

LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: SOBRE LA NECESARIA REVISIÓN DE LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA¹.

THE NULLITY FOR INFRINGEMENT OF THE COMPETITION
LAW: THE NECESSARY REVISION OF THE SPANISH
JURISPRUDENTIAL PRACTICE.

Premio de Artículos Jurídicos «García Goyena»
XVIII Edición
Primer premio

JAUME MARTÍ MIRAVALLS

Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont” de la
Universitat de València.

Resumen: El presente trabajo pretende establecer las conexiones existentes entre el Derecho de la Competencia, el Derecho de Daños y el Derecho Contractual a partir de la nulidad por infracción del Derecho *antitrust*. Su finalidad es exponerlas de un modo sistemático, tratando de destacar ciertas contradicciones existentes actualmente en la práctica jurisprudencial española, contribuyendo a deshacer la “tensión” jurisprudencialmente creada entre estos importantes sectores del ordenamiento jurídico-económico.

Palabras clave: Nulidad, Contrato, Derecho de la Competencia, Daños.

¹ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-098295-B-I00 «Restricción, abuso y discriminación en el mercado tecnológico y sectores regulados» del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Abstract: The present work tries to establish the existing connections between the Competition Law, the Tort Law and the Contractual Law from the nullity by infringement of the Antitrust Law. Its purpose is to expose them in a systematic way, trying to highlight certain contradictions currently existing in Spanish jurisprudential practice, contributing to undo the jurisprudentially created “tension” between these important sectors of the economic legal system.

Key Word: Nullity, Contract, Competition Law, Damages.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II.- ORIGEN Y RACIONALIDAD DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. III.- FUNDAMENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. IV.- CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. V. CRÍTICA A LA DOCTRINA SOBRE EL ALCANCE Y LOS EFECTOS MATERIALES DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 1. La dicotomía nulidad total o nulidad parcial. 1.1. *La importancia de la ratio de la norma infringida en la nulidad.* 1.2. *Revisión de la doctrina de la nulidad total por fijación de precios de reventa. La ratio de la prohibición y su significado en el marco de un acuerdo vertical: la nulidad parcial como consecuencia de la prohibición.* 1.3. *Revisión de la doctrina de la nulidad total por aprovisionamiento exclusivo. La ratio de la prohibición y su significado en el marco de un acuerdo vertical: la nulidad total, pero no siempre.* 2. Efectos materiales de la nulidad: restitución, indemnización y/o reivindicación. 2.1. *Diferenciación entre “acción de nulidad” y acciones personales derivadas de la nulidad.* 2.2. *La restitución en la teoría general de las nulidades.* 2.3. *El carácter excepcional de la restitución en el marco de la nulidad de pleno derecho.* 2.4. *La no aplicación de la doctrina de la causa torpe a la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia.* 2.5. *Conclusión: negación de la acción restitutoria en los negocios jurídicos ejecutados contrarios al Derecho de la Competencia.* 3. La responsabilidad por daños y la reivindicación como efectos jurídico-materiales de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia. 3.1. *Introducción.* 3.2. *La acción de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia.* 3.3. *La acción reivindicatoria.* VI. LA PROPAGACIÓN DE LA NULIDAD EN EL ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 1. La propagación de nulidades: cuestiones generales. 2. La propagación en los contratos coligados o conexos. 3. La no propagación en los contratos derivados: la indemnización de daños y perjuicios. VII. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO EN EL MARCO DEL

ABUSO DE POSICIÓN DOMINIO. 1. El fundamento de la nulidad en el abuso de posición dominante. 2. Régimen jurídico de la nulidad en el abuso de posición dominante: la importancia de los daños. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

Afirmaba LARENZ en su conocida obra *Metodología de la Ciencia del Derecho* que: “Descubrir las conexiones de sentido en las que las normas jurídicas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del orden jurídico, y exponerlas de un modo ordenado que posibilite la visión de conjunto —es decir, en la forma de un sistema— es una de las tareas más importantes de la Jurisprudencia científica”.

El Ordenamiento jurídico ha de ser un todo unitario y coherente, esto es, un sistema. El carácter unitario del Ordenamiento requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a dos sectores normativos cada vez más imbricados y comprometidos en un destino común: el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Contratación, ambos con funciones normativas y político-jurídicas diversas, aunque complementarias².

La nulidad por infracción del Derecho de la Competencia se encuentra situado en el primer cruce de caminos entre estos sectores. Conjuga Derecho de la Competencia, Derecho de Daños y Derecho Contractual. Por su parte, la reciente aprobación de un régimen jurídico específico en materia de daños por infracción del Derecho de la Competencia incide directamente en la ecuación “competencia, nulidad, contrato”³. Si a ello se une que la materia aglutina cuestiones

² MIRANDA SERRANO, L., “Prácticas colusorias: ancillary restraints y conductas de minimis”, *Derecho europeo de la competencia*, Tirant lo blanch, 2017, págs. 81 y 82

³ Se trata de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, transpuesta a nuestro ordenamiento por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, que modifica la LDC y la LEC. Sobre la Directiva, por todos, AA.VV., *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson-Aranzadi, 2016. Su efecto empieza a verse en la práctica jurisprudencial española. Así no es casual que, frente a los pocos asuntos que se habían planteado históricamente, en 2018 se han conocido, con cierto impacto mediático, entre otras, las Sentencias de los Juzgados de los Mercantil n.º 7 y n.º 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, Sentencias del n.º 3 de 5 de septiembre de 2018 (dos resoluciones), Sentencia del n.º 3 de 10 de septiembre de 2018 y Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 y n.º 11 de 8 de julio de 2018, en el conocido cártel de los sobres de papel; y empiezan

sobre la relación entre el Derecho Europeo y los Derechos nacionales, se comprende la importancia y complejidad de la materia objeto de estudio.

El presente trabajo pretende establecer las conexiones entre estas ramas del Derecho, y exponerlas de un modo sistemático, tratado de destacar ciertas contradicciones existentes actualmente en la práctica jurisprudencial española, contribuyendo así a deshacer lo que se ha denominado como la “tensión” entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico, que no en vano están “obligados a entenderse”⁴: el Derecho de la Competencia y el Derecho Patrimonial. Ello requerirá adentrarse en las entrañas del Derecho Privado y del Derecho Económico.

La oportunidad del estudio se justifica por la abundante jurisprudencia generada en los últimos años sobre la materia y por la realidad del tráfico económico. No existe semestre en el último lustro en el que la Sala Primera del Tribunal Supremo no se haya pronunciado sobre ello. Y, aunque en menor grado, también es constante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵. Las desconexiones existentes en estos momentos en la jurisprudencia, que se demuestra en los reiterados cambios de opinión realizados por el Tribunal Supremo, están incidiendo en la eficiencia de los operadores económicos. Su estudio y sistematización, por tanto, resultan necesarios. Adaptar la práctica jurisprudencial española a la racionalidad y fundamento de esta particular nulidad, atendida su

a dictarse las primeras resoluciones en el esperadísimo cártel de los camiones: por todas, Sentencias del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Murcia, de 15 y 16 de octubre.

⁴ Así, TOBÍO RIVAS, A.M., “Algunas consideraciones sobre las implicaciones del derecho de la libre competencia en la regulación española vigente y proyectada de los contratos de distribución y agencia: Una visión contractualista”, *Estudios de derecho mercantil*, Marcial Pons, 2013

⁵ Lo dicho se ejemplifica en el nuevo cambio de posición doctrinal que ha tenido que realizar el Tribunal Supremo como consecuencia de la STJUE de 23 de noviembre de 2017. A diferencia de cuanto sostenía la jurisprudencia española, el TJUE estableció que una Decisión de compromisos adoptada por la Comisión Europea relativa a determinados acuerdos entre empresas no impide que los tribunales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas comunitarias en materia de competencia y puedan declarar su nulidad. Por tanto, no cabe excluir que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que la práctica objeto de la decisión de compromisos es ilegal, porque la decisión de compromisos no puede legalizar de manera retroactiva un comportamiento infractor. Ello ha obligado al Alto Tribunal español a modificar su doctrina jurisprudencial, entre otras, en las Sentencias de 7 de febrero de 2018, de 17 de julio de 2018, y dos de 20 de septiembre de 2018.

complejidad, es uno de los mayores retos jurídicos actuales, pues muchos intereses económicos hay en juego⁶.

II. ORIGEN Y RACIONALIDAD DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

El apartado segundo del artículo 101 TFUE establece que “los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”⁷. El precepto declara, por tanto, la nulidad de los acuerdos colusorios prohibidos por el apartado primero del artículo 101 TFUE, esto es, los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

⁶ En efecto, por ejemplo, en el mercado tecnológico hace apenas unos meses, julio de 2018, se ha hecho pública la multa que la Comisión Europea impuesta a Google, la más alta en la historia del Derecho antitrust en Europa: 4.340 millones de euros, por prácticas consistentes en imponer restricciones a los fabricantes de dispositivos Android y a los operadores de redes móviles, con el objetivo de consolidar su posición dominante en el mercado de las búsquedas en Internet. Por su parte, en el mercado de los sectores regulados, con fecha muy reciente, el 30 de agosto de 2018, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado una resolución en la que declaró que no se había acreditado que el sistema de precios establecido por Pfizer, Janseen-Cilag, Merck Sharp & Dohme, Lilly, Sanofi-Aventis y Novartis, a principios de los años 2000, infringiera la normativa de la competencia (expediente S/DC/0608/17 EAEPC vs Laboratorios Farmacéuticos). En el ámbito de las resoluciones judiciales, la avalancha de sentencias del Tribunal Supremo en materia de distribución de hidrocarburos todavía está lejos estar cerrada. La importancia de la regulación y la competencia en los sectores más relevantes de la economía, junto con la creciente conexión entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico son uno de los desafíos del Derecho y la Economía del S. XXI. La necesidad de ordenar la relación Contrato y Mercado en estos ámbitos, a lo que aspira este trabajo, resulta imprescindible.

⁷ Sobre el mismo, ver, WAELBROECK, M./ FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, Bosch, T. I, 1998, págs. 707 y ss; ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, 2011, págs. 361 a 427; DI GIÒ, A., “Contract and restitution law and the private enforcement of EC Competition law”, *World Competition*, núm. 2, 2009, págs. 199 a 220; WHISH, R./ BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford, 2015, 343 y ss. Monográficamente, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, 1999; y GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Marcial Pons, 2016, págs. 96 y ss.

La nulidad de pleno derecho como sanción civil en el marco de la infracción del Derecho de la Competencia es típicamente europea⁸ y de influencia francesa⁹. Su origen se remonta al artículo 65.4 del TCECA, para incorporarse, con una redacción más simple, al artículo 85.2 TCE (actual 101.2 TFUE) y de allí a la mayoría de los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros¹⁰.

En España, ya el apartado segundo del artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, establecía que “son nulos, como contrarios a la Ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior”¹¹. Posteriormente, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia y la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establecen en sus apartados segundo del artículo 1 que “son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley”.

La racionalidad del precepto, atendiendo a sus orígenes históricos, es clara. Destruir el vínculo creado por los operadores económicos, vedando cualquier posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales a exigir su cumplimiento, y eliminar los efectos que este

⁸ En los EEUU la Sherman Antitrust Act, de 2 de julio de 1890, no se refiere a la declaración de nulidad, sino a la declaración de ilegal: *“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”*.

⁹ Donde la nulidad de pleno de derecho se correspondía con el grado máximo de ilegalidad. En este sentido, entre otros, ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960, pág. 160; MELI, M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Giuffrè, 2001, pág. 23; LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., “Infringement of Competition Law and invalidity of contracts”, *ERCL*, núm. 2, 2005, pág. 252.

