la doctrina refleja como *“socialmente típico”*, pues si bien carecen de regulación legal son contratos muy recurridos en la práctica comercial²⁰. Podríamos definir el contrato de concesión o distribución exclusiva, como aquél en el que participan dos empresas, y por el que

¹⁸ Que transpone la Directiva del Consejo 86/653 de 18 de diciembre de 1986 de coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes

¹⁹ RAMOS IBÓS, María, *“El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: Agencia, distribución y franquicia”* en: FERNÁNDEZ SEIJÓ, José María, *et al; Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, núm. XXI (2006), p. 22-24.

²⁰ RAMOS IBÓS, María, *“El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial”*, p. 22-24.

el distribuidor se compromete a comercializar, en nombre y por cuenta propia, los productos del empresario principal, el cual le concede la exclusiva de reventa de tales productos dentro de una zona geográfica determinada bajo sus directrices y supervisión. Así, la jurisprudencia señala: *“Este tipo de contrato se caracteriza por la asunción del riesgo empresarial relativa a la actividad de comercialización de los productos contratados, adquiriendo la propiedad de los mismos y lucrándose por la diferencia entre el precio de compra al fabricante y reventa a sus clientes...”*, también podemos ver reflejada la definición que he dado en el art. 1 del Reglamento 1984/83 de 22 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3º del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva, que establece: *“los acuerdos en los que sólo participen dos empresas y en los cuales una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ésta determinados productos para su reventa en la totalidad o en parte definida del territorio del mercado común”*.

3.2. Diferencias entre el contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva

Respecto a las diferencias de ambos contratos, la jurisprudencia ha destacado que mientras el concesionario adquiere por compraventa los productos del empresario principal y los revende por cuenta propia, asumiendo el riesgo de la operación, el agente se limita a promover una operación por cuenta ajena, sin asumir como propio el riesgo de éstas²¹.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que hay ciertos contratos que cumplen los rasgos característicos de la agencia, pero en los que el agente asume riesgos no insignificantes que vienen a denominarse como contratos de agencia no genuinos²², y éstos son los que se enmarcan en el régimen del contratos de abanderamiento, pues en el contrato de abanderamiento el tercero explotador asume riesgos no insignificantes. Esta asunción de riesgos supone que

²¹ Entre otras; Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 9 de febrero de 2004 (ROJ: STS 779/2004); Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2000 (ROJ: STS 8341/2000)

²² DE FÉLIX PARRONDO, Esther, *“Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio”*, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución núm. 4, 2008, p. 197-212

el contrato sea considerado como un acuerdo entre empresas y se apliquen las normas de derecho *antitrust* europeo (lo veremos más adelante en el epígrafe IV). Empero, estos contratos nos pueden llevar a preguntarnos cómo diferenciar un contrato de distribución y uno de agencia no genuino, la jurisprudencia se basa, principalmente, en el hecho de que el distribuidor se lucra sobre el margen de reventa mientras que el agente se lucra mediante una comisión²³. Deberíamos tener en cuenta que, pese a que parte de la jurisprudencia y la doctrina, denominan a estos contratos de agencia²⁴, no pueden ser catalogados como tal, pues una de las características básicas de los contratos de agencia es la no asunción de riesgos por el agente, por lo que en realidad, y trascendiendo del *nomen iuris* que le puedan dar las partes estaremos ante dos modalidades del contrato de distribución en que el explotador del área de servicio asume riesgos en su nombre (agencia no genuina y distribución).

3.3. Diferencias entre el contrato de abanderamiento en régimen de agencia no genuina y en régimen de distribución o concesión

De todo lo dicho con anterioridad, podemos extraer las diferencias básicas entre los dos tipos de contratos de abanderamiento, es decir, en régimen de agencia no genuina y en régimen de concesión o distribución.

En el caso de que la relación sea de **agencia no genuina** el operador petrolífero fijará el precio del carburante al consumidor final²⁵, pues el agente se lucrará de una remuneración mensual fijada en el contrato²⁶, mientras que en el contrato de abanderamiento en régimen de concesión o distribución en exclusiva, aunque el

²³ En este sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de marzo de 2009 (ROJ: SAP M 2560/2009)

²⁴ Así lo establece la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 28 de Septiembre de 2005 (AC 2005/1848) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de octubre de 2006 (AC 2007/84), entre otras

²⁵ Recordemos que es una práctica prohibida por el derecho *antitrust*, pero que los operadores petrolíferos, mediante la cláusula en la que el explotador puede hacer un descuento al precio final con cargo a su comisión, transforman en lícita

²⁶ Basándose en esa característica ha sido catalogado como de Agencia en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2013 (ROJ: STS 3855/2013) y la Sentencia del juzgado de lo mercantil de 19 de junio de 2013 (ROJ: SJM M 252/2013), así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de Octubre de 2006 (AC 2007/84), no obstante debemos recordar lo que dije precedentemente acerca de la naturaleza de los contratos de agencia no genuinos.

empresario principal puede determinar o recomendar precios máximos, será el distribuidor el que fije libremente el precio, lucrándose con la diferencia entre el precio de compra al fabricante y el precio de reventa al consumidor final.

Tenemos que tener presente, que el resto de características son muy similares pues, así como el contrato de agencia y de distribución en exclusiva se diferenciaban porque, en el primero, el agente no asumía riesgos por cuenta propia y en el segundo distribuidor sí los asumía, en los contratos de abanderamiento el régimen es de agencia no genuina, es decir, en ambos contratos el explotador asume riesgos. Ya han destacado los Tribunales que aunque se probara en el caso concreto que el agente asume riesgos impropios de dicha figura, ello no variaría la naturaleza jurídica del contrato, pues no se puede transformar, contra la voluntad de uno de los contratantes, un contrato de agencia en un contrato de distribución o reventa (de ahí que en muchas ocasiones se determine que el contrato se encuentra en régimen de agencia, a pesar de que, en realidad estemos ante un contrato de distribución, que la Comisión le da la denominación económica de agencia no genuina)²⁷. Además, el contrato de distribución se puede distinguir por la adquisición en firme por el explotador para la distribución (reventa).

He podido observar, tras analizar la jurisprudencia, que el régimen mayormente utilizado en los contratos de abanderamiento es el de agencia no genuina, ya que hay pocas sentencias en las que se caracterice el contrato de abanderamiento como un contrato de concesión o distribución en exclusiva.

Es interesante destacar el hecho de que en ambos contratos, tanto en el contrato de abanderamiento en régimen de agencia no genuina como en régimen de distribución exclusiva, se asumen riesgo pues es esta asunción de riesgos lo que hace que sean considerados acuerdos entre empresas y sean de aplicación las normas de competencia, en este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha destacado que los acuerdos verticales como

²⁷ Así lo establece la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid de 22 de Marzo de 2005 (ROJ: SJM M 98/2005)

contratos entre operadores petrolíferos y explotadores de áreas de servicio, sólo entrarán en el ámbito de aplicación del art. 81 TCE cuando se considera que existe un acuerdo entre empresas²⁸.

4. Contenido

Para establecer el contenido del contrato de abanderamiento he analizado las sentencias sobre dichos contratos con el fin de extraer las cláusulas contractuales comunes a todos ellos y de mayor relevancia. A continuación plasmaré tales cláusulas, con tal de establecer un seguido de obligaciones genéricas y características de los contratos de abanderamiento, salvando las cláusulas concretas que puedan diferenciar unos contratos de abanderamiento de otros.

4.1. Obligaciones del tercero explotador del área de servicio

La obligación principal del explotador del área de servicio, ya sea en régimen de agencia no genuino o de concesión, es la promoción de los productos de la operadora petrolífera, mediante la distribución en exclusiva de éstos. En todos los contratos de abanderamiento examinados por la jurisprudencia encontramos un pacto de exclusiva a favor del proveedor por el que el agente no genuino o distribuidor tiene la obligación de distribuir exclusivamente los productos de la operadora petrolífera²⁹. Es importante recalcar que tanto el agente no genuino como el distribuidor asumirán el riesgo de los productos de exclusiva. Normalmente, en el momento en que los reciba y éstos se introduzcan en los depósitos o almacenes existentes en la Estación de Servicio³⁰.

Otras obligaciones que podríamos encontrar en un contrato de abanderamiento para el explotador agente no genuino o distribuidor, directamente relacionadas

²⁸ DE FÉLIX PARRONDO, Esther, "Problemática de la fijación de precios", p. 197-212

²⁹ Así lo vemos reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de Julio de 2009 (ROJ: STS 5934/2009) que transcribe la siguiente cláusula del contrato de abanderamiento enjuiciado: "El titular asume el riesgo de los productos de la exclusiva desde el momento en que los recibe de Cepsa Estaciones de Servicios, S. A., o de la sociedad que esta designe... "; otras Sentencias que muestran esta obligación son, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2013 (ROJ: STS 3855/2013) o la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2012 (ROJ: STS 2190/2012).

³⁰ Entre otras sentencias, lo reflejan en la transcripción de cláusulas de contratos de abanderamiento la Sentencia del Juzgado de lo mercantil, de 19 de junio de 2013 (ROJ: SJM M 252/2013) o la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2009 (ROJ: STS 5934/2009)

con la antes mencionada es la relacionada con el riesgo como *“la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y respondiendo, en su caso, tanto frente a la propiedad como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar”*, es decir, la responsabilidad por pérdida no se limita a la causada por culpa de la gasolinera, el explotador asume unos riesgos considerables³¹. Respecto a terceros, además de la responsabilidad por los daños que pueda causar, *“responderá personalmente frente al cliente [...], de la correcta medición de los aparatos surtidores y de la calidad e identidad de los productos por él suministrados...”*. Es apreciable el abanico de obligaciones y responsabilidades que el tercero explotador asume.

