

LEX CONTRACTUS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA. LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN DE VEHÍCULOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

GEORGINA GARRIGA SUAU*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PROBLEMÁTICA EN LOS ASUNTOS *BMW* Y *CITROËN*.
 1. ASUNTO *BMW*.
 2. ASUNTO *CITROËN*.
- III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TJCE: LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO, DEL DERECHO NACIONAL DE LA COMPETENCIA Y DE LA *LEX CONTRACTUS*.
 1. PREMISAS PARA EL ANÁLISIS DE LAS DECISIONES DEL TJCE EN LOS ASUNTOS *BMW* Y *CITROËN*.
 - A. *La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales.*
 - B. *La aplicación de la ley rectora del contrato.*
 2. LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY RECTORA DEL CONTRATO EN LOS ASUNTOS *BMW* Y *CITROËN*.
 - A. *Asunto BMW: la infracción de las restricciones especialmente graves (artículo 4 del Reglamento 2002).*
 - B. *Asunto Citroën: la infracción de las condiciones generales de aplicación del Reglamento 2002 (artículo 3).*
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Privado, Universidad de Barcelona. Quisiera manifestar mi agradecimiento a Marta Roig (abogada en Iuris Valls, Abogados) sus comentarios a las versiones anteriores del presente trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor, el 1 de octubre de 2002, del Reglamento (CE) n.º 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos a motor¹ (en adelante, el «Reglamento 2002»), propició que ciertos proveedores de vehículos a motor procedieran a resolver los contratos de distribución que habían celebrado con anterioridad a su entrada en vigor. El estudio de las causas que desencadenaron las resoluciones contractuales que acabamos de citar nos servirá de pretexto para, en último lugar, delimitar las esferas de aplicación de, por un lado, el ordenamiento jurídico comunitario y, por otro lado, los ordenamientos jurídicos nacionales respecto de los contratos de distribución de vehículos de motor. Para ello, el hilo conductor de nuestro estudio se asienta sobre los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos *A. Brünster GMBH, Autohaus Hilgert GMBH y Bayerische Motorenwerke AG (BMW)*² (en adelante, el «asunto BMW») y *City Motors Groep NV y Citroën Belux NV*³ (en adelante, el «asunto Citroën») en los que el referido Tribunal interpretó la normativa comunitaria de defensa de la competencia aplicable a los contratos de distribución.

Por consiguiente, el presente trabajo abordará, en primer lugar, los hechos que causaron sendas problemáticas para, en segundo lugar, dirigir nuestra atención a la argumentación desarrollada por el TJCE en cada uno

¹ DO L 203, de 1 de agosto de 2002. Este Reglamento vino a sustituir al Reglamento n.º 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles (DOCE L 145, de 29 de junio de 1995).

² Sentencia de 30 de noviembre de 2006, *A. Brünster GMBH, Autohaus Hilgert GMBH y Bayerische Motorenwerke AG (BMW)*, C-376/05 y C-377/05, Rec. p. I-1183. La jurisprudencia del TJCE es accesible en: www.curia.europa.eu. Comentan esta sentencia, entre otros, PÉREZ VAN KAPPEL, A., «El desarrollo jurisprudencial del Derecho de la competencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el año 2006», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, N.º 248, Marzo-Abril 2007, pp. 74-75; *Gazette du Palais*, N. 2, 2007, p. 1124.

³ Sentencia de 18 de enero de 2007, *City Motors Groep NV y Citroën Belux NV*, C-421/05, Rec. p. I-653. Sobre esta sentencia véase, *Gazette du Palais*, N. 3, 2007, pp. 1997-1998.

de los asuntos a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de los ordenamientos jurídicos nacionales respecto del Derecho comunitario. Por último, concluiremos nuestro trabajo con una serie de consideraciones finales.

II. LA PROBLEMÁTICA EN LOS ASUNTOS *BMW* Y *CITROËN*

Los asuntos *BMW* y *Citroën*, como adelantamos, abordan la cuestión de la resolución de ciertos contratos de distribución por parte de los proveedores de los vehículos a motor de dichos contratos. Los hechos que dieron lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales en los respectivos asuntos fueron los que a continuación se exponen sucintamente.

1. ASUNTO *BMW*

En este caso, el proveedor había celebrado con varios distribuidores alemanes ciertos contratos de distribución con el fin de llevar a cabo la distribución de los vehículos de motor de la marca BMW en Alemania. Sin embargo, como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 2002, el primero de octubre de 2002, el proveedor comunicó a los distribuidores su intención de dar por finalizados los respectivos contratos, puesto que la nueva normativa sobre exención de determinados acuerdos verticales impedía que pudiera continuar con el cumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales. De ahí que el proveedor justificara su decisión sobre la base de la necesidad de reorganizar su red de distribución prevista por el Reglamento (CE) n.º 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995 (en adelante, el «Reglamento 1995»)⁴.

Inicialmente la problemática se originó porque el proveedor anunció su intención de resolver los contratos de distribución, objeto del litigio, de conformidad con el año de preaviso contemplado por el artículo 5.3 del Reglamento 1995⁵ en lugar de los dos años previstos, como regla general, por el artículo 5.2 del citado Reglamento.

De este modo, sirviéndose del referido año de preaviso, el proveedor comunicó, en septiembre de 2002, a los distribuidores su decisión de dar por finalizados los contratos de distribución con efectos a 30 de septiembre de

⁴ Véase, *supra*, nota 1.