¹⁰ Alemania no contempla en su normativa sobre Defensa de la Competencia la sanción de nulidad para los acuerdos colusorios, lo cual no ha impedido a la doctrina, extraer dicha conclusión por la vía del 134 del su Código civil, que se proclama la nulidad de los contratos contrarios a la Ley.

¹¹ Declaración de nulidad que la LRPRC atribuía al Tribunal de Defensa de la Competencia (artículo 13.2). Como recuerda ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia....*, cit., pág. 366, nota 621, el Tribunal de Defensa de la Competencia se configuró por la LRPRC como un organismo jurisdiccional (jurisdicción especializada) cuyas decisiones no eran susceptibles de recurso alguno (artículo 10). Y que fue tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 cuando dejó de ser un órgano jurisdiccional para ser un órgano administrativo.

haya creado por ser contrario a normas imperativas de orden público económico¹².

III. FUNDAMENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

En la doctrina científica se ha debatido mucho sobre el fundamento de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, pudiendo distinguirse dos grandes posiciones¹³. Por un lado, quienes consideran que el negocio jurídico es nulo de pleno derecho porque adolece de un vicio intrínseco a la relación jurídica: causa u objeto ilícito. Por otro, quienes consideran que la nulidad es externa a la relación jurídica y deriva de sobrepasar los límites impuestos a la autonomía de la voluntad por la Ley¹⁴.

Atendida la estructura de la prohibición de acuerdos colusorios en Europa, sostener la nulidad por causa u objeto ilícito no parece adecuado¹⁵. En efecto, el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, artículo 1.2, establece que “los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reú-

¹² Como expresamente recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, asuntos C-430/93 y C-431/93, caso Van Schijndel: “Procede señalar que las normas sobre la competencia mencionadas por el órgano jurisdiccional nacional son normas imperativas, directamente aplicables en el ordenamiento jurídico nacional”.

¹³ Principalmente la italiana, ver, entre otros, LIBERTINI, M., “Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust”, *Danno e responsabilità*, núm. 10, 2004, pág. 940; SCHININÀ, M., “La nulità delle intese anticoncorrenziali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, núm. 2, 2004, pág. 424. En la doctrina española, ver, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad...*, cit., págs. 178 y ss; y GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., págs. 96 y ss. Recientemente, sobre la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, HERRERO SUÁREZ, C., “La nulidad de las conductas anticompetitivas”, *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017, págs. 223 a 268; y CALVO CARAVACA, A.L., “Derecho antitrust y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE), Culpa y responsabilidad, Thomson-Aranzadi, 2017, págs. 149 a 185.

¹⁴ Así, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 376 a 381.

¹⁵ Como nos enseñó DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Civitas, T. I, 1993, pág. 242, hay que distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. El contrato que choca con una prohibición legal o contrato *contra legem* queda fuera de los límites de la autonomía privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 CC y le es aplicable la sanción de nulidad establecida por el artículo 6.

nan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto". Por su parte, en nuestro ordenamiento, el criterio es el mismo en relación con la LDC¹⁶, puesto que la nulidad se extiende a las prácticas colusorias prohibidas en el artículo 1.1 LDC que no estén amparadas por las exenciones previstas en la propia norma, esto es, tanto las que resultan de la aplicación de una Ley (artículo 4.1 LDC) como las derivadas de los apartados tercero, cuarto y, en su caso, quinto del artículo 1 LDC. En consecuencia, en un sistema sin prohibiciones *per se*, donde todo negocio jurídico puede estar autorizado si reúne las condiciones del apartado tercero del actual artículo 101 TFUE, no parece que pueda sostenerse que su fundamento radique en un vicio de su formación intrínseco a la relación jurídica¹⁷.

La nulidad deriva por motivos externos a la relación jurídica. Su fundamento está en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico¹⁸. Los acuerdos colusorios son nulos de pleno derecho por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad¹⁹. Ello sitúa la cuestión en nuestro ordenamiento en el marco del artículo 6.3 Cc²⁰: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"; y en el artículo 1255 Cc: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contra-

¹⁶ GALÁN CORONA, E., "Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición", *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo blanch, 2014, T. I, pág. 119.

¹⁷ En la doctrina, defendiendo como fundamento de la nulidad la causa ilícita, LIBERTINI, M., *Ancora sui rimedi civili...*, cit., pág. 940; y LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., *Infringement of Competition Law...*, cit., pág. 253. Es cierto que el artículo 1.275 Cc establece que: "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral". Pero como ha señalado la doctrina, la oposición a las leyes significa que el fin perseguido va en contra de lo dispuesto en una ley imperativa. En consecuencia, en el marco de acuerdos verticales o acuerdos horizontales de cooperación, no puede afirmarse que el fin perseguido por las partes vaya en contra de una ley imperativa. Su aplicación podría reducirse a determinados tipos de carteles —aunque se trata de una cuestión discutible—.

¹⁸ En este sentido, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 379; SCHININÀ, M., *La nulità delle intese anticoncorrenziali...*, cit., pág. 424.

¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de derecho civil*, vol. 35, 1982, págs. 987 a 1086

²⁰ Sobre el mismo, por todos, ver el clásico y extenso trabajo de CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 6.3 del Código civil", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, T. I, 1992, págs. 769 a 842.

rios a las leyes, a la moral ni al orden público". Como ha señalado la doctrina, la norma del artículo 1255 Cc es una norma imperativa o prohibitiva del artículo 6.3 Cc²¹.

En esta línea se sitúa la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia núm. 634/2014, de 9 de enero de 2015, caso Mediapro, se afirma que en cuanto la normativa *antitrust* y nacional tiene carácter imperativo, pues a través de ella se establecen límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público —español o comunitario— en el mantenimiento de la Competencia, la nulidad de los pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el traspaso de estos límites a la autonomía privada de la voluntad (artículos 6.3 y 1.255 Cc)²².

Este fundamento, además, resulta más coherente con la propia configuración del sistema de Derecho de la Competencia. En no pocas ocasiones la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia puede ser una nulidad sobrevenida, no originaria. En efecto, al menos en tres ocasiones es perfectamente posible que un negocio jurídico lícito desde la perspectiva del Derecho de la Competencia devenga ilícito por motivos externos a la relación jurídica. No siendo posible argumentar la existencia de un vicio de su formación intrínseco a la misma. Estos motivos son: el cambio de norma, el aumento de la cuota de mercado y la contribución del acuerdo a un efecto de redes paralelas²³.

IV. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Analizado el origen, fundamento, ámbito de aplicación y caracteres de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, procede adentrarse en su régimen jurídico, el cual es de configuración eminentemente jurisprudencial. Como se comprobará, desde fechas

²¹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Thomson-Aranzadi, 2010, pág. 720.

²² Planteamiento que ya estaba presente en la Sentencia núm. 540/2000 del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2000, caso Disa, y que posteriormente ha sido seguida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 863/2009, de 15 de enero de 2010, caso Repsol.

²³ La ineficacia es originaria cuando el negocio es inválido desde el mismo momento en que se celebró, y sobrevenida cuando la invalidez se produce en un momento posterior a la celebración del negocio, como consecuencia de un hecho sobrevenido. Sobre estas cuestiones, ver, GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., págs. 259 a 268.

tempranas, el TJCE (actual TJUE) se ha encargado de configurar las características generales de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia. Ello por cuanto la “nulidad de pleno derecho” por infracción del Derecho de la Competencia a la que se refiere el artículo 101.2 TFUE es un concepto de Derecho Europeo que sólo el TJUE está cualificado para interpretar en última instancia²⁴.

Como es sabido la nulidad de pleno derecho, como categoría de la ineficacia del negocio jurídico, se caracteriza por ser *ipso iure*, es decir, se produce sin necesidad de que ocurra un hecho o acto, sino por el mismo Derecho. Está legitimado para instarla cualquier interesado, haya sido o no parte en el contrato, y aun el causante de la nulidad. No produce efecto alguno. Y es definitiva. Por ello, no prescribe, no sana con el tiempo, y no es susceptible de confirmación, convalidación ni subsanación²⁵.

Ahora bien, partiendo esta caracterización, resulta necesario apuntar, con carácter previo al análisis de las resoluciones judiciales, por un lado, que la configuración jurisprudencial en el ámbito europeo está construida por instituciones que resuelven desde una perspectiva única de Competencia, y no de Derecho de Contratos; y por otro, que de manera unánime la configuración jurisprudencial de la nulidad se ha producido en el marco de acuerdos verticales y no de cárteles.

Ambas circunstancias explican —a nuestro juicio— ciertas disfunciones que se producen en el plano nacional. Y ello es una cuestión de la máxima importancia por cuanto, como ya se ha indicado, en un mercado cada vez más complejo se requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a dos sectores normativos cada vez más imbricados y comprometidos en un destino común: el Derecho de la competencia y el Derecho de la contratación²⁶.

²⁴ WAELBROECK, M./ FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia...*, cit., pág. 707. Si bien, como ha señalado la doctrina, nos encontramos frente a una sancción civil que tiene un fundamento normativo comunitario, pero cuyos rasgos particulares están definidos a nivel nacional. Por todos, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 369.

²⁵ Sobre las características de la nulidad de pleno derecho, por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, 1997, págs. 475 y ss; y DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, 2005, págs. 49 y ss.

²⁶ Así, MIRANDA SERRANO, L., *Prácticas colusorias...*, cit., págs. 81 y 82.

Si se analiza con detenimiento la jurisprudencia del TJUE sobre la nulidad, desde sus orígenes hasta la actualidad²⁷, se concluye, por una parte, que la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia tiene carácter absoluto. El acuerdo que adolece de dicha nulidad no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros. Puede ser invocada por cualquier persona. Y, además, puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión de que se trate.

Por otra, que la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia sólo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el artículo 101 TFUE. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del acuerdo no están reguladas por el Derecho Europeo. Cuando, con arreglo artículo 101.2 TFUE, una determinada parte de un acuerdo es nula, las consecuencias civiles para las otras partes disociables dependen del Derecho de los Estados miembros. Motivo por el que el órgano jurisdiccional nacional debe apreciar dichas consecuencias conforme a su propio Derecho²⁸.

Por su parte, de las principales resoluciones del TS sobre la materia²⁹ se concluye que para el Alto Tribunal no puede aceptarse que las cláusulas contractuales a las que se imputa la contravención del Derecho comunitario de la Competencia tengan carácter accesorio en relación con el conjunto del contrato —STS de 3 de octubre de 2007—. Las cláusulas incompatibles con el Derecho comunitario no pueden considerarse separables —STS de 2 de junio de 2000—, ni

²⁷ Fundamentalmente, Asunto 56/65, caso Société Technique Minière; Asuntos 56/64 y 58/64, caso Consten-Grundig; Asunto 22/71, caso Béguelin; Asunto 48/72, caso Haecht II; Asunto 319/82, caso Kerpen; Asunto 10/86, caso VAG France; Asunto C-234/89, caso Delimitis; Asunto C-230/96, caso Cabour; Asunto C-126/97, caso Eco Swiss; Asunto C-453/99, Caso Courage; Asuntos C-295/04 a 298/04, caso Manfredi; Asuntos C-376/05 y C-377/05, caso Brünsteiner; Asunto C-279/06, caso Cepsa.

²⁸ Como recopila el apartado 41 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, de 27 de abril de 2004 (2004/C 101/08), con referencias a los asuntos *Société Technique Minière* y *Kerpen & Kerpen*. En este punto, como se verá, serán determinantes las disposiciones nacionales relativas a la nulidad parcial de los actos jurídicos.