Otra obligación, por regla general, del explotador del área de servicio es la de pagar al proveedor el importe correspondiente al precio de la venta de los carburantes al contado al tiempo de efectuarse el pedido de los productos, es decir, el explotador asume a su vez los riesgos financieros de los productos.

El explotador también asume riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, en muchos contratos de abanderamiento podemos encontrar la obligación del tercero de *“mantener en buen estado de conservación todas las obras de infraestructura e instalaciones de la Estación de Servicio. A tal efecto realizará a su costa las obras necesarias para ello”*³².

Otra obligación que podemos encontrar habitualmente en los contratos de abanderamiento enjuiciados por los tribunales es la de cuidar que no sufra quebranto el prestigio de la marca de la operadora petrolífera, ni el de sus productos o el de la propia estación de servicio.

³¹ Sentencia del Juzgado de lo mercantil, de 19 de junio de 2013 ((ROJ: SJM M 252/2013) o la STS, de 13 de julio de 2009 (ROJ: STS 5934/2009)

³² STS, de 13 de Julio de 2009 (ROJ: STS 5934/2009)

4.2. Obligaciones del operador petrolífero

Recordemos, previamente, que en los contratos de abanderamiento diferenciaremos entre régimen de agencia no genuino, en los que el operador fija el precio al consumidor final y el agente no genuino se lucra por una remuneración fija, y en régimen de distribución, en los que es el distribuidor quien fija libremente los precios y se lucra de la diferencia del precio de adquisición y de reventa, aunque el empresario pueda determinar precios máximos o recomendados³³.

De lo dicho en párrafo precedente se desprende que una obligación general para los operadores petrolíferos en los contratos de abanderamiento en régimen de agencia no genuino es abonar una renta mensual fijada en el contrato al agente³⁴.

Otra obligación del operador petrolífero que encontramos en diversos contratos de abanderamiento es la de *“prestar asistencia técnica al arrendatario (contrato CODO), proporcionar a su personal juegos completos de uniformes y atender a la conservación, reparación y periódica reposición de rótulos, carteles y demás elementos instalados por la arrendadora en la estación de servicio con fines publicitarios*³⁵”.

5. Tipos de contratos de estaciones de servicio

A pesar de que, como he dicho antes, los contratos de abanderamiento aparecen únicamente en los supuestos de estaciones de servicio CODO y DODO, creo conveniente definir, brevemente, cada uno de los contratos de estaciones de servicio. Para ello recurrimos a la ilustrativa Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN en adelante). Sala de lo Contencioso de 5 de noviembre, de 2012.

³³ DE FÉLIX PARRONDO, Esther, *“Problemática de la fijación de precios”*, p. 197-212

³⁴ Así lo vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2013 (ROJ: STS 2355/2013): *“En la cláusula adicional primera del contrato enjuiciado se fijó la renta mensual en 308.000 ptas.”*

³⁵ La STS, de 28 de junio de 2013, refleja esta obligación del arrendador/operador; recordemos que en los contratos CODO la operadora petrolífera mantenía un derecho real sobre el área de servicio y bajo un contrato de arrendamiento o subarrendamiento cedía la gestión al tercero explotador

5.1. COCO (Company Owned – Company Operated)

De acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina los contratos COCO son contratos para la distribución de carburantes a través de las estaciones de servicio propiedad del Operador petrolífero gestionada por una filial del grupo del Operador propietario³⁶. La estación de servicio es propiedad del operador o bien éste ostenta un derecho real de larga duración. La gestión del punto de venta la realiza también el operador directamente o a través de una sociedad filial especializada³⁷. El grado de control del operador es completo. Como observamos no se da el hecho definitorio de los contratos de abanderamiento de divergencia entre el operador petrolífero y el explotador del área de servicio.

5.2. DOCO (Dealer Owned – Company Operated)

La SAN. Sala de lo contencioso, de 5 de noviembre, de 2012 define las DOCO como “*instalaciones propiedad de un particular quien cede a un operador al por mayor exclusivamente la gestión del punto de venta para explotarla por sí o a través de una sociedad filial especializada. En cuanto al grado de control, equivale a una COCO, dado que en ambos casos es el propio operador quien gestiona la instalación, si bien el vínculo está limitado temporalmente por la duración del contrato de arrendamiento directo*”. En este caso, no es asimilable a los contratos de abanderamiento por la misma razón relacionada con el control por el operador petrolífero que hemos expuesto en los COCO.

5.3. Estaciones tipo CODO (“Company Owned – Dealer Operated)

Respecto a las estaciones tipo CODO establece la SAN. Sala de lo contencioso, de 5 de noviembre, de 2012 que, en este caso, el operador conserva la propiedad o es arrendatario o titular de un derecho real pero tiene cedida la gestión a favor de un tercero en virtud de un contrato de arrendamiento con exclusiva de suministro de los productos del operador.

³⁶ DE FÉLIX PARRONDO, Esther, “*Problemática de la fijación*”, p. 197-212

³⁷ Así lo refleja la Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso de 15 de noviembre de 2012 (ROJ: SAN 5326/2012)

El régimen jurídico predominante para los suministros entre el operador y el gestor del punto de venta es el de comisión (asimilan comisión a agencia, y se refieren a agencia no genuina)³⁸, en virtud del cual el comisionista vende productos al consumidor final en nombre y por cuenta del operador, en el precio y las condiciones señaladas (que realmente, en nuestro derecho, al tratarse de una colaboración estable y duradera se trataría de un contrato de agencia³⁹). El grado de control del operador es inferior a los contratos de estaciones de servicio vistos anteriormente, pues la gestión la lleva un tercero.

5.4. Estaciones tipo DODO (“Dealer Owned – Dealer Operated”)

Son instalaciones de suministro titularidad de una persona física o jurídica vinculada al operador mediante un contrato de distribución en exclusiva que suele incluir el abanderamiento de la instalación con los signos distintivos de la marca del suministrador. El régimen mayoritario suele ser el de agencia no genuino, no obstante, se incrementan los contratos que incluyen la venta de carburantes en firme (contrato de distribución), en este último caso reside en el minorista la facultad de fijar el precio final de venta al público.

El grado de control del operador es el más débil de los tipos de contratos de estaciones de servicio; se limita a la exclusividad del suministro de sus productos por el tiempo de duración del contrato (máximo de 5 años de acuerdo a los Reglamentos comunitarios vigentes sobre restricciones verticales).

Éste sería el más cercano al contrato de abanderamiento como tal, pues es el que tiene más similitudes con lo que podríamos denominar como el contrato de abanderamiento por antonomasia, teniendo en cuenta los caracteres y la definición que he dado precedentemente.

³⁸ Desde nuestro punto de vista, la sentencia comete un error catalogando el contrato como de comisión, pues los contratos de comisión se agotan en un único acto, mientras que los contratos de abanderamiento (como pueden ser los DODO y CODO) suelen ser duraderos en el tiempo. El problema es que en la Sentencia se asimila comisión a agencia y ésta a agencia no genuina que, recordemos, son más asimilables a contratos de distribución que de agencia, pues la característica principal del contrato de agencia es que el agente no asume riesgos, al contrario que en los contratos de agencia no genuina.

³⁹ DE FÉLIX PARRONDO, Esther, “Problemática de la fijación de precios”, p. 197-212

5.5. Estaciones blancas

Estaciones de servicio sin acuerdo de suministro en exclusiva con un operador. El titular de la estación se suministra libremente del operador de su elección. No ostenta la imagen de ningún operador y suele incluir elementos propios de imagen.

III. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ABANDERAMIENTO

Como he mencionado precedentemente los contratos de abanderamiento carecen de regulación, no obstante tenemos instrumentos legislativos, los Reglamentos de la Comisión, que pueden servirnos de hoja de ruta a la hora de resolver sus vicisitudes. Los Reglamentos contienen una serie de normas sobre competencia que influyen a la hora de apreciar si los contratos de abanderamiento son lícitos o no y sus consecuencias. Nos orientan a la hora de redactarlos.

En primer lugar analizaré el Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales 101 y 102 del TFUE). Este Reglamento no versa concretamente sobre este tipo de contratos, pero es de alta relevancia al permitirnos determinar si las normas de derecho europeo *antitrust* serán de aplicación a los contratos enjuiciados o no.

En segundo lugar analizaremos el Reglamento 2790/99 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (sucesor del 1984/83). El Reglamento en vigor actualmente es el 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, pero he preferido analizar el 2790/99 pues la jurisprudencia versa sobre contratos que fueron concertados cuando se encontraba en vigor el 2790/99. No obstante el Reglamento 330/2010, en los aspectos que nos interesan a efectos del trabajo es una mera transcripción de su predecesor, por lo que el resultado del análisis sería el mismo.

1. Reglamento 1/2003 del Consejo de 6 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado

En los artículos 101 y siguientes del TFUE (antiguos 81 y siguientes del Tratado Constitutivo), encontramos las normas europeas más relevantes de defensa de la libre competencia en las que se establece un conjunto de principios generales reguladores de los acuerdos, prácticas concertadas y abusos de la competencia.

El Reglamento 1/2003 pretende evitar que la aplicación de las normas de competencia dependa exclusivamente de la autonomía de los estados, lo que hubiera puesto en peligro una interpretación uniforme de la normativa comunitaria en todo el territorio de la Unión Europea, es decir, pretende asegurar una aplicación armonizada de las disposiciones relativas a la competencia europea y eliminar ciertos defectos del Reglamento 17/1962⁴⁰.

Previamente al análisis del contenido del Reglamento, es de interés realizar un breve apunte sobre el contenido del artículo 101 del TFUE que, a efectos de contratos de abanderamiento es de gran relevancia, ya que el Reglamento 1/2003 aborda sobre todo temas competenciales y procedimentales, en aplicación suya.

