

# La nulidad de las conductas anticompetitivas

## *Voidness of anticompetitive conducts\**

por

CARMEN HERRERO SUÁREZ  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Valladolid*

**RESUMEN:** La nulidad como sanción civil frente a los acuerdos anticompetitivos aparece ya contemplada de manera expresa en los Tratados fundacionales y su desarrollo es resultado del ejercicio de una competencia compartida entre las autoridades europeas y nacionales. En este trabajo se analizan los caracteres de esta nulidad comunitaria y los problemas que su aplicación plantea, en especial en relación a la nulidad parcial, la extensión a otras relaciones contractuales, así como su eventual aplicabilidad en el marco del abuso de posición dominante.

**ABSTRACT:** *Voidness as a civil penalty against anticompetitive agreements was expressly included in the founding Treaties and its development is the result of the exercise of shared competence between European and national authorities. This paper analyses the characteristics of this communitarian voidness and the problems that its application poses, especially in relation to partial nullity, the extension to other contractual relations, as well as its possible applicability in the context of abuse of dominant position.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: «Competencia y Distribución: nuevos retos en la sociedad globalizada y en contextos de crisis económica» (DER 2014-58774-R), del Ministerio de Economía y Competitividad (2014-2017).

**PALABRAS CLAVE:** Aplicación privada. Nulidad. Restitución. Conductas anticompetitivas. Nulidad parcial. Abuso de posición dominante.

**KEY WORDS:** *Private enforcement. Voidness. Restitution. Anticompetitive conducts. Partial voidness. Abuse of dominant position.*

**SUMARIO:** I. LA NULIDAD COMO SANCIÓN FRENTE A CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.—II. LA NULIDAD COMO CONCEPTO COMUNITARIO: 1. EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS. 2. CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD COMUNITARIA. 3. LÍMITES MARCADOS POR EL DERECHO EUROPEO.—III. EFECTOS Y ALCANCE DE LA NULIDAD: 1. LA NULIDAD PARCIAL. 2. LA PROPAGACIÓN DE LA NULIDAD. 3. LA RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES.—IV. LA NULIDAD EN EL ARTÍCULO 102 TFUE.—V. CONCLUSIONES.

## I. LA NULIDAD COMO SANCIÓN FRENTE A CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

El debate sobre los efectos civiles de las prácticas anticompetitivas ha venido centrándose, tradicionalmente y, de forma aún más acusada en los últimos diez años, en el eventual ejercicio de acciones resarcitorias por los daños causados por dichas conductas en los patrimonios individuales. Este énfasis parece haber colocado en un segundo plano otras de las consecuencias que en el marco de las relaciones entre particulares pueden derivarse de la infracción de las normas *antitrust*, tales como la solicitud de medidas cautelares y, muy especialmente, el ejercicio de acciones de nulidad y restitutorias<sup>1</sup>.

Este olvido puede resultar, a primera vista, injustificado. Si bien el ejercicio de acciones de daños en Europa como mecanismo para potenciar la aplicación del Derecho de la competencia es relativamente novedoso, la nulidad de los acuerdos colusorios aparece ya contemplada en los propios Tratados fundacionales<sup>2</sup>. De este modo, el actual artículo 101 del TFUE, en su apartado segundo establece que «los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho». Es este el único efecto civil que se reconoce expresamente en las normas *antitrust* europeas. De forma paralela, los ordenamientos de los Estados miembros configuran esta sanción en relación a la vulneración de la normativa nacional. En el caso español, el artículo 1.2 LDC, con una dicción ligeramente diferente, establece la nulidad de pleno derecho de «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».

Pero no solo desde una perspectiva teórica o de ubicación normativa puede resultar extraño este abandono. También la realidad práctica exige que esta figura sea atendida, siquiera, para delimitar sus perfiles y su verdadero alcance. Así, al menos por lo que respecta al caso español, gran parte de la aplicación por parte de los tribunales civiles de las normas de competencia ha tenido lugar en relación a la valoración de la eventual ineficacia de determinadas cláusulas contractuales, generalmente en el contexto de acuerdos verticales de distribución comercial, principalmente de hidrocarburos<sup>3</sup>. La remoción paulatina de los distintos obstáculos que dificultaban la aplicación judicial de las normas de competencia en el orden civil ha favorecido el incremento del recurso a la nulidad del acuerdo anticompetitivo como argumento en el marco de procedimientos por incumplimientos contractuales o licencias de propiedad industrial<sup>4</sup>.

Pero, ¿qué implica esta sanción? La nulidad supone la negación de los efectos jurídicos del contrato. Es el resultado de un juicio de valor realizado por el ordenamiento jurídico de una ordenación privada de intereses que se considera reprobable y a la que, por tanto, se le niega toda capacidad de fuerza vinculante. Las consecuencias del negocio nulo no merecen tutela jurídica y, en su caso, deben desaparecer. Entre las partes, significa la imposibilidad de exigirse el cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato. Así, pueden solicitar —vía acción o excepción— que se declare la nulidad, de manera que se enerve toda exigencia basada en el contrato inválido. Esta pretensión puede acompañarse o seguirse de exigencias sustantivas, como la restitución de las prestaciones realizadas en el marco del contrato inválido destinadas a borrar todo rastro de este.

En la práctica judicial encontramos numerosos ejemplos de la utilización de la nulidad tanto como argumento defensivo frente a la exigencia del cumplimiento de obligaciones contractuales (lo más frecuente), como del recurso a la misma como medio para deshacer una relación contractual e intentar una novación subjetiva del contrato en condiciones más favorables<sup>5</sup>. De hecho, la práctica también evidencia utilizaciones fraudulentas o estratégicas de la nulidad, generalmente en su modalidad defensiva, para legitimar el incumplimiento de obligaciones jurídicas derivadas de un contrato<sup>6</sup>. Estos casos de oportunismo han provocado el recelo tradicional de los tribunales, especialmente ingleses y holandeses, frente a la utilización indiscriminada de la conocida como defensa-europea o *Euro-defense* y ha impulsado el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales para intentar clarificar su alcance y límites.

Pese a que la nulidad como categoría o modalidad de ineffectuación de un negocio jurídico en los casos en que este contraviene una norma imperativa es un concepto consolidado y presente en todos los ordenamientos jurídicos, no deja de causarnos cierta extrañeza que se decidiera su inclusión expresa como consecuencia de la infracción de la prohibición de acuerdos colusorios en el propio Tratado de Roma<sup>7</sup>. El legislador comunitario podría haber optado, como

de hecho así lo hace en relación a los efectos de las conductas anticompetitivas desde la perspectiva de la responsabilidad civil, por silenciar estos en relación a su incidencia en la eficacia contractual, dejando que ese vacío se cubriera por las normas nacionales privadas sobre actos y negocios ilícitos. La solución finalmente adoptada constituye el reverso de la existente en el sistema estadounidense, en el que se reconoce desde los orígenes del Derecho *antitrust* el derecho al resarcimiento de daños<sup>8</sup>, pero en el que no se contiene ninguna referencia expresa a la nulidad de los acuerdos restrictivos, zanjándose, generalmente, este tema de una manera más pragmática, con el reconocimiento judicial de su inejecutabilidad o inexigibilidad (*unenforceability*)<sup>9</sup>. La comparación de ambos sistemas nos lleva necesariamente a plantearnos una serie de interrogantes:

¿Por qué de esta sanción? ¿Hay que valorar esa medida realmente como una sanción civil que afecta solo a los derechos de los particulares, o como una solución que implica una sanción de interés público, orientada a garantizar la plena y efectiva aplicación del Derecho de la competencia? ¿Qué consecuencias tiene su aplicación práctica?

Se intentará dar respuesta a estas cuestiones, partiendo de las pautas que ha venido progresivamente estableciendo el TJ en relación a la finalidad y alcance de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos, así como de las que resultan de la aplicación judicial de la misma en los distintos Estados miembros. La fijación clara del objetivo e intereses protegidos con esta sanción resulta crucial para abordar otros problemas que este remedio plantea, como la delimitación del alcance de la nulidad, tanto entre las partes contractuales, como frente a terceros; la procedencia de acciones restitutorias; la extensión de la nulidad a otras conductas anticompetitivas, como las prácticas abusivas de empresas en posición de dominio y, en general, para delimitar el papel que a la nulidad compete desempeñar en el diseño de la política europea y nacional de competencia y, especialmente, en el concreto marco de la aplicación privada de las normas *antitrust*.

Antes de abordar el análisis de estos problemas, cabe realizar una pequeña consideración previa tendente a delimitar el ámbito real de aplicación de este remedio y poder, por tanto, ceñir los problemas a los escenarios en los que con más probabilidad pueden plantearse. Resulta poco probable, pese a la rotundidad en su configuración, que la amenaza de ineficacia contractual pueda jugar algún papel relevante en relación a los acuerdos horizontales más lesivos de la competencia, como los carteles de fijación de precios, o los acuerdos de reparto de mercados o limitación de la producción. El juicio negativo que invariablemente acompaña a estas conductas hace poco verosímil que las partes del acuerdo intenten hacer valer su contenido en los tribunales<sup>10</sup>. Por tanto, y a pesar de que sin duda, estos acuerdos colusorios pudieron haber estado en la mente del legislador en el establecimiento de la nulidad de pleno derecho, el campo en el que esta puede tener una mayor aplicación es el de los acuerdos

cuyo potencial lesivo de la competencia es más ambiguo y, sobre todo, en el marco de relaciones horizontales y, principalmente, verticales, complejas.

Finalmente, en el análisis de las distintas cuestiones que suscita la nulidad de los acuerdos anticompetitivos se tendrá especialmente en cuenta la nulidad como consecuencia de la infracción de la normativa *antitrust* europea, sin perjuicio de que las distintas reflexiones y las principales conclusiones que resulten de esta, sean trasladables a la aplicación de este remedio en el caso de contravención de las normas nacionales de competencia.

## II. LA NULIDAD COMO CONCEPTO COMUNITARIO

La configuración de la nulidad como remedio negocial en el caso de infracción de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia del artículo 101.2 TFUE es el resultado del ejercicio de una competencia compartida entre las autoridades europeas y nacionales.

La nulidad de pleno derecho por infracción de la normativa *antitrust* es una noción de Derecho comunitario que solo el Tribunal de Justicia (TJ) está cualificado para interpretar en última instancia. Gracias a la interposición de diversas cuestiones prejudiciales, y en ausencia de una regulación específica europea de la nulidad, el TJ ha venido delimitando los caracteres configuradores de la nulidad establecida en el artículo 101.2 TFUE. Ahora bien, en atención al principio de autonomía procesal (art. 5 Reglamento 1/2003), es el legislador nacional el que define el alcance con qué debe aplicarse y establece las vías procesales a través de las que se puede reclamar su efectividad. Se trata, por tanto, de un área de colaboración conjunta, en la que, dentro del marco impuesto por las exigencias comunitarias específicas y por los principios de equivalencia y eficacia, compete a los ordenamientos de los Estados miembros y, especialmente, a las autoridades judiciales encargadas de su aplicación, concretar el alcance de la nulidad de una específica relación contractual por vulneración de las normas de competencia.

### 1. EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

La nulidad de pleno derecho es la sanción de ineficacia más extrema que se vincula a un negocio o contrato viciado o defectuoso. La presencia de determinadas deficiencias en la formación del negocio determina que no se despliegue la tutela jurídica que el ordenamiento atribuye normalmente a los acuerdos jurídico privados y se les niegue su validez para crear vínculos obligacionales entre particulares. Esta forma de ineeficacia del negocio jurídico se asocia, en el ordenamiento jurídico español, a dos grandes grupos de causas. En primer

lugar, son nulos los contratos que carezcan de alguno de los requisitos esenciales: consentimiento, objeto, causa o forma exigida *ad solemnitatem* o en los que estos sean ilícitos. En segundo lugar, también serán nulos aquellos contratos en que los contratantes traspasan los límites de la autonomía privada, infringiendo una norma prohibitiva o imperativa, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto<sup>11</sup>.

¿A cuál de estas causas o factores cabe reconducir la nulidad de pleno derecho de los acuerdos restrictivos de la competencia?

Si bien algunos autores lo consideran una cuestión meramente teórica, desde el momento en que las mismas consecuencias se aplican en todos los supuestos o modalidades de nulidad de pleno derecho, otro sector defiende que la valoración del fundamento de la nulidad puede tener trascendencia en sus efectos concretos, como, por ejemplo, en el alcance total o parcial de la ineficacia del negocio jurídico (GONZÁLEZ, 2016, 186-187). Existen, principalmente, dos opiniones sobre el fundamento de la nulidad. La primera, la de considerar que el contrato es nulo porque adolece de un vicio en su formación que es intrínseco a la relación jurídica. La segunda defiende que la nulidad es una sanción que deriva de la infracción de los límites impuestos a la autonomía privada y, por consiguiente, es externa al acuerdo anticompetitivo y a la relación contractual.

Dentro del primer grupo, se englobarían aquellas corrientes que reconducen el fundamento de la nulidad a la existencia de una causa u objeto ilícito. Estas posiciones plantean problemas en dos órdenes distintos. En primer lugar, de delimitación, dada la dificultad inherente a la concreción de los propios conceptos de objeto y, fundamentalmente, de causa, como elementos esenciales del negocio jurídico. Pero el problema fundamental reside, no obstante, en el alcance limitado de los fundamentos propuestos, que no podrían explicar el por qué de la nulidad en multitud de acuerdos a los que, pese a considerárseles anticompetitivos, no cabe atribuir una causa u objeto ilícito (ORTIZ, 2011, 378). En este sentido, si bien un cártel o un acuerdo de reparto de mercados plantea pocas dudas sobre la ilicitud de su causa y su objeto, no puede extenderse esta afirmación a, por ejemplo, un contrato de franquicia con una cláusula de fijación de los precios de reventa, en los que la finalidad económica del contrato es perfectamente lícita, la distribución de bienes o servicios, sin perjuicio de la existencia de un elemento nulo por su carácter anticompetitivo.

Resulta más convincente, en consecuencia, vincular la causa de la nulidad a un factor de carácter externo, como es la vulneración del marco normativo que circscribe la autonomía de la voluntad. Las normas de Derecho de la competencia son normas de carácter imperativo que limitan el ejercicio de la autonomía privada por parte de los particulares. La nulidad derivada de la infracción de las reglas de Derecho *antitrust* tiene un fundamento (vicio en la formación del negocio o contrato provocado por la infracción de las referidas reglas) y una finalidad únicas (eliminación de los obstáculos artificiales a los que

da lugar la infracción de estas normas para proteger la estructura competitiva y con ella el derecho a la libertad de empresa). La idea que subyace es que, como si se tratara de una ley anticompetitiva, ese acuerdo (que no deja de ser *lex inter partes* conforme a la máxima *pacta sunt servanda*) debe ser dejado sin efectos o valor jurídico y si cabe, también sus efectos materiales han de ser eliminados mediante la restitución.

Esta solución es, además, la que más se adecua a las opinión del TJ que ha reiterado en diversas ocasiones que la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia prevista en el Tratado constituye una norma integradora del orden público europeo y, por tanto, su contravención incide directamente contra este<sup>12</sup>.

## 2. CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS

La nulidad es una modalidad de invalidez de los negocios jurídicos de la que resulta su ineficacia, es decir la ausencia de los efectos del negocio acordes con lo querido por las partes. El contrato nulo es aquel que no produce efectos, sanción que el ordenamiento jurídico establece para un negocio que no debería de haberse realizado nunca. El contrato calificado como nulo, carece, por tanto, de valor desde una perspectiva jurídica de manera definitiva, de ahí que no pueda producir ninguno de los efectos característicos del concreto tipo negocial: los contratantes no quedan vinculados, no nacen las obligaciones previstas, las atribuciones patrimoniales eventualmente realizadas en virtud del contrato inválido se considerarán carentes de causa.

Dado que la nulidad supone la privación de efectos jurídicos, en principio solo pueden sufrir esta sanción las conductas susceptibles de generar obligaciones jurídicamente exigibles. Es por ello que el apartado 2 del artículo 101 TFUE limita la nulidad a los acuerdos (se presupone que solo a los contractuales en exclusión de otro tipo de entendimientos como los *gentlemen's agreements* que carecen de fuerza vinculante) y a las decisiones de las asociaciones de empresas (fijándose en el acuerdo plurilateral que está en la base de la asociación). Las prácticas concertadas y las conductas conscientemente paralelas que no tienen fuerza de obligar quedan excluidas, por tanto, del ámbito de la sanción<sup>13</sup>.

Desde los años setenta, el TJ ha venido delimitando las notas características de esta sanción de ineficacia de los acuerdos anticompetitivos.

En primer lugar, y atendiendo a la razón o causa de la que dimana la ineficacia se trata de una ineficacia de carácter *estructural*, dado que se produce en el mismo momento de formación del negocio jurídico. La irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura misma del contrato, en la presencia de un vicio o defecto congénito. El acuerdo restrictivo de la competencia no ha respetado en su formación los límites impuestos por la normativa *antitrust* y adolece, por tanto, de esa ineficacia estructural.