²⁹ Fundamentalmente, STS núm. 540/2000, de 2 de junio de 2000, caso Disa; STS núm. 989/2007, de 3 de octubre de 2007, caso Cepsa; STS núm. 567/2009, de 30 de julio de 2009, caso Svenson; STS núm. 863/2009, de 15 de enero de 2010, caso Repsol; STS núm. 634/2014, de 9 de enero de 2015, caso Mediapro; y STS núm. 763/2014, de 12 de enero de 2015, caso Repsol II, que incorpora la doctrina fijada por el TJUE en su Auto de 27 de marzo de 2014, caso C-142/2013, asunto Brigh Service, y obliga a nuestro Alto Tribunal a cambiar su posición respecto la invalidez sobrevenida por la entrada en vigor de un Reglamento de exención por categoría con exenciones distintas al anterior.

sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas —STS de 30 de julio de 2009—. La supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato y, por tanto, la relevancia o esencialidad de la cláusula nula se expande a todo el negocio e impide la aplicación de la regla “*utile per inutile non vitiatur*”, que podría suponer una nulidad parcial, y no total —STS de 15 de abril de 2009—. Por lo que proclama la nulidad total del contrato.

Por su parte, en relación con las consecuencias patrimoniales de la declaración de nulidad, tras una primera década sosteniendo la aplicación del artículo 1303 Cc, el Alto Tribunal entiende que tales consecuencias deben limitarse a la mera declaración de nulidad por infracción de una norma prohibitiva, con arreglo a lo previsto en el artículo 6.3 Cc, y a la liquidación de la relación contractual —STS de 10 de enero de 2010—.

V. CRÍTICA A LA DOCTRINA SOBRE EL ALCANCE Y LOS EFECTOS MATERIALES DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

1. La dicotomía nulidad total o nulidad parcial.

Como ya se ha indicado, el TJUE ha consolidado su doctrina en el sentido de que la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia sólo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el artículo 101 TFUE. Ahora bien, el propio TJUE, que es una institución que aplica e interpreta el Derecho de la Competencia Europeo, pero no el Derecho Patrimonial de los Estados Miembros, también proclama que las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del acuerdo no están reguladas por el Derecho Europeo. Y, por tanto, cuando, con arreglo artículo 101.2 TFUE, una determinada parte de un acuerdo es nula, las consecuencias civiles para las otras partes disociables dependen del Derecho de los Estados miembros. Ello nos introduce en ámbito de las consecuencias de la infracción contractual de normas imperativas en nuestro ordenamiento³⁰.

³⁰ Como ha señalado la doctrina, estas consecuencias vienen determinadas en general, por el juego de dos principios generales del Derecho: el de supremacía del Derecho imperativo sobre la voluntad privada y el de respeto a la autonomía privada una vez garantizada dicha supremacía. Así, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991, pág. 336. El juego de estos

1.1. La importancia de la ratio de la norma infringida en la nulidad.

La nulidad total y la nulidad parcial presentan finalidades distintas. Mientras que la nulidad total persigue excluir o privar de efectos aquellos actos, contratos o negocios jurídicos que según el ordenamiento no merecen tal consideración, la nulidad parcial trata de solucionar el problema de la conservación del acto o negocio afectado por la nulidad de una parte de su contenido³¹.

Cuando, como ocurre con el Derecho de la Competencia europeo y nacional, la norma imperativa no se pronuncia expresamente sobre la nulidad total o parcial, la doctrina es unánime en señalar que, en estos casos, el dilema entre nulidad total o parcial debe resolverse indagando si el objetivo y la finalidad de la norma infringida se satisface mejor con una u otra³². La preferencia por la nulidad parcial o total es, por tanto, una cuestión que depende fundamentalmente de la ratio y la finalidad perseguida por la norma que impone la nulidad, en nuestro caso el Derecho de la Competencia³³.

En Derecho de la Competencia la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia no pretende proteger a ninguno de los sujetos vinculados por el acuerdo colusorio sino al mercado. El objetivo de las normas de competencia es proteger la libre competencia en el mercado³⁴. En concreto, el bien jurídico prioritariamente tutelado por el Derecho de la Competencia es el proceso competitivo, entendido como la lucha entre los operadores del mercado basada en

dos principios permite reconstruir toda la disciplina de la nulidad parcial y de la integración contractual. La nulidad parcial es un supuesto de ineeficacia parcial, por causa de invalidez, que se produce cuando un cláusula, pacto o estipulación de las que integran la reglamentación contractual, deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada, conservándose válido y eficaz el resto del contrato, GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato*, La Ley, 1995, pág. 47.

³¹ GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato...*, cit., pág. 48. Ver, MARÍN PADILLA, M.L., "El principio de conservación de los actos y negocios jurídicos: utile per inutile non vitiatur" Bosch, 1990.

³² Por todos, GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato...*, cit., págs. 81 a 85; y ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación...*, cit., págs. 336 y 337.

³³ En este sentido, las normas jurídicas que limitan el libre juego de la autonomía de la voluntad no sólo definen el ámbito de actuación de los operadores económicos conforme al ordenamiento jurídico, sino que también inciden en la sanción de nulidad a aplicar a dichos negocios jurídicos.

³⁴ La doctrina ha ofrecido hasta cuatro posibles maneras de entender la protección de la competencia, ver, SIGNES DE MESA, J.I., "Fundamentos del Derecho y de la política de la competencia", *Derecho de la Competencia*, Thomson-Civitas, 2013, pág. 36 y 37.

la toma individual de las decisiones y en las bondades de los bienes y servicios que ofertan a clientes y consumidores finales³⁵.

La nulidad por infracción del Derecho de la Competencia no deriva por el carácter inequitativo de ningún pacto, sino porque que el mismo, estando prohibido por apartado 1 del artículo 101 TFUE, no cumpla las condiciones del apartado 3 del propio precepto³⁶. El Derecho de la Competencia no realiza una composición de los intereses de las partes del contrato, sino que su finalidad es impedir que a través de determinadas prácticas se obstaculice el correcto funcionamiento del sistema de economía de mercado, no pudiéndose cumplir sus objetivos de eficiencia económica. Esto significa que la normativa *antitrust* protege un interés público, cual es que el mercado de libre competencia funcione correctamente, impidiendo que los empresarios se pongan de acuerdo para restringir la competencia en beneficio propio, pero en perjuicio de todos los demás participantes en el mercado³⁷.

Que el bien jurídico protegido por el artículo 101 TFUE y 1 LDC es el mercado es algo que no puede pasar desapercibido en el enjuiciamiento de las consecuencias jurídicas de la infracción del Derecho de la Competencia. Además, atendidas las particularidades de esta normativa, en la que no existen prohibiciones *per se*, cada restricción de la competencia presenta una ratio propia. Así, por ejemplo, la razón de la prohibición de la fijación de precios de reventa es distinta de la prohibición de abastecimiento exclusivo, tal y como ahora se analizará.

Sin descender a la ratio de cada prohibición en el marco del acuerdo en el que se ha adoptado, y tomando como referencia que el bien jurídico protegido por la norma imperativa es el mercado, no es posible realizar adecuadamente el juicio sobre la dicotomía nulidad total o parcial. Si el único criterio correcto para dilucidar el juicio de la nulidad parcial es atender a la norma jurídica infringida, no es posible elaborar una dogmática abstracta, sino que requiere del caso concreto, atendiendo a la naturaleza y finalidad de la norma imperativa y al tipo concreto de negocio o contrato infractor³⁸.

³⁵ COSTAS COMESAÑA, J., “Una panorámica del análisis antitrust relativo a las redes empresariales en España”, *Claves del derecho de redes empresariales*, Universitat de València, 2017, págs. 477.

³⁶ Artículo 1.1 Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

³⁷ Así, por todos, el maestro BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho mercantil*, Thomson-Aranzadi, 2018.

³⁸ En este sentido, GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato....*, cit., pág. 85.

Como se ha visto anteriormente, la doctrina del Tribunal Supremo proclama la nulidad total por infracción del Derecho de la competencia, tanto en el caso de fijación de precios como de exclusividad, en atención a dos criterios: la esencialidad de dichos pactos y el respeto a la voluntad de las partes. Ahora bien, algunas de las afirmaciones del Tribunal Supremo ponen de manifiesto que no ha habido un adecuado enjuiciamiento respecto de la viabilidad de la nulidad parcial. Y en ninguna de ellas se analiza la ratio la restricción y su función dentro del contrato. Por este motivo resulta necesario revisar y reformular dichas conclusiones del Alto Tribunal.

1.2. Revisión de la doctrina de la nulidad total por fijación de precios de reventa. La ratio de la prohibición y su significado en el marco de un acuerdo vertical: la nulidad parcial como consecuencia de la prohibición.

Para el Tribunal Supremo, cuando la cláusula de fijación de precios de reventa incorporada en un acuerdo vertical es declarada nula, la nulidad se expande a todo el contrato porque el precio es un elemento esencial del acuerdo vertical y con su eliminación se afecta a un elemento estructural, y a la economía del negocio, sin que sea posible entender que se puede mantener el fijado en relación con una libertad de precio, porque para ello es preciso una voluntad concorde de las dos partes.

A nuestro juicio, determinada el carácter prohibido del acuerdo de fijación de precios de reventa, el Tribunal debería volver sobre la ratio de la prohibición para posteriormente preguntarse el significado de la prohibición en el acuerdo y, posteriormente, resolver sobre la posible conservación o no del negocio jurídico. Por este motivo se estima conveniente realizar dicho análisis.

La cláusula de fijación de precios de reventa prohibida por el Derecho de la Competencia puede adoptar distintas modalidades: fijación de precio único, en la que el proveedor indica el precio exacto del producto; fijación de mínimo, en virtud de la cual el distribuidor puede revender al precio que estime oportuno, pero nunca por debajo del límite fijado por el proveedor; y fijación de un mínimo y un máximo, en la que el distribuidor es libre de fijar el precio de reventa del producto dentro el margen establecido por el proveedor.

Ya se ha indicado que la prohibición de fijar precios de reventa no tiene como objetivo proteger al distribuidor frente a la tradicional posición más fuerte del proveedor. Su finalidad es proteger el

mercado, evitando tanto la posible colusión entre los proveedores al aumentar la transparencia de los precios en el mercado como la eliminación de la competencia de precios intramarca. Esta es la ratio de la prohibición. Por ello, el alcance de la nulidad debe analizarse desde la perspectiva de los contratantes y del propio mercado.

La cláusula de fijación de precios no es una cláusula esencial de ningún acuerdo vertical. Desde una perspectiva meramente contractualista, el pacto de fijación de acuerdos es un elemento accidental —no esencial ni natural—. Para su existencia requiere de pacto expreso. Y la cláusula de fijación de precios no es tampoco la cláusula del precio del negocio. Un contrato con cláusula de fijación precios contraria al Derecho de la competencia al que se amputa la cláusula tiene precio: el precio que determina el distribuidor. No se trata de corregir el precio acordado. El propósito de las partes al celebrar el negocio jurídico es completamente ajeno a la existencia o no de una cláusula de fijación de precios.

Además, considerar que su eliminación afectará a la economía del contrato para mal, como parece deducir el TS, es realizar una prospección sin sustento jurídico-económico. En el caso de que existan royalties estos pueden ir vinculados a facturación, y es perfectamente posible que un distribuidor con libertad en la fijación de precios se adapte mejor a las necesidades de su mercado y su facturación sea mayor. Y, en consecuencia, mayores también los royalties. Por tanto, nada impide desde la perspectiva contractual la aplicación de la nulidad parcial limitada al pacto de fijación de precios.