1.1. Contenido del artículo 101 del TFUE

El artículo 101 del TFUE consta de tres apartados:

- a) El apartado primero prohíbe los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros⁴¹.
- b) El apartado segundo establece la nulidad de pleno derecho para los acuerdos prohibidos: *“los acuerdos...prohibidos...serán nulos de pleno derecho”*

⁴⁰ Descartar el procedimiento específico para reconocer la exención del art. 101.3 TFUE, mediante una aplicación unitaria de los apartados 1 y 3 de dicho artículo

⁴¹Artículo 101.1 TFUE: *“Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos...todas las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto o efecto...falsear el juego de la competencia...y, en particular, los que consistan en: a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o venta u otras condiciones de transacción....”*

- c) El apartado tercero expone unos requisitos que, en caso de que los contenga un acuerdo entre empresas conllevarán la exención de dicho acuerdo del apartado primero a pesar de que pueda ser enmarcado en éste: *“...Las disposiciones del apartado primero podrán ser declaradas inaplicables a los siguientes acuerdos...”*

Por lo tanto podemos diferenciar dos fases en la aplicación del artículo 101 del TFUE: “La primera consiste en determinar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros es, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales, restrictivo de la competencia”⁴².

La segunda consiste en la aplicación del apartado tercero y se inicia, únicamente, en caso de que se haya determinado ese acuerdo como restrictivo de la competencia. Dicha aplicación consiste en “determinar los efectos favorables a la competencia producidos por el acuerdo y evaluar si superan a los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos anticompetitivos y procompetitivos se sopesan exclusivamente en el marco del apartado 3 del artículo 81”⁴³.

De acuerdo a la Comisión, el artículo 101 TFUE (anterior 81 TCE) no sólo pretende proteger una libre competencia sino que también busca la efectividad en el mercado, de ahí la aplicación del apartado tercero a determinados acuerdos que pueden tener efectos favorables en forma de mejoras de eficiencia, a pesar de poder ser enmarcados en el apartado primero del artículo 101 del TFUE⁴⁴.

1.2. La prohibición del apartado primero del artículo 101 del TFUE

El apartado 1 del artículo 101 del TFUE prohíbe todos los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros y restrinjan la competencia, siempre y cuando no cumplan todas las características del apartado 3 de dicho artículo.

⁴² Párrafo 11 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DO C 101, de 27 de abril de 2004)

⁴³ Párrafo 11 de la Comunicación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE

⁴⁴ Así se desprende de los párrafos 13 y 33 de la Comunicación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE

El artículo se aplicará a los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y a las prácticas concertadas⁴⁵. A efectos de este trabajo nos interesa, principalmente, lo que se entiende por acuerdo (en adelante hablaré sólo de acuerdos, pues son los que nos interesan a efectos del desarrollo de este trabajo)⁴⁶. Un acuerdo puede vulnerar la prohibición del artículo 101.1 del TFUE tanto si se celebra de manera tácita como expresa⁴⁷.

De acuerdo a la Comisión, para evaluar si un acuerdo o parte del mismo pueden restringir la competencia debemos atender a cómo y hasta qué punto el acuerdo podría afectar probablemente a la competencia en el mercado, esta evaluación debe hacerse en el contexto real en el cual se desarrollaría la competencia de no existir el posible acuerdo sin sus supuestas restricciones (tanto respecto a la competencia intermarca como intramarca)⁴⁸.

En relación con el marco de aplicación de la prohibición del apartado 1 del artículo 101 del TFUE, la Comisión considera relevante diferenciar entre restricciones con objeto anticompetitivo y con efecto anticompetitivo.

Las restricciones con objeto anticompetitivo: “Son aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Presentan un potencial

⁴⁵ La jurisprudencia del TJUE entiende por decisiones aquellas medidas “*que, cualquiera que sea su naturaleza jurídica exacta, constituye la expresión fiel de la voluntad de las empresas de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado*” (STJCE, 6 de diciembre, de 2006, AS C-94/04 y C-202/04, Federico Cipolla/Rosaria Portolese, Stefano/Macrinio y Claudia Capodarte/Roberto Meloni). Por práctica concertada el TJUE entiende “*una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellas*” (STJCE, 4 de junio de 2009, AS C-8/08, T-Mobile Netherlands BV y otros/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingsautoriteit).

⁴⁶ Pues como reflejé al inicio del trabajo los contratos de abanderamiento son acuerdos verticales entre empresas. De acuerdo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, cit. apartado 86, el TJUE entiende por acuerdo el medio por el cual “*las empresas afectadas hayan manifestado su voluntad de comportarse de una determinada manera en el mercado*”

⁴⁷ De acuerdo a la comunicación en el párrafo 15 de la Comunicación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE, se entiende que hay un acuerdo tácito cuando hay una invitación “ya se expresa o implícita de una empresa a otra para alcanzar conjuntamente un objetivo”

⁴⁸ La Comisión en el párrafo 17 de la Comunicación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE establece que la competencia intermarca es la competencia “entre proveedores de marcas competidoras” y la intramarca entre “distribuidores de la misma marca”

tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción”⁴⁹. La Comisión establece que para determinar si un acuerdo tiene un objeto anticompetitivo se tiene que analizar “el contenido del acuerdo y la finalidad que objetivamente persigue, así como el contexto en el cual se aplicará, y la conducta y comportamiento efectivos de las partes en el mercado”⁵⁰.

Las Restricciones con efecto anticompetitivo: Cuando se determine que un acuerdo no tiene objeto anticompetitivo, será necesario determinar si tiene efectos restrictivos de la competencia y deben tenerse en cuenta tanto efectos reales como potenciales. “La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81 TCE no se aplica cuando los efectos anticompetitivos observados son insignificantes”⁵¹.

1.3 Consecuencias de la contravención del artículo 101 (101. 2 del TFUE)

Cuando el acuerdo esté prohibido por el apartado primero del artículo 101 del TFUE y no cumpla las características del apartado 3 o se encuentre enmarcado en un Reglamento de exención por categorías, el acuerdo será nulo de pleno derecho en virtud del apartado 2.

De acuerdo a la Comisión, si sólo alguno de los aspectos del acuerdo contraviniese a la norma *antitrust* la nulidad únicamente se aplicaría a las partes del acuerdo que fueren incompatibles con el artículo 101, siempre y cuando sean independientes del acuerdo en su conjunto. Cuando sólo una parte del acuerdo es nula y separable del resto “incumbe al derecho nacional aplicable determinar las consecuencias para el resto del acuerdo”⁵².

⁴⁹ Párrafo 21 de la Comunicación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE. Entre otros, el ejemplo de restricción con objeto anticompetitivo que nos puede interesar para el desarrollo de este trabajo sería el de la fijación de precios y la imposición de precios de reventa mínimos como indica el párrafo de 23 de la Comunicación.

⁵⁰ Párrafo 21 de la Comunicación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE

⁵¹ Párrafo 24 de la Comunicación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE

⁵² Párrafo 42 de la Comunicación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE

Consecuentemente, cuando únicamente una cláusula del acuerdo sea nula deberemos atender a la normativa nacional. El Código Civil español no contiene una norma que determine las consecuencias de la nulidad parcial con carácter general, sino que determina un particular efecto para casos concretos. De acuerdo con las nuevas circunstancias de la sociedad y el mercado, se denota cierta tendencia a admitir la nulidad parcial. Así en los contratos concluidos bajo condiciones generales (como podrían ser los de abanderamiento) cuando una cláusula sea declarada nula o no reúna los requisitos de incorporación exigidos (arts. 5 y 7 Ley de Cláusulas Generales de la Contratación (en adelante LCGC)), el contrato subsistirá sin la cláusula siempre y cuando pueda hacerlo sin ésta, extremo sobre el que se pronunciará la sentencia. Cuando la susodicha cláusula afecte a un elemento esencial (art. 9 LCGC) el contrato será nulo íntegramente (art. 10 LCGC)⁵³. Por otro lado tenemos que atender al principio del derecho civil de conservación de los contratos.

1.4 La exención prevista en el apartado 3 del artículo 101 del TFUE

De acuerdo con la Comisión, “los acuerdos que restringen la competencia pueden tener al mismo tiempo efectos favorables a la misma en forma de mejoras de eficiencia. Tales mejoras pueden comportar un valor añadido por reducir los costes de producción, mejorar la calidad del producto o crear un nuevo producto”⁵⁴. Esa es la razón principal de la existencia del apartado 3 y de la segunda fase de aplicación del artículo 101 del TFUE en la que, en caso de que el acuerdo quede sujeto a la prohibición del apartado 1, se pueda excluir dicho acuerdo de la prohibición si cumple las características del apartado 3.

⁵³ PUIG I FERROL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier; “Manual de Derecho Civil II: derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato”, 3^a edición, Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 670-673, p. 672

⁵⁴ Párrafo 33 de la Comunicación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE

De acuerdo al párrafo 34 de la Comunicación de la Comisión, el apartado 3 será aplicable a los acuerdos que, a pesar de que queden sujetos al apartado 1, cumplan cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas⁵⁵.

Debemos tener en cuenta asimismo que cuando un acuerdo esté comprendido en el ámbito de aplicación de un Reglamento de exención (como puede ser el 2790/99) las partes quedarán eximidas de demostrar que el acuerdo cumple las características mencionadas, únicamente deberán demostrar que el acuerdo goza de una exención por categorías.

1.5 Contenido del Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado

El artículo 103 del TFUE (antiguo artículo 83 del TCE) prevé el desarrollo reglamentario sobre la normativa *antitrust* reflejada en el Tratado, ya que la normativa es insuficiente.

Previamente a desarrollar el contenido, haremos una breve mención al Reglamento 17/1962 pues el paso de éste al Reglamento 1/2003 tuvo una gran incidencia en el derecho europeo de la competencia.