⁵ El artículo 5.3 del Reglamento 1995 establecía el «derecho del proveedor a rescindir el acuerdo con un preaviso de al menos un año, en caso de necesidad de reorganizar una parte sustancial o la totalidad de la red».

2003. Con ello el proveedor perseguía evitar que la expiración del periodo transitorio previsto por el Reglamento 2002 provocara la nulidad de los citados contratos por contravenir la normativa contenida en dicho Reglamento.

En efecto, la cuestión del preaviso debe vincularse a la cuestión del periodo transitorio de un año que el artículo 10 del Reglamento 2002⁶ brindaba a las partes contractuales para poder adaptar los contratos de distribución a la nueva normativa contenida en el Reglamento 2002. En consonancia con este precepto, las partes contractuales disponían de un año, a contar desde la entrada en vigor del Reglamento 2002 (1 de octubre de 2002), para adecuar los contratos de distribución a la nueva regulación comunitaria sobre exenciones por categoría. Transcurrido dicho periodo, las cláusulas que contradijeran la referida normativa serían nulas, correspondiendo al derecho nacional aplicable al contrato determinar los efectos civiles de la citada nulidad sobre la totalidad de la relación contractual.

En este sentido, merece destacarse que merced al plazo de preaviso de un año, contemplado en el artículo 5.3 del Reglamento 1995, el proveedor pudo comunicar a los distribuidores su intención de rescindir los contratos de distribución con efectos a fecha de 30 de septiembre de 2003. Así, consiguió que la referida rescisión coincidiera temporalmente con la finalización del periodo transitorio establecido por el artículo 10 del Reglamento 2002 para evitar infringir el nuevo régimen normativo contenido en este Reglamento.

Efectivamente, cabe poner de relieve que los contratos de distribución objeto del asunto *BMW* contenían cláusulas aquejadas de nulidad según el artículo 81.2 del TCE. Ello porque con arreglo al artículo 4 del Reglamento 2002, las referidas cláusulas eran consideradas como «restricciones especialmente graves», cuya sanción consiste en excluir la totalidad del contrato de distribución de la exención por categoría establecida por el Reglamento 2002⁷. En consecuencia, habida cuenta de este dato, sería muy

⁶ Sobre el artículo 10 del Reglamento 2002 véanse, entre otros, *Guía explicativa del Reglamento n.º 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor* adoptada por la Comisión (en adelante, *Guía explicativa del Reglamento 2002*), pp. 40-42; ARAUJO BOYD, M. (Coord.), *Comentarios al Reglamento (CE) 1400/2002, de distribución de automóviles*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 171-172 y pp. 338-341.

⁷ La diferencia entre el régimen de las restricciones especialmente graves (artículo 4 del Reglamento 2002) y el relativo a las condiciones específicas (artículo 5 del Reglamento 2002) se abordará más adelante en el apartado III.2.

improbable que los referidos contratos de distribución pudieran continuar vigentes a la expiración del periodo transitorio establecido por el artículo 10 del Reglamento 2002⁸ en la hipótesis contraria de que el proveedor hubiera avisado de su intención de dar por concluidos los contratos de distribución siguiendo la regla general de los dos años de preaviso (artículo 5.2 del Reglamento 1995). Ello porque en tal caso, la extinción de los contratos se hubiera producido el 30 de septiembre de 2004, es decir, un año después de la expiración del periodo transitorio. De ello deriva que, habida cuenta de la calificación como restricciones especialmente graves de ciertas cláusulas incluidas en los citados contratos de distribución, estos contratos hubieran permanecido excluidos de la exención por categoría prevista por el Reglamento 2002 desde la expiración del periodo transitorio, ofrecido por dicho Reglamento, el 30 de septiembre de 2003. A menos que, claro está, durante el periodo transitorio el proveedor hubiera adaptado los contratos a la nueva normativa comunitaria sobre exenciones por categoría.

Por el contrario, los distribuidores defendieron la ilegalidad de la rescisión de los contratos de distribución sobre la base de que no concurría el requisito de la necesaria organización de una parte sustancial o de la totalidad de la red de distribución. En consecuencia, para que la rescisión hubiera sido legal el proveedor hubiera tenido que comunicar su intención de dar por finalizados los contratos con dos años de antelación (artículo 5.2 del Reglamento 1995), en lugar del año contemplado en el artículo 5.3 del Reglamento 1995. Y ello incluso aceptando que los contratos contenían, como señalamos, cláusulas consideradas como restricciones especialmente graves de la competencia (artículo 4 del Reglamento 2002).

De ahí que ante tales posturas contrapuestas, el Tribunal de Luxemburgo tuviera que dilucidar si, por sí misma, la entrada en vigor del Reglamento 2002 provocó en el proveedor de vehículos la necesidad de llevar a cabo la reorganización de una parte sustancial o total de sus respectivas redes de distribución para, de este modo, justificar la legalidad de la resolución de los contratos de distribución anunciada con el preaviso excepcional de un año (artículo 5.3 del Reglamento 2002). Asimismo, para la hipótesis de que el TJCE considerase que el Reglamento 2002 por sí mismo no produjera la referida necesaria reorganización, este Tribunal tuvo que

⁸ En este sentido, «la Comisión considera que la exención individual de acuerdos verticales que contengan restricciones especialmente graves es poco probable», *Guía explicativa del Reglamento 2002*, p. 31.

pronunciarse además sobre la situación jurídica en la que se hallaban las cláusulas contractuales que, resultando estar permitidas por el Reglamento 1995, por el contrario, el Reglamento 2002 las calificaba de restricciones especialmente graves de la competencia.