Queda por analizar si en un acuerdo vertical en acuerdo de fijación de precios contrario al Derecho de la Competencia, con la eliminación de la cláusula y la conservación del contrato se cumple la función de protección del mercado, es decir, ratio de la prohibición. Y la respuesta es afirmativa. Los acuerdos verticales son lícitos y contribuyen al mejor funcionamiento del mercado. Sin la cláusula de fijación de precios se eliminan los dos grandes riesgos de la restricción: la posible colusión entre proveedores por la transparencia de precios y se contribuye a la competencia intramarca. Por tanto, desde la perspectiva de la ratio de la prohibición, con la eliminación del pacto de fijación de precios (nulidad parcial) se cumple perfectamente la ratio de la prohibición.

Por último, debe formularse una última cuestión. Si en una cláusula nula por fijación de precios mínimos y máximos, la nulidad afectaría a también a la fijación de precios máximos que es lícita. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. En realidad,

una cláusula con fijación de precios mínimos y máximos incorporados pactos. El de precio mínimo, que se declara nulo, y el de precio máximo, que —en principio— es lícito y no es objeto del análisis *antitrust* realizado para proclamar la nulidad del precio mínimo y, por tanto, no se ve afectado por la misma.

1.3. Revisión de la doctrina de la nulidad total por aprovisionamiento exclusivo. La ratio de la prohibición y su significado en el marco de un acuerdo vertical: la nulidad total, pero no siempre.

Para el Tribunal Supremo, como se ha visto, la supresión de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo en un acuerdo vertical no puede considerarse separable, afecta a un elemento estructural y no sería posible obligar a las partes a renegociar el contrato con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas. La supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato.

Como se trata de la cláusula más compleja de analizar desde la perspectiva de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, se estima conveniente realizar una explicación más detallada de la ratio de la prohibición y de sus efectos sobre el mercado³⁹.

La Comunicación de la Comisión Europea de 10 de mayo de 2010, “Directrices relativas a las restricciones verticales”, analiza la obligación de aprovisionamiento exclusivo bajo la denominación “marca única”. Como señala la Comisión, en el apartado 130 de las Directrices 2010, los posibles riesgos de competencia de la marca única residen en la exclusión de los proveedores competidores y potenciales, el debilitamiento de la competencia y la propiciación de la colusión entre proveedores en caso de uso acumulativo y, cuando el comprador sea un minorista que venda a los consumidores finales, una pérdida de competencia intermarca dentro de los comercios. Dichos efectos restrictivos tienen —concluye la Comisión— consecuencias directas para la competencia intermarca.

Por tanto, la ratio de la prohibición de obligaciones de aprovisionamiento exclusivo superiores a 5 años son los efectos exclusionarios que la cláusula provoca en el segmento de los proveedores, reduciendo la competencia intermarca en el mercado minorista. En

³⁹ Sobre ello, en extenso, BACHES, OPI, S., *Distribución y derecho de la competencia: el Reglamento de la Unión Europea sobre restricciones verticales*, Marcial Pons, 2014.

particular, la Comisión considera que la capacidad de las obligaciones de marca única para dar lugar a una exclusión contraria a la competencia surge en especial cuando, sin dichas obligaciones, se ejerce una importante presión competitiva por los competidores que aún no están presentes en el mercado en el momento de concluirse las obligaciones, o que no están en condiciones de competir por la totalidad del suministro de los clientes. Por ello la «posición de mercado del proveedor» es primordial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las obligaciones de marca única.

La importancia de los efectos exclusionarios en la cláusula de aprovisionamiento exclusivo es tal que la propia Comisión advierte que, en determinados sectores, la venta de más de una marca a un único establecimiento puede resultar muy difícil, en cuyo caso el problema de exclusión puede solucionarse mejor limitando la duración efectiva de los contratos.

Analizada la perspectiva económica y de mercado de la cláusula, resulta necesario analizar también la perspectiva contractual. En este sentido, en algunos contratos verticales la obligación de aprovisionamiento es un elemento natural del contrato, especialmente en los acuerdos de distribución integrada. Pero, en ningún caso es un elemento esencial. Es decir, la exclusividad es una modalidad del contrato, no un tipo de contrato. Ello significa que, eliminando la cláusula prohibida, el contrato podría seguir teniendo contenido propio y suficiente.

Ahora bien, el Tribunal Supremo considera que procede la nulidad total del contrato porque la supresión de la cláusula alteraría la estructura del negocio y no procede la renegociación. A nuestro juicio, en la mayoría de ocasiones procederá la nulidad total del acuerdo. Pero no por los motivos expuestos por el Tribunal, sino por la ratio de la prohibición. Y no siempre.

En este punto hay que precisar que en la mayoría de ocasiones en que el TJUE o el TS se han pronunciado sobre la infracción de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo, con la excepción del caso Disa —STS de 2 de junio de 2000—, la vigencia efectiva de la cláusula en el caso concreto superaba la duración permitida por el Reglamento de exención por categorías. En efecto, el gran problema generado en materia de contratos de abanderamiento no ha sido consecuencia de la compatibilidad de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo con el ordenamiento, sino el cambio de régimen

jurídico: la derogación del Reglamento (CEE) 1984/83⁴⁰ por el Reglamento UE 2790/99 —actual Reglamento UE 330/2010—. En puridad ha sido una cuestión de transitoriedad más que de cláusula de aprovisionamiento. Con el cambio de régimen jurídico la cláusula de aprovisionamiento recogida en los contratos de abanderamiento deja de cumplir las exigencias para beneficiarse del beneficio de la exención. El beneficio de la exención se reduce a cinco años, cuando todos los contratos del sector, adaptados al régimen jurídico anterior, prevén una duración superior.

Ante esta situación, en la que la cláusula ya ha cumplido la función económica acordada por las partes y permitida por el ordenamiento jurídico, la cuestión relevante a efectos de la aplicación de la doctrina de la nulidad parcial o total no es la voluntad de las partes ni la economía del contrato, sino si la supresión de la cláusula supondría la eliminación de los efectos exclusionarios que producía. Motivo por el que se prohíbe.

Si la respuesta fuera afirmativa, en principio, nada impediría desde la perspectiva del Derecho contractual la conservación del contrato. La cláusula de aprovisionamiento exclusivo no es esencial en los contratos de abanderamiento. El distribuidor podría suministrarse, por ejemplo, de cualquier otro miembro de la red. Pero esta circunstancia, unida a la configuración contractual de este tipo de contratos, tiene como consecuencia que la respuesta tenga que ser negativa. Ello porque con la eliminación de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo, conservando el contrato, se seguiría contribuyendo al efecto exclusionario prohibido. Por ello procede la nulidad total del acuerdo y no puede aplicarse la doctrina de la nulidad parcial.

En efecto, si el fundamento de la prohibición de la restricción se vincula con el efecto exclusionario de la cláusula, en la mayoría de casos, en los que además habrá una protección territorial en favor del distribuidor y una autorización de uso de los signos distintivos de la red, las propias particularidades de los acuerdos verticales harán que la supresión de la cláusula no elimine el efecto exclusionario que genera el contrato. Ello lo tiene presente la Comisión cuando afirma que, en determinados sectores, el problema de exclusión tiene que solventarse limitando la duración efectiva de los contratos⁴¹.

⁴⁰ Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

⁴¹ Apartado 143 de las Directrices 2010.

Esta razón, la necesidad de eliminar cualquier efecto exclusionario derivada de la configuración del contrato tras la eliminación de la cláusula nula, es, a nuestro juicio, el motivo que justifica que la nulidad de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo se expanda al resto del contrato. Sin efecto exclusionario, podría sostenerse la conservación del contrato sin la cláusula de aprovisionamiento exclusivo.

En este contexto, surge la cuestión de si la solución debería ser la misma, nulidad total, en el caso de una cláusula de aprovisionamiento exclusivo superior a los cinco años que establece el REC, cuya compatibilidad con el Derecho de la Competencia se analizase antes de los cinco años de vigencia de la cláusula. En este caso, la respuesta sería distinta. Cuando la cláusula de aprovisionamiento exclusivo excede el límite temporal permitido por el Reglamento de exención, y se declara nula por no cumplir con los requisitos del apartado 3 de los artículos 101 TFUE o 1 LDC, pero su vigencia ha sido inferior al límite permitido legalmente, la cláusula en cuestión, que debe declararse nula, todavía no ha producido el efecto exclusionario prohibido ni ha cumplido la función jurídico-económica atribuida por las partes.

Estas circunstancias son de la máxima importancia desde la perspectiva de la nulidad total o parcial del contrato. Y sitúa el problema de la nulidad en el marco de las normas imperativas-reducitoras⁴². La ratio de estas normas es impedir que los actos de autonomía privada rebasen los límites legales. Y, en estos casos, lo más adecuado no es la nulidad total del contrato, sino la “reducción” de los efectos contractuales hasta ajustarlos a los topes legales, es decir, la nulidad parcial de la cláusula. Y ello porque la nulidad total del contrato en el que se inserta la cláusula no es ni proporcionada con la finalidad de la norma infringida ni respetuosa con el propósito del contrato.

En consecuencia, en estos supuestos, y puesto que el legislador ha establecido en una norma imperativa el límite temporal máximo permitido, la ratio de la prohibición no se ve afectada y el propósito del contrato es lícito, nada impide la aplicación de la doctrina de la nulidad parcial y no total. El bien jurídico protegido por la norma, el mercado, que no se ha visto afectado por los efectos prohibidos de

⁴² Por todos, GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato...*, cit., págs. 87 y ss, quién apunta que lo característico de este tipo de normas de Derecho imperativo no es que prohibían o excluyan la disposición negocial o el pacto contractual sobre una materia, sino que impiden que el precepto de autonomía privada rebase los topes, las cuantías o los plazos legales.

la cláusula, no se ve afectado por la reducción de la misma al límite máximo establecido por la norma imperativa.

2. Efectos materiales de la nulidad: restitución, indemnización y/o reivindicación.

2.1. Diferenciación entre “acción de nulidad” y acciones personales derivadas de la nulidad.

Los efectos jurídico-patrimoniales derivados de la declaración de nulidad por infracción del Derecho de la Competencia plantea distintos problemas teórico-prácticos. En primer lugar, hay que empezar por deslindar la “acción de nulidad” de las distintas acciones personales, de contenido patrimonial, que sirven a la finalidad de restaurar la situación anterior al negocio jurídico nulo de pleno derecho (efectos materiales de la nulidad).

Como apuntaba De Castro, el término “acción”, en tanto que comporta una “pretensión”, es impreciso para la nulidad de pleno derecho. La nulidad de pleno derecho es una nulidad *ipso iure*, por lo que el término acción no debe entenderse en el sentido estricto de exigir a otro un hacer o no hacer, sino en un sentido amplio de declaración, es decir, acción declarativa⁴³.

En este sentido, pueden acompañar a la “acción de nulidad” distintas acciones personales, cada una con sus propios requisitos, como son la de restitución, la reivindicatoria, la de resarcimiento de daños o la de enriquecimiento injusto⁴⁴. Es necesario distinguir entre la eliminación de los efectos jurídicos del negocio y la eliminación de los efectos materiales del mismo. La ineffectuación que provoca

⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., pág. 481.