1.5.1 Reglamento 17/1962 del Consejo relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado

Podríamos decir que los principios fundamentales del Reglamento 17/1962, que lo diferenciaban del 1/2003, eran la centralización real del sistema en la Comisión y un modelo de notificación previa de los acuerdos tanto para obtener declaración negativa como de exención⁵⁶.

⁵⁵ Estas cuatro condiciones son: a) Los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos; y d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate

⁵⁶ CANEDO ARRIGALLA, María Pilar, “El Reglamento 1/2003 del Consejo procedimiento en materia de Derecho de la Competencia y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico interno”, *Ekonomiaz* n°61, 2006, pp. 82-107

Se establecía un régimen de autorizaciones mediante las cuales se declararía lícito o no el acuerdo a pesar de incluirse en el apartado 1 del artículo 85, por cumplir los requisitos del apartado 3. El acuerdo se notificaba a la Comisión que era el único órgano capacitado para conocer los acuerdos y decidir sobre su licitud. El sistema consistía en presumir la nulidad del acuerdo. En caso de que se diera una respuesta afirmativa por la Comisión acerca de su licitud, se consideraba lícito (el acuerdo) desde la fecha en que se hizo la notificación; hasta tal fecha el acuerdo se presumía nulo. En caso de respuesta negativa el acuerdo se mantenía nulo⁵⁷.

El problema que surgió de la utilización de este sistema fue la gran carga de trabajo que supuso para la comisión, debido a la avalancha de notificaciones que le llegaban y los costes burocráticos que esto le suponía, así como el largo tiempo de espera de las resoluciones que perjudicaba a las empresas europeas.

La Comisión, para solucionar estos problemas fue adoptando una serie de medidas que “fueron parcheando el sistema”⁵⁸, entre las que se destaca la elaboración de los Reglamentos de exención por categorías (entre los que se encuentran el 2790/99 y el 1984/83 que analizaremos más adelante) de forma que se entendía que los acuerdos que quedaran enmarcados en los mismos no tenían la obligación de notificar y solicitar de la Comisión la autorización.

A pesar de los parches que realizó la Comisión, aún eran palpables los límites del sistema instaurado por el Reglamento 17/1962. Por esa razón en el año 1999 la Comisión presentó el Libro Blanco para la modernización en materia de defensa de la competencia, en el que se propuso una reforma radical del Reglamento entonces vigente⁵⁹.

⁵⁷ ZURIMENDI ISLA, Aitor; *“Las restricciones verticales a la libre competencia”*, Navarra: Aranzadi, 2006, pp. 159-162 p. 160

⁵⁸ ZURIMENDI ISLA, Aitor; *“Las restricciones verticales a la libre competencia”*, p. 160

⁵⁹ FEDERICO PACE, Lorenzo *“Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación”*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 99-103, p. 102

1.5.2 El Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de los artículo 81 y 82 del Tratado

El objetivo de la Comisión con la modificación del Reglamento 17/1962 era instaurar un “sistema de excepción legal que permitiera un control *a posteriori* de los acuerdos...esto supondría hacer lícitos, desde el momento de su celebración, y sin necesidad de notificación y decisión previa, los acuerdos prohibidos por el apartado 1 que cumplan las condiciones del 3”⁶⁰.

1.5.2.1 El sistema de prohibición con excepción legal

El artículo 1 del Reglamento 1/2003, en sus apartados 1 y 2, establece que los acuerdos “contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa y que son válidos los acuerdos que reúnan las condiciones del apartado 3 sin que sea necesaria decisión previa al efecto”. Es decir, desaparece el control previo, desapareciendo cualquier comunicación o autorización. Por lo tanto, deberán ser las partes las que lo autoevalúen. No obstante los tribunales o las autoridades nacionales, podrán examinar, *a posteriori*, esa cuestión de oficio o a instancia de parte.

Se dice así que se ha sustituido el sistema de prohibición con autorización previa por un sistema de prohibición legal. Los requisitos del apartado 3 del artículo 101 TFUE pasaron de tener un carácter declarativo a constitutivo, ya que si se cumplen, el acuerdo es lícito *per se* desde el momento en que se celebró, sin que requiera que alguien lo dictamine⁶¹.

1.5.2.2 La carga de la prueba

El artículo 2 establece, para la carga de la prueba, un sistema dual. En el caso de que una parte o autoridad aleguen que el acuerdo puede encajar en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE, es decir, pueda ser una práctica colusoria para la

⁶⁰ Párrafo 69 del Libro blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado y a la Propuesta de reglamento

⁶¹ ZURIMENDI ISLA, Aitor; “*Las restricciones verticales a la libre competencia*”, p. 160

competencia y alterar el mercado, serán la parte o autoridad que aleguen dicha infracción las encargadas de probarlo.

Por otra parte, corresponde a la parte que invoque la excepción del apartado 3 probar que se dan las características en éste enumeradas, de forma que si no lo consigue, el acuerdo se entiende prohibido o nulo⁶².

Hay parte de la doctrina que ha tildado este reparto de carga de la prueba de “*artificial*”, pues se trata más bien, de una distribución de la carga de la argumentación pero, la exigencia de motivación de cualquier intervención administrativa restrictiva de derechos debería llevar aparejada resolución administrativa por la que se declara no autorizable acuerdo entre particulares exponiendo el no encaje del acuerdo en el artículo 101.1, y que, por tanto, para el Derecho español debería prescindirse de la distinción de la carga de la argumentación⁶³.

1.5.2.3 Competencia

Este Reglamento supone una desconcentración de la competencia para autorizar un acuerdo o no. De acuerdo a los artículos 4 y 5 del Reglamento 1/2003, no sólo la Comisión tiene la competencia de declarar que se dan los presupuestos del apartado 3 del artículo 101 del TFUE y autorizar un acuerdo, sino que gozan de dicha potestad las autoridades y tribunales de los Estados miembros. Tenemos que tener presente que la descentralización se dio con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 de forma jurisprudencial, pero sólo respecto al apartado 1, no respecto al apartado 3⁶⁴.

Creo que es interesante hacer referencia a la competencia en nuestro ordenamiento jurídico. En España la autoridad nacional competente para aplicar el

⁶² Tenemos que tener presente, como he mencionado antes, que si se encuentra regulado (el acuerdo) en un Reglamento de exención (como los que veremos más adelante) no necesita probar que concurren las características del apartado 3 del 101 TFUE

⁶³ Así lo cree ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “*La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia*”, InDret, 253, 2004, pág. 26

⁶⁴ ZURIMENDI ISLA, Aitor; “*Las restricciones verticales a la libre competencia*”, p. 160, haciendo referencia al caso “*Courage*” (STJCE 20-9-2001, Rec. 2001-I, 6.297)

Derecho europeo *antitrust* es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC)⁶⁵, sin perjuicio de las competencias jurisdiccionales para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE otorgadas por el Reglamento 1/2003⁶⁶.

1.5.2.4 Relación entre las normas de Derecho europeo antitrust y las nacionales sobre competencia

De acuerdo al artículo 3 del Reglamento 1/2003 cuando las Autoridades Nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a acuerdos en el sentido del apartado 1 y 3 del artículo 101 del TFUE se deberán aplicar asimismo las normas europeas. Eso sí, permite a los Estados miembros adoptar normativas más restrictivas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral. Respecto a ese punto el sistema español tiene un régimen de autorizaciones y exención por categorías similar al sistema previo al Reglamento 1/2003, en el que el Gobierno podrá dictar Reglamentos de exención por categorías previo informe preceptivo pero no vinculante de la CNMC⁶⁷. En virtud de ello, dictó el Reglamento 378/2003, de 28 de marzo, que realiza una remisión a los Reglamentos de exención por categorías comunitarios⁶⁸. Por lo tanto, también se aplican a acuerdos que no afectan al comercio entre Estados miembros.

Las normas aplicables en el Derecho español las encontramos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC en adelante), concretamente el artículo 1 apartado 1 y 3 de la LDC que, reproducen con pequeñas modificaciones lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 101 del TFUE, es cierto que el proceso en el sistema español es algo diferente⁶⁹.

⁶⁵ Artículo 1 del RD 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia que establece: “*el Tribunal de Defensa de la Competencia es la autoridad nacional competente para resolver...los expedientes en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado...*”

⁶⁶ Artículo 6 del Reglamento 1/2003

⁶⁷ Artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

⁶⁸ A pesar de que la Comunidad Europea actualmente es la Unión Europea siguen utilizando el adjetivo “comunitario”

⁶⁹ En el sistema español cuando el acuerdo está incluido en su ámbito de aplicación quedará eximido de solicitar autorización al CNMC. Si los acuerdos entran en el ámbito de aplicación del

2. Reglamento 2790/99 de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas

El gran avance del Reglamento 2790/1999 con respecto a sus predecesores (como el 1984/83 sobre la distribución de cerveza y gasolina) es que éste ya no versa sobre acuerdos verticales concretos de carácter sectorial. Con el Reglamento 2790/1999 se pasó a un instrumento que dio un enfoque global y unitario de las restricciones verticales. Actualmente se encuentra en vigor el Reglamento 330/2010, no obstante analizaremos el 2790/1999 pues los acuerdos que están siendo enjuiciados se regulan por éste, pues es el que estaba en vigor al momento de su celebración. Además, el Reglamento 330/2010 reproduce lo expuesto en el Reglamento 2790/1999.