La ineficacia que se deriva de un acuerdo nulo es *automática*, no precisa, como en el supuesto de los acuerdos anulables, de un acto de impugnación que la active (CALVO CARAVACA, 2017, 152-153). Esta nota no impide el ejercicio de una acción de nulidad ya que, si en la práctica ha surgido una cierta apariencia negocial será conveniente e incluso necesario si alguien sostiene su validez, solicitar la intervención judicial, teniendo que ser probada la causa de nulidad por quien la mantenga, y pudiendo ser ejercitada la acción por los terceros perjudicados. Ahora bien, el carácter automático de la nulidad sí determina la naturaleza puramente declarativa de la sentencia que la reconozca.

Además la ineficacia del negocio nulo es *absoluta* y tiene efecto *erga omnes*. Esta modalidad de ineficacia, frente a la ineficacia relativa, significa que la carencia de efectos jurídicos se extiende a cualquier sujeto. El contrato no produce efectos para nadie, la ineficacia alcanza tanto a las partes, como a sus causahabientes y a terceros<sup>14</sup>. En la práctica, esto significa que la nulidad es oponible por cualquiera y frente a cualquiera, y puede ser solicitada por todo sujeto que tenga interés en el acto. De este modo, la nulidad puede pretenderse por cualquier sujeto con interés legítimo y por las partes contractuales. En el célebre caso *Courage* el Tribunal de Justicia establece tajantemente que el artículo 101.2 crea un derecho a favor de los particulares que les permite invocar ante los tribunales la infracción del artículo 101.1. TFUE, incluso cuando sean parte en el contrato que falsea o infringe la competencia a efectos de dicha disposición<sup>15</sup>. Esta postura ha sido reafirmada por el TS español en el caso *Svenson*, en el que la demandada alegó que la demandante al solicitar la nulidad contractual había incurrido en mala fe y en abuso de derecho, dado que las partes conocían perfectamente las características de funcionamiento del negocio y habían asumido libremente las estipulaciones pactadas<sup>16</sup>. El TS recalcará que el carácter absoluto de la nulidad en este supuesto de contravención de normas, determina que sea irrelevante el conocimiento y consentimiento de las cláusulas prohibidas, así como de quien fuera la iniciativa de su introducción en el contrato. «El abuso de derecho opera a extramuros del ámbito de ilicitud, de tal manera que si una conducta es ilícita por contraria al ordenamiento jurídico, la pretensión encaminada a obtener la sanción de nulidad no puede ser calificada de abusiva». Carácter absoluto que opera a efectos tanto de inexigibilidad de las prestaciones como de restitución o indemnización de daños y perjuicios.

La nulidad de los acuerdos restrictivos produce una ineficacia *originaria*. La falta de efectos jurídicos se produce *ab initio*. El negocio jurídico viciado no produce efectos en ningún momento. Los negocios nacen con un vicio congénito, de ahí que la sanción deba y pueda aplicarse desde el momento mismo en que el contrato ha sido concluido (efectos *ex tunc*<sup>17</sup>). Esta nota produce algunas fricciones en la práctica, como tendremos ocasión de examinar más adelante, dado que el carácter continuado de las prestaciones y el hecho de que muchos de los negocios cuya nulidad se pretende hayan estado ejecutándose durante

largos períodos dificulta la retroacción de la ineficacia al momento de su celebración, fundamentalmente en relación a la remoción de sus efectos mediante la restitución de las prestaciones y al destino de los negocios celebrados al amparo del contrato nulo.

Puede ocurrir, no obstante, que un negocio que nace sin vicio, perfectamente válido, deje de serlo con el paso del tiempo. Se trata de la denominada nulidad *sobrevenida*, que, en el ámbito del Derecho de la competencia, puede producirse ya sea por la existencia de nuevas circunstancias de hecho a las que la ley liga esa sanción de invalidez<sup>18</sup>, ya sea por la aprobación de una nueva norma que prohíbe el negocio en los términos inicialmente previstos. Así, por ejemplo, en el marco de las restricciones verticales de la competencia, los criterios de exención de las cláusulas de exclusiva o no competencia previstos en el inicial Reglamento 1884/1983 experimentaron importantes modificaciones con la aprobación de los Reglamentos 2790/1999 y el actual Reglamento 330/2010, lo que determinó que determinados contratos exentos dejaran de estarlo con arreglo a las nuevas normas. Esta situación de nulidad sobrevenida por incompatibilidad de las condiciones de exclusiva pactadas con las nuevas exigencias normativas ha sido profusamente examinada en España en el marco de la distribución de carburantes, dando lugar a una numerosa y, no siempre, lineal jurisprudencia<sup>19</sup>.

La nulidad es *definitiva*. No puede sanarse con el paso del tiempo, de modo que la acción para hacerla valer no tiene, en principio, plazo de prescripción ni de caducidad. El carácter definitivo de la nulidad también significa que no puede subsanarse mediante una declaración de voluntad, como la confirmación ni ninguna otra forma de convalidación o subsanación<sup>20</sup>.

Estas notas también han sido reiteradas por los tribunales españoles en la aplicación de las normas sobre Derecho de la competencia y coinciden, además en lo sustancial con los rasgos o caracteres que la doctrina y jurisprudencia civilista española vinculan a la nulidad absoluta<sup>21</sup>.

### 3. LÍMITES MARCADOS POR EL DERECHO EUROPEO

El TJ ha reiterado en numerosas ocasiones que la nulidad del artículo 101.2 TFUE solo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con dicho artículo. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del contrato no están reguladas por el Derecho comunitario, como tampoco lo están el destino de los negocios jurídicos que traen causa en el contrato nulo ni la eventual restitución de las prestaciones realizadas en la práctica. Todas estas cuestiones son competencia de los Estados miembros, correspondiéndoles a los órganos judiciales nacionales valorarlas conforme a su propio Derecho. Parece, por tanto, que autoridades nacionales —legislativas y judiciales—, tienen un importante papel que desempeñar en la aplicación de la sanción de nulidad, ya

que no solo ostentan, como acabamos de señalar, competencias en exclusiva en determinadas materias sino que, además, es el legislador nacional el que determina los cauces procesales para hacer efectiva la sanción de nulidad y los tribunales los que concretan o delimitan su alcance en el caso concreto. Ahora bien, en el ejercicio de estas atribuciones los tribunales no son enteramente libres. No solo están sujetos a los criterios interpretativos marcados por el TJ así como a los principios generales de eficacia y equivalencia sino que, además, el hecho de que la sanción de nulidad haya sido expresamente prevista en el Tratado pone de manifiesto la importancia que el legislador comunitario ha querido concederla y la exigencia de que los tribunales nacionales garanticen la efectividad del precepto (KOMNINOS, 2008, 150). La relevancia de esta provisión ha sido destacada, entre otros casos, en *Courage y Ecoswiss* y la primacía del Derecho comunitario ha llevado a la inaplicación del principio de autonomía procesal en materias relevantes de los ordenamientos nacionales, como en el caso de la disposición estructural del derecho inglés que no reconoce el derecho a la indemnización o en relación a la configuración del sistema arbitral holandés. En consecuencia, los obstáculos legislativos nacionales que cuestionen o dificulten el ejercicio del derecho a impedir la efectividad de un acuerdo anticompetitivo pueden ser contrarios al Derecho comunitario y al principio de efectividad. Por esta misma razón, los tribunales también han de mostrarse cautos en el recurso a interpretaciones restrictivas de la defensa que, por otra parte, se han producido y —cabe augurar que— seguirán produciéndose en la práctica, tanto para evitar conductas oportunistas de las partes de un contrato viciado de nulidad como para intentar paliar algunos de los problemas que la aplicación de la sanción de nulidad genera en el ámbito *antitrust*, como, por ejemplo, reconociendo a la nulidad solo efectos *ex nunc* a efectos de la restitución de las prestaciones.

### III. EFECTOS Y ALCANCE DE LA NULIDAD

La nulidad de pleno derecho del artículo 101.2 solo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el apartado 1 y que no cumplen los criterios de exención del apartado 3. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del contrato no están reguladas por el Derecho comunitario. Lo mismo sucede en relación con los posibles pedidos realizados y los suministros efectuados conforme a dichos acuerdos y con las obligaciones de pago que resultan de los mismos. Compete al órgano jurisdiccional nacional apreciar dichas consecuencias conforme a su propio ordenamiento.

Si bien la principal consecuencia de la nulidad es la ineficacia del negocio viciado, esto no significa que la realización de un contrato nulo carezca de efectos jurídicos, sino que va a producir, no los efectos queridos por las partes, sino los propios de la nulidad, que pueden ser de diverso signo. Los efectos

negativos se refieren a la ausencia de fuerza vinculante del contrato entre las partes y en relación a terceros, mientras que los efectos positivos hacen referencia a la remoción de las consecuencias materiales de la conducta, mediante la restitución recíproca de las prestaciones efectuadas. Estos efectos pueden ser modulados por el legislador o por los tribunales, bien, por ejemplo, señalando un efecto *ex nunc* a la declaración de invalidez; permitiendo u ordenando que se produzcan algunos de los efectos del contrato pero no su totalidad (nulidad parcial) o, finalmente, limitando el derecho a la restitución en aplicación de la doctrina de la causa torpe (DELGADO/PARRA, 2005, 203 y sigs.).

## 1. NULIDAD PARCIAL

Los contratos y otros negocios jurídicos, en cuanto regulación privada de situaciones complejas, se componen, generalmente, de una pluralidad de disposiciones o reglas de conducta. La nulidad —y, por tanto, la ineficacia que de ella se deriva—, puede afectar, al menos, en abstracto—, tanto a la totalidad del negocio como solo a una o varias de estas disposiciones que lo integran.

El alcance total o parcial de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos es una de las cuestiones más complejas y con mayor incidencia y dificultades en la práctica, puestas de manifiesto en la ausencia de una línea jurisprudencial de razonamiento homogénea y en la existencia de posturas manifiestamente enfrentadas en la doctrina. En principio, dos son las cuestiones que conviene dilucidar. En primer lugar, es preciso determinar, en el caso concreto en que se ha planteado el vicio de nulidad si cabría o no limitar los efectos de esta a alguna de las disposiciones del negocio afectado. En caso afirmativo, se plantea la cuestión de la forma de integración del contrato parcialmente nulo. Ahora bien, la valoración de estas cuestiones conexas no responde siempre a este razonamiento sucesivo, y puede plantearse que la imposibilidad de integración del contrato determine que acabe descartándose la opción inicial por la nulidad parcial y se opte, finalmente, por la ineficacia de todo el negocio jurídico.

El Derecho comunitario no ofrece respuesta concluyente —al menos, de forma expresa— a este interrogante, ya que, si bien es cierto que reiterada jurisprudencia del TJ ha puesto de manifiesto una clara preferencia por la conservación del negocio jurídico y, consiguientemente, por limitar el alcance de la nulidad a las cláusulas contrarias al Derecho de la competencia, se condiciona esta limitación a la posibilidad de que las mismas puedan ser escindidas del resto de elementos del contrato<sup>22</sup>. Posibilidad cuya valoración se remite a las autoridades judiciales nacionales, que deberán resolver en el caso concreto la conveniencia o no de extender la ineficacia a todas las disposiciones contractuales y, en su caso, la forma de reintegración del espacio dejado por la cláusula nula.

Pese a que en todos los ordenamientos —o, al menos, en la jurisprudencia— de los Estados miembros se encuentran arbitradas reglas en relación a la nulidad parcial, las soluciones o principios que la informan difieren ciertamente entre ellos<sup>23</sup>. Algunos ordenamientos, como el alemán o el italiano, establecen normativamente una regla general sobre el alcance de la nulidad, vinculada en ambos casos a la voluntad de las partes, pero partiendo de premisas distintas. Así, mientras que en el caso italiano se establece como punto de partida la ineficacia parcial (art. 1419 *Codice Civile*), el BGB alemán, en su párrafo 139, considera que el negocio es nulo en su totalidad, a menos que quepa suponer que las partes lo hubieran concluido igualmente sin la parte nula. En el Derecho inglés se ha reconocido judicialmente la posibilidad de separar las partes contractuales nulas, manteniendo la validez del resto del acuerdo (*severance*), siempre que se cumplan una serie de requisitos. En primer lugar, en aplicación del conocido como *blue pencil test*, se elimina la cláusula nula, y se valora si el remanente contractual posee sentido sin ella. En caso afirmativo, procederá la separabilidad, siempre que esta no implique «una alteración sustancial del alcance y finalidad del acuerdo», «sea contraria al orden público» o «la disposición invalidada constituyera la causa del contrato»<sup>24</sup>. El carácter ciertamente indeterminado de estos criterios ha posibilitado soluciones muy dispares en su aplicación a la nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia, reconociéndose la nulidad parcial en los casos en los que la parte que invocaba la infracción pretendía justificar así el incumplimiento de obligaciones contractuales y rechazándose, en otros supuestos, en los que estas partes solicitaban, por el contrario, la limitación de la ineficacia a la cláusula nula (BELLAMY/CHILD, 2001, 788 y sigs.).

En el caso español no se establece una regla general sobre el alcance de la nulidad en relación al contenido del contrato viciado. La solución requiere la ponderación de dos intereses enfrentados: el principio de conservación del contrato manifestado en la máxima *utile per inutile non vitiatur* y el respeto al principio de autonomía privada y a la voluntad reguladora de las partes que podría verse lesionado en caso de imposición de una regulación mutilada (DÍEZ PICAZO, 1996, 481).

En relación con la primera cuestión, puede ocurrir que sea el propio legislador el que delimita el alcance de la nulidad en un supuesto concreto. En este sentido, la nulidad parcial se recoge en el Código Civil como solución específica en numerosas disposiciones, en las que se establece que la posible cláusula nula se tenga por no puesta<sup>25</sup>. También encontramos ejemplos de nulidad parcial establecida normativamente en la legislación mercantil<sup>26</sup>. Específicamente además, dentro del campo del Derecho de la competencia, se ha señalado que las restricciones excluidas en las cláusulas grises de los Reglamentos de exención por categorías vendrían a constituir un caso de nulidad parcial por imperativo legal<sup>27</sup>.

Cuando no esté recogida como sanción expresamente prevista, se han distinguido jurisprudencial y doctrinalmente dos ámbitos en los que cabe aplicar la ineficacia parcial como consecuencia jurídica resultante de un negocio viciado de nulidad de pleno derecho.

Mayoritariamente, la doctrina civilista más tradicional defiende la necesidad de atender a la voluntad, presunta o expresa, de las partes para determinar el alcance de la nulidad. Si la autonomía privada es el elemento estructurador de las relaciones entre los particulares, esta debería desplegarse con rotundidad en estos supuestos, lo que significa que procederá la nulidad parcial cuando se puede deducir de la voluntad de las partes que el negocio habría sido querido igualmente sin la parte afectada de nulidad. El Tribunal Supremo condiciona, no obstante, la escisión del contrato, al cumplimiento cumulativo de dos requisitos. En primer lugar, el negocio no debe ser indivisible y, además, la nulidad no debe afectar a uno o más elementos esenciales del mismo<sup>28</sup>. Para que se consideren afectados los elementos esenciales del negocio jurídico sería preciso que se diera alguna de las siguientes situaciones: que sin los contenidos inválidos no sea posible dar un significado al negocio; que, tras la amputación del contenido nulo la modificación del negocio sea tal que se esté ante un negocio nuevo con causa distinta de la original; que la supresión de la cláusula comporte una desventaja económica para una de las partes tal que convierta al negocio en excesivamente oneroso para ella y que, suprimida la cláusula, no haya referencias para saber qué regulación habrían querido las partes<sup>29</sup>.

Pero no solo cabe tener en consideración la voluntad de las partes a efectos de apreciar la procedencia de la nulidad parcial. En este sentido, aunque una norma no establezca expresamente esta modalidad de sanción en los casos de su contravención, esta consecuencia puede apreciarse si con la misma se evitan situaciones fraudulentas. Se trata de la denominada nulidad parcial objetiva o por fraude de ley, que encuentra su principal campo de aplicación en las normas de protección, es decir, en el caso de normas imperativas dictadas con la finalidad de reequilibrar las posiciones contractuales y proteger al contratante más débil<sup>30</sup>. Dentro de este grupo de nulidad parcial por fraude de ley pueden encontrar cabida también otros supuestos, como el incumplimiento de una normativa administrativa que establezca las condiciones de competencia en un mercado regulado (GONZÁLEZ GARCÍA, 2016, 252 y sigs.).

¿Resultan estos criterios adecuados en la valoración del alcance de la ineficacia de un acuerdo restrictivo de la competencia?

El artículo 101.2 TFUE (y sus equivalentes nacionales) se limitan a establecer la prohibición de acuerdos restrictivos, sin ninguna referencia expresa a las consecuencias de la infracción, tanto en lo que se refiere al alcance de la nulidad como a un eventual mecanismo de integración de la parte nula.

La jurisprudencia española viene siendo muy reticente a la preservación de parte del negocio jurídico cuando una o varias de sus disposiciones están

viciadas de nulidad por contravenir la prohibición de acuerdos restrictivos. Los tribunales, pese a partir de la posibilidad en abstracto (por otra parte, impuesta por el Derecho europeo), de una nulidad parcial que afectara solo a la disposición anticompetitiva, la rechazan en el caso concreto. Entre las razones frecuentemente alegadas, se encuentran: la esencialidad de la cláusula prohibida, el hecho de que el objeto del contrato en su totalidad fuera la restricción de la competencia y la imposibilidad de integración del contrato en respeto de la voluntad de las partes de apreciarse la nulidad parcial<sup>31</sup>. El respeto a la autonomía privada y a la necesidad de indagar en la voluntad de los contratantes, tanto originaria, a fin de valorar si las partes hubieran celebrado el contrato en ausencia de la cláusula nula, como sobrevenida, para ponderar la posibilidad de integración consensuada del contrato, ha estado muy presente en los razonamientos judiciales<sup>32</sup>. Si bien la nulidad total es la respuesta judicial más frecuente, el Tribunal Supremo ha reconocido en alguna ocasión, la conveniencia de limitar la ineficacia a la cláusula nula<sup>33</sup>. El problema es que, en estos supuestos, no sigue un razonamiento claro y para llegar a esa conclusión entremezcla criterios que impiden deducir una línea uniforme de razonamiento sobre la aplicabilidad de la nulidad parcial<sup>34</sup>.