Por lo que se refiere a la primera cuestión apuntada, el Tribunal de Justicia reproduce la argumentación emitida en su sentencia de 7 de septiembre de 2006, en el asunto *Vulcan*⁹, en la que analizó pormenorizadamente la condición de la «necesidad de reorganizar una parte sustancial o la totalidad de la red de distribución» para justificar que los proveedores pudieran dar por finalizados sus contratos con un preaviso de un año. Así, en este asunto, el Tribunal de Justicia afirmó que la entrada en vigor del Reglamento 2002 no hizo necesario, por sí sola, que se reorganizara la red de distribución de un proveedor (en el sentido del artículo 5, apartado 3, párrafo primero, primer guión, del Reglamento n.º 1475/95); sin embargo, en función de la organización específica de la red de distribución de cada proveedor, esta entrada en vigor pudo hacer necesario que se introdujeran unos cambios de tal importancia que constituyen una verdadera reorganización de esta red en el sentido de la referida disposición. El Tribunal considera que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y a los órganos de arbitraje apreciar si éste es el caso en función del conjunto de elementos concretos del litigio del que conocen¹⁰. Esta argumentación había sido asimismo recogida por el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed en sus Conclusiones al asunto *BMW*¹¹ y, finalmente, fue reproducida en la Sentencia que resolvió este asunto¹².

En relación a la segunda cuestión señalada, el TJCE concluyó afirmando que las cláusulas consideradas restricciones especialmente graves (artículo 4 del Reglamento 2002) son nulas de pleno derecho (artículo 81, apartados 1 y 2 del TCE). Además, su inclusión en los contratos de distribución lleva aparejada la exclusión de la totalidad del contrato de la exención por categoría implantada por el Reglamento 2002¹³.

⁹ Sentencia de 7 de septiembre de 2006, *Vulcan*, C-125/05, *Rec.* p. I-7637.

¹⁰ Sentencia de 7 de septiembre de 2006, C-125/05 *cit.*, apartado 58 y fallo.

¹¹ Conclusiones del Abogado General Sr. L. A. GEELHOED presentadas el 28 de septiembre de 2006, puntos 25 a 27 y punto 42.

¹² Véase, la Sentencia de 30 de noviembre de 2006, C-376/05 y C-377/05 *cit.*, apartado 38 y fallo primero.

¹³ Sentencia de 30 de noviembre de 2006, C-376/05 y C-377/05 *cit.*, apartado 51 y fallo segundo.

2. ASUNTO *CITROËN*

En este asunto, el proveedor rescindió el contrato de distribución con arreglo a la disposición XVIII, contenida en el referido contrato de distribución, alegando que el distribuidor había vulnerado la prohibición que los artículos V y XIV del contrato le imponían, en virtud de la cual el distribuidor no podía vender vehículos a revendedores que no fueran miembros de la red de distribución oficial.

Por su parte, el distribuidor demandó a Citroën con el fin de obtener una indemnización por resolución ilegal del contrato de distribución sobre la base de que la citada disposición XVIII del contrato era contraria al Reglamento 2002. Ello porque dicha disposición permite que cualquiera de las partes ponga fin al contrato de pleno derecho y sin preaviso en caso de incumplimiento de la otra parte. Además, el distribuidor alegó la falta de intervención previa de un tercero mediador o, alternativamente, de los órganos jurisdiccionales nacionales a los efectos de que declararan la legalidad de la referida resolución.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia tuvo que discernir si efectivamente la cláusula de resolución expresa del referido contrato (cláusula XVIII) era contraria al Reglamento 2002 y, en particular, a su artículo 3, apartados 4 y 6¹⁴.

Al respecto, el Tribunal de Luxemburgo termina concluyendo, por una parte, que el mero hecho de que un acuerdo incluido dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 2002 prevea una cláusula expresa de resolución como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el proveedor puede resolver dicho acuerdo de pleno derecho y sin preaviso en caso de incumplimiento por parte del distribuidor de una de las obligaciones contractuales mencionadas en la cláusula, no tiene por efecto hacer

¹⁴ El artículo 3, apartados 4 y 6 del Reglamento 2002 establece, respectivamente, como condiciones para que el contrato de distribución pueda incluirse en la exención por categoría del Reglamento 2002, que «el acuerdo vertical celebrado con un distribuidor o un taller de reparación establezca que el proveedor que desee resolver un acuerdo deberá cursar un preaviso de resolución por escrito, exponiendo con detalle las razones objetivas y transparentes en la resolución con el fin de evitar que un proveedor dé por concluido un acuerdo vertical con un distribuidor o taller de reparación en razón de prácticas que no pueden restringirse con arreglo al presente Reglamento» (artículo 3.4) y que «el acuerdo vertical establezca el derecho de cada una de las partes a someter a un experto o mediador independiente los litigios relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales» (artículo 3.6).

inaplicable a este acuerdo la exención por categoría prevista en el artículo 2, apartado 1¹⁵. Por otra parte, el TJCE estima que el simple hecho de que las partes estipulen en el contrato el derecho de cualquiera de ellas a dirigirse a un tercero mediador o a los órganos jurisdiccionales, con el fin de que declare si la resolución del contrato ha estado justificada por las razones esgrimidas en el preaviso, es suficiente para que la condición del artículo 3.6 del Reglamento 2002 resulte cumplida a los efectos de incluir el contrato en la exención por categoría del Reglamento 2002¹⁶.