El funcionamiento de los Reglamentos anteriores también se vio modificado con la puesta en escena del 2790/1999, estos consistían en las llamadas cláusulas blancas, negras y grises, dicho sistema fue muy criticado, entre otros motivos, porque restringía la libertad de los particulares al concretar el contenido de los acuerdos, ya que las partes dotaban al acuerdo de las cláusulas que sabían que les permitiría encajar en la exención del Reglamento, sin poder moldearlas por miedo a quedar fuera del amparo de éste⁷⁰. Con arreglo al sistema del Reglamento 2790/1999, cuando concurren determinados criterios, definidos en función de las cuotas de mercado, se presume que existe un equilibrio entre los efectos restrictivos de la competencia de los acuerdos verticales (101.1) y

artículo 1 LDC, las partes deberán notificarlo al CNMC para conseguir autorización de cumplimiento de los requisitos del artículo 1.3 de la LDC, al contrario que en el sistema europeo, si el CNMC no da respuesta en los tres meses siguientes a la notificación, se podrá aplicar provisionalmente de acuerdo al amparo del art. 10.4 LDC, eso sí, previamente a la notificación se considera prohibido. Si la resolución es favorable sus efectos se retrotraen al momento que dicte el CNMC la autorización (no podrá ser anterior al de la solicitud).

⁷⁰ El funcionamiento era el siguiente: Por un lado teníamos las cláusulas blancas consideradas en todo caso cubiertas por la exención, sin importar la cuota de mercado de las partes. En segundo lugar estaban las cláusulas negras que en ningún caso quedaban cubiertas por la exención. Y, por último, las grises que podían quedar cubiertas o no en función de distintas circunstancias

procompetitivos (101.3) de la competencia por lo que tales acuerdos se benefician de la exención⁷¹.

2.1. Ámbito de aplicación del Reglamento

Respecto al ámbito de aplicación, el artículo 2 del Reglamento establece que concurren las características del apartado 3 del artículo 101 del TFUE para los acuerdos verticales entre empresas no competidoras en los que el proveedor (o comprador-distribuidor en el caso de los acuerdos verticales que contengan obligaciones de suministro en exclusiva) no superen el 30% de la cuota de mercado de acuerdo al artículo 3, apartado 1⁷². La Comisión justifica la exención de dichos acuerdos pues “pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción...al permitir una mejor coordinación de las empresas participantes. Pueden contribuir a reducir los costes de las transacciones y de distribución, y a optimizar sus niveles de ventas e inversión”⁷³.

El artículo 1, apartado 1, letra a) del Reglamento define los acuerdos verticales como “los acuerdos concertados entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdos, en planos distintos de la cadena de producción o distribución⁷⁴ y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender, o revender determinados bienes o servicios”⁷⁵. La Comisión ha puntualizado que para que haya un acuerdo en el sentido del artículo 101 basta que las partes hayan expresado su intención conjunta de comportarse en el mercado de una manera

⁷¹ A continuación analizaré el contenido del Reglamento, centrándome en los aspectos que nos son de interés con respecto a los contratos de abanderamiento, pues, de lo contrario, podría extenderse demasiado el estudio de dicho Reglamento.

⁷² De acuerdo al considerando 9 del Reglamento 2790/1999 “*por encima del límite de la cuota de mercado del 30%, no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito del apartado 1 generarán ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan a la competencia*”. Respecto al mercado de referencia para el cálculo de la cuota del 30% y para el cálculo de dichas cuotas ver párrafos 86 a 95 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291, de 13 de octubre de 2000)

⁷³ Considerando 6 del Reglamento 2790/1999

⁷⁴ La letra c), del apartado 25 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales pone como ejemplo de operar en planos diferentes de la cadena de producción o distribución el que una empresa produce una materia prima que a otra utiliza como insumo

⁷⁵ Podemos ver que encaja perfectamente con la clase de acuerdos que encontramos suscritos en los contratos de abanderamiento

específica, siendo la forma irrelevante siempre que constituya expresión fiel de la intención de las partes y que dicho acuerdo debe ser suscrito entre empresas. Un acuerdo vertical entre empresa y consumidor final no quedará amparado por el Reglamento⁷⁶.

Por otro lado la Comisión en sus directrices relativas a restricciones verticales establece unos acuerdos verticales los cuales quedan, generalmente, excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE⁷⁷. Los acuerdos de agencia genuina, se caracterizan por el hecho de no asumir el agente los riesgos financieros de las operaciones que promueve por cuenta de su principal, lo que hace que, a efectos de derecho europeo de la competencia, no se le tenga por empresa, sino como una única unidad económica en el mercado, formada por el agente y su principal. Por lo tanto no le serán de aplicación dichas normas al no encontrarnos ante un acuerdo entre empresas.

El artículo 2.4 del Reglamento expone que éste será aplicable a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras, siempre que estos acuerdos sean no recíprocos y: a) El volumen de negocios global del comprador no exceda de 100 millones de euros al año; b) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor que no fabrique bienes que compitan con los bienes del contrato, y; c) el proveedor suministre servicios a distintos niveles del comercio y el comprador no suministre servicios competidores en el nivel del comercio donde compre los servicios contractuales.

El artículo 1, apartado 1, letra c) del Reglamento define empresa competidora como “un competidor real o potencial”⁷⁸.

⁷⁶ Párrafo 25 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 130/1)

⁷⁷ Entre ellos el acuerdo de agencia, que no puede ser equiparado al contrato de agencia de nuestro ordenamiento interno, pues, como he venido repitiendo la característica principal del contrato de agencia es la no asunción de riesgos del agente, mientras que en los acuerdos de agencia que establece la Comisión, de acuerdo al Párrafo 13 de las Directrices relativas a las restricciones verticales, es la asunción de riesgos financieros o comerciales por el agente.

⁷⁸ El párrafo 27 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales establece que dos empresas se tratan como competidoras reales si realizan actividad en el mismo mercado de referencia, y una empresa puede ser considerada competidora potencial por

2.2 Restricciones especialmente graves contempladas en el Reglamento que excluyen su aplicación

El artículo 4 del Reglamento de exención por Categorías contiene una lista de restricciones especialmente graves que conducen a la exclusión del acuerdo vertical del ámbito de éste a pesar de que la cuota de mercado de las partes sea inferior al 30%, e incluso cuando no supere el umbral del 15% fijado en la regla de *minimis*⁷⁹. La existencia de tales restricciones da lugar a la presunción de que el acuerdo está incluido en el ámbito del artículo 101.1 TFUE y a la presunción de que no cumple los requisitos del apartado 3 del mismo artículo⁸⁰.

En el apartado 47 de la Comunicación de la Comisión se establece que, a pesar de que se den restricciones especialmente graves, las empresas pueden demostrar que las probables eficiencias resultan de la inclusión de dichas restricciones en el acuerdo y que se cumplen en general las condiciones del apartado 3 del artículo 101 del TFUE. En ese caso, la Comisión evaluará el probable impacto negativo en la competencia antes de hacer la evaluación sobre si se cumplen las condiciones del apartado 3⁸¹.

2.2.1 Restricciones relativas a la imposición de un precio de reventa fijo o mínimo

El artículo 4, letra a) del Reglamento establece que no podrá aplicarse la exención del artículo 2 cuando los acuerdos verticales tengan por objeto “la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presione o incentivos procedentes de cualquiera de las parte”.

otra, cuando, a falta de acuerdo, es probable que en un período no superior a un año civil realice las inversiones necesarias o incurra en otros costes de cambio necesarios para introducirse en el mercado de referencia de la segunda empresa

⁷⁹ ZURIMENDI ISLA, Aitor; “Las restricciones verticales a la libre competencia”, p. 228, haciendo referencia al caso “*Courage*” (STJCE 20-9-2001, Rec. 2001-I, 6.297)

⁸⁰ Párrafos 47 y 48 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales

⁸¹ Párrafos 47 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales

La Comisión establece que la fijación de precios puede ser por medios directos o indirectos⁸².

2.3 Las duración de las cláusulas de no competencia

El considerando 11 del Reglamento 2790/1999 establece que “la exención de las cláusulas de no competencia debe limitarse a aquellas...que no sobrepasen una determinada duración”.

De acuerdo a la Comisión, las cláusulas de no competencia son aquellas que resultan en que el comprador adquiere del proveedor o empresa que ésta designe más del 80% del total de sus compras, excluyendo la posibilidad de que el comprador adquiera bienes o servicios de la competencia o limitando tales compras al 20% total de sus compras⁸³.

2.3.1 Prohibición de duración superior de 5 años

El artículo 5 excluye determinadas obligaciones del ámbito de aplicación del Reglamento, aunque no se supere el umbral del mercado, Sin embargo, el Reglamento, seguirá aplicándose a la parte restante del acuerdo vertical, si dicha parte es separable de las obligaciones no cubiertas por la exención⁸⁴. Es decir, la restricción deviene ineficaz, pero el resto del acuerdo mantiene su vigencia.

Por un lado, el artículo 5, letra a) del Reglamento establece que la exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a “cualquier cláusula directa o indirecta, de no competencia, cuya duración exceda de los cinco años...no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del

⁸² En el párrafo 48 la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales establece como ejemplos de fijación de precios por medios indirectos: “los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precio”, entre otros

⁸³ Párrafo 66 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales

⁸⁴ Párrafo 65 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales

proveedor o arrendados por éste a tercero no vinculados al comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador”. De acuerdo a la Comisión tampoco están cubiertas por el Reglamento las cláusulas de no competencias que sean tácitamente renovables a partir de un periodo de 5 años pues se considerarán indefinidas.

2.3.2 Las cláusulas de no competencia posteriores al acuerdo

La exención del Reglamento no se aplica a acuerdos de no competencia posteriores al contrato. En concreto, no se aplicará a cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, compra, vender o revender bienes o servicios excepto en determinados casos expuestos en su artículo 5, letra b).

2.4. Retirada de la exención del artículo 101.3 TFUE por la comisión o las autoridades nacionales

El Reglamento en su considerando 13 reconoce a la Comisión la facultad de retirar el beneficio de la exención en casos específicos en los cuales, a pesar de cumplir las condiciones del Reglamento, surte efectos incompatibles con el apartado 3 del Art. 101 del TFUE, asimismo reconoce dicha facultad a las autoridades nacionales⁸⁵.