⁴⁴ Aunque la “acción de nulidad” y las acciones personales no son independientes, en el sentido de que las personales requieren de la previa o simultánea declaración de nulidad (DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, cit., pág. 228), lo cierto es que cada una posee su propio régimen jurídico. Así, por ejemplo, mientras que la declaración de nulidad ni caduca ni prescribe, por la nulidad de pleno derecho opera *ipso iure*, las acciones personales derivadas de la nulidad sí. Y mientras que cualquiera está legitimado para ejercitar la “acción de nulidad”, la acción de daños, por ejemplo, sólo estará legitimado para ejercitárla el perjudicado. El hecho de que sean acciones autónomas exige de su ejercicio expreso en la demanda o reconvención, no pudiéndose imponer de oficio por parte del juez una acción personal en el caso de que sólo se haya ejercitado una “acción de nulidad”. Ello pese a la existencia de algún pronunciamiento judicial que parece entender lo contrario.

la nulidad de pleno derecho se refiere a los efectos negociales, pero no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido⁴⁵.

Las consecuencias del contrato ineficaz suelen encuadrarse en la máxima “*quod nullus est nullum effectum producit*”. Ahora bien, como apunta la doctrina, la idea de “*nullum effectum*” no expresa una apariencia o un fenómeno real, sino un mandamiento o una sanción del orden jurídico, por lo que el negocio ineficaz puede haber producido una mutación en la realidad social idéntica a la que ocasionaría un negocio eficaz⁴⁶.

Esta circunstancia es de la máxima relevancia a la hora de analizar las consecuencias jurídicas derivas de la nulidad de pleno derecho por infracción del Derecho de la Competencia, puesto que la reacción del ordenamiento jurídico frente al contrato ineficaz no siempre debe ser igual, sino que depende tanto del tipo de ineficacia como del punto al que haya llegado el despliegue de las posibles mutaciones sociales⁴⁷.

2.2. La restitución en la teoría general de las nulidades.

Como es sabido, el artículo 1.303 Cc establece que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. El precepto, por tanto, configura una acción específica que tienen como objeto la restitución de las prestaciones, con fundamento en la invalidez declarada, y se aplica tanto si la nulidad del contrato es total o parcial.

Su finalidad es restablecer el equilibrio económico patrimonial entre las partes. Motivo por el que, a diferencia de la “acción de nulidad”, que pretende la eliminación de los efectos jurídicos del negocio, la restitución tiene un carácter netamente personal, que pretende la eliminación de los efectos materiales producidos por el mismo⁴⁸.

Su aplicación en el ámbito de la infracción del Derecho de la Competencia ha llevado al Tribunal Supremo a tener que puntualizar el alcance de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad.

⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., pág. 477. En la jurisprudencia, STS de 9 de enero de 2015.

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 438.

⁴⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 439.

⁴⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., pág. 275.

dad, por cuanto con carácter general se trata de aplicar la teoría de la restitución de prestaciones recíprocas a contratos complejos que han sido ejecutados durante años.

Además, conviene tener presente que la obligación de restitución solamente tiene sentido en los supuestos en que del negocio jurídico declarado nulo se hayan realizado atribuciones patrimoniales, lo que no sucede en ciertos acuerdos colusorios que tienen como contenido meras obligaciones de hacer o no hacer⁴⁹, como por ejemplo en un cártel de subido de precios.

2.3. El carácter excepcional de la restitución en el marco de la nulidad de pleno derecho.

En este punto es oportuno recordar que el fundamento de la infracción del Derecho de la Competencia reside en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico. Los acuerdos colusorios son nulos de pleno derecho por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad, lo que, en nuestro ordenamiento, sitúa la cuestión en el marco del artículo 6.3 Cc.

Fue De Castro quién por primera vez puso de manifiesto el complejo engarce dogmático entre las nulidades de pleno derecho y el artículo 1.303 Cc. Pero la posición tradicional del Tribunal Supremo entendía que el artículo 1.303 Cc se refiere a la nulidad de una obligación una vez declarada, sin distinguir entre la nulidad absoluta o inexistencia o relativa, con independencia del tipo contractual afectado, pues es aplicable a cualquier clase de invalidez⁵⁰. Actualmente, no sin crítica, la doctrina sostiene que es posible aplicar la obligación restitutoria derivada del contrato radicalmente nulo los artículos 1.303, 1.307 y 1.308 Cc⁵¹.

A estos efectos, tiene mayor interés la aplicación de artículo 1.307 Cc. El precepto establece que siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha. La doctrina interpreta el “haberse perdido” en un sen-

⁴⁹ En este sentido, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad...*, cit., pág. 193.

⁵⁰ Ver, DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, cit., pág. 225.

⁵¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 449.

tido amplio que engloba también los supuestos en los que no es posible la restitución de la cosa o el servicio; y el “valor que tenía la cosa cuando se perdió” incluyendo el valor del servicio cuando se prestó⁵². Considerando que, si la razón de nulidad no es la lesión producida en la equivalencia de prestaciones, lo correcto será operar en el sentido de calcular el valor del uso o de los servicios en función del precio o renta que fue pagado por ello, compensando ambas cantidades⁵³.

Ello conduce a que, en los contratos de uso y servicios de trato sucesivo, como son la mayoría de acuerdos verticales, la nulidad tenga que acabar limitándose a producir un efecto “ex nunc”, y no “ex tunc”, manteniéndose cumplidas y ejecutadas conforme al contrato nulo las prestaciones que ya fueron realizadas. Y para las realizadas y no pagadas, deberá acudirse al precio del contrato nulo para determinar el valor de la prestación a restituir⁵⁴.

2.4. La no aplicación de la doctrina de la causa torpe a la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia.

Los artículos 1.305 y 1.306 Cc establecen dos reglas especiales en virtud de las cuales no procede la restitución. En lo que interesa, el 1.306.2 Cc establece que cuando la nulidad proviene de ser torpe la causa, cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

⁵² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 449.

⁵³ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, cit., pág. 705.

⁵⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, cit., pág. 711. En la jurisprudencia, STS de 9 de enero de 2015. Como se ha visto anteriormente, esta es la posición que sostiene el Tribunal Supremo en materia de infracción del Derecho de la Competencia. Para el Alto Tribunal el art. 1.303 CC impone la restitución recíproca de las prestaciones en caso de nulidad. Pero, correspondiendo al Juez nacional determinar las consecuencias concretas de la nulidad en cada caso, tales consecuencias deben limitarse, en el caso de infracción del Derecho de la Competencia, a la mera declaración de nulidad por infracción de una norma prohibitiva, con arreglo a lo previsto en el artículo 6.3 Cc. Esto es así porque la restitución recíproca contemplada en el artículo 1.303 Cc puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual y, además, desde la perspectiva del enriquecimiento injusto habría que computar, por ejemplo, en los casos de contratos de abanderamiento, la ganancia del titular de la estación de servicio y todas las ventajas derivadas de su abanderamiento. Lo mismo ocurriría, por ejemplo, con el contrato de franquicia, concesión, distribución exclusiva, etc.

Aunque en algún pronunciamiento antiguo el Tribunal Supremo parece admitir la aplicación de la doctrina de la causa torpe a las infracciones del Derecho de la Competencia⁵⁵, lo cierto es que en la actualidad sistemáticamente ha negado esta posibilidad. En este sentido, ha llegado a afirmar que la aplicación de la normativa del artículo 1.306 CC, en el marco de acuerdos verticales, sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y que ello conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas⁵⁶.

Esta solución, la no aplicación de la doctrina de la causa torpe a las nulidades por infracción del Derecho de la Competencia, es correcta. Pero no lo es por criterios de justicia material. Lo es porque, en un sistema de Derecho de la Competencia sin prohibiciones *per se*, donde todo negocio jurídico puede estar autorizado si reúne las condiciones del apartado tercero del actual artículo 101 TFUE, no parece que pueda sostenerse que el fundamento de la nulidad radique en una causa ilícita⁵⁷. Como ya se ha indicado en varias ocasiones, esta nulidad deriva por motivos externos a la relación jurídica. Su fundamento está en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico. Los acuerdos colusorios son nulos de pleno derecho por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad, no porque su causa sea ilícita. Por tanto, fuera del ámbito de la causa ilícita no es posible la aplicación de la doctrina de la causa torpe.

⁵⁵ STS de 31 de diciembre de 1979.

⁵⁶ Por todas, STS de 30 de julio de 2009.

⁵⁷ El artículo 1.275 Cc establece que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno, siendo ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Ahora bien, el artículo 1.306 Cc constituye un precepto de carácter excepcional. Como ha señalado DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Comentario al artículo 1.306 Cc”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Ederesa, 1995, pág. 451, “la tacha de torpeza podrá acompañar a la infracción a la ley, pero ciertamente no en todos los casos, no de forma necesaria. Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni ésta implica necesariamente contradicción a la Ley”. La torpeza de la causa alude a su carácter contrario a la “moral social” y no a simplemente a su contradicción con lo establecido en una Ley. Así, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad...*, cit., pág. 197. Alude expresamente a la “moral social”, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 481. Como se ha indicado anteriormente la oposición a las leyes significa que el fin perseguido va en contra de lo dispuesto en una ley imperativa. En consecuencia, en el marco de acuerdos verticales o acuerdos horizontales de cooperación, no puede afirmarse que el fin perseguido por las partes vaya en contra de una ley imperativa. Su aplicación podría reducirse a determinados tipos de cárteles —aunque se trata de una cuestión discutible—. Si bien, la mayoría de cárteles conllevan obligaciones de hacer o no hacer, sin atribuciones patrimoniales, por lo que nada puede restituirse.

2.5. Conclusión: negación de la acción restitutoria en los negocios jurídicos ejecutados contrarios al Derecho de la Competencia.

Estas soluciones del Tribunal Supremo, aun siendo materialmente correctas, no hacen sino poner de manifiesto el difícil encaje del artículo 1.303 Cc en el marco de las nulidades de pleno derecho y, en especial, en los supuestos de infracción del Derecho de la Competencia. La consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo es la no producción de efectos retroactivos en los casos de nulidad por infracción del Derecho de la Competencia. Si la declaración no afecta a las prestaciones ya realizadas, y sólo sirve para privar el cumplimiento a futuro, es tanto como de hecho no aplicar el 1.303 Cc. Es tanto como negar la acción restitutoria en los negocios jurídicos ejecutados contrarios al Derecho de la Competencia. Y, a nuestro juicio, esa es precisamente la solución correcta.

La nulidad de pleno derecho por infracción del Derecho de la Competencia no puede perder de vista el fin teleológico del mismo: la protección del mercado, no de los contratantes. La restitución recíproca de prestaciones entre las partes por el cumplimiento de un negocio jurídico declarado nulo es una cuestión completamente ajena al Derecho de la Competencia. Que las partes se restituyan recíprocamente no sirve al fin de restaurar la situación anterior al negocio jurídico desde el punto de vista del bien jurídico protegido por la norma imperativa transgredida. Los efectos en el mercado permanecerán con independencia de la restitución o no. Por ello, lo propio en esta sede es la eliminación de los efectos jurídicos del negocio, pero en relación con los efectos materiales de la nulidad hay que limitarlos a la acción de daños y perjuicios y, en algunos casos, a la acción reivindicatoria⁵⁸.

⁵⁸ Como enseñaba DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., págs. 477 y 478, tras apuntar que la ineficacia de la nulidad de pleno derecho se refiere a los propios efectos negociales y no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido, “el negocio nulo, como acto, puede originar responsabilidad por daños” y unido a la buena fe puede originar efectos, como la protección del adquirente de buena fe.

3. La responsabilidad por daños y la reivindicación como efectos jurídico-materiales de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia.

3.1. Introducción.

Descartada la restitución como una institución adecuada para la nulidad por infracción del Derecho de la competencia, procede analizar cómo el resarcimiento por daños y perjuicios, y muy residualmente la acción reivindicatoria, son las instituciones que, desde una perspectiva de efectos materiales de la nulidad, mejor se acomodan a las particularidades de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia⁵⁹.