En definitiva, el Tribunal de Justicia en los asuntos *BMW* y *Citroën* aborda la interpretación de los requisitos para la aplicación del Reglamento 2002. En efecto, el Reglamento 2002 establece una exención por categoría para los acuerdos verticales que, de otro modo, incurrirían en la prohibición del artículo 81.1 TCE (artículo 2 del Reglamento 2002), a condición de que cumplan con los requisitos que el propio Reglamento 2002 establece. Este régimen de requisitos está configurado, en primer lugar, por unos umbrales de cuotas de mercado que no pueden superarse (artículo 3.1); en segundo lugar, por una serie de condiciones generales que los contratos de distribución de vehículos a motor deben satisfacer (artículo 3)¹⁷ y, en tercer y último lugar, por un listado de prohibiciones agrupadas en dos bloques en función de su gravedad. Así, el primero de dichos bloques está constituido por las denominadas «restricciones especialmente graves» (artículo 4) y el segundo de ellos por las llamadas «condiciones específicas» (artículo 5)¹⁸. Mientras que la sentencia *BMW* se centra en la vulneración de las cláusulas que figuran en estos dos bloques, por su parte, la sentencia *Citroën* tiene por objeto la interpretación de las condiciones generales contenidas en el artículo 3 del Reglamento 2002.

¹⁵ Sentencia de 18 de enero de 2007, C-421/05 *cit.*, apartado 37 y fallo.

¹⁶ Sentencia de 18 de enero de 2007, C-421/05 *cit.*, apartados 26 y 27.

¹⁷ El artículo 3 del Reglamento 2002 recoge cinco condiciones cuyo cumplimiento depende de la naturaleza del contrato de distribución de que se trate. En este sentido, la *Guía explicativa del Reglamento 2002* señala cuáles son las condiciones que los contratos de distribución deben cumplir en función de su naturaleza. Véase, la pregunta 9, pp. 27-28.

III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TJCE: LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO, DEL DERECHO NACIONAL DE LA COMPETENCIA Y DE LA *LEX CONTRACTUS*

Tras la exposición de los hechos y las decisiones que el TJCE emitió, seguidamente nos disponemos a estudiar la argumentación jurídica que este Tribunal desarrolló en relación a la delimitación de la esfera de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario y del derecho nacional aplicable a los contratos de distribución de vehículos a motor.

I. PREMISAS PARA EL ANÁLISIS DE LAS DECISIONES DEL TJCE EN LOS ASUNTOS *BMW* Y *CITROËN*

A. *La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales*

Como cuestión previa al análisis de la delimitación de los respectivos ordenamientos jurídicos, deberíamos partir de la premisa de que en los asuntos que comentamos son los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁹ los

¹⁸ Por lo que se refiere al régimen general de aplicación de la exención por categoría constituido por los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento 2002 véanse, entre otros, ARAUJO BOYD, M. (Coord.), *op. cit.*, pp. 46-49; FRANCO, L. di, «*Who will be in the driver's seat? A proposito del nuovo Regolamento di esenzione in materia di distribuzione automobilistica*», *Contratto e Impresa/Europa*, N. 2, 2002, p. 1248 y p. 1255.

¹⁹ El Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO núm. L 1, de 4 de enero de 2003) reformó el sistema precedente que atribuía a la Comisión el poder en exclusiva para conceder exenciones individuales a los acuerdos de distribución que cumplieran las condiciones establecidas en el artículo 81.3 TCE. En este sentido, el citado Reglamento confirió el referido poder a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades administrativas de los Estados miembros de la Unión Europea. De este modo, el Reglamento 1/2003 estableció un régimen de excepción legal directamente aplicable, en el que las autoridades de la competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros son competentes para aplicar directamente los artículos 81 y 82 TCE en su totalidad. En otras palabras, el Reglamento 1/2003 llevó a cabo una descentralización del poder de conceder exenciones individuales con arreglo al artículo 81.3 TCE. Sobre la reforma operada por el Reglamento 1/2003 véanse, entre otros, BRAMMER, S., «*Concurrent jurisdiction under Regulation 1/2003 and the issue of case allocation*», *Common Market Law Review*, Vol. 42, 2005, pp. 1383-1424; BROKELMANN, H., «*Conflictos y soluciones en la aplica-*

competentes para apreciar la presunta ilegalidad de las resoluciones contractuales, habida cuenta de que a ellos corresponde salvaguardar los intereses privados vinculados a los bienes jurídicos protegidos por las normas de defensa de la competencia²⁰. En consecuencia, se deja al margen de nuestro comentario el estudio de la competencia de la Comisión y la de los órganos administrativos, en su caso, competentes en la materia, cuya jurisdicción en los asuntos que comentamos no se plantea²¹.