⁸⁵ Es necesario que: a) Los acuerdos verticales a los que se apliquen la exención surtan efectos incompatibles con las condiciones previstas en el apartado 3 del 101 del TFUE y; b) tales efectos se produzcan en el territorio de un Estado miembro, o en una parte de él, que reúna todas las características de un mercado geográfico separado (Apartados 78-85 de la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales)

IV. PRINCIPALES PROBLEMAS JUDICIALES DE LOS CONTRATOS DE ABANDERAMIENTO

1. Aplicabilidad de las normas de competencia europeas

El primer paso para enjuiciar un contrato de abanderamiento por infracción de las normas *antitrust* europeas es determinar si le son aplicables. En la jurisprudencia vemos repetidas veces como las petroleras evitan la nulidad de los contratos gracias, principalmente, a los reglamentos de exención.

El primer paso es determinar si se está dando alguna conducta prohibida por el artículo 101.1 TFUE al convenir un acuerdo que lleva aparejado un contrato de abanderamiento, y determinar si se da alguno de los requisitos del apartado 3 del mismo artículo para determinar que a ese contrato, a pesar de entrar en el marco del apartado 1, le es inaplicable éste⁸⁶.

Otro factor que tendremos que tener en cuenta y que afecta directamente a los contratos de abanderamiento es el hecho de si el acuerdo queda amparado por un Reglamento de exención. En el caso de los contratos de abanderamiento tenemos dos opciones: El Reglamento 1984/83 que, en caso de que el acuerdo se conviniera durante su vigencia⁸⁷, no sería necesaria una determinada cuota de mercado, simplemente que se tratará de un acuerdo vertical entre empresas de estaciones de servicio. Los Reglamentos 2790/99 y 330/2010 que requieren unas cuotas de mercado (30%) concreto para ser aplicables a los acuerdos verticales⁸⁸.

No obstante, habrá acuerdos que por no restringir de forma sensible la competencia no les será de aplicación el apartado 1 del artículo 101 TFUE,

⁸⁶ Normalmente nos encontramos en estos casos ante fijación de precios (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012 (ROJ: STS 5864/2012); Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012 (ROJ: 4925/2012); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 27 de octubre de 2006 (AC 2007/84); entre otras)

⁸⁷ Según el artículo 19 del Reglamento se aplicará a los acuerdos celebrados entre el 1 de julio de 1983 y el 31 de diciembre de 1997

⁸⁸ El artículo 13 del Reglamento determina que su vigencia comprende desde el 1 de enero del 2000 hasta el 31 de mayo del 2010, no obstante lo tenemos en cuenta pues los acuerdos sujetos a valoración actualmente por los tribunales se convinieron mientras el Reglamento se hallaba en vigor

aunque no estén amparados por un reglamento de exención. La Comisión estableció en la Comunicación de *minimis* los siguientes umbrales de cuota de mercado para que un acuerdo no restrinja de forma sensible la competencia: a) Cuando se dé un acuerdo entre competidores, y la cuota conjunta de las partes no supere el 10% en el mercado de referencia; b) en los acuerdos entre no competidores, cuando la cuota de una de las partes no supere el 15% y; c) cuando en un mercado la competencia se restrinja por efectos acumulativos de acuerdos por proveedores o distribuidores diferentes los umbrales se reducirán al 5%, para competidores y no competidores⁸⁹. Eso sí, no es un seguro a todo riesgo, pues, de acuerdo al párrafo 11 de la Comunicación, no se aplicará la regla de *minimis* a los acuerdos que contengan restricciones especialmente graves⁹⁰.

No obstante, aunque a los contratos de abanderamiento no les sea de aplicación la regla de *minimis*, por sus características, les será de aplicabilidad los Reglamentos de exención, lo que supondrá la no aplicación del apartado 1 del artículo 101 TFUE a pesar de la repercusión de los acuerdos en la competencia⁹¹.

2. Duración del pacto de exclusiva

Otro argumento al que se recurre en las Sentencias para buscar la nulidad de los contratos de abanderamiento es la duración del pacto de exclusiva, pues recordemos que para estar amparados por los Reglamentos de exención estos pactos no podrán superar⁹²: En caso de que sea de aplicación el Reglamento 1984/83, los diez años o ser de duración indeterminada. En caso de que lo sea el

⁸⁹ La Comisión estima que si las cuotas enunciadas registran incremento inferior a un dos por ciento durante dos años naturales, no se entiende que restrinjan la competencia, a pesar de ese aumento

⁹⁰ Concretamente la fijación de precios; la limitación de la producción o las ventas y; el reparto de mercado o clientes

⁹¹ Así lo vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2013 (ROJ: STS 598/2013); en la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2012 (EXPTE. S/369/11 TEXACO); y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012 (ROJ: STS 4925/2012) entre otras

⁹² Así lo vemos en la Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso de 15 de noviembre de 2012 (ROJ: SAN 5326/2012); en la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2012 (EXPTE. S/369/11 TEXACO); y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2012 (ROJ: STS 5742/2012) entre otras

Reglamento 2790/99 o 330/2010, los de 5 años o ser de duración indeterminada⁹³. No obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador⁹⁴.

3. La fijación de los precios de reventa

Entre las conductas prohibidas por el artículo 101 del TFUE encontramos (en su apartado 1, letra a)) la fijación de precios⁹⁵. La fijación de precios es uno de los recursos al que más acuden los explotadores de las estaciones de servicio para impugnar los contratos de abanderamiento y que, en caso de existir, supone que el acuerdo sea contrario a las normas de competencia, no pudiendo ampararse ni en la regla de *minimis* ni en los Reglamentos de exención⁹⁶. No obstante, la mayoría de Sentencias del Tribunal Supremo acaban desestimando los recursos que se basan, entre otros motivos, en la fijación de precios⁹⁷.

La fijación de precios es un problema recurrente en la jurisprudencia de nuestro Ordenamiento interno, pues, no siempre supondrá un ilícito *antitrust*, se deberá tener en cuenta: a) si el acuerdo cumple las características del apartado 3 del artículo 101; b) si nos encontramos ante un contrato de reventa, agencia no

⁹³ La Comisión entiende que es equiparable a duración indeterminada las cláusulas renovables tácitamente tras un periodo de 5 años. Asimismo es de interés recordar la exención de esta norma que enumera el artículo 5, apartado a) del Reglamento 2790/99 (que vimos en el epígrafe III, apartado 2)

⁹⁴ Artículo 5, apartado a) del Reglamento 2790/99

⁹⁵ Así la letra a), apartado 1, artículo 101 del TFUE establece que será incompatible con el mercado interior y quedará prohibido “*fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta...*”

⁹⁶ Pues como hemos visto precedentemente estamos ante restricción especialmente gravosa (Párrafo 11.1, letra a) de la Comunicación de *minimis* (DOCE, C 368/13, 22.12.2001) y artículo 4 del Reglamento 2790/99). Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2006 (AC 2007/84)

⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 27 de octubre de 2006 (AC 2007/84); Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2012 (ROJ: STS 2188/2012); Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2012 (ROJ: STS 2190/2012); Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012 (ROJ: STS 4925/2012); entre otras

genuina o de agencia genuina⁹⁸; y c) prestar atención a si se da una fijación indirecta de precios (no sólo tener en cuenta la fijación directa)⁹⁹.

3.1 ¿Qué es la fijación de precios desde la perspectiva del derecho antitrust?

A la hora de determinar si realmente ha habido una fijación de precios por parte del operador petrolífero, debemos tener en cuenta que la fijación de precios, de acuerdo a la Comisión, puede realizarse de forma directa o indirecta¹⁰⁰.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta que, en función del momento en el que se convino el acuerdo, serán de posible aplicación dos Reglamentos de exención: El Reglamento 1984/83 para los acuerdos convenidos entre el 1 de julio de 1983 y el 31 de diciembre de 1997; el Reglamento 2790/1999 para los acuerdos convenidos entre el 1 de enero del 2000 y el 31 de mayo de 2010 y; el Reglamento 330/2010 para los convenidos entre el 1 de junio de 2010 y el 31 de mayo de 2022.

Si sólo tuviéramos en cuenta los Reglamentos sin su desarrollo jurisprudencial, la diferencia sería abismal, pues el Reglamento 1984/83 no establecía nada sobre la fijación de precios, simplemente excluía de la aplicación del artículo 101.1 TFUE a los acuerdos de estaciones de servicio entre dos empresas (revendedor y proveedor)¹⁰¹. No obstante, teniendo dicho desarrollo en cuenta, el resultado acaba siendo el mismo¹⁰² para los tres reglamentos, es decir, las cláusulas relativas a los precios de venta al público de carburantes pueden acogerse a ambos

⁹⁸ Recordemos los problemas de los que hablábamos anteriormente respecto a agencia y agencia no genuina (un contrato de agencia se caracteriza porque el agente no asume riesgos, por tanto, la naturaleza de un contrato de agencia no genuina no puede ser de agencia, sino de distribución, ya que hay una clara asunción de riesgos)

⁹⁹ Como muchas de estas características no sólo se tienen en cuenta a la hora de la determinación de la fijación de precios, las desarrollaremos en otros apartados de este epígrafe, y no en el relativo exclusivamente a la fijación de precios

¹⁰⁰ Sobre este punto ya hablé y di indicaciones de lo que son, tanto los precios de reventa fijos, directos como indirectos (*vid.* Epígrafe III apartado 2.2.1)

¹⁰¹ En ese momento 85.1 TCE

¹⁰² La jurisprudencia determinó, en un primer momento, que el Reglamento 1984/83 no amparaba los contratos que impusieran al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador (STJCE 14 de diciembre de 2006, (AS. C-217/05)), factor que moduló la STJCE de 2 de abril de 2009 (AS. C 202/07) estableciendo que sí amparaba la imposición de un precio máximo o recomendación de precios de venta por el suministrador al distribuidor

Reglamentos de exención cuando el proveedor se limita a fijar un precio máximo o a recomendar precios de venta cuando no camufla una imposición¹⁰³.