Esta solución drástica (sin duda, más fácil de implementar en la práctica), ha sido fuertemente contestada desde diversos sectores doctrinales, con base en argumentos muy diversos que sirven para evidenciar la complejidad de los supuestos dada la multiplicidad de conductas que caben dentro de la categoría de acuerdos prohibidos, y, sobre todo, las grandes diferencias entre la valoración de acuerdos horizontales y verticales y la necesidad de atender al caso concreto desde las perspectivas adecuadas.

Al tratar el fundamento de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos, ya se puso de manifiesto como esta resulta de la vulneración de los límites impuestos a la autonomía privada por una normativa imperativa. Las normas delimitan así, por tanto, el margen de maniobra de las voluntades particulares que, en principio, solo deberán ser tenidas en cuenta una vez se restaure o garantice el objetivo pretendido por la norma vulnerada (MARTÍ MIRAVALLS, 2011, 302). Por tanto el criterio decisivo para resolver sobre la pervivencia parcial o no del contrato no debe venir determinado por cuál es la solución deseada o preferida por las partes contractuales sino cuál es la más acorde con la finalidad y la *ratio* de la norma infringida.

Probablemente, la determinación de cuáles sean los objetivos que a las normas de la libre competencia compete tutelar y promover constituya una de las cuestiones más complejas de este concreto sector del ordenamiento jurídico, que ha dado lugar a innumerables contribuciones doctrinales y enconados debates continuamente replanteados<sup>35</sup>. Obviamente, este análisis excede con mucho el objetivo del presente trabajo, basta simplemente con señalar que, con independencia de la posición que se adopte sobre la naturaleza de los objetivos, o la mayor o menor importancia de fines económicos, en términos de eficiencia,

de las normas *antitrust*, lo que sí resulta incuestionable es que los objetivos perseguidos con ellas y, por tanto, con la prohibición de acuerdos restrictivos, trascienden las posiciones individuales. La normativa *antitrust* está orientada a garantizar el correcto o adecuado funcionamiento de los mercados, interés, por tanto, de carácter general o público. La prohibición de acuerdos restrictivos no tiene como finalidad evitar o corregir posiciones desiguales en el poder de negociación de las partes contractuales. La autonomía privada se ve limitada por la prohibición de acuerdos restrictivos para proteger al consumidor en sentido amplio como protagonista último del mercado y no como parte contractual especialmente débil. Por ello, no compartimos las posiciones que utilizan el argumento del equilibrio entre las prestaciones de los contratantes como criterio para fundamentar la nulidad parcial del contrato<sup>36</sup>, ni siquiera cuándo es utilizado de forma residual o indirecta, en cuanto puede introducir distorsiones en el análisis. Si bien los intereses de las partes contratantes (especialmente de la parte débil) y del mercado pueden estar alineados en el caso concreto, en cuanto víctimas ambos del ejercicio de poder económico, en los casos de divergencias entre ambos, la solución ha de decantarse no por la que más satisface a los contratantes, sino por la más acorde con el objetivo de tutela del mercado.

Una vez purgada la finalidad de la prohibición de acuerdos restrictivos y limitada a evitar distorsiones de la competencia y garantizar un correcto funcionamiento de los mercados, surgen nuevos interrogantes. ¿Cabe deducir de esta finalidad una solución a la alternativa entre conservación del contrato o propagación de la nulidad?

No es posible una respuesta única frente a esta cuestión. La solución más acorde con la finalidad de tutela del mercado puede ser la nulidad total, la parcial o, incluso puede ocurrir que la respuesta sea indiferente desde esta perspectiva. La ausencia de una conclusión general no significa, no obstante, que los tribunales hayan de moverse en el vacío. El marco comunitario, la *ratio* de la norma y la aplicación de los principios jurisprudenciales que han venido siendo desarrollados sobre el alcance de la nulidad, permite fijar una serie de pautas o reglas básicas.

En primer lugar, no solo la nulidad parcial no es incompatible en los casos de acuerdos restrictivos de la competencia, sino que constituye precisamente el punto de partida de las autoridades europeas, que han manifestado una clara preferencia por limitar los efectos de la nulidad a la cláusula anticompetitiva.

En segundo lugar, la nulidad absoluta aparece como respuesta más adecuada en aquellos casos en los que la única finalidad del contrato es la restricción de la competencia. La cláusula ilícita constituiría el elemento configurador del contenido de un negocio jurídico. ¿Qué figuras contractuales pueden encontrar cabida en estos supuestos? Frente a algunas posturas que extienden la ilicitud de la causa a la totalidad del catálogo ejemplificativo de prácticas restrictivas incluido en el artículo 101.1 TFUE (y equivalentes nacionales), así como a las

restricciones consideradas especialmente graves (cláusulas negras) previstas en los distintos Reglamentos de exención por categorías (GONZÁLEZ GARCÍA, 2016, 215) consideramos conveniente una visión más restrictiva. Solo debería partirse de la nulidad total en aquellos negocios cuya única razón de ser es precisamente la restricción de la competencia: cárteles, acuerdos de reparto de mercados, etc. Restricciones especialmente graves y, sobre todo, aisladas, no enmarcadas en un negocio jurídico más amplio de finalidad lícita<sup>37</sup>. Precisamente aquellos casos respecto de los cuales como señalamos con anterioridad, y salvo situaciones claramente excepcionales, no existe un interés de las partes contratantes por exigir o cuestionar su contenido en juicio.

En el resto de supuestos, en los que la restricción prohibida se inserta en un negocio jurídico con una finalidad más amplia: acuerdos horizontales de cooperación; acuerdos de distribución comercial; acuerdos de transferencia de tecnología y, en general, en cualquier negocio complejo, habría de partirse, en principio, de la nulidad parcial. ¿Por qué? En primer lugar, es una solución adecuada al interés público tutelado por las normas *antitrust*: preservación de mercados en los que no se falseen las condiciones de competencia. Sin llegar al extremo de defender una equivalencia absoluta entre ese interés público y la conservación del negocio jurídico<sup>38</sup>, en cualquier caso no es incompatible con el mismo ni lo lesiona. La nulidad parcial permite salvar un contrato ajustando sus contenidos a los límites impuestos por el Derecho de la competencia. Supone la forma mínima de intervención que garantiza el desenvolvimiento lícito de las relaciones privadas. La sanción de nulidad de los acuerdos anticompetitivos lo único que pretende es la eliminación del mundo jurídico de aquellas partes de un contrato que no han respetado la barrera impuesta por la necesidad de proteger la libre competencia en los mercados. Además, la limitación de la ineficacia del contrato a los aspectos anticompetitivos resulta conveniente desde otras perspectivas. Por una parte, puede resultar más sencilla en los casos, frecuentes en este terreno, de que se alegue la ilicitud de cláusulas insertas en contratos que han venido ejecutándose durante largos períodos de tiempo, dada la dificultad que puede plantear la remoción de los efectos materiales del negocio jurídico declarado totalmente nulo a través de la restitución de prestaciones. Finalmente, cabe alegar en su defensa un argumento de justicia, ya que constituye la solución más idónea para limitar o impedir el ejercicio abusivo de los derechos y evitar estrategias oportunistas de las partes contratantes. La nulidad parcial evita la restitución de las prestaciones, al menos parcialmente, y el incumplimiento global de las obligaciones derivadas del contrato.

En cualquier caso, la solución final vendrá condicionada por la posibilidad de pervivencia del contrato mutilado, una vez purgado de la cláusula nula. El principal problema o dificultad en los casos en los que se limita la ineficacia a una o varias cláusulas contractuales, es la reintegración del negocio. Al tratarse las normas *antitrust* de reglas imperativas negativas, que imponen una prohi-

bición, no contemplan un contenido legal expreso que haya de utilizarse para sustituir a las cláusulas nulas, por lo que es preciso acudir necesariamente a los distintos mecanismos de integración del contrato.

La solución más sencilla y que debería ser intentada en primer lugar, es valorar si la simple eliminación de la cláusula nula permitiría la supervivencia del contrato sin necesidad de que este experimente modificaciones. Se trataría de una ineficacia parcial eliminatoria que opera de forma similar al *blue pencil test* anglosajón. Las cláusulas grises contenidas en los distintos Reglamentos de exención por categorías podrían constituir un parámetro útil, sobre el tipo de restricciones cuya desaparición no habría de afectar, en principio, a la pervivencia del contrato, desde el momento en que su eventual anticompetitividad no afecta a la validez del resto del acuerdo<sup>39</sup>. Tomando como referencia el Reglamento de exención de acuerdos verticales, dado que es en el campo de la distribución comercial donde mayor número de casos de nulidad de acuerdos anticompetitivos se han planteado, en este se recogen tres tipos de conductas no cubiertas por la exención, que se traducen, todas ellas en último término, en compromisos de exclusividad y obligaciones de no hacer. En este sentido, las cláusulas no autorizadas se refieren a obligaciones de no competencia tanto durante como tras la vigencia del contrato que no cumplen determinadas condiciones y a la prohibición de venta de marcas competidoras en los sistemas de distribución selectiva. En la mayoría de las situaciones en las que la anticompetitividad se refiera a la imposición de una obligación negativa, bastaría con restaurar la libertad comprometida: la prohibición de ventas pasivas frente a determinados clientes o territorios se elimina, permitiéndose estas; la anticompetitividad resultante de la obligación de no distribuir los productos de marcas competidoras en los sistemas de distribución selectiva se restaura permitiéndose esas ventas, etc.

Más problemático es la determinación del contenido sustitutivo de las cláusulas nulas cuando estas afectan a elementos esenciales y, por lo tanto, su eliminación dificulta el mantenimiento del contrato. Esta ineficacia parcial sustitutoria es más compleja porque confiere al juez un poder de reconstrucción del contrato al margen de la autonomía de voluntad de las partes. Ahora bien, pese a que las normas *antitrust* no fijan de manera expresa el contenido que han de tener los acuerdos para garantizar su licitud, sí marcan en numerosas ocasiones los parámetros máximos dentro de los cuales se entiende que no se produce una lesión a la competencia. Por tanto, los tribunales que se vean en la necesidad de integrar el contenido de una cláusula nula, pueden recurrir a estos para garantizar la pervivencia del contrato de conformidad con la ley. Así, por ejemplo, en el caso de cláusulas de exclusiva que excedan de la duración prevista en los Reglamentos cabría valorar la posibilidad de sustitución de la duración de la cláusula nula por el máximo legal permitido<sup>40</sup>; en el caso de fijación de precios mínimos de reventa, estos precios establecidos con carácter imperativo pasarían a considerarse dispositivos, meras recomendaciones, etc.

## 2. LA PROPAGACIÓN DE LA NULIDAD

El problema de la determinación del alcance de la nulidad no se agota en el seno del contrato viciado sino que puede extenderse a otras relaciones negociales relacionadas o conectadas con este, ya sea celebradas entre las mismas partes, ya sea concluidas con terceros ajenos a la relación inicial. Se trata de la situación conocida como *nulidad derivada, en cascada o en cadena*, que atiende a la posibilidad de que la ineficacia de un negocio alcance a otros que se basen o traigan causa en aquel. Si bien esta cuestión ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial más reducido que la nulidad parcial, los principios que la vertebran son esencialmente los mismos. Su traslación al ámbito *antitrust* puede dar lugar al planteamiento de interrogantes similares a estos: ¿La nulidad de un cártel de fijación de los precios de azúcar industrial puede extenderse a los acuerdos verticales de compraventa de azúcar celebrados, en ejecución de dicho cártel, entre las azucareras cartelistas y las principales empresas galleteras? Y ¿a los acuerdos de compraventa de galletas celebrados entre estas y sus distribuidores? Y ¿entre los distribuidores y los consumidores finales? ¿Están viciados de nulidad los contratos celebrados entre la Administración y la empresa determinada tras un acuerdo de amanu de ofertas o *bid-rigging*? ¿Es también ineficaz el contrato de opción de compra celebrado junto a un contrato de abanderamiento contrario a las normas de competencia? ¿O un contrato de fianza anexo a este? ¿Y los contratos de distribución de carburante a los consumidores finales? Diversas compañías eléctricas acuerdan un modelo de contrato de distribución de energía en el que se incluye un cláusula de ajuste de precio en un porcentaje fijo en el caso de subidas de impuestos. ¿El acuerdo de distribución en el que se implementa esa cláusula y se ajusta el precio en la proporción convenida horizontalmente es nulo?<sup>41</sup>.

Como ponen claramente de manifiesto los ejemplos considerados, la posibilidad de ramificaciones negociales del contrato nulo es amplísima, como también lo es la diversidad de los vínculos que pueden establecerse entre los distintos contratos relacionados con el inicial acuerdo restrictivo. Ahora bien, en el caso de los acuerdos anticompetitivos, y dado que las normas generales permiten resolver con mayor o menor facilidad sobre la eventual ineficacia de los contratos en una relación pura de accesoria con la conducta prohibida, el debate se ha planteado principalmente sobre la posible extensión de la ineficacia a contratos derivados o *follow-on*, es decir, a contratos celebrados por las empresas infractoras con terceros situados aguas arriba o aguas abajo de estas<sup>42</sup>.

En principio, es posible delimitar dos posibles escenarios. Un primero rechaza la extensión de la ineficacia a otras relaciones contractuales distintas de las consideradas anticompetitivas en aplicación del artículo 101.2 TFUE. Los terceros, —empresas o consumidores—, que no hayan sido parte de la relación nula, no disponen de remedios negociales para cuestionar la validez de los contratos

celebrados con las empresas infractoras o con las empresas que hayan tenido relaciones jurídicas con ellas, sino únicamente de la acción de resarcimiento de los daños que la conducta ilícita haya podido causarles en sus patrimonios individuales. Una segunda posición vendría constituida, contrariamente, por la posibilidad de que los contratos relacionados con el acuerdo anticompetitivo original, puedan verse afectados por el vicio de este, y consiguientemente, se reconozca a las partes implicadas el derecho a solicitar la nulidad del acuerdo u otro mecanismo jurídico que permita privar de eficacia al contrato derivado, como la anulabilidad o la rescisión. Se posibilitaría así, la justificación del incumplimiento de las obligaciones derivadas de ese negocio nulo por derivación así como la disolución del vínculo contractual.

El examen de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros —y de las diversas posiciones doctrinales nacionales— pone de manifiesto no solo la inexistencia de reglas claras y uniformes en relación a la extensión de la nulidad a otras relaciones contractuales, sino, además, la utilización de criterios de la más variada naturaleza, que atienden a la protección de intereses generalmente no coincidentes, para decantarse por una u otra de las dos soluciones adelantadas.

La respuesta a la cuestión de la validez de los contratos derivados de acuerdos anticompetitivos puede buscarse, teóricamente, tanto en las propias normas de Derecho de la competencia, europeas y nacionales, como en el marco de los principios y reglas sobre la contratación de los distintos Estados miembros<sup>43</sup>.

En cualquier caso y antes de proceder al análisis individualizado de cada uno de estos parámetros, es importante tener en cuenta como punto de partida, al igual que ocurría en el caso de la nulidad parcial, que la pregunta inicial no debería ser si los mecanismos de ineeficacia jurídica ofrecen una protección adecuada a los sujetos afectados por estipulaciones contractuales anticompetitivas, sino si la extensión de la nulidad es acorde con los objetivos de interés público perseguidos por las normas *antitrust*. Así, al menos en el marco del análisis desde la óptica del Derecho de la competencia, esta habría de ser el interés principal<sup>44</sup>, sin perjuicio de que pueda ser ponderado con otros, como la protección de la seguridad jurídica o el justo equilibrio de las prestaciones o la protección del contratante débil, en aplicación de los principios que informan otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho de los contratos o las normas sobre responsabilidad civil extracontractual.

Desde las autoridades europeas no obtenemos muchas respuestas. Si bien el TJ ha adoptado un enfoque restrictivo en relación a la propagación de la nulidad, limitando como cuestión de principio, la sanción de nulidad a los acuerdos que en sí mismos constituyen una violación del artículo 101.1 TFUE, al igual que en el caso de la nulidad parcial reenvía a los Estados miembros la determinación de la medida en que la nulidad del acuerdo puede afectar la

validez de otros contratos accesorios que constituyan la ejecución o el desarrollo del comportamiento anticoncurrencial<sup>45</sup>.

La pelota está de nuevo en el campo de las autoridades nacionales... Conclusión que se ve reforzada por la posición adoptada por la Comisión Europea en la Decisión Astra<sup>46</sup> que si bien defiende que los contratos derivados no caen en el ámbito de prohibición del artículo 101.1, reconoce que la mera nulidad de los acuerdos colusorios puede no ser suficiente para acabar con las consecuencias negativas sobre la competencia en algunos casos, en los que el efecto restrictivo es trasladado aguas arriba o aguas abajo mediante la conclusión de otros negocios jurídicos. ¿Qué hacer en estos supuestos? El ejecutivo comunitario no se pronuncia directamente sobre la extensión de la nulidad y se limita a exigir a las empresas implicadas en la práctica prohibida la adopción de algún mecanismo corrector, como la renegociación del contrato derivado o su rescisión para «restablecer la situación de las víctimas».