En este contexto, el punto de partida por lo que al Derecho de defensa de la competencia en general se refiere, y a las restricciones verticales o prácticas colusorias en particular atañe, está constituido, por un lado, por el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional y, por otro lado, por la teoría conocida como de la «doble barrera» o de la «aplicación conjunta o paralela»²² de la normativa comunitaria

ción paralela administrativa y judicial», *La modernización del Derecho de la competencia en España y la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 89-109; GALÁN CORONA, E., «Notas sobre el Reglamento (CE) N.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 15, 2003, pp. 499-525; GUILLÉN CARAMÉS, J., *Libre competencia y Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, pp. 76-88; HERRERA CUEVAS, E. E., «Aspectos procedimentales de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE por los jueces españoles. Estado de la cuestión», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, N.º 242, Mayo 2006, pp. 26-50; IDOT, L., «Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)», *Cahiers de Droit Européen*, Numéros 3-4, 2004, pp. 283-371; JORGE PADILLA, A., GUTIÉRREZ, I., «Las dificultades de la aplicación judicial del art. 81.3: apuntes para el debate», *La modernización del Derecho de la competencia en España y la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 109-124; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El nuevo régimen de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE. El Reglamento (CE) N.º 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 1, mayo 2003, 10 pp.; VENIT, J.S., «Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty», *Common Market Law Review*, Vol. 40, 2003, pp. 545-580.

²⁰ Véase, HERRERA CUEVAS, E. E., *loc. cit.*, p. 28 y p. 35.

²¹ Sobre la interacción entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales de la competencia véase, KOMNINOS, A.P., «Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?», *The Competition Law Review*, Volume 3, December 2006, pp. 5-26.

²² GUILLÉN CARAMÉS, J., *op. cit.*, p. 74. Asimismo, en relación a la teoría de la doble barrera véanse, entre otros, ALONSO SOTO, R., «Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia» en *Tratado de Derecho de la competencia*,

y de la normativa nacional, de configuración jurisprudencial, cuya génesis se halla en la celeberrima sentencia del TJCE pronunciada el 13 de febrero de 1969 en el asunto *Walt Wilhem*²³.

En dicho asunto, el Tribunal de Luxemburgo parte de la idea de que los objetivos perseguidos por cada uno de los ordenamientos jurídicos son diferentes, para entonces afirmar que, por consiguiente, su ámbito de aplicación también lo es. Ello lleva al TJCE a concluir que las autoridades nacionales pueden aplicar el Derecho nacional de defensa de la competencia solamente en la medida en que no perjudique la aplicación uniforme, en todo el mercado común, de las normas comunitarias en materia de cárteles ni el completo efecto de las medidas adoptadas en ejecución de las referidas normas²⁴.

Si bien la teoría de la doble barrera ha sido el parámetro de referencia tradicional para delinear la interacción entre la normativa comunitaria y nacional de defensa de la competencia aplicable a una conducta que pueda afectar al comercio intracomunitario²⁵, no obstante, el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las

BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, J. (coord.), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 81-87; WAELBROECK, M., FRIGNANI, A., *Commentaire J. Mégret, Le droit de la CE, Concurrence*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, pp. 113-120; WAELBROECK, M., FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia (Vol. 4 del Comentario J. Mégret)*, Tomo I, Versión española por Ignacio SÁEZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ y Marta MORALES ISASI, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 148-157. Por su parte, C. PELLISÉ DE URQUIZA mantiene que el Tribunal de Justicia adoptó una postura intermedia entre la teoría de la barrera única y de la doble barrera, PELLISÉ DE URQUIZA, C., *Los contratos de distribución comercial: problemas de Derecho internacional privado en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 266-267.

²³ Sentencia de 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhem*, C-14/68, Rec. p. 1.

²⁴ Sentencia de 13 de febrero de 1969, C-14/68 *cit.*, apartado 4.

²⁵ Téngase en cuenta que desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, el artículo 1.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007) incorpora por referencia los reglamentos comunitarios en materia de exenciones por categorías de determinados acuerdos verticales. De ello deriva que los referidos reglamentos resultarán también aplicables a las situaciones internas. El apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia lo reconoce cuando señala que «la Ley se refiere expresamente al papel de los Reglamentos comunitarios de exención por categorías en la aplicación de la nueva exención legal en el ámbito nacional». En este sentido, el TJCE en su sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio y Compañía Española de Petróleos, S.A.*, C-217/05, Rec. p. I-11987, puso de relieve la aplicación de los reglamentos comunitarios de exención por categoría a las situaciones internas españolas (apartado 22).

normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado²⁶ (en adelante, el «Reglamento 1/2003») ha venido a rediseñar dicha interacción. En este sentido, el artículo 3 del Reglamento 1/2003²⁷ ha puesto fin a la aplicación de la doble barrera para dar paso a la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional en toda su plenitud por lo que se refiere a los acuerdos, decisiones o prácticas susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros²⁸.

Ahora bien, la aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, como avanzamos, no alcanza a determinar las consecuencias de la nulidad de las cláusulas restrictivas de la competencia o prácticas colusorias respecto a la totalidad del contrato de distribución de que se trate (artículo 81 del TCE). En consecuencia, la interposición de acciones civiles ante los tribunales nacionales civiles o, en su caso, mercantiles, exige que éstos den solución a tales pretensiones sobre la base de la ley rectora del contrato de distribución que corresponda.

²⁶ Véase, *supra*, la nota 19.

²⁷ Con arreglo al artículo 3: «1. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado. 2. La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral. 3. Sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen disposiciones nacionales relativas al control de las concentraciones, y tampoco impedirán que se apliquen las disposiciones de Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los artículos 81 y 82 del Tratado».

²⁸ Sobre este aspecto véanse, entre otros, GALÁN CORONA, E., *loc. cit.*, pp. 508-509; IDOT, L., «Le nouveau...», *loc. cit.*, pp. 305-307; VENIT, J.S., *loc. cit.*, pp. 547-548 y pp. 556-557.