3.2. La acción de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia.

Las normas de Defensa de la Competencia, tanto europeas como nacionales, producen efectos directos en las relaciones entre particulares, y generan para los afectados derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar⁶⁰. Este principio es relevante por cuanto las prácticas restrictivas de la competencia no sólo lesionan el interés general, en tanto atentan contra el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en el mercado, sino que también lesionan y generan daños en los patrimonios de los operadores económicos presentes en el mercado.

⁵⁹ Como señala GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., pág. 318, la acción restitutoria y la acción de responsabilidad civil difieren en cuanto a su fundamento y su finalidad. El fundamento de la primera se encuentra en el cumplimiento de una prestación en virtud de un negocio nulo, mientras que el de la segunda es la realización de una conducta antijurídica que resulta imputable a uno varios sujetos. Por su parte, la finalidad de la primera es el restablecimiento de la legalidad mediante la supresión de la situación ilícita, mientras que la de la segunda es la reparación del perjuicio sufrido.

⁶⁰ El efecto directo horizontal de los artículos 101 y 102 TFUE en las relaciones entre particulares ya fue establecido por el TJUE en su famosa sentencia de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, caso BRT/SABAM. Si bien, el verdadero hito para la aplicación privada de la Competencia lo representan las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso COURAGE/CREHAN; y de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados c-295/04 a C-298/04, caso MANFREDI. Sobre ello, por todos, KOMNINOS, A.P., *EC Private Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008. Entre nosotros, RUIZ PERIS, J.I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida”, *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson-Aranzadi, 2016.

Pese a que, en Europa, a diferencia de EEUU, hasta principios de este siglo el Derecho de Defensa de la Competencia se ha concebido como un Derecho de aplicación eminentemente pública —realizada a través de las autoridades europeas y nacionales de la Competencia—, lo bien cierto es que la vertiente privada siempre ha estado en la genética del Derecho de la Competencia. La consecuencia inherente a esta aplicación privada, núcleo de un bien entendido Derecho de la Competencia, es la nulidad de pleno derecho y el derecho al resarcimiento a favor del perjudicado por infracción del Derecho de la Competencia⁶¹. Por tanto, los tribunales nacionales tienen una función esencial en la aplicación de estas normas desde su vertiente privada. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones establecidas en cualquier norma de Defensa de la Competencia, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los tribunales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones.

La doctrina del TJUE, casos *Courage* y *Manfredi*, unida al giro copernicano que supuso el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, despertaron la aplicación privada europea del letargo en el que se encontraba. Y tras un “viaje de Ulises”, con final dulcificado, llegó a puerto con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 —que es una Directiva de mínimos—. Con la Directiva y su transposición mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, se aclara, y en algunas cuestiones se cambia, significativamente el régimen jurídico de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia. En efecto, tanto el régimen de responsabilidad general —tal y como queda configurado por la Directiva y la jurisprudencia del TJUE—, unido al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria, y al de la prescripción, constituyen un verdadero y nuevo “Derecho de daños especial”, que bien aplicado por parte de los Tribunales puede ofrecer un nada desdeñable efecto disuasorio —no punitivo, pero sí disuasorio—.

⁶¹ No hay que olvidar que el legislador español, hasta la aprobación de la vigente Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, siempre ha previsto una indemnización de daños y perjuicios por ilícito *antitrust* en su normativa nacional. Así, artículo 6 de la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia; y artículo 13 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Cuestión distinta es su utilización por parte de los operadores económicos. Sobre las trabas que existían, ALONSO SOTO, R., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Competencia y acciones de indemnización*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 123 y ss.

Esta circunstancia no es ajena a la ecuación “competencia, nulidad, contrato”. El resarcimiento de los daños es, desde una perspectiva hermenéutica, la acción, en su sentido propio de pretensión, que “acompaña” a la “acción de nulidad” por infracción del Derecho de la Competencia tanto a nivel europeo como nacional. El pleno resarcimiento consistirá en devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Ello conlleva que dicho resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses. Pero, en un sistema resarcitorio del daño como el nuestro, no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo.

3.3. La acción reivindicatoria.

En determinados supuestos excepcionales, especialmente en el ámbito de transferencia de tecnología y, en menor medida, en las redes de franquicia, la eliminación de los efectos materiales de la nulidad requería, además de la reparación de los daños y perjuicios, el ejercicio de una acción reivindicatoria. Este es el caso de los acuerdos en los que se haya acordado una cesión prohibida de los derechos de propiedad industrial, conocida como cláusula de retrocesión⁶².

Ello por cuanto en aquellos casos en los que se haya producido una cesión de los derechos de propiedad industrial, y la misma conste inscrita en el registro correspondiente, el licenciatario que hubiese cedido los derechos en virtud de esta cláusula, si finalmente se declara nula, necesitará, para que se le atribuya la titularidad, además del ejercicio de las acciones de nulidad y, en su caso, de daños y perjuicios, promover la correspondiente acción reivindicatoria⁶³.

⁶² Sobre la misma, PALAU RAMÍREZ, F., “Derecho de la competencia y contrato de licencia de obtención vegetal”, *Derecho de las obtenciones vegetales*, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 911 a 948. El *leading case* en la materia es la conocida Decisión de la Comisión de 31 de diciembre de 1985, en el caso *Droit d'obtention: roses*.

⁶³ Recogida en el ámbito marcario en el artículo 2.2 LM; en el ámbito del diseño industrial en el artículo 16 LPJDI; y en el ámbito de las patentes, artículo 12 LP.

VI. LA PROPAGACIÓN DE LA NULIDAD EN EL ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

1. La propagación de nulidades: cuestiones generales.

Una de las cuestiones que mayor debate doctrinal ha generado en sede de nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, principalmente en la doctrina italiana⁶⁴, ha sido la cuestión de la propagación de las nulidades o “reacción en cadena de nulidades”⁶⁵. Es posible distinguir dos posiciones contrapuestas. Por un lado, quienes consideran que la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia sólo es aplicable a los acuerdos anticompetitivos, no pudiéndose trasladar a los contratos “aguas abajo”. Sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios que asiste al contratante “aguas abajo”⁶⁶. Por otro lado, están quienes sostienen que los contratos “aguas abajo” pueden estar afectados por la ilicitud de la conducta anticompetitiva cuando el contrato “aguas abajo” es un medio a través del cual se hace efectiva la restricción a la Competencia⁶⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna regla general sobre las consecuencias que la nulidad de un acto jurídico ha de producir en otro negocio subordinado o dependiente o derivado⁶⁸. En principio, la ineficacia queda limitada al ámbito del contrato nulo. Sin embargo, en virtud del nexo de conexión existente entre diferentes contratos, es posible que la ineficacia de uno alcance otros que con aquél se encuentran en una especial relación de conexión o dependencia. En ausencia de una solución legal, la cuestión de la propagación de la nulidad dependerá del tipo de contrato que

⁶⁴ Debido al debate que se generó a raíz del asunto Normas Bancarias Uniformes. En extenso, sobre el asunto, y con abundante cita doctrinal, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 397 a 399. En la doctrina italiana, por todos, GUIZZI, G., “Mercato e concorrenza e teoria del contratto”, *Riv. dir. Comin.*, núm. 1, 1999, págs. 67 a 129; ídem. *Il mercato concorrenziale: problema e conflitti*, Giuffrè, 2010, 197 y ss.

⁶⁵ La teoría de la “reacción en cadena de nulidades”, como indicó DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., pág. 477, considera que aquellos negocios celebrados al amparo de un negocio jurídico nulo son también nulos de pleno derecho. Sobre esta cuestión, en la doctrina comparada, CAUFFMAN, C., “The impact of voidness for infringement of article 101 TFEU on linked contracts”, *European Competition Journal*, vol. 8, 2012, págs. 95 y ss.

⁶⁶ Para un detenido análisis de los fundamentos en defensa de esta posición, con referencias bibliográficas, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 408 a 421.

⁶⁷ Sobre esta posición, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 401 a 408.

⁶⁸ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, cit., pág. 699.

se celebre “aguas abajo”. La solución será diametralmente opuesta si se trata de contratos coligados o conexos o si se trata de contratos derivados⁶⁹.

2. La propagación en los contratos coligados o conexos.

Si se trata de contratos coligados o conexos el vínculo existente entre ambos contratos tiene como consecuencia la propagación de la nulidad⁷⁰. Esta ha sido la posición del Tribunal Supremo en el ámbito los contratos de abanderamiento, en relación con los contratos reales de superficie o arrendamiento que habitualmente se celebraban. El problema que aquí interesa surge cuando se considera que la cláusula de aprovisionamiento exclusivo es contraria al Derecho de la Competencia tomando en consideración todo el entramado contractual y no sólo el contrato de distribución⁷¹. Y que su nulidad de pleno derecho se expande al resto del contrato, es decir, nulidad total. Es en este punto donde la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse sobre la propagación de la nulidad del contrato al contrato de superficie.

La doctrina fijada por el Tribunal Supremo, que proclama la propagación de la nulidad, se recoge en la importante Senten-

⁶⁹ Los primeros son contratos cuyo vínculo es instruido por la voluntad de las partes a fin de alcanzar un determinado resultado, formando un “conjunto negocial”. Se trata de relaciones negociales autónomas, pero dependientes. Mientras que los segundos, en los que no existe “conjunto negocial”, no pretenden un resultado común, sino que uno es resultado del otro, siendo contratos autónomos e independientes con causa y objeto distinto.

⁷⁰ La diferencia entre los contratos coligados y los contratos conexos se encuentra en el diferente vínculo o causa. Mientras que los primeros el vínculo pretende un resultado concreto, en los segundos la vinculación procede de la propia naturaleza de uno de los negocios que depende del otro. Sobre ello, ver, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, 1994, pág. 282.

⁷¹ El supuesto de hecho más común era la constitución mediante escritura pública de un derecho de superficie a favor de la petrolera. El derecho de superficie se constituía para que la petrolera pudiera, ejercitando el ius aedificandi, construir en el vuelo, suelo y subsuelo de los terrenos las instalaciones necesarias para el funcionamiento de una estación de servicio de carburantes y derivados, para la venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción. El derecho de superficie se pactaba con una duración media de unos 20 o 25 años. Y la petrolera, además de pagar precio por el contrato, costeaba la construcción de las instalaciones de la estación de servicio. Construida la estación de servicios, la petrolera suscribía con el propietario del terreno un contrato de “comisión en exclusiva para la venta de combustibles y carburantes y arrendamiento de estación de servicios”. Sobre ello, por todos, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la Competencia”, *RDM*, n. 279, 2011, págs. 299 a 316.

cia del Pleno de la Sala Primera de 12 de enero de 2015⁷². La solución, en este caso, es correcta. Si existe finalidad común y equilibrio de prestaciones entre contratos que responden a un mismo negocio jurídico, la nulidad total de uno de ellos se expande al conjunto negocial.

3. La no propagación en los contratos derivados: la indemnización de daños y perjuicios.

En el caso de los contratos derivados la solución debe ser la opuesta a la de los contratos coligados y conexos, es decir, no procede una propagación de la nulidad. De lo que se trata aquí es de si la nulidad, por ejemplo, de un cártel en el que se acuerda una subida de precios, se expande a los contratos de compra-venta celebrados por las empresas cartelizadas con terceros.

Para un sector de la doctrina, si la nulidad absoluta de la infracción del Derecho de la Competencia requiere eliminar del mundo jurídico los efectos de la restricción de la competencia, la no propagación de la nulidad a los contratos derivados, supone no eliminar dichos efectos. Se considera que aquellas infracciones que se imponen en las relaciones negociales con terceros y/o que se desarrollan a través de los contratos celebrados “aguas abajo” igualmente deben desaparecer del mundo jurídico, en la medida en que también ellas contradicen las normas imperativas, perjudican el bienestar general y los derechos de los particulares⁷³.