Esto es utilizado recurrentemente en los procesos judiciales a favor de las compañías petroleras que arguyen para determinar que no había fijación de precios el hecho de que se le reconociera al explotador la posibilidad de hacer descuentos con cargo a su comisión (en los contratos de agencia), hecho que hace que en ciertas Sentencias se desestimen los recursos o se falle a favor de la petrolera, basándose en que el distribuidor tiene una posibilidad real de modificar el precio impuesto por la petrolera que sólo fija un precio orientativo¹⁰⁴. *A sensu contrario* el Tribunal Supremo también ha determinado que no se debe tener en cuenta una cláusula de manera aislada, sino que se tiene que tener en cuenta el espíritu del contrato para determinar si puede haber una fijación indirecta de precios¹⁰⁵ coincidiendo con la Comisión, que así lo establece en el apartado 48 de su comunicación relativa a las restricciones verticales, aunque tenemos que tener presente que en dicha comunicación se establece como fijación indirecta que “*se fije el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido*”, por lo que, a menos que la petrolera le fije el descuento que tiene que hacer con cargo a su comisión, no deberemos entender dicho descuento como una fijación de precios indirecta .

3.2 Tipo de Contrato

Para la jurisprudencia la diferencia entre contrato de abanderamiento en régimen de agencia no genuino y distribución estriba en que mientras en el contrato de distribución se da una adquisición en firme y el beneficio es el resultado de la diferencia entre los precios de compra y de posterior reventa, en el de agencia no genuino el explotador se lucra de una remuneración periódica (normalmente una

¹⁰³ En el caso del Reglamento 1984/83 se determinó jurisprudencialmente, pero en el caso de los Reglamentos 2790/99 y 330/2010 se establece directamente en el mismo Reglamento y en la Comunicación relativa a directrices sobre restricciones verticales

¹⁰⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 27 de octubre de 2006 (AC 2007/84)

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010 (RJ: 2010/1400)

comisión¹⁰⁶). En ambos contratos se asumen riesgos, mientras que si estamos ante un contrato de agencia no habrá asunción de riesgos.

La problemática que entraña la definición del régimen del contrato lleva a muchos explotadores de áreas de servicio a argüir que, a pesar de que el contrato se denominara “comisión en garantía”, ellos asumían los riesgos de la comercialización del combustible. Por lo tanto, no se trataba de una agencia genuina sino de un acuerdo vertical (un verdadero contrato de distribución). No obstante, tenemos que tener en cuenta que el agente no genuino asimismo asume riesgos¹⁰⁷, lo que no impide que se apliquen las normas de competencia, pues, siempre que estemos ante un contrato en el que se asumen riesgos significativos por las partes, es considerado como un acuerdo entre empresas y se aplican las normas de competencia, concretamente, en cuanto a la fijación de precios¹⁰⁸.

En resumen, cuando se demuestre en juicio que estamos ante una relación de agencia genuina porque no hay asunción de riesgos no serán de aplicación las normas *antitrust* y la fijación de precios no constituirá un ilícito. *A sensu contrario* sí se aplicarán en caso de que haya asunción de riesgos por ambas partes (distribución y agencia no genuina).

4. Nulidad total o parcial del contrato

El apartado 2 del artículo 101 del TFUE proclama la nulidad de pleno derecho de los acuerdos que estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 no quedan exentos por el apartado 3 o no encuentran cabida en Reglamentos de exención.

Recordemos que la nulidad de pleno derecho es aplicable sólo a los elementos del acuerdo afectados por el artículo 101 TFUE, o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos. Cuando con arreglo al apartado 2, una determinada parte del acuerdo es nula, y las otras partes del acuerdo son

¹⁰⁶ DE FÉLIX PARRONDO, Esther, “*Problemática de la fijación de precios*”, p. 197-212

¹⁰⁷ DE FÉLIX PARRONDO, Esther, “*Problemática de la fijación de precios*”, p. 197-212

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 1991 (C-41/1990)

separables, las consecuencias de nulidad de estas partes dependen del derecho nacional de los Estados miembros¹⁰⁹

Ciertas sentencias del TS deniegan la nulidad parcial en los contratos de abanderamiento que contravienen el derecho europeo de la competencia en base al criterio de la esencialidad de los pactos¹¹⁰.

Esto es contrario a lo que establecimos anteriormente, pues para el caso concreto de contratos de adhesión en caso de nulidad de una cláusula que no es un elemento esencial del contrato, éste subsistirá sin ella. Sin embargo cuando la susodicha cláusula afecte a un elemento esencial el contrato será nulo íntegramente¹¹¹, nos apoyamos en el régimen de las condiciones generales de la contratación pues estamos ante un contrato de adhesión.

En el régimen general, debemos tener en cuenta para aplicar la nulidad parcial la regla que se desprende del artículo 1258 CC, *pacta sunt servanda*, el contrato debe ser conservado pues así lo han querido las partes. Y el principio de conservación del contrato del que se desprende que las cláusulas nulas deberán tenerse por no puestas, como inexistentes; al tiempo que se debe preconizar la eficacia del contrato¹¹².

Por otro lado, debemos tener en cuenta que, para admitir o no la nulidad parcial, deberemos acudir a la finalidad de la norma, prescindiendo de la voluntad de las partes, debiéndose valorar cómo se cumple el propósito perseguido por la nulidad del acto prohibido, para valorar cual es la solución que mejor se adapta a su propósito. La prohibición del apartado 2 pretende proteger a los mercados, no a los contratantes¹¹³. El derecho *antitrust* protege un interés público (impedir que

¹⁰⁹ Así lo ha establecido el TJUE en su STJCE de 11 de septiembre de 2008 (C-. 279/06)

¹¹⁰ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume, “*Contrato de abanderamiento*”, pp. 247-313

¹¹¹ PUIG I FERROL/ GETE-ALONSO Y CALERA, “*Manual de Derecho Civil II*”, p. 672

¹¹² LASARTE, Carlos, “*Principios de Derecho Civil III: Contratos*”, 7ª edición, Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 145-161, p. 150

¹¹³ Considerando 1 del Reglamento 1/2003: “*Con objeto de establecer un régimen que garantice que no se falsee la competencia en el mercado*”; y Considerando 9 del Reglamento 1/2003: Proteger “*de prácticas susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros*”

los empresarios se pongan de acuerdo para restringir la competencia en beneficio propio)¹¹⁴.

En este sentido, si la nulidad parcial se deduce de su finalidad y existe normativa imperativa sobre regulación aplicable (como ocurre con el artículo 101 TFUE) estamos en presencia de normas sustitutivas y a ellas habrá de estarse, siendo indiferente cuál haya sido la voluntad de los contratantes¹¹⁵.

La nulidad parcial sustitutoria es la solución adecuada a la infracción del Derecho *antitrust* en el seno de los acuerdos verticales. Esta solución es, además, la más acorde con la finalidad de la normativa *antitrust*, pues al admitir la validez del contrato ajustándolo a la normativa europea esto beneficia tanto a la parte contratante diligente como al mercado¹¹⁶.

¹¹⁴ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume, “*Contrato de abanderamiento*”, pp. 247-313

¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis, “*Fundamentos de derecho civil patrimonial*”, Madrid: Civitas, 1993, p. 457

¹¹⁶ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume, “*Contrato de abanderamiento*”, pp. 247-313

V. CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo del trabajo, tras los contratos de abanderamiento se esconden intenciones espurias (en muchas ocasiones) de los operadores petrolíferos para llevar a cabo prácticas colusorias que vician la competencia.

Para evitar la sanción, estas empresas utilizan el contrato de abanderamiento en el que, al transmitir riesgos a la otra parte la convierten en empresario y, por lo tanto, los operadores petrolíferos quedan protegidos por los Reglamentos de exención por categorías por los que no se les puede aplicar el apartado 1 del artículo 101 del TFUE. Es interesante apreciar que Repsol posee una cuota de mercado del 41%¹¹⁷, por lo que no le puede ser de aplicación en la práctica dicho Reglamento (requiere cuota del 30%), y aun así hay ciertas sentencias nacionales que le aplican dicho Reglamento de exención¹¹⁸.

La práctica más frecuente es la fijación de precios, considerada tan gravosa por la Comisión que supone ilícito incluso cuando es de aplicación la regla de *minimis*. Esta práctica repercute sobre los particulares y conlleva la creación de un “*pseudocartel*”, en el que las tres empresas que controlan este mercado oligopolístico no se estorban. Podemos observar como el precio de las tres grandes petroleras (Repsol, Cepsa y BP) es un precio que es prácticamente el mismo¹¹⁹. Es interesante observar como la evolución en materia de restricciones verticales se ha caracterizado por una progresiva apertura, desde posiciones inicialmente hostiles hasta actitudes mucho más laxas, por ejemplo el Reglamento 1983/84 no permitía la fijación de precios bajo ningún concepto y, más adelante el 2790/1999 introdujo la idea de que recomendar precios o fijar un precio máximo estaba aceptado.

Los operadores aprovechan dichas normas tan amplias para fijar de manera indirecta los precios, ya que para la Comisión no considera que supongan fijación

¹¹⁷ Como podemos observar en la Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso de 12 de noviembre de 2012 (ROJ: SAN 5326/2012)

¹¹⁸ Por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, de 30 de noviembre, de 2012 (ROJ: STS 8210/2012)

¹¹⁹ *Vid.* Gráfica 3 del Anexo II

ni directa ni indirecta, a pesar de que en la práctica así sea. Esto se debe seguramente a la influencia política que tienen las grandes petrolíferas que controlan el mercado que la Comisión pretende defender.