Es preciso, por tanto, acudir a los ordenamientos nacionales, a fin de valorar si cabe predicar la nulidad —u otra forma de ineficacia negocial—, de los acuerdos derivados, en aplicación, bien de la normativa *antitrust* nacional (que, de este modo podría hacerse extensible a las infracciones del Derecho europeo sobre la base del principio de equivalencia), bien de los principios y normas generales sobre contratación.

El examen de los distintos sistemas *antitrust* estatales pone de manifiesto que, excepto en algún supuesto normativo aislado —y no concluyente— que reconoce la posible propagación de la nulidad<sup>47</sup>, con carácter general se defiende el mantenimiento de la validez de los contratos derivados o *follow-on contracts*. Las distintas ramificaciones horizontales o verticales de los acuerdos no estarían cubiertas por la prohibición, a menos que en sí mismas reúnan los elementos del ilícito del artículo 101.1 (y equivalentes nacionales) y se puedan considerar acuerdos restrictivos<sup>48</sup>.

Ahora bien, pese a que en la práctica parece existir cierto consenso, la situación no es doctrinalmente pacífica, enfrentándose partidarios y detractores de la propagación de la nulidad en un debate que ha trascendido, al menos, en algunos ordenamientos, al ámbito judicial<sup>49</sup>.

Frente a la postura tradicional limitativa de la nulidad al acuerdo prohibido, se alega, fundamentalmente, que tanto la propia eficacia del Derecho *antitrust* y, en concreto, de la prohibición de acuerdos restrictivos, así como el eventual efecto disuasorio de la sanción de nulidad pueden verse cuestionados si se mantiene la validez civil de los acuerdos destinados a ejecutar o implementar una conducta colusoria prohibida.

Si el Derecho de la competencia tiene como finalidad la prevención y la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia debería establecerse alguna medida contra los contratos que constituyen la implementación en la práctica de los efectos anticompetitivos del acuerdo inicial. Resulta incoherente que se

defienda, por ejemplo, la nulidad de un cártel de fijación de precios, pero que los tribunales deban mantener la validez y ejecutabilidad de los acuerdos verticales destinados a llevar a la práctica el acuerdo prohibido. Si no se transmite la invalidez, en realidad se estaría ignorando la propia prohibición de las conductas anticompetitivas, o al menos, su efecto útil, ya que los efectos anticompetitivos seguirían produciéndose en el mercado<sup>50</sup>. Los hechos que, en realidad, distorsionan el funcionamiento de la libre competencia: precios supracompetitivos, reducción de la producción o exclusión de competidores se actúan, no a través del acuerdo anticoncurrencial, sino de los contratos de ejecución del mismo.

No compartimos estas posiciones. Aunque formal o teóricamente la extensión de la nulidad a los acuerdos que implementan una práctica anticompetitiva podría resultar coherente con los objetivos del Derecho *antitrust*, que no son otros que intentar garantizar que los mercados funcionan de manera no falseada, evitando restricciones artificiales de la competencia en interés de todos los sujetos y agentes económicos, en la práctica constituye una solución inadecuada que plantea muchos más inconvenientes que ventajas. En principio, la nulidad supone la negación de cualquier efecto jurídico del acuerdo y la posibilidad de remoción de sus efectos materiales mediante el reconocimiento del derecho a la restitución de las prestaciones efectuadas por las partes contratantes. De extenderse la nulidad a los acuerdos derivados, ¿se conseguiría efectivamente la remoción de todos los efectos anticompetitivos y el restablecimiento de la situación de competencia anterior a la celebración del acuerdo inicialmente prohibido? Resulta bastante ingenuo pensar en una respuesta afirmativa.

En primer lugar, esta solución plantearía enormes problemas en la práctica, tanto de delimitación como de aplicación. Así, sería preciso, dentro de las múltiples ramificaciones negociales que podrían derivarse del contrato prohibido, seleccionar cuáles son los acuerdos afectados por la nulidad derivada. Esto presupone que la invalidez del contrato anticompetitivo repercute sobre la validez del contrato aguas abajo, hecho que debería ser demostrado y que introduciría en el análisis consideraciones como la valoración de la posible repercusión o *passing-on* del sobreprecio a fin de delimitar en qué escalón de la cadena productiva y distributiva se concretan las consecuencias anticompetitivas. Igualmente, también sería preciso realizar el juicio sobre el alcance de esa nulidad derivada, es decir, la identificación de los elementos nulos y la valoración sobre si la ineficacia ha de limitarse a estos, lo que introduciría la necesidad de su integración, o si, por el contrario, afectaría a todo el acuerdo. Pero sin duda, la cuestión más problemática la plantearía la eventual restitución de las prestaciones que se antoja como una maniobra difícil, cuando no imposible en numerosas ocasiones, dados los escenarios en los que más frecuentemente se plantean los problemas de nulidad de las prácticas anticompetitivas. Contratos habitualmente ya ejecutados, que en la práctica han producido todos sus efectos. Efectos que, además, se han extendido en el tiempo, y que generalmente, se

engarzan con otras relaciones negociales, formando parte de una cadena más o menos amplia de contratos orientados a hacer llegar los bienes o servicios a los destinatarios finales. En realidad, a nuestro juicio, estos problemas son reflejo de la inadecuabilidad de la sanción civil de nulidad en el marco del Derecho *antitrust*, o al menos, de su encaje un tanto forzado, en contratos proyectados al mercado, en el que los intereses de las partes se van a entremezclar con los intereses de terceros y del tráfico jurídico en general.

No solo las dificultades prácticas en su aplicación y los escasos resultados —en relación a la protección de la competencia— que supone la extensión de la ineficacia a contratos no prohibidos directamente por la norma *antitrust*, desaconsejan su reconocimiento. Las pretendidas ventajas e intereses tutelados han de ser ponderados con otros intereses cuya afectación es susceptible de causar aún mayores distorsiones en los mercados. La nulidad en cadena puede ser sumamente perturbadora del tráfico jurídico. La declaración de invalidez de contratos no prohibidos directamente por la norma cuestiona la máxima *pacta sunt servanda* introduciendo dudas sobre la estabilidad de las relaciones con terceros y la seguridad del tráfico en los mercados.

Finalmente, en relación a la pretendida limitación de la eficacia disuasoria de conductas anticompetitivas de la sanción de nulidad, consideramos que esta función compete directa y principalmente a las sanciones administrativas, sin perjuicio de que, efectivamente, tanto la nulidad y el resarcimiento de daños puedan contribuir, indirectamente a prevenir la realización de prácticas contrarias a la competencia, pero sin ser esta su finalidad primera<sup>51</sup>.

Si desde el Derecho *antitrust* resulta, por tanto, difícilmente justificable la extensión de la nulidad, puede valorarse su conveniencia desde otros sectores del ordenamiento jurídico que atiendan fundamentalmente a la protección de los intereses particulares de las partes contractuales, como el Derecho de contratos o las normas sobre responsabilidad civil extracontractual. ¿Los contratos que incluyen términos o condiciones cuyo contenido es el resultado de la implementación de un acuerdo restrictivo de la competencia pueden ser atacados desde otras perspectivas para proteger el interés de los contratantes en no verse afectados por prácticas anticompetitivas?

El análisis del resarcimiento de los daños derivados de prácticas anticompetitivas excede del ámbito de análisis de esta obra, aquí nos limitaremos a plantear brevemente algunas cuestiones sobre la validez o eficacia del negocio derivado desde una perspectiva contractual. En este marco se atenderá tanto a la posible ineficacia de un contrato por derivación, es decir, por su relación con un contrato anticompetitivo nulo, como a la eventual ineficacia propia, debido a la presencia de un vicio o defecto intrínseco al contrato que justifique su nulidad, absoluta o relativa.

Respecto de la propagación de la ineficacia y en ausencia de norma legal, no cabe sentar reglas generales para determinar cuando la nulidad de un acto

deba trascender a otro posterior que con él se relacione o que en el mismo se apoye<sup>52</sup>. Tradicionalmente, se recurre para resolver esta cuestión a la regla de accesoriedad (*accesorium sequitur principale*), de tal modo que la nulidad de un contrato principal (*ad. ex.* un préstamo hipotecario) determinará la de los negocios accesorios a este (*ad. ex.* la garantía hipotecaria)<sup>53</sup>. Ahora bien, la doctrina alerta sobre las limitaciones de esta regla que no permite ofrecer una respuesta contundente en todos los casos, dada la propia relatividad de los conceptos de accesorio y principal que puede determinar la valoración de la operación como un todo que las partes no hubieran querido realizar sin lo aparentemente accesorio, así como el hecho de que no siempre lo accesorio se da respecto del contenido de la obligación principal.

Un sector doctrinal ha defendido la conveniencia de atender al propósito negocial complejo, valorándolo como un todo y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe. De este modo, deberá extenderse la ineficacia, produciéndose una nulidad en cadena o propagada, cuando todos los contratos cooperen a la consecución del resultado económico o económico-social pretendido por las partes, es decir, cuándo pueda identificarse una única situación a través de la que se ejecuta la vulneración de la norma (DÍEZ PICAZO, 1996, 467 y sigs.; DELGADO-PARRA, 2005, 208 y sigs.).

La valoración del conjunto de contratos como un único negocio jurídico complejo, sin perjuicio de su posible trascendencia en el caso de negocios celebrados entre las mismas partes contractuales<sup>54</sup>, no resulta adecuada, a nuestro juicio, en el ámbito de los acuerdos anticompetitivos derivados. En la mayoría de los casos, estaremos en presencia de negocios autónomos e independientes desde una perspectiva funcional, que obedecen a un propósito diverso del acuerdo prohibido sin perjuicio de que entre ellos exista la concatenación lógica de ser instrumentos empresariales integrantes de la cadena de producción y distribución de bienes y servicios en el mercado. Los acuerdos concluidos entre las empresas infractoras y los terceros son independientes de la práctica anticompetitiva inicial. La finalidad del contrato es, al menos, desde la perspectiva del tercero totalmente legítima y diversa de la que determinó la celebración del acuerdo prohibido (aún más en relación con acuerdos entre las empresas que contrataron con las infractoras y terceros) (GUSTAFFSON-HOSEINIAN, 2006, 8)<sup>55</sup>. Así, por ejemplo, en el caso de la celebración de un contrato de compraventa entre el miembro de un cártel de fijación de precios y su distribuidor, la naturaleza o finalidad económica del acuerdo, no varía porque el precio haya sido establecido aguas arriba en el contexto de un acuerdo anticompetitivo.

Es más, la razón de interés público que determina la sanción de nulidad de pleno derecho originaria, debería también fundamentar la extensión de la misma a otros negocios. Ya hemos analizado como la ineficacia contractual no es la solución más adecuada para proteger ese interés general en un mercado en

condiciones de competencia no falseada y como esta puede además ser especialmente dañina en relación a otros intereses generales de la importancia de la seguridad jurídica y la confianza en la estabilidad de las relaciones contractuales.

Pero es que, ni siquiera desde la perspectiva de tutela de los intereses de los contratantes que se relacionan con las empresas infractoras, la nulidad de sus acuerdos constituye la solución más adecuada. La ruptura del vínculo puede constituir para ellas una solución mucho más gravosa que la genera su cumplimiento, ya que, generalmente, estas tendrán interés en el mantenimiento del contrato. Así, por ejemplo, alegando la nulidad del contrato, los compradores que han estado dispuestos a pagar el precio cartelizado por un determinado bien, obtendrían, en principio, solamente la restitución de la cantidad pagada por el bien que, a menos que se aprecie causa torpe, debería a su vez ser restituido —o, al menos, su equivalente económica—, siendo su obtención la que realmente satisface sus intereses. Existen otros instrumentos para proteger los intereses de los agraviados por estas conductas como, fundamentalmente, el ejercicio de acciones de daños.

Desde una perspectiva contractual, se han planteado distintos argumentos que defienden que la nulidad de los acuerdos celebrados entre las empresas infractoras y terceros no deriva de la del acuerdo prohibido sino que es originaria o directa. A este razonamiento pueden ser adscritas tanto las posiciones que sostienen que los acuerdos derivados son nulos por contrarios a normas imperativas, o por tener un objeto o causa ilícitos, como aquellas que para solventar los inconvenientes que para las víctimas se derivan de la nulidad de pleno derecho, defienden la anulabilidad de estos por presentar algún vicio de la voluntad: dolo, intimidación o error.

Ninguna de estas posturas nos resulta convincente. Por lo que se refiere a las primeras, ya ha sido apuntado como es difícilmente sostenible la ilicitud del objeto o de la causa de estos acuerdos simplemente porque el precio, o el contenido de alguna de sus cláusulas ha sido determinado aguas arriba en el contexto de un acuerdo anticompetitivo. Tampoco cabe considerar que este acuerdo vulnera normas imperativas, ya que no reúne en sí mismo los elementos del ilícito anticompetitivo. El recurso a los vicios de la voluntad, que posibilitaría decantarse por la anulabilidad como forma de ineficacia<sup>56</sup>, resulta un tanto forzado, siendo difícil que puedan apreciarse en los contratos derivados los elementos que justifican el derecho a solicitar la ineficacia del contrato debido a una incorrecta formación del consentimiento contractual<sup>57</sup>.

### 3. RESTITUCIÓN PRESTACIONES

La máxima *quod nullum est, nullum producit effectum* expresa que el contrato afectado por un vicio de nulidad no produce ningún efecto o, más exactamente,

que no debe producir ningún efecto digno de tutela por el ordenamiento jurídico. Es por ello que si, pese a la existencia del vicio, la realidad negocial surge y se desarrolla en la práctica, el ordenamiento jurídico va a arbitrar una serie de mecanismos orientados a garantizar que, efectivamente, pueda asegurarse la irrelevancia jurídica de los efectos fácticos derivados del contrato inválido. De este modo, dentro de estas reacciones frente al contrato ineficaz se encuentran tanto la inexigibilidad e irrelevancia de las prestaciones, como la restitución de las mismas, a fin de facilitar la desaparición de los efectos socialmente producidos y la vuelta de las cosas al ser y estado anterior a la celebración del contrato.

El Derecho europeo no contempla expresamente ningún instrumento restitutorio y, de nuevo en esta materia, reenvía a los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>58</sup>. En el caso español, esta consecuencia de la nulidad —única expresamente prevista por el legislador— se regula en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil, que delimitan el alcance y límites de la obligación recíproca de los contratantes de restituirse las prestaciones que en cumplimiento del contrato nulo realizaron.

A diferencia de lo que ocurre en relación a la acción de nulidad, cuya finalidad es meramente declarativa, la acción restitutoria contiene una pretensión sustantiva o de condena: la devolución de las aportaciones patrimoniales entre las partes contratantes de un negocio nulo. Estas acciones restitutorias tienen como base la ineficacia declarada del negocio jurídico. La restitución es, por tanto, consecuencia directa de la constatación de la nulidad del contrato. Ahora bien, sobre lo que existe menor consenso es sobre si se trata o no de una consecuencia necesaria, es decir, sobre la posibilidad de deslindar el ejercicio de la acción de nulidad de las pretensiones restitutorias. Obviamente, las partes pueden decidir si solicitan o no la restitución de las aportaciones ejecutadas con arreglo a un contrato nulo. La cuestión afectaría, por tanto, a la posibilidad de que esa restitución pudiera ser acordada de oficio por el tribunal sin incurrir en incongruencia.

Una primera postura defiende la necesidad de la restitución al margen de la voluntad de las partes y de cualquier otra circunstancia relativa al grado de ejecución o la naturaleza de las prestaciones, sobre la base de que es la propia ley la que exige que se reviertan los efectos indebidamente producidos al amparo de un contrato inválido<sup>59</sup>. Se trataría con ello, consiguientemente, de tutelar un interés objetivo general. Una segunda opinión admite, por el contrario, la posibilidad de que las partes decidan no plantear la restitución y que esta no pueda ser acordada de oficio por el juez, considerando que, en realidad, afecta exclusivamente a intereses subjetivos, concretamente al restablecimiento de eventuales desequilibrios patrimoniales entre las partes<sup>60</sup>.

La confluencia de intereses generales y particulares en esta materia dificulta la adopción de conclusiones tajantes, si bien consideramos más adecuadas las posturas que defienden la posibilidad de escisión de acción de nulidad y accio-

nes restitutorias. Si detrás de las causas que determinan la nulidad absoluta o de pleno derecho de los negocios se encuentra la tutela de intereses generales, parece lógico considerar que la reversión de los efectos del negocio inválido y la vuelta a la situación anterior a su celebración es la postura más adecuada para la protección de dichos intereses. Si esa reversión es fácticamente posible, con la devolución de lo entregado en cumplimiento del contrato ilícito, puede quedar efectivamente restablecido el interés general —al menos desde esta perspectiva lógico-teórica—. Ahora bien, esta tutela del interés general se plantea mucho más difusa en otras ocasiones, como cuando la restitución originaria de las aportaciones patrimoniales deviene imposible y la única alternativa es la restitución de su valor económico. Al fin y al cabo, en estos casos, el objeto de las prestaciones se ha ejecutado, los efectos del contrato se han consolidado *de facto*, y la entrega de su valor económico no restaura realmente la situación anterior. La restitución por equivalencia parece obedecer más a la consideración de los intereses económicos particulares de las partes contratantes que a la salvaguarda o restitución de intereses generales dañados por el negocio ineficaz. Esta preponderancia de intereses subjetivos en materia de restitución permite entender, a nuestro juicio, determinadas características de su régimen jurídico, como, por ejemplo, la limitación de la legitimación para interponer acciones restitutorias a los contratantes o la posibilidad de sancionar a las partes con la negación de los efectos restitutorios y consolidación de los efectos del contrato nulo en los casos de causa torpe, así como diversos pronunciamientos de los tribunales de justicia, en los que se reconoce la posibilidad de limitar las consecuencias de la nulidad a su mera declaración.