A nuestro juicio, esta posición no es adecuada. Como se ha dicho anteriormente, la ineficacia que provoca la nulidad de pleno derecho se refiere a los efectos negociales, pero no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido, por lo que el negocio ineficaz puede haber producido una mutación en la realidad social idéntica a la que occasionaría un negocio eficaz. La declaración de nulidad de pleno derecho alcanza al negocio jurídico que infringe el Derecho de la

⁷² “La ineficacia sobrevenida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro no puede determinar únicamente la nulidad de dicha cláusula, desde el día 1 de enero de 2002, sino que afecta a todo el entramado contractual, esto es, a los contratos de superficie y de arrendamiento, pues todos ellos, aunque tuvieran su causa propia, respondían a una finalidad común y entre ellos existía un equilibrio de prestaciones, que se rompe cuando se declara la nulidad de la cláusula de suministro en exclusiva a los pocos años de firmarse el contrato, sin que haya habido tiempo de amortizarse la inversión realizada por la demandada”. Recogiendo esta doctrina de la propagación de la nulidad, STS de 30 de diciembre de 2015.

⁷³ En este sentido, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., pág. 415.

Competencia. Por ejemplo, el cártel de precios. Los negocios jurídicos a través de los que se ejecuta la restricción no poseen un vínculo jurídico suficiente como para admitir la propagación. Ni existe finalidad común y entre ellos existe un equilibrio de prestaciones.

Ello no significa, en ningún caso, negar que las normas de Defensa de la Competencia alcancen a las relaciones con terceros. Esta posición sería contraria a toda la jurisprudencia del TJUE sobre el efecto directo u útil de las normas de Competencia. Lo que significa es que la propagación de la nulidad no puede producirse por la ausencia de vínculo jurídico suficiente entre el cártel y los contratos de venta a través de los cuales se implementa la subida de precios.

El remedio que el Derecho de la Competencia ha previsto para los contratos derivados es el derecho al pleno resarcimiento, es decir, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que se deriven del negocio prohibido declarado nulo, sin que se afecte a la validez de los negocios “aguas abajo”⁷⁴. No es ocioso insistir en que no puede interpretarse la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia y sus efectos sin tener presente que el legislador europeo y nacional han regulado los efectos jurídico-privados de la infracción.

VII. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO EN EL MARCO DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINIO.

Dado que el abuso de posición de dominio⁷⁵ puede materializarse a través de relaciones contractuales, y que el legislador europeo y la mayoría de ordenamientos nacionales guardan silencio respecto a las consecuencias jurídico-privadas de esta infracción del Derecho de la Competencia, procede ahora analizar su régimen jurídico⁷⁶.

⁷⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., pág. 234, cita como ejemplo de esta solución el caso Ryanair contra Esso italiana, sentencia de la Court of appeal, Civil división, de 19 de noviembre de 2013, donde indica que se afirma que el hecho de que el precio sea más elevado como consecuencia de un cártel no implica la nulidad de los contratos derivados, sino una acción por daños y perjuicios a favor de las víctimas que hayan sufrido el sobre precio.

⁷⁵ Sobre el abuso de posición de dominio, por todos, recientemente, ESTEVAN DE QUESADA, C., “Abuso de posición dominante”, *Derecho europeo de la competencia*, Tirant lo blanch, 2017, págs. 101.

⁷⁶ En efecto, en el ámbito comparado, únicamente la normativa francesa prevé expresamente la nulidad del acuerdo o cláusula en que se materializa el abuso de posición de dominio. En su artículo L420-3 del Code de commerce se establece que: “Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2” (el artí-

La doctrina ha apuntado como causa de la falta de mención a la consecuencia jurídico-privada del abuso de posición dominante tanto el origen de la norma como su propia esencia. Mientras que el artículo 85 TCE —actual 101 TFUE— estuvo esencialmente influenciado en su configuración por el Derecho francés, el artículo 86 TCE —actual artículo 102 TFUE— se configuró tomando como referencia el Derecho alemán, cuya normativa proclamaba la prohibición, y atribuía a la autoridad de competencia⁷⁷ la competencia para declarar sanción civil aplicable, esto es, la declaración de nulidad de las condiciones contractuales en las cuales la empresa materializase el abuso de su posición de dominio⁷⁸.

Por su parte, algunos autores entienden que la falta de previsión de la nulidad como remedio civil frente al abuso de posición dominante radica en la propia esencia del abuso de posición dominante, que, a diferencia de los acuerdos colusorios, reviste una naturaleza fáctica y no necesariamente contractual⁷⁹. De hecho, ello ha llevado a un sector de la doctrina a sostener que la sanción de nulidad en el ámbito de la posición de dominio no es una solución adecuada⁸⁰. Si bien, la posición mayoritaria en la doctrina, que es la que ha recogido la jurisprudencia, sostiene que la falta de previsión en los textos normativos no implica que los negocios jurídicos en los que se materializa un abuso de posición de dominio no sean ineficaces y, por tanto, nulos⁸¹.

culo L420-1 regula la prohibición de acuerdos colusorio, y el artículo L420-2 regula la prohibición de abuso de posición de dominio). Ver, WINCKLER, A., “Remedies available under French Law in the application of EC competition rules”, *European Competition Law Annual 2001.*, Hart publishing, 2003, págs. 119 y ss.

⁷⁷ Así, LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., *Infringement of Competition Law...*, cit., pág. 262.

⁷⁸ Ver, GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., pág. 158; y ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., pág. 389. En la doctrina comparada, MAUGERI, M.R., *Violazione delle discipline antitrust e rimedi civilistici*, Editpress, 2006, pág. 53.

⁷⁹ KOMNINOS, A.P., *EC Private antitrust enforcement...*, cit., págs. 158.

⁸⁰ Por todos, ALONSO GARCÍA, R., “La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles”, *Revista de instituciones europeas*, vol. 17, 1990, págs. 459 y 460.

⁸¹ Por todos, SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *Indret*, núm. 1, 2009; y PETITBÒ JUAN, A./ BERENGUER FUSTER, L., “La aplicación del Derecho de la competencia por los jurisdiccionales y administrativos”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 1998, pág. 53.

1. El fundamento de la nulidad en el abuso de posición dominante.

La ausencia de previsión específica a la nulidad de pleno derecho de los abusos de posición dominante que se materializa en negocios jurídicos no es obstáculo para su apreciación, atendiendo a la naturaleza de la infracción, a la jurisprudencia del TJUE en materia del artículo 101 TFUE, y a las normas de Derecho privado de los Estados Miembros.

La prohibición de abuso de posición dominante, al igual que en el ámbito de los acuerdos colusorios, se enmarca en una norma imperativa de orden público. Ello significa que el artículo 102 TFUE, al igual que el artículo 101 TFUE, además de imponer obligaciones a los operadores económicos, crea y protege los derechos de los particulares.

Se deben, por tanto, eliminar los efectos que el abuso de posición de dominio haya creado por ser contrario a normas imperativas de orden público económico. Y ello requiere, como consecuencia inmanente, que cuando el abuso se materialice en el marco de relaciones jurídicas, sea necesario destruir el vínculo creado por los operadores económicos, vedando cualquier posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales a exigir su cumplimiento⁸². Es decir, estamos en presencia de una nulidad de pleno derecho. No se trata de una cuestión de Derecho nacional, como ha apuntado un sector de la doctrina⁸³, sino de Derecho europeo. Y tampoco se trata de una aplicación analógica del apartado segundo del artículo 101 TFUE⁸⁴. Que el fundamento sea el mismo no significa que su aplicación se realice por la vía de la analogía. Se trata de una consecuencia propia de la prohibición. Puesto que cualquier interpretación que limitase o matizase la nulidad de pleno derecho iría en contra del efecto directo y útil de la norma⁸⁵.

⁸² Como señala KOMNINOS, A.P., *EC Private antitrust enforcement...*, cit., pág. 159, no proclamar la nulidad del abuso de posición dominante llevaría a la paradoja de sancionar severamente las conductas prohibidas desde la perspectiva administrativa y, sin embargo, no daría lugar a la ejecución de las consecuencias privadas de la prohibición.

⁸³ Por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., pág. 159, quién entiende que a falta de previsión sobre la nulidad de estos negocios en las reglas de Derecho antitrust habría que analizar el posible fundamento de su nulidad a partir de las reglas previstas en nuestro Cc.

⁸⁴ KOMNINOS, A.P., *EC Private antitrust enforcement...*, cit., pág. 160.

⁸⁵ En este sentido, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 395, quién añade que, lo contrario crearía una desigualdad importante en la medida en que la posición ofrecida a favor de las víctimas de

Que se trate de una consecuencia de Derecho europeo y no de Derecho nacional no significa que el Derecho nacional sea algo ajeno a la cuestión aquí analizada. Las consecuencias jurídico-civiles, principalmente, alcance, extensión y efectos materiales de la infracción, son cuestiones propias del Derecho nacional y no del europeo. Por tanto, el Derecho nacional sí determinará el régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho por infracción del artículo 102 TFUE, pero no está en su fundamento.

Y lo anterior tampoco es óbice para sostener que, en el ámbito interno, en relación con el artículo 2 LDC, la solución sea la misma: nulidad de pleno derecho del abuso de posición dominante que se materializa en un negocio jurídico. En un sistema en el que no existe un abuso *per se* de la posición de dominio⁸⁶, y no pudiéndose concluir automáticamente que su celebración conlleva una infracción del Derecho de la Competencia, cuando el abuso se materializa en el marco de una relación contractual, el fundamento que permite proclamar la nulidad de pleno derecho del mismo se encuentra en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico. El acuerdo en que se materia el abuso de posición dominante es, por tanto, nulo de pleno derecho por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad ex artículos 6.3 y 1.255 Cc⁸⁷.

2. Régimen jurídico de la nulidad en el abuso de posición dominante: la importancia de los daños.

La nulidad de pleno derecho de los negocios jurídicos a través de los que se materializa un abuso de posición dominante posee una serie de características común a toda ineficacia de este tipo. Desde la perspectiva de los efectos jurídicos de la nulidad, es una nulidad *ipso iure*, es decir, se produce sin necesidad de que ocurra un hecho o acto, sino por el mismo Derecho. Está legitimado para instarla cualquier interesado, haya sido o no parte en el negocio jurí-

los acuerdos colusorios sería mucho mayor que aquélla que correspondería a los sujetos afectados por un abuso de la posición de domino que se traslada al campo contractual. También, KOMNINOS, A.P., *EC Private antitrust enforcement...*, cit., págs. 159 y 160.

⁸⁶ Conclusión, discutida tradicionalmente, pero cuyo debate parece cerrado tras la Comunicación de la Comisión de 24 de febrero de 2009 y a la jurisprudencia europea —en particular tras la Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 9 de septiembre de 2010, asunto T 155/06, caso Tomra—.

⁸⁷ En este sentido, SANCHO GARGALLO, I., *Ejercicio privado de las acciones...*, cit., pág. 9.

dico, y aun el causante de la nulidad. No produce efecto vinculatorio alguno. Y es definitiva. Por ello, la “acción” para declarar la nulidad no prescribe, no sana con el tiempo, y no es susceptible de confirmación, convalidación ni subsanación. En este sentido, en relación con los efectos jurídicos de la nulidad por abuso de posición de dominio, ésta presenta las mismas características que la nulidad por acuerdos colusorios.