Asimismo, opino que el apartado tercero del artículo 101 del TFUE favorece las prácticas colusorias, pues, a mi parecer no deberían estar tasadas las circunstancias bajo las que las prácticas que quedan sujetas a la prohibición del apartado primero favorecen la competencia (de acuerdo a la Comisión), y por lo tanto son lícitas. Se debería hacer un análisis *ad hoc* por la autoridad o tribunal competente. Es cierto que se requerirían ciertos parámetros, pues sino la inseguridad jurídica sería realmente problemática, pero deberían ser más amplios, pues muchas prácticas que podrían no quedar amparadas por el apartado 3 podrían favorecer la competencia y viceversa.

Otra cláusula que conlleva un alto número de problemas jurisprudenciales apreciables es la duración del contrato. No obstante es fácil de responder pues los criterios a seguir no son de abstracción semejante a los establecidos para la fijación de precios en los Reglamentos. En este caso, al contrario de lo que he dicho respecto a la fijación de precios, sí podemos ver que la Comisión se ha vuelto más rígida, pues en el Reglamento 1983/84 el límite eran 10 años y a partir del Reglamento 2790/1999 son 5 años.

Creo que ha sido correcta la idea de descentralización que ha llevado la Comisión en los últimos años permitiendo a las autoridades y tribunales nacionales juzgar las prácticas contrarias al artículo 101, pues supone una descarga de trabajo y puede propiciar la celeridad con la que son tratados asuntos de tal importancia. Aun así siguen sin tener castigo ciertas prácticas que pueden tener una fuerte repercusión negativa sobre la competencia, y, da la sensación, de que eso es debido a que muchos tribunales tienen problemas de interpretación y aplicación de las normas de competencia, sobre todo, teniendo en cuenta que estamos ante una figura contractual, en la que, el simple hecho de determinar su naturaleza, genera sentencias contradictorias.

En resumen, los contratos de abanderamiento llevan años generando una amplia y contradictoria jurisprudencia, la cual no puede ser consolidada, pues, estos contratos no están siendo tratados a nivel académico y carecen de regulación legal, salvando los Reglamentos que nos indican, únicamente, si les son aplicables o no las normas de derecho *antitrust*.

Es importante remarcar la idea de que estos contratos que generan tanta confusión entre las autoridades nacionales y los tribunales, son utilizados frecuentemente por los operadores petrolíferos para llevar a cabo prácticas que vician la competencia y minan el espíritu de las normas de derecho *antitrust*, a pesar de que, debido a la evolución de dicha normativa, en muchos casos realmente se encuentren amparados por ésta.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALDEJO, Manuel; *et al*, “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XVII, Vol 1º.-A, Artículos 1.254 a 1.260 del Código Civil*”, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “*La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia*”, *InDret*, 253, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto *et al*, “*Contratos Mercantiles: Contratos de distribución*”, 2 edición, Navarra: Thomson Aranzadi, 2004.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CANEDO ARRIGAÑA, María Pilar, “*Casos escogidos de derecho antitrust europeo*”, Estudios Deusto, Vol. 55/1, Bilbao, enero-junio 2007, págs. 265-369.
- CANEDO ARRIGALLA, María Pilar, “*El Reglamento 1/2003 del Consejo procedimiento en materia de Derecho de la Competencia y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico interno*”, *Ekonomiaz* n°61, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, “*Fundamentos de derecho civil patrimonial*”, Madrid: Civitas, 1993.
- FEDERICO PACE, Lorenzo “*Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*”, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- GINER PARREÑO, Cesar A., “*Distribución y libre competencia. El aprovisionamiento del distribuidor*”, Madrid: Montecorvo, 1994.
- LASARTE, Carlos, “*Principios de Derecho Civil III: Contratos*”, 7ª edición, Madrid: Marcial Pons, 2003.
- LORENTE HURTADO, Fernando, “*Restricciones verticales en la distribución de combustibles petrolíferos. La cuestión de la agencia*”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 14/2006, págs. 29-44

- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume, “*Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la Competencia [Comentario a la STS de 15 de enero de 2010 [Civil] RJ 2010, 1400]*”, Revista de Derecho Mercantil 279/ Enero-Marzo – 2011.
- ORTIZ BAQUERO, Ingrid, “*La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia*”, Revista Mercatoria, volumen 8, número 2, 2009, págs. 1-39.
- PUIG I FERROL, Lluís/ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen/ GIL
- RODRÍGUEZ, Jacinto/ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier; “*Manual de Derecho Civil II: derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*”, 3^a edición, Madrid: Marcial Pons, 2000.
- RAMOS IBÓS, María, “*El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: Agencia, distribución y franquicia*”, en: FERNÁNDEZ SEIJÓ, José María, *et al;* *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, núm. XXI (2006).
- ZURIMENDI ISLA, Aitor, “*Las restricciones verticales a la libre competencia*”, Navarra: Aranzadi, 2006.

VII. ANEXOS

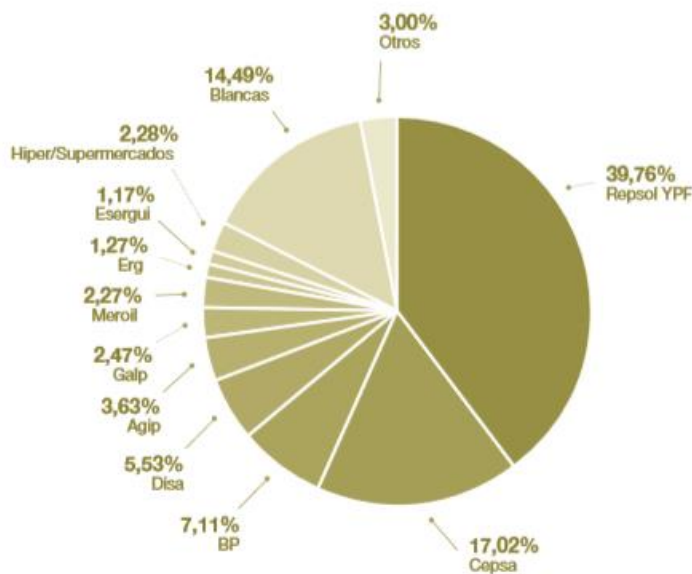
1. Anexo I. Documentos sin carácter normativo consultados

- Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (de *minimis*), DOCE 22 de diciembre de 2001.
- Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales, DOCE 13 de octubre de 2000.
- Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales, DOCE 19 de mayo de 2010.
- Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, DOCE 27 de abril de 2004.
- Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, 1999.
- Informe anual y de responsabilidad corporativa de CEPSA, 2012.
- Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción, 2008.
- Informe de seguimiento del informe de carburantes para automoción de la Comisión Nacional de la Competencia, 2010
- Informe mensual de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de supervisión de la distribución de carburantes en estaciones de servicio, febrero 2014, Dirección de Energía.

3. Anexo II. Gráficas

Gráfica 1: Cuota de mercado por puntos de venta en 2007

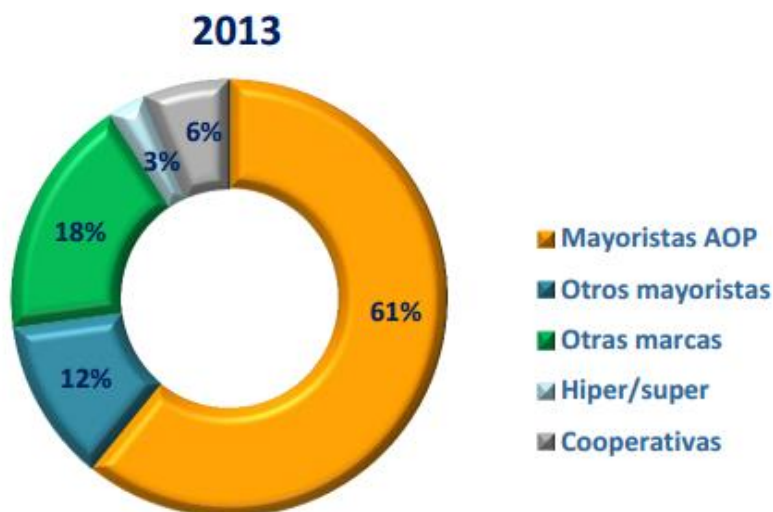
Fuente: Informe de la CNC sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción.



Fuente: Elaboración propia a partir de Memorias anuales de la AOP

Gráfica 2: Cuota de mercado por puntos de venta en 2013

Fuente: Informe AOP: “Los operadores tradicionales han perdido cuota de mercado”.



Gráfica 3: Precios de venta al público por operador en 2014

Fuente: Informe mensual de supervisión de la distribución de carburantes en estaciones de servicio de la CNMC; Febrero 2014; Dirección de energía

| OPERADORES AL POR MAYOR | | | | |
|-------------------------|----------------|------------------------------------|----------------|------------------------------------|
| | Gna 95 | | GoA | |
| | PVP medio €/lt | Diferencia vs. Mes anterior c€/lt. | PVP medio €/lt | Diferencia vs. Mes anterior c€/lt. |
| REPSOL | 1,416 | 0,802 | 1,361 | 0,010 |
| CEPSA | 1,415 | 0,450 | 1,362 | -0,097 |
| BP OIL | 1,408 | -0,051 | 1,348 | -0,672 |
| RESTO OPERADORES | 1,396 | 0,075 | 1,334 | -0,650 |

Gráfica 4: Cuota de mercado en 2009

Fuente: Elaboración propia CNC a partir de CNE, Segundo Informe Anual de Supervisión del Mercado de Hidrocarburos Líquidos Año 2009, y Comisión Europea, DG Energía y Transporte, Survey of the Competitive Aspects of Oil and Oil Product Markets in the EU (diciembre 2009).

| Pais | Refinerías | Capacidad producción (%) | HHI |
|--------|-----------------------------|----------------------------------|-------|
| España | 5 Repsol 3 Cepsa 1 BP | 58% Repsol 34% Cepsa 8% BP | 4.531 |