El régimen de restitución previsto en el Código Civil está diseñado fundamentalmente sobre la base del contrato de compraventa, sin perjuicio de que pueda hacerse extensivo, siempre que sea posible, a los casos en los que existe una prestación única o a aportaciones patrimoniales de otra naturaleza (LÓPEZ BELTRÁN, 2009, 58). Así, en principio se prevé que la restitución de las cosas o bienes que han sido entregados en ejecución de un contrato nulo, deba hacerse *in natura*, mediante la restitución de esos mismos bienes. Si esta no fuera posible, procederá la restitución del equivalente pecuniario de las aportaciones patrimoniales realizadas (art. 1307 del Código Civil). Igualmente, se establece el carácter recíproco de la obligación de restitución en el artículo 1303 del Código Civil y se consigna, expresamente, la excepción de contrato no cumplido, al establecerse que mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a lo que está obligado, el otro no puede ser compelido a cumplir su parte (art. 1308 del Código Civil)<sup>61</sup>.

Finalmente, el Código recoge dos supuestos excepcionales que permitirían la exclusión de las pretensiones resarcitorias y la consolidación —cuanto menos, parcial—, de los efectos derivados del contrato inválido. En este sentido, no procede la restitución de las prestaciones ejecutadas en cumplimiento de una

obligación derivada de un contrato nulo que constituya una actividad delictiva (art. 1305 del Código Civil) o cuando el contrato tenga una causa torpe que no constituya delito (art. 1306 del Código Civil). Preceptos cuya aplicación en la práctica, especialmente en relación con la calificación de torpeza, no es sencilla y han dado lugar, como tendremos ocasión de examinar, a pronunciamientos judiciales dispares, incluso por parte del propio Tribunal Supremo, cuando no manifiestamente enfrentados.

Esta ausencia de uniformidad está presente, en realidad, en la interpretación de todo el régimen jurídico sobre restitución de prestaciones y es fiel reflejo de las dificultades que ocasiona la aplicación de unas mismas normas en escenarios muy diversos, con prestaciones de diversa naturaleza y en distintos grados de ejecución, así como de la presencia de disposiciones como la causa torpe, de honda tradición histórica pero cuya impronta moralizadora de conductas tiene un difícil anclaje en la situación actual.

La traslación de estas normas al ámbito *antitrust* reproduce estos problemas aplicativos que, incluso se acrecientan, dadas las dificultades que plantea la aplicación de estos preceptos en escenarios caracterizados por la proyección al mercado de las conductas, lo que va a determinar, en muchos casos, que las relaciones o efectos «fácticos» que se han producido al amparo de un contrato nulo generalmente se hayan encadenado o engranado en otras relaciones jurídicas.

La restitución determina que, en principio, las partes de un acuerdo anticompetitivo están obligadas a devolverse lo que hayan entregado en cumplimiento de ese pacto. Obviamente, la operatividad de este precepto exige que los contratantes en virtud del acuerdo anticompetitivo se hayan comprometido a realizar una atribución patrimonial que pueda ser revertida, ya sea *in natura* o por equivalencia y, excluye *a priori*, en nuestra opinión, su aplicación a los casos en los que de los contratos se derivan simplemente obligaciones de no hacer (*ad. ex.* acuerdos de exclusiva, reparto de mercados, etc.) o de hacer que no impliquen una aportación patrimonial (*ad. ex.* acuerdo de incrementar los precios en un determinado porcentaje, o de fijar determinados precios de reventa).

Por lo que a la experiencia judicial de su aplicación se refiere, la línea general —marcada especialmente en los numerosos casos entre petroleras y estaciones de servicio— es una tendencia restrictiva en relación a las pretensiones de restitución, bien atendiéndose de manera parcial, bien rechazándose de pleno en el caso concreto, a menudo en base a una interpretación forzada de las normas.

Dos son las principales dificultades a las que los tribunales tienen habitualmente que hacer frente en los casos de restitución de aportaciones derivadas de un contrato anticompetitivo declarado nulo. En primer lugar, suele tratarse de contratos que en la práctica han desplegado ya sus efectos, generalmente, durante largos períodos de tiempo. En segundo lugar, la propia naturaleza de las prestaciones ejecutadas, habitualmente obligaciones de hacer, dificulta la restitución de lo actuado.

Por ello, el TS ha recurrido, en ocasiones, a las normas sobre resolución de los contratos de trato sucesivo y ha considerado que si la restitución *in natura* no es posible habría que limitar los efectos de la nulidad al futuro<sup>62</sup>. La nulidad, en estos supuestos, produciría únicamente efectos *ex nunc*, consolidándose, por tanto, los producidos hasta la fecha de la declaración de invalidez. Es una posición que, al menos cuando se trate de la aplicación del artículo 101 TFUE puede encontrarse con la resistencia del Tribunal de Justicia europeo ya que, como hemos visto en apartados anteriores, este ha insistido reiteradamente en el carácter originario de la nulidad del artículo 101.2 TFUE<sup>63</sup>.

La eventual viabilidad de las excepciones a la restitución en los casos de causa torpe tampoco ha sido abordada con profundidad por los tribunales, pese a que sí constituye un asunto debatido doctrinalmente. De hecho, algunos autores defienden un incremento del protagonismo de los remedios negociales y principalmente, restitutorios en el marco de la aplicación privada del Derecho *antitrust*, planteándolos como una alternativa eventualmente más interesante —desde una perspectiva procesal pero también económica— para las partes de un contrato anticompetitivo, que el ejercicio de acciones resarcitorias<sup>64</sup>. La restitución podría restaurar el equilibrio de las posiciones contractuales y evitar el enriquecimiento injusto de las partes. Ahora bien, su utilización adicional o como alternativa al resarcimiento carece de sentido si no se elimina la reciprocidad de la restitución, de tal modo que esta opere exclusivamente a favor de una de las partes contractuales, en principio, la «victima» de la violación de las normas *antitrust*.

Con arreglo a las reglas del artículo 1306 del Código Civil, cuando la nulidad proviene de ser torpe la causa, si esta es común a ambos contratantes ninguno de ellos tiene derecho a la restitución. Si solo afecta a uno de ellos, únicamente este será privado de su derecho a la restitución. Por ello, frente a las pretensiones restitutorias, los contratantes pueden alegar la torpeza de la contraparte y evitar así la devolución de lo entregado por esta. El contratante inocente puede ejercitar las acciones restitutorias sin estar obligado a cumplir lo que hubiera prometido. Los tribunales españoles han sido muy reacios a considerar las alegaciones de torpeza en el ámbito del Derecho de la competencia, lo que no significa que siempre hayan atendido las solicitudes de restitución. Como ya hemos señalado, en lugar de aplicar la regla de la irrepetibilidad del artículo 1306.1 del Código Civil, se ha recurrido a otras argumentos para mantener el *status quo* resultante del contrato inválido, en los casos en los que no se consideraba razonable, por carecer de sentido económico o por su dificultad para proceder a la repristinación de la situación anterior.

El juego que la causa torpe puede desempeñar en el marco de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos es difícil de concretar. Es una institución polémica cuyo fundamento y alcance es objeto continuo de replanteamiento doctrinal y de interpretación judicial<sup>65</sup>. El Tribunal Supremo, de hecho, no ha seguido una

línea uniforme y ha defendido dos interpretaciones sobre el concepto de torpeza de muy distinto alcance. Una primera interpretación restrictiva o estricta, fiel al origen histórico de la institución, limita su alcance a conductas que merecen un reproche negativo desde una perspectiva moral: conductas deshonestas, impúdicas, lascivas, ignominiosas, indecorosas o infames. El Tribunal ha rechazado expresamente que esta situación esté presente en el marco de acuerdos contrarios a la libre competencia en el caso *Svenson*, donde valorando la nulidad de una cláusula de fijación de los precios de reventa considera que «ni la causa tiene la condición de torpe en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante»<sup>66</sup>.

Si bien en la trayectoria del Tribunal la visión restrictiva de la causa torpe es dominante, también ha seguido, en ocasiones, una segunda interpretación, más amplia, que fundamenta la inatendibilidad de la pretensión restitutoria en la ilicitud. La causa torpe se extendería a todos aquellos supuestos de contratos con objeto o causa ilícita no susceptible de ser tipificada como infracción penal<sup>67</sup>. Esta postura que no ha tenido aún reflejo en relación a las consecuencias de la nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia, incrementa sensiblemente el juego de la causa torpe, y tiene su reflejo en determinadas posiciones doctrinales que vinculan la cuestión de la existencia o no de torpeza a la naturaleza del acuerdo anticompetitivo<sup>68</sup>.

Una vez esbozado el régimen de la restitución de las prestaciones derivadas de un contrato nulo: su fundamento, alcance y las dificultades que plantea su aplicación en la práctica, es posible valorar el papel o la trascendencia de este en el marco de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos. Desde la perspectiva del Derecho *antitrust* y del fundamento de la ilegalidad de los acuerdos colusorios, la restitución de las prestaciones y la retroacción de los efectos del contrato al momento de su celebración es, a nuestro juicio, mucho menos conflictiva que la determinación del alcance de la nulidad, manifestada en la problemática examinada sobre nulidad parcial y propagación de la ineficacia. ¿Constituye la restitución un peligro o amenaza para otros intereses tutelados por las normas *antitrust*? Pese a que se ha defendido la ambigüedad de las restituciones recíprocas desde la perspectiva de su conveniencia para el correcto funcionamiento del mercado y la eficacia del Derecho de la competencia (ORTIZ BAQUERO, 2011, 383-384), consideramos que, tal y como ya hemos adelantado, si no es posible una restitución *in natura* —que habitualmente no lo será en este terreno—, y siempre que la sanción de nulidad no se extienda a otros contratos relacionados con el prohibido, la restitución por equivalencia carece de interés desde la perspectiva de la competencia. El riesgo de conflicto con otros intereses como la seguridad jurídica no es excesivo y los problemas se reducen a la conciliación de los intereses de las partes contractuales. Ello sin perjuicio de la complejidad que su valoración en la práctica puede plantear si, efectivamente, los tribunales deciden en base a estos intereses estimar las

pretensiones de restitución y de que, en numerosas ocasiones, resulta mucho más eficaz el recurso al resarcimiento de los daños y perjuicios para proteger la posición de los contratantes débiles o víctimas de la práctica anticompetitiva.

#### IV. LA NULIDAD EN EL ARTÍCULO 102 TFUE

A diferencia de lo que ocurre en materia de acuerdos restrictivos, el artículo 102 TFUE —y como reflejo de este, la mayor parte de legislaciones *antitrust* de los Estados miembros— no contempla una sanción negocial o civil específica para las conductas abusivas de una posición de dominio<sup>69</sup>.

Este silencio se ha intentado explicar por diversas razones. En primer lugar, un argumento histórico, basado en la influencia alemana en el diseño de la prohibición del abuso de posición dominante y la ausencia de una previsión expresa de nulidad en dicha legislación. Otro orden de explicaciones se centra en la consideración de que la nulidad encuentra poca cabida en el caso del abuso ya que este se tratará generalmente de una situación fáctica y no contractual y de carácter unilateral<sup>70</sup>.

Cualesquiera que sean las causas a las que se pretenda reconducir esta ausencia normativa, lo cierto es que la cuestión de la eventual nulidad de los contratos o negocios en los que podría materializarse el abuso, sí ha sido objeto de atención —y debate— por parte, tanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>71</sup> y los tribunales nacionales<sup>72</sup>, como de la doctrina.

Actualmente, tanto judicial como doctrinalmente se defiende, de forma mayoritaria, la nulidad de los actos jurídicos a los que sea de aplicación la prohibición de prácticas abusivas del artículo 102. Eso sí, los argumentos utilizados en defensa de esta afirmación y el fundamento al que se vincula la sanción de nulidad varían. Una primera cuestión es si la nulidad constituye una exigencia que deriva del propio derecho europeo o si se trata, ante el silencio del Tratado, de un asunto de derecho interno, debiendo ser las normas nacionales en materia de negocios y actos ilícitos las encargadas de marcar las características y alcance de dicha ineficacia<sup>73</sup>.

Un segundo motivo de discusión lo constituye la determinación del fundamento de la nulidad en el caso del abuso de una posición de dominio en los mercados. Este se ha buscado en la propia efectividad del artículo 102 TFUE y la paradoja que supondría que una conducta castigada por medio de sanciones administrativas pudiera dar lugar, no obstante, a obligaciones y derechos ejecutables. La nulidad vendría sustentada sobre los mismos fundamentos que la de los acuerdos restrictivos: sanción y eliminación de los efectos perjudiciales que para el orden público económico se derivan de la conducta anticompetitiva.

También se han utilizado en defensa de la nulidad otros argumentos, generalmente de manera complementaria, como la necesidad de protección de las

víctimas de una conducta abusiva frente a situaciones de explotación por parte de la empresa dominante. Se introducen así intereses particulares en el análisis, como la corrección de desigualdades o desequilibrios entre las partes del contrato y la tutela de los contratantes más débiles. Además, la falta de reconocimiento de la nulidad de las conductas abusivas crearía una situación de desigualdad injustificada entre las víctimas de estos y las víctimas de los acuerdos colusorios (KOMNINOS, 2008, 160; ORTIZ BAQUERO, 2011, 395).

Con independencia de este debate, el resultado final es la defensa de la nulidad en relación con las conductas abusivas. Se abre la puerta por tanto, a la justificación del incumplimiento de las obligaciones derivadas de los «negocios nulos» así como a la disolución del vínculo contractual. Cuestión distinta y sobre la que parece haber menos consenso es sobre la modalidad de ineficacia más adecuada para tutelar los intereses presentados y que pueden verse lesionados en los contratos abusivos. ¿La nulidad absoluta de alcance *erga omnes* o la nulidad relativa o anulabilidad que limita la legitimación para solicitar la ineficacia al perjudicado por la conducta prohibida? La nulidad absoluta plantea diversos problemas, en primer lugar, la amplitud de la legitimación posibilitaría que la empresa dominante autora del abuso, pudiera recurrir a esa nulidad para incumplir obligaciones o solicitar la extinción del vínculo contractual<sup>74</sup>. Además, la nulidad absoluta, como hemos tenido ocasión de ver ampliamente a lo largo de este trabajo, no constituye el remedio negocial más adecuado para solventar situaciones de desequilibrio contractual y proteger a las partes débiles.

Pese a la existencia de esta línea general favorable a la aplicación analógica de la nulidad del apartado 101.2 TFUE a los contratos en los que se materializa o ejecuta un abuso, la misma nos plantea muchas dudas y, en contra de lo defendido mayoritariamente, no consideramos que la nulidad sea un remedio negocial aplicable a las prácticas abusivas, al menos no a todas ellas, sin perjuicio, por supuesto, de que frente a las mismas, sean operativos otros remedios civiles, como la indemnización de daños y perjuicios, mucho más adecuadas para tutelar eficazmente los intereses en conflicto. De hecho, consideramos que en el planteamiento y resolución de la eventual nulidad de las conductas abusivas se debe utilizar la misma línea argumental que en la valoración de la propagación de la nulidad de un acuerdo restrictivo, dado que, a nuestro juicio, los problemas que se plantean y los intereses en conflicto son los mismos en uno y otro supuesto.

En la mayoría de los casos, la práctica o conducta abusiva tendrá reflejo, de algún modo, en un negocio contractual, en cuanto que las políticas económicas empresariales se concretan en el mercado mediante la celebración de negocios jurídicos<sup>75</sup>. Si la empresa dominante pretende, haciendo uso de su poder de mercado, fijar precios abusivos, esto se traducirá en el precio establecido en los contratos de suministro, compraventa u análogos celebrados con sus clientes. En el caso de que haya diseñado una estrategia de precios predatores tendente

a eliminar a diversos competidores que han irrumpido en su mercado, la concreción de dicho plan requiere necesariamente, como primer paso, que en el contenido de los contratos celebrados con sus clientes establezca un precio por debajo de sus costes. Una práctica de vinculación puede estructurarse mediante una cláusula contractual en la que se condicione la adquisición de un determinado bien o servicio a la necesaria compra de un segundo. Una empresa en posición dominante, suministradora de gasolina, puede incluir en un acuerdo de distribución comercial, una cláusula de exclusividad anticompetitiva, etc.