En este sentido, en los asuntos *BMW* y *Citroën*, el Tribunal de Justicia reitera su jurisprudencia anterior²⁹ cuando sostiene que corresponde al derecho nacional aplicable al contrato regular los efectos de la nulidad de las cláusulas contractuales³⁰ contrarias al artículo 81.1 del TCE, esto es, «que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». En consecuencia, mientras que el ordenamiento jurídico comunitario sanciona con la nulidad a las referidas cláusulas (artículo 81.2 del TCE), el derecho nacional aplicable al contrato regula los efectos civiles de dicha nulidad respecto a la totalidad del contrato en el que se insertan. De este modo, el Tribunal de Justicia declara que las consecuencias de la prohibición de las cláusulas contractuales incompatibles con el artículo 81 CE respecto a todos los demás elementos del contrato, o respecto a otras obligaciones que se deriven de él, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Para el TJCE por lo tanto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, conforme al derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias, para la totalidad de las relaciones contractuales, de la posible prohibición de determinadas cláusulas contractuales en virtud del artículo 81 CE³¹. En otras palabras, los efectos civiles de la nulidad de las cláusulas contractuales, con arreglo al artículo 81.2 del TCE, dependen del derecho aplicable al contrato de que se trate.

²⁹ En este sentido, véanse, sentencia de 20 de junio de 1966, *Société Technique Minière (LTM) v. Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, C-56/65, Rec. p. 337; sentencia de 14 de diciembre de 1983, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen GmbH und Co. KG*, C- 319/82, Rec. p. 4173, apartados 11-12 y fallo; sentencia de 18 de diciembre de 1986, *VAG France SA v. Établissements Magne SA*, C-10/86, Rec. p. 4071, apartados 14-15; sentencia de 30 de abril de 1998, *Automobile SA contra Arnor «Soco» SARL*, C-230/96, Rec. p. 2055, apartado 51.

³⁰ Téngase en cuenta que, como señala N. REICH, «An «express» clause violating Article 4 is not a necessary condition. The anti-competitive «object» can be inferred from the behaviour of the parties to the agreement in question»; REICH, N., «The «Courage» doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?», *Common Market Law Review*, Vol. 42, 2005, p. 56.

³¹ Sentencia de 30 de noviembre de 2006, C-376/05 y C-377/05 *cit.*, apartado 48. Por su parte, la sentencia de 18 de enero de 2007, C-421/05 (apartado 33) acomete la delimitación de la esfera de aplicación del Derecho comunitario y del Derecho nacional a la luz de los efectos del incumplimiento de las condiciones de aplicación de la exención del Reglamento 2002 (artículo 3 del Reglamento 2002). Sobre este aspecto véase, *infra*, el apartado III.2.

B. La aplicación de la ley rectora del contrato

Al respecto, la ley rectora del contrato, cuando en éste concurren elementos de extranjería, vendrá determinada por las normas de Derecho internacional privado vigentes en el país del foro. En el ámbito comunitario, las referidas normas están recogidas en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980³² (en adelante, el «Convenio de Roma»). Ahora bien, el Consejo y el Parlamento Europeo recientemente han adoptado la última versión del futuro Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales³³ (en adelante, el «Reglamento Roma I») destinado a reemplazar al Convenio de Roma en los Estados miembros con la excepción, por el momento, del Reino Unido y Dinamarca, dado que no han participado en la adopción del Reglamento y, por consiguiente, no estarán vinculados por el mismo.

Desde la perspectiva de la ley aplicable a los contratos, el análisis que acabamos de exponer quedaría sistematizado de la siguiente manera: los contratos de distribución están regidos por la ley que las partes contractuales hayan escogido (artículo 3 del Convenio de Roma / artículo 3 del Reglamento Roma I). En su defecto, el artículo 4 del Convenio de Roma establece la aplicación de la ley del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato, presumiendo que dicha ley es la del país donde resida la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. Esta previsión desencadenó interpretaciones divergentes alrededor de lo que debía consistir dicha prestación característica en los contratos de distribución y, por ende, cuál debía ser la *lex contractus*³⁴. Con el fin de superar esta problemática, el artículo 4.1 f) del Reglamento Roma I prevé una regla específica para los contratos de distribución en virtud de la cual

³² BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993; corrección de errores, BOE núm. 189, de 9 de agosto de 1993.

³³ 2005/0261 (COD); Bruselas, 31 de marzo de 2008; PE-CONS 3691/07; JUSTCIV 334; CODEC 1401.

³⁴ Sobre esta problemática véanse, entre otros, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución», en CALVO CARAVACA, A.L., AREAL LUDEÑA, S. (directores), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 357-369; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., MIGUEL ASENSIO, P. de, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2007, p. 513; JUÁREZ PÉREZ, P., «Contratos internacionales de distribución», en *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 353-355; PELLISÉ DE URQUIZA, C., *op. cit.*, pp. 193-227.

éstos se regirán por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual, salvo que el contrato presentara vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, en cuyo caso la ley de dicho país sería la aplicable. El alcance de la ley designada como aplicable al contrato de distribución, de conformidad con los preceptos descritos, viene determinado por los artículos 8 y 10 del Convenio de Roma (artículos 10 y 12 del Reglamento Roma I). Así, en virtud del artículo 8 del Convenio de Roma (artículo 10 del Reglamento Roma I), la *lex contractus* regula, entre otras cuestiones, la existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones. Asimismo, con arreglo al artículo 10 del Convenio de Roma (artículo 12 del Reglamento Roma I), la ley rectora del contrato rige, entre otros elementos, las consecuencias de la nulidad del contrato. No obstante, la referida ley rectora del contrato resultará limitada por las normas internacionalmente imperativas («leyes de policía») aplicables, en su caso, al citado contrato, lo que en nuestro ámbito de estudio equivale a decir por las normas comunitarias de defensa de la competencia (artículo 7 del Convenio de Roma / artículo 9 del Reglamento Roma I)³⁵.