Aunque con carácter general, en materia de alcance y efectos de la nulidad, también existirá cierto paralelismo entre la nulidad de pleno derecho por acuerdos colusorios y por abuso de posición dominante, un dato relevante en esta sede es que mientras que los acuerdos colusorios se producen en el ámbito horizontal y vertical, es decir, en la contratación entre empresario, y no afecta directamente a los acuerdos con consumidores, en el ámbito del abuso de posición dominio el abuso puede perfectamente producirse en las relaciones entre la empresa en posición dominante y los consumidores, y puede materializarse en contratos de trato sucesivo o en simples contratos de cambio, como la compra-venta.

En relación con el alcance de la nulidad, total o parcial, un sector relevante de la doctrina parece sostener que cuando se concluya que la nulidad debe ser total, ésta no debería operar en detrimento de la víctima del abuso cuando ello le perjudica, pues la prohibición opera para protegerla frente a la explotación⁸⁸. Este argumento, de justicia material, no parece adecuado desde una perspectiva técnica. El abuso de posición de dominio como ilícito *antitrust* no protege a ningún operador económico, sino al mercado. Las normas de Defensa de la Competencia tienen como finalidad eliminar los obstáculos artificiales a la libre competencia que introducen o realizan los propios operadores económicos, mientras que la aplicación privada elimina los efectos civiles que generan dichas conductas. El argumento frente a la nulidad total por infracción del Derecho de la Competencia no puede ser la protección de un contratante. El ordenamiento protege a dicho contratante incluso en el supuesto que la nulidad total le perjudique tras la constatación de una infracción del artículo 102 TFUE o 2 LDC. Incluso en este supuesto extremo, el contratante ostenta la condición de perjudicado por la infracción y, por tanto, tiene derecho a que se le deje indemne de los daños que le

⁸⁸ KOMNINOS, A.P., *EC Private antitrust enforcement...*, cit., pág. 160. El pro-pio Abogado General Warner, en sus Conclusiones al caso Greenwich Film, de 4 de octubre de 1979, parece tener presente esta idea cuando afirma que “sería impensable que el artículo 86 provocara la nulidad indiscriminada de los contratos en detrimento de las víctimas del abuso o de los terceros”.

haya causado la celebración de un contrato que deviene nulo porque la contraparte, empresa dominante, ha abusado de su poder en el mercado —artículo 3 Directiva 2014/104/UE—.

Por su parte, otra de las cuestiones más relevantes desde una perspectiva práctica es la de si un abuso de posición dominante consistente en el precio de una compra-venta realiza con miles de operadores, comporta la nulidad total o parcial, es decir, si procede la nulidad de todos los contratos celebrados por la empresa dominante. Sin duda, el abuso se concreta sobre un elemento esencial del contrato: el precio. Pero ello no es óbice para que se aplique la doctrina de la nulidad parcial, cuando es posible aislar la parte del precio en que se materializó el abuso⁸⁹.

Como se ha indicado anteriormente, el dilema entre nulidad total o parcial debe resolverse indagando si el objetivo y la finalidad de la norma infringida se satisface mejor con una u otra, no siendo posible elaborar una dogmática abstracta, sino que requiere del caso concreto, atendiendo a la naturaleza y finalidad de la norma imperativa, y al tipo concreto de negocio o contrato infractor. Lo que resulta evidente es que la nulidad total de miles de contratos celebrados por una empresa en posición dominante, que ha abusado de su poder de mercado a través del precio, puede proteger a las víctimas del abuso, pero no al mercado como bien jurídico. Como apuntaba el Abogado General Warner, en sus Conclusiones al caso Greenwich Film: “sería impensable que el artículo 86 provocara la nulidad indiscriminada de los contratos”.

Siendo posible aislar del precio la parte en que ha consistido el abuso de la posición de dominio, se cumple el fin de la norma imperativa proclamando la nulidad de pleno derecho del abuso. Eliminando cualquier efecto jurídico del mismo, pero conservando los contratos celebrados. Y permitiendo al perjudicado, víctima del abuso, que solicite el pleno resarcimiento del daño que la actuación de la empresa dominante infractora le haya causado, tal y como ha sido configurada por la Directiva 2014/104/UE en su artículo 3, tras puesto a nuestro ordenamiento en el artículo nuevo 72 LDC.

⁸⁹ Ver, por todos, GORDILLO CAÑAS, A., “La nulidad del contrato con precio ilegal”, *Anuario de Derecho Civil*, 1975, págs. 101 y ss.

VII. CONCLUSIONES.

Como se indicaba en la introducción, las desconexiones existentes en la jurisprudencia, que han sido objeto de análisis y crítica en el trabajo, están incidiendo en la eficiencia de los operadores económicos. Comprender el origen y racionalidad de la nulidad por infracción del derecho de la competencia, su fundamento y las ratios de sus prohibiciones, y vislumbrar la importancia que en la ecuación “competencia, nulidad, contrato” tiene el nuevo régimen jurídico de daños *antitrust*, es imprescindible para una adecuada armonización de las principales instituciones implicadas.

Como se ha expuesto, el Tribunal Supremo debería modificar su doctrina sobre la nulidad total del contrato por fijación de precios y debería revisar la fundamentación que permite sostener la nulidad total en materia de aprovisionamiento exclusivo.

Además, en el plano de los efectos jurídicos de esta peculiar nulidad la jurisprudencia española debe descartar la restitución como una institución adecuada. La nulidad de pleno derecho por infracción del Derecho de la Competencia no puede perder de vista el fin teleológico del mismo: la protección del mercado, no de los contratantes. La restitución recíproca de prestaciones entre las partes por el cumplimiento de un negocio jurídico declarado nulo es una cuestión completamente ajena al Derecho de la Competencia. Lo propio en esta sede es la eliminación de los efectos jurídicos del negocio, pero en relación con los efectos materiales de la nulidad hay que limitarlos a la acción de daños y perjuicios y, en algunos casos, a la acción reivindicatoria. Esta idea subyace en las resoluciones del TJUE y en el nuevo régimen jurídico en materia de Daños por infracción del Derecho de la Competencia.

Por su parte, en sede de propagación de la nulidad resulta imprescindible distinguir entre contratos coligados y contratos derivados. Mientras que en los primeros la existencia de finalidad común y equilibrio de prestaciones entre contratos que responden a un mismo negocio jurídico conlleva que la nulidad total de uno de ellos se expanda al conjunto negocial; en los segundos el remedio que el Derecho de la Competencia ha previsto para los contratos derivados no es la nulidad sino el derecho al pleno resarcimiento, es decir, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que se deriven del negocio prohibido declarado nulo, sin que se afecte a la validez de los negocios “aguas abajo”.

Por último, la práctica jurisprudencial europea y nacional ha puesto de relieve la importancia que en los próximos años está llamada a tener las consecuencias jurídico-privadas del abuso de posición de dominio. La ausencia de previsión específica a la nulidad de pleno derecho de los abusos de posición dominante que se materializa en negocios jurídicos no es obstáculo para su apreciación, atendiendo a la naturaleza de la infracción, a la jurisprudencia del TJUE en materia del artículo 101 TFUE, y a las normas de Derecho privado de los Estados Miembros. Se trata de una consecuencia propia de la prohibición, puesto que cualquier interpretación que limitase o matizase la nulidad de pleno derecho iría en contra del efecto directo y útil de la norma y, por extensión, del Derecho Europeo.

Como cierre, resulta apropiado recordar las palabras, que han sido guía y motivación de esta investigación, formuladas por el maestro GARRIGUES en el *Prólogo* a su *Tratado de Derecho Mercantil*: “Si el Derecho sólo en su aplicación encuentra la razón de ser, es cosa clara que el jurista no puede prescindir de la materia viva a la cual va a ser aplicado. ¿Cómo pueden entenderse las normas sin haber penetrado antes en los hechos a que ellas se refieren?”. En ella se condensa buena parte del problema jurídico aquí analizado y se ofrece la solución. Contribuir a ello ha sido el objetivo perseguido.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991.
- ALONSO SOTO, R., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Competencia y acciones de indemnización*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffré, 1960.
- BACHES, OPI, S., *Distribución y derecho de la competencia*, Marcial Pons, 2014.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho mercantil*, Thomson-Aranzadi, 2018.
- CALVO CARAVACA, A.l., “Derecho antitrust y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE)”, *Culpa y responsabilidad*, Thomson-Aranzadi, 2017.

- CARRASCO PERERA, A, “Comentario al artículo 6.3 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, T. I, 1992; ídem., *Derecho de Contratos*, Thomson-Aranzadi, 2010.
- COSTAS COMESAÑA, J., “Una panorámica del análisis antitrust relativo a las redes empresariales en España”, *Claves del derecho de redes empresariales*, Universitat de València, 2017.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, vol. 35, 1982; ídem., *El negocio jurídico*, Civitas, 1997.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, 2005.
- DI GIÒ, A., “Contract and restitution law an the private enforcement of EC Competition law”, *World Competition*, núm. 2, 2009.
- DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Civitas, T. I, 1993.
- ESTEVAN DE QUESADA, C., “Abuso de posición dominante”, *Derecho europeo de la competencia*, Tirant lo blanch, 2017.
- GALÁN CORONA, E., “Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición”, *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, T. I, Tirant lo blanch, 2014.
- GOMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, La Ley, 1995.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Marcial Pons, 2016.
- GORDILLO CAÑAS, A., “La nulidad del contrato con precio ilegal”, *Anuario de Derecho Civil*, 1975.
- GUIZZI, G., “Mercato e concorrenza e teoria del contratto”, *Riv. dir. Comm.*, núm. 1, 1999.
- HERRERO SUAREZ, .C, “La nulidad de las conductas anticompetitivas”, *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Comares, 2017.
- KOMNINOS, A.P., *EC Private Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.
- LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., “Infringement of Competition Law and invalidity of contracts”, *ERCL*, núm. 2, 2005.

- LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, 1994.
- MARÍN PADILLA, M.L., *El principio de conservación de los actos y negocios jurídicos* Bosch, 1990.
- MARTÍ MIRAVALLS, J., “Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la Competencia”, *RDM*, n. 279, 2011.
- MAUGERI, M.R., *Violazione delle discipline antitrust e rimedi civili*, Editpress, 2006.
- MELI, M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Giuffrè, 2001.
- MIRANDA SERRANO, L., “Prácticas colusorias: ancillary restraints y conductas de minimis”, *Derecho europeo de la competencia*, Tirant lo Blanch, 2017.
- ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, La Ley, 2011.
- PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, 1999.
- PETITBÒ JUAN, A./ BERENGUER FUSTER, L., “La aplicación del Derecho de la competencia por los jurisdiccionales y administrativos”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 1998.
- RUIZ PERIS, J.I., “Tiempos de cambio”, *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson-Aranzadi, 2016.
- SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *Indret*, núm. 1, 2009.
- SCHININÀ, M., “La nulità delle intese anticoncorrenziali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, núm. 2, 2004.
- SIGNES DE MESA, J.I., “Fundamentos del Derecho y de la política de la competencia”, *Derecho de la Competencia*, Thomson-Civitas, 2013.
- TOBÍO RIVAS, A.M., “Algunas consideraciones sobre las implicaciones del derecho de la libre competencia en la regulación española vigente y proyectada de los contratos de distribución y agencia”, *Estudios de derecho mercantil*, Marcial Pons, 2013.

- WAELBROECK, M./ FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, Bosch, T. I, 1998.
- WHISH, R./ BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford, 2015.
- WINCKLER, A., "Remedies available under French Law in the application of EC competition rules", *European Competition Law Annual 2001.*, Hart publishing, 2003.