En algunos casos el contrato en el que se materializa la conducta abusiva puede constituir a su vez un acuerdo anticompetitivo sancionado por el artículo 101 TFUE<sup>76</sup>. Así, es muy probable que este sea el caso en los dos últimos ejemplos propuestos. En ese supuesto, el contrato —o la cláusula contractual— anticompetitivo es nulo. Nulidad de pleno derecho con las características y efectos analizados, que determina que las partes contractuales puedan invocarla por vía de acción o excepción y exigirse la restitución de las prestaciones. En relación a este última posibilidad, la presencia de una posición dominante puede ser un elemento tenido en cuenta para justificar la aplicación de la doctrina de la causa torpe, y evitar así que la empresa culpable en último término del abuso reciba una tutela del ordenamiento jurídico que realmente no merece. Ahora bien, la nulidad deriva, en último término, no de la realización de una conducta abusiva, sino de la presencia de un contrato anticompetitivo.

Pero cuando los negocios en los que se materializa el abuso no constituyen en sí mismos un acuerdo restrictivo de la competencia, sino simplemente el vehículo en el que se concreta la estrategia anticompetitiva, la nulidad negocial no es la respuesta más adecuada del ordenamiento jurídico, como pone de relieve el análisis de los primeros ejemplos considerados. Así, en primer lugar, en el caso de un abuso explotativo, como la fijación de precios excesivos (art. 102 a). ¿El concreto contrato de compraventa en el que la empresa dominante establece ese precio excesivo es nulo? Efectivamente se trata de un contrato en el que uno de sus términos, el precio, es resultado de la existencia de una posición de poder de mercado. Una situación análoga se produce en el caso de los concretos negocios de compraventa celebrados en ejecución de un cártel de fijación de precios supracompetitivos. También en este supuesto uno de los términos del contrato, el precio, es resultado de la existencia de una posición de poder de mercado, en este caso colectiva, derivada de la concertación, y no unilateral como en el primer supuesto. En ambos casos, desde la perspectiva de la contra parte contractual la nulidad absoluta se revela totalmente inadecuada para la protección de sus intereses. Tanto la parte que ha adquirido el producto al precio abusivo fijado por la empresa dominante, como la que lo ha hecho al precio cartelizado tendrán usualmente interés en el mantenimiento del vínculo contractual. Desde la perspectiva del comprador el contrato obedece a una finalidad económica lícita que no se ve enturbiada por el hecho de que el precio

del bien haya sido determinado en un acuerdo interempresarial o fijado por el vendedor prevaleciéndose de su especial posición sin perjuicio de que el daño patrimonial que en los dos supuestos se ha producido en el patrimonio individual de los compradores, pueda —y deba— ser resarcido por la empresa dominante o por los cartelistas causantes del mismo.

La inadecuación de la nulidad es aún más patente si tomamos en consideración un negocio jurídico en el que se materializa un abuso excluyente y no susceptible de ser encuadrado a su vez, en la prohibición de acuerdos anticompetitivos, como, *ad.ex.*, los concretos negocios de compraventa a través de los que se ejecuta una estrategia de precios predatores<sup>77</sup>. ¿Qué sentido tendría la nulidad de esta compraventa en la que el precio ha sido fijado por la empresa dominante por debajo de su nivel de costes? En este caso, los intereses de la contraparte están obviamente en el mantenimiento del contrato. Las víctimas —al menos, las víctimas inmediatas— son las empresas competidoras de la empresa dominante: ¿Podría ser solicitada, así, la nulidad de estos negocios, en cuanto titular de un interés legítimo, por la empresa excluida del mercado de resultas de la política de precios predatoria? La nulidad no solo no repararía el daño causado a la competencia sino que además introduciría importantes distorsiones en materia de seguridad jurídica y estabilidad de las relaciones contractuales.

En conclusión, en el caso del abuso de posición dominante, el juicio de anticompetitividad no reside en los concretos acuerdos o negocios jurídicos sino en una política o conducta estratégica. El silencio del Tratado, en nuestra opinión, no es casual. En el artículo 102 se contiene un juicio de conducta no de validez. Desde una perspectiva administrativa dicha conducta puede ser sancionada mediante la imposición de una multa y desde una perspectiva civil, los remedios más adecuados frente a la misma no son los negociales sino los resarcitorios.

## CONCLUSIONES

I. La nulidad en cuanto remedio negocial frente a un acuerdo anticompetitivo constituye un auténtico derecho a favor de los individuos y empresas que deriva directamente del TFUE. La ineficacia como sanción frente a negocios que trasgredan las normas ordenadoras de la competencia en los mercados que prohíben la celebración de acuerdos colusorios ha estado presente desde el mismo momento de surgimiento del Derecho *antitrust* europeo y su importancia ha sido reiterada por las autoridades comunitarias, especialmente por el TJ sobre el que ha recaído la labor de determinación de los caracteres y alcance de esta nulidad europea. La nulidad se ha presentado no solo como un derecho, sino como un importante instrumento privado que ayuda a garantizar la eficacia de las normas *antitrust* y el respeto de sus previsiones.

II. Pese a su inicial reconocimiento normativo, la experiencia judicial de los Estados miembros pone de manifiesto las dificultades que la aplicación judicial de esta consecuencia civil de los acuerdos anticompetitivos plantea en la práctica y cuyo acomodo a los principios y caracteres generales que en los ordenamientos jurídicos informan las normas sobre invalidez de los negocios jurídicos no está exento de fricciones. El hecho de que los contratos sobre los que se proyecta el juicio de anticompetitividad sean contratos proyectados al mercado en los que las relaciones jurídicas se solapan y encadenan unas con otras y los intereses de las partes y de terceros se entremezclan, dificultan la aplicación de las normas sobre determinados efectos de la nulidad, como la restitución de las prestaciones, las reglas tradicionales sobre nulidad parcial o total o la eventual extensión de la ineficacia a otras relaciones negociales. Dificultades claramente puestas de manifiesto por el hecho de que los tribunales hayan tenido que recurrir en numerosas ocasiones a interpretaciones forzadas de estas normas para adecuarlas a las conductas anticompetitivas.

III. El escepticismo sobre el papel de los remedios negociales en el marco del Derecho de la competencia que nos suscita la constatación de la inadecuación de las reglas generales sobre nulidad contenidas en el Código Civil para resolver los conflictos de intereses en juego, se ve acrecentado por la constatación de que, en un gran número de casos, las partes contractuales han hecho uso de este derecho de manera oportunista, invocando la nulidad al amparo de las normas *antitrust* para justificar la disolución del vínculo contractual o el incumplimiento de obligaciones contractuales, a menudo, objeto de ejecución pacífica durante largos períodos de tiempo.

IV. Si bien nulidad y resarcimiento constituyen los dos grandes pilares que conforman la aplicación privada de las normas de Derecho de la competencia, el papel de la primera es más incierto, a nuestro juicio, desde la perspectiva de los distintos intereses protegidos, tanto los intereses generales en la existencia de una competencia no falseada en los mercados, como los intereses particulares de las «víctimas» de las prácticas anticompetitivas. En cualquier caso, los efectos perturbadores, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la protección del tráfico, que pueden derivarse de este remedio negocial, aconsejan, en nuestra opinión, una lectura restringida del mismo y una especial cautela en la ponderación de la conveniencia de su extensión, tanto en relación al contenido del propio contrato viciado de nulidad como a otras relaciones jurídicas diversas.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJ de 30 de junio de 1966.
- STJ de 25 de noviembre de 1971.
- STJ de 6 de febrero 1973.

- STJ de 25 de octubre de 1979.
- STJ de 14 de diciembre de 1983.
- STJ de 28 de febrero de 1991.
- STJ de 1 de junio de 1999.
- STJ de 20 de septiembre de 2001.
- STJ de 11 de septiembre de 2008.
- STJ de 21 de diciembre de 2016.
- Auto del TJUE de 27 de marzo de 2014.
- Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992.
- STS de 31 de diciembre de 1979
- STS de 20 de mayo de 1985.
- STS de 14 de marzo de 1986.
- STS de 30 de abril de 1986.
- STS de 30 de diciembre de 1993.
- STS de 2 de junio 2000.
- STS de 2 de abril de 2002.
- STS de 22 de junio de 2006.
- STS de 3 de octubre de 2007.
- STS de 20 de noviembre de 2008.
- STS de 26 de febrero 2009.
- STS de 30 de junio de 2009. STS de 30 de julio de 2009.
- STS de 15 de enero de 2010. STS de 10 de mayo de 2011.
- STS de 3 de abril de 2012.
- STS de 28 de junio de 2013.
- STS de 9 de enero de 2015.
- STS de 12 de enero de 2015.
- SAP de Sevilla, de 25 de julio de 2012.
- SJMER núm. 2 de Madrid de 27 de junio de 2007.
- SJMER núm. 2 de Madrid de 3 de septiembre de 2007.
- SJMER núm. 4, de 19 de octubre de 2005.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELLAMY, C. Y CHILD, G. (2001). *European Community Law of Competition*, Londres, Sweet & Maxwell.
- CALVO CARAVACA, L. A. (2017). Derecho antitrust europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE), en AA.VV.: *Libro Homenaje a Ricardo de Ángel. Culpa y responsabilidad*. Navarra, Aranzadi, 149-172.
- CAUFFMAN, C. (2012). The impact of voidness for infringement of Article 101 TFUE on related contracts, *European Competition Journal*, 8, 1, 95-122.
- (2012). The impact of voidness for infringement of Article 101 TFUE on linked contracts, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2204954>

- CIENFUEGOS, M. (1991). L'application de la nullité de l'article 85.2 TCEE par les jurisdictions nationales, *Cahiers de Droit Europeen*, 27, núm. 3-4, 317-353.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.) (2007). *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Navarra, Thomson Aranzadi.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M. A. (2005). *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid, Dykinson.
- DI GIÒ, A. (2009). Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law, *World Competition*, 32, 2, 199-220.
- DÍEZ PICAZO, L. (1996). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. I introducción. Teoría del Contrato*, Madrid, Civitas.
- GALÁN CORONA, E. (2005). Prohibición de prácticas colusorias (I). Visión general, en BENEYTO PÉREZ, J. M., y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J: *Tratado de Derecho de la competencia*, Madrid, Bosch, 215-235.
- GENOVESE, A. (2008). Disciplina del rapporto obbligatorio e regole di concorrenza, disponible en <http://hdl.handle.net/11562/316815>.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S. (2016). *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Madrid, Marcial Pons.
- (2015). La nulidad de los negocios coligados en el ámbito de las estaciones de servicio, *La Ley mercantil*, 17, 1-33.
- GUSTAFFSON, M., y HOSEINIAN, F. (2006). Private Enforcement of EC Competition Law: Swedish Supreme Court Judgement on the Validity of Follow-on Contracts, *European Competition Law Review*, 1, 2006, 5-15.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2006). *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley.
- JONES, A. y SUFRIN, B. (2014). *EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford.
- KOMNINOS, A. P. (2008). *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC competition law by national courts*, Oregon, Hart Publishing.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2009). *La nulidad de los contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2014). La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles, *Información Comercial Española*, ICE, 876, 91-104.
- Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012), *Global Competition Litigation Review*, vol. 182 (4), 2013, 167 y sigs.
- MARTÍ MIRAVALLS, J. (2011). Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la competencia (Comentario a la STS de 15 de enero de 2010), *RDM*, 279, 299-316.
- Nulidad contractual por fijación de precios mínimos: una mala aplicación privada del Derecho de la competencia (2011). en Velasco, et alt. (Dir.): *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 337-348.
- MARTÍNEZ ROSADO, J. (2009). Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿una problemática sin fin o el fin de una problemática, *RDC*, 5, 153-188.
- ORTIZ BAQUERO, I. S. (2011). *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Madrid, La Ley.

- PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, Civitas.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2001). *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Granada, Comares.
- (2010). Sentencia de 26 de febrero de 2009. Nulidad de un contrato de abanderamiento por vulneración del Derecho antitrust de la Unión Europea. Restitución de las prestaciones realizadas por las partes y sus límites. Propagación de la nulidad a otros contratos vigentes, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 82, 165-183.
- (2010). Sentencia de 30 de julio de 2009. Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrential. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el artículo 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 83, 1045-1072.
- RUIZ MUÑOZ, M. (1992). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, Lex Nova.
- YANES YANES, P. (2011). Aplicación privada antitrust, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de ciclo?, *RDCD*, 9, 133-150.
- WHISH, R. (2009). *Competition Law*, 6 ed., Nueva York, Oxford University Press, Nueva York.

## NOTAS

<sup>1</sup> Los esfuerzos por potenciar la denominada aplicación privada del Derecho de la competencia, al menos desde una perspectiva de política legislativa, tal y como ponen de manifiesto las medidas europeas más recientes como la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, la Comunicación sobre cuantificación del perjuicio o la Recomendación de 11 de junio de 2003 sobre acciones colectivas, se centran en el daño derivado de infracciones de la competencia y el derecho a su resarcimiento, pero no exploran otras sanciones civiles, como los remedios contractuales o restitutorios que se derivan de la nulidad de los negocios jurídicos anticompetitivos.

<sup>2</sup> El Tratado CECA o Tratado de París, es el primero que contempla la nulidad de los acuerdos y decisiones anticompetitivos (art. 65).

<sup>3</sup> *Vid.*, MARCOS FERNÁNDEZ (2014), 133 y sigs.; IDEM: (2013), 167 y sigs.

El grueso de los casos de aplicación privada en España se han producido en el mercado de la distribución de los carburantes, dando lugar a la conocida como «saga de las gasolineras», en atención al elevado número de pronunciamientos judiciales en este sector y a la reiteración de las controversias planteadas. Fundamentalmente, los conflictos de intereses entre compañías petrolíferas y estaciones de servicio se han articulado en torno a tres cuestiones fundamentales. En primer lugar, la determinación de la naturaleza de la relación contractual existente entre ellas, a fin de valorar si esta podía adscribirse a figuras como la agencia o la comisión o, por el contrario, había de considerarse a la estación de servicio como un distribuidor independiente. En segundo lugar, en la mayoría de las sentencias examinadas se valora la compatibilidad con el artículo 101 TFUE (o equivalente nacional) de determinadas cláusulas habituales en materia de fijación de precios de reventa y de obligaciones de suministro exclusivo. Los pronunciamientos judiciales en relación a los efectos civiles derivados de las infracciones *antitrust* de estas conductas distan de ser uniformes y, como tendremos ocasión de analizar, han puesto de manifiesto diversos problemas asociados a la nulidad como

remedio civil, fundamentalmente, en relación a su alcance y a sus efectos restitutorios. *Vid., in extenso*, YANES YANES (2011), 133 y sigs.; MARTÍNEZ ROSADO (2009), 153 y sigs.; GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 3 y sigs.

<sup>4</sup> Pese a que desde los años setenta, en el célebre caso *Brasserie de Haetch* (STJ de 6 de febrero 1973), el TCJE había venido insistiendo en la aplicabilidad directa de las prohibiciones de los (entonces) artículos 85 y 86 del Tratado CEE, el Tribunal Supremo español cuestionó en la polémica sentencia *CAMPSA* (STS de 30 de diciembre de 1993), la competencia de los tribunales civiles para aplicar estas normas, lo que dio lugar a una línea jurisprudencial restrictiva que no se corrige hasta el año 2000 en el asunto *DISA* (STS de 2 de junio 2000), en el que se reconoce finalmente la competencia de los tribunales civiles para conocer y aplicar la prohibición de acuerdos restrictivos del apartado 1 del artículo 85 y de abuso de posición de dominio del artículo 86. La aprobación del Reglamento 1/2003, sustituyendo el sistema tradicional de autorización o reserva de excepciones por el de excepción legal extiende la aplicabilidad directa a la totalidad del actual artículo 101, solventando además de esta manera los problemas que planteaba la dualidad competencial en la valoración del precepto en relación a la determinación del carácter originario —o no— de la nulidad de pleno derecho del apartado 2. *Vid.*, al respecto, PEÑA LÓPEZ (2001); BELLAMY, C., y CHILD (2001); WHISH (2009). Finalmente, con la aprobación de la LDC española de 2007 se reconoce expresamente la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, para conocer de todas las reclamaciones basadas en el Derecho de la competencia, tanto comunitario como nacional (Disposición adicional 2.3).

<sup>5</sup> WHISH (2009), 311, recoge un ejemplo de esta utilización de la nulidad en el caso *George Michael*, en el que el cantante alegó el carácter anticompetitivo y, por tanto, nulo de pleno derecho, del contrato de grabación que mantenía con la discográfica Sony. Alegaciones que, en último término, fueron rechazadas. En el ámbito nacional, en el marco de los casos de las gasolineras, encontramos numerosos ejemplos tanto de la utilización de la nulidad como argumento defensivo, como ofensivo, recurriendo al mismo para posibilitar la ruptura del vínculo contractual.

<sup>6</sup> Un ejemplo de esta utilización estratégica resulta, a nuestro juicio muy claro en el caso ECOSWISS (Sentencia del TJ de 1 de junio de 1999, *Ecoswiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, Asunto C-126/97), en el que con la finalidad de no hacer frente al pago de una indemnización por resolución ilegal de un contrato de licencia acordada en un laudo arbitral, la empresa interpone la nulidad de dicho laudo dado que el contrato de licencia en cuestión era contrario al artículo 85 TCEE (actual art. 101 TFUE). Cuestión que, curiosamente, no había sido suscitada por las partes ni considerada por los árbitros en el marco del proceso arbitral. De manera similar, en el caso *Repsol*, en una Sentencia de 15 de enero de 2010 (Rec. 1182/2004), en relación a la nulidad de un contrato de distribución de gasolina, el Tribunal Supremo limita las consecuencias de la nulidad debido a que el titular de la estación de servicios que había planteado el recurso no denunció la contravención del Derecho comunitario de la competencia hasta verse demandado por la compañía petrolera por incumplimiento del contrato. *Vid.*, en un sentido similar, las Sentencias del JMER núm. 2 de Madrid, de 27 de junio de 2007 y de 3 de septiembre de 2007, así como la Sentencia del JMER núm. 4, de 19 de octubre de 2005, recogidas por MARTÍNEZ ROSADO, *cit.*, 183, nota 109.