Ahora bien, en los asuntos que comentamos, la cuestión de la ley aplicable a los contratos no se plantea, dado que en ambos casos los contratos de distribución se formalizan entre partes todas ellas establecidas en el mismo Estado, cuyas prestaciones deben ejecutarse también en el mismo Estado, con lo cual en ningún caso se pone en tela de juicio la ley que rige tales contratos: la ley alemana en el caso *BMW* y la ley belga en el caso *Citroën*.

³⁵ Sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia a los contratos de distribución en calidad de normas internacionalmente imperativas véanse, entre otros, FORNER DELAYGUA, J.J., «La resolución de los contratos comerciales internacionales. El supuesto de las relaciones franco-españolas», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1990, pp. 617-618; FORNER DELAYGUA, J.J., GARRIGA SUAU, G., PARRA RODRÍGUEZ, C., *Materiales de Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 365-374; GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosch, Barcelona, 2ª ed., 2004, pp. 111-124; IDOT, L., «Les conflits de lois en droit de la concurrence», *Journal de Droit International, Clunet*, N. 2, 1995, pp. 321-341; MEIDANIS, H.P., «Public policy and *ordre public* in the private international law of the EC/EU: Traditional positions of the Member States and modern trends», *European Law Review*, Vol. 30, 2005, pp. 105-108; MUNARI, F., «L'incidenza delle norme comunitarie *antitrust* sull'autonomia delle imprese», *Diritto del commercio internazionale, Pratica internazionale e diritto interno*, Luglio-Settembre 2007, pp. 593-609; NUYTS, A., «L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1999, pp. 31-74 y pp. 245-265; PELLISÉ DE URQUIZA, C., *op. cit.*, pp. 232-240 y pp. 264-270.

Asimismo, en ambos asuntos, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia tampoco se cuestiona, en cuyo caso debemos presumir que su intervención radica en la afectación que los contratos de distribución, objeto de resolución en ambos asuntos, producen en el comercio entre los Estados miembros, condición que se ha convenido en denominar «cláusula de afectación del comercio»³⁶ y cuyo cumplimiento resulta imprescindible para que el Derecho comunitario de defensa de la competencia sea aplicable.

2. LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY RECTORA DEL CONTRATO EN LOS ASUNTOS *BMW* Y *CITROËN*

Sentado lo anterior, en los asuntos *BMW* y *Citroën*, el Tribunal de Luxemburgo pone de manifiesto, de nuevo, las funciones que la ley rectora del contrato desempeña en el ámbito del Derecho de la competencia. Por una parte, en el asunto *BMW*, el TJCE señala que corresponde a la referida ley determinar los efectos de la nulidad de los acuerdos que impidan, restrinjan o falseen la competencia por contener ya sea cláusulas especialmente graves (artículo 4 del Reglamento 2002), ya sea condiciones específicas (artículo 5 del Reglamento 2002). Por otra parte, en el asunto *Citroën*, el Tribunal de Justicia pone de relieve que compete a la *lex contractus* designar las consecuencias del incumplimiento de los requisitos para la aplicación de la exención por categoría contenidos en el artículo 3 del Reglamento 2002. A continuación, van a examinarse tales cuestiones a la luz de cada uno de los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo que analizamos.

³⁶ ALONSO SOTO, R., *loc. cit.*, p. 69. En relación a la cláusula de afectación del comercio intracomunitario, Ricardo ALONSO SOTO señala que «no se precisa que la afectación se refiera a todos los Estados que integran la Unión Europea ni tan siquiera a más de un sólo Estado pues en este caso si se dan determinadas circunstancias, como por ejemplo, que dicho territorio sea parte sustancial del mercado común, la afectación podría alcanzar, al menos potencialmente, al comercio intracomunitario»; ALONSO SOTO, R., *loc. cit.*, pp. 73-74. Asimismo véanse, entre otros, IDOT, L., «Le nouveau...», *loc. cit.*, pp. 308-312; WAELEBROECK, M., FRIGNANI, A., *Commentaire...*, *op. cit.*, pp. 89-93; WAELEBROECK, M., FRIGNANI, A., *Derecho europeo...*, *op. cit.*, pp. 117-121. Por otra parte, véase, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia núm. 540/2000 de 2 de junio, fundamento de derecho sexto.

A. *Asunto BMW: la infracción de las restricciones especialmente graves (artículo 4 del Reglamento 2002)*

En el asunto *BMW*, el TJCE señala que el Derecho comunitario sanciona con la nulidad de pleno derecho (artículo 81.2 del TCE) a las cláusulas que restringen de manera especialmente grave el comercio intracomunitario (artículo 81.1 del TCE y artículo 4 del Reglamento 2002)³⁷. Dicha nulidad lleva aparejada la exclusión total del contrato de distribución de la exención por categoría recogida en el Reglamento 2002, lo que condiciona la nulidad absoluta del contrato.