Ello sin perjuicio de que no cabe hacer un juicio de oportunismo o mala fe en relación a la conducta de las estaciones de servicio con carácter general, máxime si se tiene en cuenta que, con frecuencia, estos contratos de distribución son contratos de adhesión, en los que los términos contractuales han sido predisuestos por las compañías petroleras, y en los que las estaciones de servicio, ciertamente, pueden considerarse como la parte débil de la relación jurídica que se instaura. Se plantea, por tanto, la necesidad de valorar en el caso concreto las distintas circunstancias, tanto la eventual desigualdad de posiciones contractuales, como la trascendencia de un ejercicio tardío de acciones —o excepciones—, a fin de concretar el alcance de la nulidad, por ejemplo, mediante la apreciación o no de torpeza en la causa.

<sup>7</sup> Recalca también la excepcionalidad de una norma de esta naturaleza en un tratado internacional, KOMNINOS, (2008), 149.

<sup>8</sup> La *Sherman Act* ya contemplaba, en su antigua sección 7, la posibilidad de ejercicio de acciones civiles individuales por los daños derivados de una conducta contraria a la competencia. La aprobación de la *Clayton Act*, a cuya Sección 4 se recondujo el reconocimiento del derecho de cualquier sujeto que se haya visto perjudicado en su propiedad como consecuencia de una práctica anticompetitiva a solicitar un resarcimiento de los daños causados, vacío de contenido aquella norma, que fue formalmente derogada en 1955.

<sup>9</sup> *Vid.*, sobre la ineficacia de las cláusulas contractuales contrarias a normas regulatorias en EE.UU., *Validity of Contracts Which Violate Regulatory Statutes*, *The Yale Law Journal*, vol. 50, núm. 6, 1941, 1108 y sigs.

<sup>10</sup> *Vid.*, no obstante, con carácter excepcional, la sentencia de la AP de Sevilla, de 25 de julio de 2012, en la que se resuelve sobre las pretensiones de una de las partes de un acuerdo horizontal de limitación de la producción, de declarar la nulidad del contrato, y sobre todo, de proceder a una restitución de las prestaciones.

<sup>11</sup> El sistema de las distintas modalidades de ineficacia de los negocios jurídicos, especialmente el de la nulidad absoluta, es obra de la reconstrucción doctrinal y jurisprudencial de los escasos datos legales que proporciona el del Código Civil. *Vid.*, sobre la nulidad de los contratos, entre otros: DELGADO ECHEVERRÍA (2007); DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005); DÍEZ PICAZO (1996); LÓPEZ BELTRÁN (2009); PASQUAU LIAÑO (1997).

<sup>12</sup> *Vid.*, Sentencia TJ de 20 septiembre de 2001, *Courage Ltd. C. Bernard Crehan*, Asunto C-453/99; apartados 20 y 21; Caso *Ecoswiss* (*cit.*): «El artículo 85 constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad y, en particular, para el funcionamiento del mercado interior... Por lo demás, la importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el artículo 85, apartado 2 que los acuerdos y decisiones prohibidos por dicho artículo tienen fuerza vinculante».

<sup>13</sup> La redacción de la ley española difiere en parte del Tratado, al extender la nulidad también a las recomendaciones colectivas. Extensión difícilmente explicable dado que, precisamente, la característica definitoria de una recomendación es su carencia de fuerza vinculante. Pese a ello, algunos autores han intentado justificar la nulidad de las recomendaciones, *vid.*, por ejemplo, GALÁN CORONA (2005), 221, quien afirma que «(...) no se puede excluir que la recomendación en cuanto emanación de una voluntad colectiva es un acto jurídico que, por su objeto o efecto está prohibido y, por lo tanto, ha de carecer de toda eficacia jurídica (...). No compartimos esta conclusión ni entendemos qué puede aportar la nulidad —con independencia de que la recomendación sea fruto de un acuerdo colectivo,... también lo son los *gentlemen's agreements*— desde una perspectiva jurídica. Las recomendaciones producen una vinculación de hecho, no de derecho, y por lo tanto, frente a las mismas carece de sentido una medida —que parece obedecer a un exceso de celo del legislador— destinada al no reconocimiento y eventual remoción de las consecuencias jurídicas, «de derecho». En nuestra opinión, frente a ellas cabe únicamente una valoración sobre su licitud o ilicitud, pero no sobre su eficacia jurídica. *Vid.*, en un sentido similar, PEÑA LÓPEZ (2001), 155 y sigs.

<sup>14</sup> *Vid.*, los casos *Courage* (*cit.*); Sentencia TJ de 25 de noviembre de 1971, *Beguin Import Co*, Bruselas y *SAGL Import Export*, Niza; Sentencia TJ de 6 de febrero de 1973, *Brasserie de Haetch c. Wilkinjanssen*, Asunto 48-72 (*Brasserie de Haetch II*).

<sup>15</sup> Esta era una situación no admitida en el Derecho inglés, que, con carácter general, no reconoce a las partes de un contrato ilícito la posibilidad de basarse en la ilicitud del mismo para lograr frente a la otra parte contratante una protección jurisdiccional, especialmente una indemnización de daños y perjuicios (*in pari delicto*).

<sup>16</sup> STS de 30 de julio de 2009, núm. 567/2009, *Sveyn S.A. y Svenson International S.A. v National Hair Center, S.L.*, D.<sup>a</sup> Rocío y D. Constantino.

<sup>17</sup> *Vid.*, *Brasserie de Haetch II*. Cdo. 24: «(...) esta nulidad tiene efectos retroactivos puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros del acuerdo o de la decisión de que se trate».

<sup>18</sup> A esta categoría cabría adscribir, por ejemplo: el incremento de la cuota de mercado o la existencia de redes paralelas de acuerdos. *Vid.*, GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 7.

<sup>19</sup> Analiza *in extenso*, los problemas interpretativos a los que dio lugar la aprobación del Reglamento 270/1999, en relación a la duración de las cláusulas de exclusiva, GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 7 y sigs.

<sup>20</sup> *Vid.*, CALVO CARAVACA (2017), 158, quien sostiene la posibilidad de subsanación de la ineficacia del negocio jurídico anticompetitivo si se produce la desaparición de la razón por la que el negocio resultaba contrario al artículo 101.1 TFUE.

<sup>21</sup> *Vid.*, PEÑA LÓPEZ (2001), 158 y sigs.; ORTIZ BAQUERO (2011), 371 y sigs.; GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 4 y sigs.

<sup>22</sup> *Vid.*, entre otros: Sentencia del TJCE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière c. Machinenbau Ulm GmbH*, Asunto 56/1965; Sentencia de 14 de diciembre de 1983, *Société de Vente de Ciments et Netons v. Kerpen & Kerpen*, Asunto 319/82; Sentencia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu*, Asunto 234/89 y Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008, Asunto 279/06, *Cepsa Estaciones de Servicio S.A. v. L. Tobar e Hijos, S.L.* La Comisión Europea, recoge la jurisprudencia europea en el apartado 41 de las *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE*: «Sin embargo, esta nulidad automática únicamente se aplica a aquellas partes del acuerdo que sean incompatibles con el artículo 81 (actual artículo 101 TFUE), a condición de que sean independientes del acuerdo en su conjunto. Cuando solo una parte del acuerdo es nula de pleno derecho, incumbe al derecho nacional aplicable determinar las consecuencias para el resto del acuerdo».

<sup>23</sup> *Vid.*, un análisis comparado sobre la nulidad parcial en diversos ordenamientos jurídicos, en RUIZ MUÑOZ (1992), 37 y sigs.

<sup>24</sup> *Vid.*, *in extenso*, sobre los principios del Derecho inglés en materia de nulidad parcial, BELLAMY y CHILD (2001), 786 y sigs.

<sup>25</sup> *Vid.*, *ad. ex.* en el ámbito contractual: artículo 1476 del Código Civil; artículo 1691 del Código Civil, artículo 1115 del Código Civil, artículo 1826 del Código Civil. Recoge todos los supuestos de nulidad parcial reconocida legalmente, RUIZ MUÑOZ (1992), 101 y 102.

<sup>26</sup> *Vid.*, entre otros, artículos 219 y 218 Cdec.; artículos 8 y 93 LCCh y artículo 46.2 LCTTM.

<sup>27</sup> *Vid.*, GONZÁLEZ GARCÍA (2016), 242 y sigs. Se trataría, concretamente, de las restricciones contenidas en el artículo 5 del *Reglamento 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*; el artículo 5 del *Reglamento 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología y el artículo 6 del Reglamento 2659/2000 de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo*.

No compartimos esta postura, al menos, en su formulación literal. El juicio que hace el reglamento no determina automáticamente la anticompetitividad de la cláusula gris —y, por tanto, su nulidad—, sino únicamente la inaplicabilidad de la exención —presunción de validez—. Las restricciones excluidas pueden ser aún juzgadas en el marco del caso concreto para determinar el cumplimiento o no de los criterios de exención del artículo 101.3 TFUE. En cualquier caso, la solución adoptada en relación a las cláusulas grises sí constituye un indicador muy útil sobre la conveniencia y posibilidad de limitar la nulidad a las cláusulas viciadas en el caso de los acuerdos restrictivos de la competencia.

<sup>28</sup> *Vid.*, especialmente, Sentencia del TS de 30 de abril de 1986.

<sup>29</sup> *Vid.*, citando a ALBIEZ y PASQUAU, PEÑA (2010), Sentencia de 30 de julio de 2009, 2207.

<sup>30</sup> Es tradicional en la doctrina, la cita del profesor DE CASTRO Y BRAVO (1985, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 494 y 495), sobre el fundamento de esta segunda posibilidad de limitar el alcance de la nulidad: «Si el negocio jurídico concertado con una persona más débil, contraviniendo lo establecido en la ley para protegerlas, no se anulase solo parcialmente... las ventajas establecidas imperativamente en su beneficio quedarían muertas si con la imposición de una cláusula o condición ilícitas se pudiera reservar la parte más fuerte la posibilidad de terminar cuando quisiera la relación contractual».

<sup>31</sup> *Vid., ad. ex.*, STS de 9 de enero de 2015, núm. 634/2014, *Audiovisual Sport y Sogecable*; STS de 30 de junio de 2009, núm. 460/2009, *Canoven SL y Renta Vencan S.l v. Shell España S.A.*; STS de 30 de julio de 2009, núm. 567/2009, *Sveyn S.A. y Svenson International S.A. v National Hair Center, S.L.*, *D.ª Rocío y D. Constantino*; STS de 28 de junio de 2013, núm. 420/2013, *Estación de Servicio Copecelt S.A. v. Cepsa Estaciones de Servicio S.A.*, STS de 20 de noviembre de 2008, núm. 1066/2008, *Geot S.A. v. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.*

<sup>32</sup> *Vid.*, especialmente el caso *Svenson (supra)*.

<sup>33</sup> *Vid., ad. ex.*, STS de 30 de junio de 2009, núm. 460/2009, *Canoven S.L. y Renta Vencan S.L. v. Shell España S.A.*, STS de 10 de mayo de 2011, núm. 308/2011, *Las Pedroñeras 3 S.L. v. Cepsa Estaciones de Servicio S.A.*

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, en la Sentencia de 3 de octubre de 2007, dentro de la infinita saga de los casos de las gasolineras, el TS mantiene que en el caso concreto hay que apreciar la nulidad parcial, con base en criterios poco claros. En primer lugar, considera que la infracción de las normas *antitrust*, constituye un supuesto de infracción de norma imperativa orientada a la tutela de consumidores y usuarios y, por tanto, encuentra cabida en los casos de nulidad parcial objetiva o por fraude de ley. La legislación de defensa de la competencia es una normativa de orden administrativo e interventor, pero sobre todo una normativa protectora de los intereses de consumidores y usuarios. *La prohibición de los comportamientos colusorios y abusivos no solo sirve a la ordenación del mercado a favor de los que intervienen en él, sino específicamente a la protección de los consumidores. El principio general consagrado en la ley de protección de los consumidores y usuarios debe aplicarse por analogía a este sector del ordenamiento jurídico. El mantenimiento de la validez del contrato depurado de las cláusulas que infringen el Reglamento es acorde a la finalidad perseguida por dicha norma y es la mejor solución a los intereses públicos que protege.* Ahora bien, pese a afirmar este interés público vinculado a la norma vulnerada, en segundo lugar hace referencia a la voluntad de las partes... *no es difícil de justificar el que, de no haberse incluido las cláusulas del reglamento, las partes habrían celebrado el contrato. Criterio de interpretación de la voluntad de las partes que la jurisprudencia citada considera obligado, conforme a las reglas que para tal fin establece el del Código Civil.* Finalmente, el TS recalca que esta es la solución más adecuada para garantizar un equilibrio entre las prestaciones de las partes contractuales. *Resulta más ajustado a la buena fe y al equilibrio de las prestaciones respectivas permitir la supervivencia del contrato frente a las tesis que defienden la nulidad y su liquidación.*

<sup>35</sup> *Vid., in extenso*, sobre el tema, HERRERO SUÁREZ (2006), 39 y sigs. y bibliografía allí citada.

<sup>36</sup> *Vid.*, en este sentido, PEÑA LÓPEZ (2011), quien considera que la nulidad parcial sería la solución más adecuada en los casos de contratos verticales o, en general, cuando una de las partes es víctima de la prohibición, ya que permite una tutela del contratante débil. En este mismo sentido, el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de octubre de 2007 citada (*supra*).

<sup>37</sup> Las restricciones especialmente graves contenidas en los Reglamentos de exención por categorías no deben, en nuestra opinión, ser excluidas *a priori* de la posibilidad de nulidad parcial. Pese al tenor de los Reglamentos y a la postura de las autoridades comunitarias que defienden la imposibilidad de autorización de un acuerdo que contenga alguna de estas restricciones, creemos necesario diferenciar entre anticompetitividad del acuerdo que daría lugar a la correspondiente sanción administrativa y nulidad que, al venir referida a la remoción de los

efectos jurídicos debe limitarse a los aspectos anticompetitivos si estos pueden ser separados del resto del acuerdo. Posibilidad que es, al menos abstractamente considerable, dado que son restricciones que se insertan en acuerdos de finalidad más amplia, lo que no ocurre en aquellos negocios cuya única finalidad es la restricción de la competencia.

<sup>38</sup> Rechaza expresamente esta identidad, PEÑA LÓPEZ (2010), Sentencia de 26 de febrero de 2009, 2166: «La finalidad de las normas antitrust es el mantenimiento de la competencia en los mercados. Para ello ordenan la cesación de cualquier conducta y establecen la nulidad de cualquier acto o negocio que tenga por efecto restringir dicha competencia. No es, sin embargo, su objetivo el de mantener, siempre que sea posible o cuando una de las partes lo pida, la vigencia de los negocios ilícitos en contra de la voluntad de quien los haya celebrado, porque, a juicio del juzgador, ello puede diversificar la oferta en beneficio de los consumidores...».

<sup>39</sup> No obstante, no es esto lo que han venido haciendo los tribunales de justicia que, incluso en el caso de que un acuerdo contuviera disposiciones anticompetitivas previstas en la lista gris de los Reglamentos de exención por categorías, especialmente acuerdos de no competencia o de exclusividad que excedían la duración máxima condicionante de la exención, han resuelto, generalmente, extender la nulidad a todo el acuerdo de distribución comercial. Es más, en numerosas ocasiones, la nulidad ha trascendido los límites del acuerdo competitivo, extendiéndose a otros contratos coligados (generalmente, acuerdos de arrendamiento, opción de compra, o constitución de un derecho de superficie) entre las partes. *Vid., ad.ex.* STS de 12 de enero de 2015, *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. v. Ribera Baixa S.L y Ribera Alta S.L.*; STS de 28 de junio de 2013, *Estación de Servicio Copecelt, S.A. v. Cepsa Estaciones de Servicio S.A.*, STS de 20 de noviembre de 2008, *Geot S.A. v. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.* *Vid.*, no obstante, manteniendo la validez del resto del contrato que incluía una cláusula de exclusiva ilícita, STS de 3 de abril de 2012, *Estación de Servicios de Hermanos Baños, S.L. v. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.* *In extenso*, analiza la jurisprudencia en el ámbito de la distribución de productos petrolíferos, GONZÁLEZ GARCÍA: La nulidad de los negocios coligados en el ámbito de las estaciones de servicio, *cit.*, 6 y sigs.

<sup>40</sup> Una solución análoga fue utilizada por los Tribunales para intentar conciliar los requisitos de validez de las cláusulas de compromiso de suministro exclusivo previstos en el Reglamento 1984/1983, con los criterios más restrictivos del Reglamento 2790/1999. Este introdujo una nueva regulación que, reducía de diez a cinco años el límite máximo de duración de las cláusulas de exclusiva y, además, cambiaba los requisitos necesarios para poder beneficiarse de una exención en casos de cláusulas de exclusiva de duración superior. El cambio normativo determinó que algunos negocios exentos dejaran de estarlo. Sin perjuicio de la existencia de un cierto debate sobre el parámetro temporal de referencia, —dirimido, posteriormente por Auto del TJUE de 27 de marzo de 2014, *Bright Service*—, la solución de los tribunales fue considerar que las cláusulas de no competencia de mayor duración de la autorizada habrían de considerarse nulas, a partir del momento en que superaran el máximo legal de cinco años permitido por el nuevo reglamento. *Vid.*, GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 6 y sigs.

<sup>41</sup> Ejemplo tomado del caso sueco *Boliden Mineral/Fortum*, objeto de comentario en GUSTAFFSON./HOSEINIAN (2006), 5 y sigs.

<sup>42</sup> Ello sin perjuicio de la existencia de otros escenarios que, en España, han planteado dudas sobre la propagación de la ineficacia, como ocurre en el caso de determinados entramados contractuales complejos celebrados en los mercados de distribución de gasolina para sortear la limitación máxima de las cláusulas de aprovisionamiento en exclusiva y que se analizan en otros apartados. *Vid.*, nota 55.

<sup>43</sup> *Vid.*, CAUFFMAN (2012), 95 y sigs.

<sup>44</sup> *Vid.*, no obstante, ORTIZ BAQUERO (2011), 413, quien considera además que de las normas *antitrust* se deriva el derecho de los consumidores, en cuanto particulares en una regulación negocial concreta a que esta se desarrolle de conformidad con las características propias de un mercado competitivo. Esta consideración del alcance de las normas de competencia le

lleva a defender que si, dentro de una relación negocial una de las partes prevaleciéndose del poder de mercado que posee impone a la otra condiciones anticompetitivas de contratación, surge a favor de esta el derecho a que el vínculo negocial o la estipulación correspondiente sea privada de efectos y a que se reajusten dichas condiciones a aquellas que serían aplicables en un mercado en que rige la competencia.

<sup>46</sup> Sentencia del TJ de 14 diciembre 1983, Asunto C319/82, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est v. Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG.*: «La nulidad de pleno derecho del artículo 85.2 solo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el apartado 1 del artículo 85. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del acuerdo no están reguladas por el Derecho comunitario. Lo mismo sucede en relación con los posibles pedidos realizados y los suministros efectuados conforme a dicho acuerdo y con las obligaciones de pago que resulten de los mismos. El órgano jurisdiccional nacional debe apreciar dichas consecuencias conforme a su propio derecho»:

<sup>46</sup> Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 (93/50/CEE).

<sup>47</sup> El *Code de commerce* francés contiene una disposición en la que se establece la nulidad de todo acuerdo, convención o cláusula contractual que «esté relacionada» con los acuerdos restrictivos o las prácticas abusivas de una posición de dominio (art. L-420-3: *Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L-420-1 et L-420-2*). El alcance que ha de dársele a la expresión «se rapportant» y la naturaleza del vínculo que justificaría la extensión de la nulidad no es claro y la doctrina se divide entre interpretaciones extensivas y restrictivas de la misma. *Vid.*, CAUFFMAN, (2012), 4, quien defiende una interpretación amplia de este precepto en consonancia con la interpretación de la que era objeto su inmediato predecesor de idéntica redacción.

En el Código Penal alemán se prohíbe la realización de ofertas basadas en una práctica de *bid-rigging*. El contrato que resulte de una oferta prohibida por las normas penales es, con arreglo a la normativa civil, nulo de pleno derecho, si bien en la práctica, la ineficacia se ha venido limitando a la cláusula contractual que afecta al precio. *Vid.*, CAUFFMAN, (2012), 12.

<sup>48</sup> *Vid.*, una panorámica de la situación existente en los distintos Estados miembros en CAUFFMAN, (2012), 5 y sigs.; ORTIZ BAQUERO (2011), 395 y sigs., que realiza un exhaustivo análisis de la cuestión en el ordenamiento jurídico italiano.

<sup>49</sup> *Vid.*, en Italia, la problemática suscitada en los tribunales con la prohibición desde el Derecho *antitrust* de las Normas Bancarias Uniformes, aprobadas por la Asociación Bancaria Italiana, para ser incorporadas a los contratos celebrados por las entidades de crédito con sus clientes. La nulidad de estos acuerdos abrió una discusión judicial sobre su transmisión o no a los contratos celebrados aguas abajo con los clientes en ejecución de estas normas. Esta situación de falta de uniformidad también se produjo con ocasión de la prohibición por parte de la *Autorità Garante della Concorrenza* del famoso cártel de las compañías de seguro. Recoge y analiza estos casos, ORTIZ BAQUERO, (2011), 397 y sigs.

<sup>50</sup> *Vid.*, ORTIZ BAQUERO (2011), 401 y sigs.; PEÑA LÓPEZ (2010): Sentencia de 26 de febrero de 2009, 216 y sigs.

<sup>51</sup> También se ha alegado en contra del reconocimiento de la extensión de la nulidad que esta podría dar lugar a un tratamiento discriminatorio frente a los casos en los que el contrato *follow-on* provenga de una práctica concertada que, como hemos visto, no es directamente alcanzable por la consecuencia de nulidad del artículo 101.2 TFUE. Recoge este argumento, ORTIZ BAQUERO (2011), 411.

<sup>52</sup> La posible extensión de la nulidad de un acto a otro con el relacionado ha sido contemplada normativamente en relación a supuestos o situaciones específicas, como el crédito al consumo o el arbitraje.

<sup>53</sup> Este es el argumento seguido por el TS en el caso *Shell* (STS de 26 de febrero 2009, *Automóviles d'Ara sl v. Shell*) en relación con un contrato de opción de compra anexo a un acuerdo de abanderamiento y distribución de carburante.

<sup>54</sup> En la práctica española, concretamente en el marco de los relaciones entre compañías petrolíferas y estaciones de servicio, se ha planteado con relativa frecuencia, la posible extensión de la nulidad de un contrato anticompetitivo o, más exactamente, de una cláusula anticompetitiva, no solo al resto del contrato en que se insertaba sino también a otras relaciones contractuales distintas concluidas entre las mismas partes pero orientadas todas ellas a una misma finalidad.

En general, todos estos casos obedecen a un mismo supuesto de hecho relacionado con las cláusulas de suministro exclusivo, que resulta de la confluencia de dos factores: en primer lugar, la previsión en los Reglamentos de exención por categorías en el caso de acuerdos verticales de una excepción a la limitación máxima de las cláusulas de exclusiva en función de la titularidad de los locales o terrenos desde los que se vendiesen los bienes contractuales; en segundo lugar, la modificación de los requisitos que permitían esta excepción con la aprobación del Reglamento 2790/1999. En este sentido, el Reglamento 1984/1983 sobre acuerdos de compra en exclusiva, en referencia específica a las estaciones de servicio, permitía que el acuerdo excediera de la duración máxima de diez años y se extendiera a todo el periodo de explotación efectiva de la estación de servicio siempre que el acuerdo se refiriera a una estación que el proveedor hubiese arrendado al revendedor o cuyo usufructo le hubiese concedido de hecho o de derecho. La posibilidad de eludir la limitación máxima de exclusividad determinó en la práctica la articulación de complejos entramados contractuales y negocios cruzados entre las compañías petrolíferas y las estaciones de servicios, que combinaban disposiciones sobre titularidad u otros derechos reales sobre los terrenos y la estación, y acuerdos de explotación de estos bienes (*Vid.*, YANES YANES 2011; MARTÍNEZ ROSADO, 2009). Todos ellos orientados, en último término, a garantizar la aplicabilidad de la exención y a extender válidamente el plazo de duración de los compromisos de exclusiva. La aprobación del Reglamento 2790/1999 recrudece los requisitos de esta excepción, exigiendo al proveedor la propiedad del terreno y de la estación de servicio (o que de no serlo, los arrendase a terceros no vinculados con el revendedor). El cambio de criterios determinó que muchas cláusulas de exclusiva, válidas conforme al Reglamento de 1983 dejarán de serlo. Al no estar cubiertas por la exención se planteó ante los tribunales su nulidad, y la posible extensión de la misma no solo a los contratos de distribución, sino además a estos otros contratos cruzados sobre propiedad y disposición de terrenos y locales, que actuaban como auténtico armazón o condición de la relación distributiva. Si bien los tribunales mayoritariamente se han mostrado partidarios de la extensión de la ineficacia a todas las relaciones contractuales, la cuestión no era pacífica en los tribunales inferiores. El TS en fechas recientes, ha defendido la extensión de la invalidez a todo el entramado contractual en este tipo de casos, sobre la base de la teoría del negocio jurídico complejo, que determina la existencia de una finalidad económica única en todos los contratos formalmente independientes, así como en la propia voluntad de las partes, que ha sido la que ha creado la conexión o ligamen entre los negocios jurídicos, desde el momento en que sin la cláusula de exclusiva nula ninguna otra relación contractual se hubiera concertado (STS de 12 enero de 2015, *cit.*).

Si bien es cierto que la extensión de la nulidad en estos supuestos puede resultar justificada desde una perspectiva contractual con arreglo a la teoría del negocio jurídico complejo, no nos parece aconsejable su utilización generalizada en el marco de acuerdos anticompetitivos. No dejamos de estar ante supuestos de arquitectura contractual muy específicos, construidos para facilitar la aplicación de una exención y en los que, en cualquier caso, al tratarse de negocios celebrados entre las mismas partes contractuales, el riesgo de inseguridad jurídica es necesariamente menor.

<sup>55</sup> *Vid.*, GUSTAFFSON/HOSEINIAN (2006), 8 y 9.

<sup>56</sup> La anulabilidad presenta indudables ventajas prácticas ya que solo el afectado por el vicio podría hacerla valer y, además, puede optar por la convalidación del contrato anulable mediante su confirmación.

<sup>57</sup> Examina las dificultades que presenta el recurso a los vicios de la voluntad para anular un contrato derivado en diversas jurisdicciones, CAUFFMAN (2012), 15 y sigs.

<sup>58</sup> Sentencia *Société de Vente de Ciments*. *cit (supra)*. *Vid.*, no obstante, KOMNINOS (2008), 219, quien defiende que el derecho a la restitución de las prestaciones efectuadas sobre la base de un contrato anticompetitivo nulo tiene fundamento en el propio derecho europeo. DI GIÒ (2009), 203, repasa críticamente las distintas teorías avanzadas para apoyar la existencia de un derecho europeo a la restitución, tales como su deducción automática del carácter originario de la nulidad de las prácticas anticompetitivas, su inclusión dentro del derecho al resarcimiento de daños reconocido en *Courage* o su fundamento en un pretendido principio europeo general que prohíbe el enriquecimiento injusto.

<sup>59</sup> *Vid., in extenso*, sobre el problema de la relación entre acción de nulidad y acción restitutoria, con una inclinación hacia esta postura: DELGADO/PARRA (2005), 228 y sigs.; LÓPEZ BELTRÁN (2009), 54 y sigs.

<sup>60</sup> La independencia entre ambas acciones ha sido defendida tradicionalmente por el profesor DE CASTRO. *Vid.*, LÓPEZ BELTRÁN (2009), 54.

<sup>61</sup> Pese a la referencia normativa expresa a la reciprocidad de las obligaciones de restitución, su verdadera naturaleza y alcance ha sido muy cuestionada por la doctrina, que rechaza su equiparación técnica con las obligaciones sinalgámicas. *Vid.*, LÓPEZ BELTRAN (2009), 74 y sigs.

<sup>62</sup> Este es, por ejemplo, el criterio adoptado en los casos *Svensson* y *Shell* (*supra*), si bien, en este último, de manera parcial, ya que con base en este argumento, el Tribunal realiza una muy discutible selección de las prestaciones que han de ser restituidas y las que no. *Vid.*, la crítica a esta línea de razonamiento en PEÑA (2010), Sentencia de 26 de febrero de 2009. En el caso *Repsol* (*supra*), sobre la ineficacia de un contrato de abanderamiento, limita la nulidad a su mera declaración y defiende, sin perjuicio de la exigibilidad de pretensiones resarcitorias, la inaplicabilidad de las reglas sobre restitución de las prestaciones previstas en los artículos 1303 y sigs. del Código Civil.

<sup>63</sup> El TJ ha rechazado un planteamiento similar, tendente a limitar *ex nunc* los efectos de una disposición contractual nula por abusiva, en su reciente sentencia sobre la retroactividad de los efectos resolutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo (Sentencia del TJ de 21 de diciembre de 2016, Asuntos C-154/15 y C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo y Casasur Banco, S.A.U, Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*)

<sup>64</sup> Se ha defendido que la restitución puede constituir una alternativa más favorable a la compensación de daños, dadas las mayores facilidades probatorias. La restitución no exige, en principio, la demostración de la culpa, el vínculo causal o la cuantía de los daños (aunque cuando la restitución *in natura* no es posible necesariamente habrá de procederse a una estimación de las prestaciones realizadas para satisfacer su equivalente pecuniario). Igualmente, o no está sujeta a plazo de prescripción —debatido doctrinal y jurisprudencialmente— o, en cualquier caso, esos plazos son usualmente más largos en los distintos ordenamientos que los previstos para el ejercicio de acciones resarcitorias. *Vid.*, DI GIÒ (2009), 203 y sigs.

<sup>65</sup> Excede con mucho del objeto del trabajo el examen de los problemas de delimitación y naturaleza de la causa torpe. Para un análisis pormenorizado del tema, *vid.*, DELGADO/PARRA (2005), 291 y sigs.; LÓPEZ BELTRÁN (2009), 302 y sigs.; GONZÁLEZ GARCÍA (2016), 285 y sigs.

<sup>66</sup> Esta postura del TS ha sido objeto de crítica doctrinal. *Vid.*, PEÑA (2010): Sentencia de 30 de julio de 2009, 2206 y sigs., quien defiende una actualización del concepto de moral empleado por el Tribunal y su reinterpretación con arreglo a los principios y valores constitucionales, concretamente, en el marco de negocios jurídico patrimoniales a los principios que conforma la Constitución económica. La actuación contraria a las normas ordenadoras del desarrollo de la libre competencia en los mercados constituye una actividad económica deshonesta y poco ética, que podría encontrar cabida en el concepto de torpeza del artículo 1306 del Código Civil.

<sup>67</sup> *Vid., inter alia*: Sentencia TS de 31 de diciembre de 1979; Sentencia TS de 20 de mayo de 1985; Sentencia TS de 14 de marzo de 1986; Sentencia TS de 2 de abril de 2002.

<sup>68</sup> ORTIZ BAQUERO (2011, 384 y sigs.), propone la apreciación de torpeza en ambas partes en el caso de restricciones por el objeto mientras que en el supuesto de restricciones por el efecto, la existencia de torpeza dependerá del conocimiento y conciencia de la ilicitud del pacto. GONZÁLEZ GARCÍA (2016, 287 y sigs.) en una compleja teoría, distingue entre acuerdos anticompetitivos con causa lícita que no están sujetos a la inexigibilidad de las prestaciones por torpeza y los acuerdos con causa ilícita, sobre los que sí puede recaer un juicio de torpeza en función de la culpa en relación a la ilicitud de la causa de las partes contractuales.

<sup>69</sup> Sí se prevé expresamente la nulidad de las conductas abusivas en las normas sobre defensa de la competencia francesas (art. 420-3 del *Code de Commerce*).

<sup>70</sup> *Vid.*, KOMNIMOS (2008), 158 y sigs.; DI GIÓ (2009), 212 y sigs.; GONZÁLEZ GARCÍA (2016), 157 y sigs.; ORTIZ BAQUERO: *cit.*, 389 y sigs.; JONES y SUFRIN (2014), 1099.

<sup>71</sup> STJCE de 25 de octubre de 1979, asunto 22/1979, *Greenwich Film/Sabena*.

<sup>72</sup> *Vid.*, Sentencia del TS de 22 de junio de 2006, en la que el TS se hace eco de la doctrina del TJ en el caso *Greenwich*, afirmando que «cuando una práctica abusiva contraria al artículo 86 se materializa en un acuerdo, el mismo se encuentra igualmente viciado de nulidad». ORTIZ BAQUERO (2011), 393 y sigs., recoge distintos ejemplos de la jurisprudencia alemana e italiana.

<sup>73</sup> Así, por ejemplo, en el caso del ordenamiento jurídico español, la nulidad de las prácticas abusivas podría derivarse del principio general recogido en el artículo 6.3 del Código Civil, que establece la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

<sup>74</sup> El TJ es consciente de este problema cuando en el caso *Greenwich Film*, se plantea que... «sería impensable que el artículo 82 pudiera ser utilizado indiscriminadamente para evitar el cumplimiento de contratos de manera perjudicial para las víctimas del abuso».

<sup>75</sup> Cabe, no obstante, que la práctica abusiva consista simplemente en una actitud o conducta pasiva por parte de la empresa dominante, como, por ejemplo, en el caso de una negativa a contratar.

<sup>76</sup> Sobre la posible confluencia en una misma conducta de las prohibiciones del artículo 101 y 102 TFUE, *vid.*, BELLAMY - CHILD (1991), 683 y sigs.

<sup>77</sup> Manifiesta también sus recelos sobre la conveniencia de la sanción de nulidad en el caso de abusos excluyentes ejecutados a través de contratos celebrados con terceros que no tienen la consideración de víctimas, DI GIÓ (2009), 214 y 215.

*(Trabajo recibido el 4-7-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)*