Tras la reforma implantada por el Reglamento 1/2003³⁸, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales (o, en su caso, a las autoridades nacionales de la competencia) aplicar directamente la totalidad del régimen normativo contenido en el artículo 81 TCE (artículo 3 del Reglamento 2003) y, por ende, el comprendido en el Reglamento 2002. De ello deriva que la compatibilidad del contenido de los contratos de distribución objeto de estudio con el Derecho comunitario debería ser examinada directamente y con carácter incidental por el tribunal nacional que conozca del asunto³⁹. En efecto, el Reglamento 1/2003 puso fin al monopolio que la Comisión tenía con el régimen anterior (Reglamento n.º 17, de 6 de febrero de 1962) para otorgar exenciones individuales a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que, de otro modo, hubieran distorsionado la competencia dentro del mercado común (artículo 81.3 TCE). Por consiguiente, el Reglamento 1/2003 suprimió la notificación previa necesaria para poder ampararse en las referidas exenciones individuales. Ahora bien, ello sin perjuicio de que el artículo 10 del Reglamento 1/2003 prevea, con carácter excepcional, que la Comisión, de oficio, pueda emitir una decla-

³⁷ N. REICH analiza la vulneración del artículo 81.1 TCE y del artículo 4 del Reglamento 2002, *loc. cit.*, pp. 50-65.

³⁸ En relación a este Reglamento véase, *supra*, la nota 19.

³⁹ Merece destacarse que la compatibilidad de los acuerdos, decisiones o prácticas que afecten al comercio entre los Estados miembros con el Derecho de la competencia también se lleva a cabo en otras instancias como en la fase de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras (WALBROECK, M., FRAGNINI, A., *Commentaire...*, *op. cit.*, pp. 543-544; WALBROECK, M., FRIGNANI, A., *Derecho europeo...*, *op. cit.*, p. 709) o en fase de la anulación de un laudo arbitral (Sentencia del TJCE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time LTD v. Benetton International NV*, C-126/97, Rec. p. I-3055) sobre la base del recurso al orden público.

ración de inaplicabilidad del artículo 81 TCE en la medida que así lo requiera el interés público comunitario⁴⁰.

Sea como fuere, por lo que a los contratos de distribución de vehículos a motor se refiere, la Comisión puso de manifiesto que la exención individual de acuerdos verticales que contuvieran restricciones especialmente graves sería poco probable⁴¹. Sentado lo anterior, la constatación por los jueces nacionales de la inclusión de una restricción especialmente grave (artículo 4 del Reglamento 2002) en el contrato de distribución conllevaría automáticamente la exclusión del referido contrato de la exención por categoría y, en consecuencia, resultaría nulo en su totalidad (artículo 81 TCE).

Ahora bien, como hemos puesto de relieve previamente, corresponde al Derecho nacional aplicable a la relación contractual establecer el régimen de la ineficacia que la citada nulidad despliega sobre el contrato en general y ello más allá de su exclusión de la exención por categoría prevista por el Derecho comunitario. Así, el Tribunal de Justicia afirma que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, conforme al derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias, para la totalidad de las relaciones contractuales, de la posible prohibición de determinadas cláusulas contractuales en virtud del artículo 81 CE⁴². En el mismo sentido se había manifestado con anterioridad el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, cuando propuso al Tribunal de Justicia que se pronunciara de la siguiente manera: «Las disposiciones establecidas en contratos que no hayan sido resueltos en tiempo oportuno y que sean contrarias al Reglamento n.º 1400/2002 quedan extinguidas en todo caso tras el período transitorio y son nulas. Que este hecho tenga como consecuencia la nulidad de todo el contrato de concesión es una cuestión que debe dirimirse con arreglo al Derecho nacional»⁴³.

De lo anterior se desprende que el Derecho comunitario rige la nulidad de pleno derecho de las conductas que impidan, restrinjan o falseen la competencia dentro del mercado común (artículo 81.2 TCE). En cambio, al derecho nacional aplicable al contrato le corresponde regular los efectos

⁴⁰ Sobre ello véase, el apartado 14 de la Exposición de motivos del Reglamento 1/2003.

⁴¹ *Guía explicativa del Reglamento 2002*, p. 31.

⁴² Sentencia de 30 de noviembre de 2006, C-376/05 y C-377/05 *cit.*, apartado 48.

⁴³ Segunda propuesta de respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, Conclusiones del Abogado General Sr. L. A. GEELHOED presentadas el 28 de septiembre de 2006 en los asuntos C-376/05 y C-377/05.

de la referida nulidad respecto a las pretensiones de naturaleza civil que puedan interponerse ante los órganos jurisdicciones nacionales de los Estados miembros. Ahora bien, esta primera aproximación a la interacción entre dichos ordenamientos jurídicos debe completarse con la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia ha consolidado alrededor de la nulidad establecida por el artículo 81.2 TCE y que ha venido a restringir el ámbito de aplicación del derecho nacional.

En efecto, el Tribunal de Luxemburgo ha abordado no sólo los rasgos que caracterizan a la referida nulidad sino que también ha incidido en sus efectos respecto a la indemnización por daños y perjuicios que, en su caso, corresponda. A modo de síntesis, la nulidad prevista por el artículo 81.2 TCE es de pleno derecho. Así, la misma puede declararse tanto de oficio como puede invocarse por cualquier individuo, en cuyo caso la legitimación activa corresponde a quien demuestre un perjuicio sufrido como consecuencia del acuerdo que vulnera la competencia en el mercado común. Asimismo, la nulidad es absoluta en el sentido de que resulta oponible tanto entre las partes contractuales como frente a terceros⁴⁴ y, por último, sus efectos son *ex tunc*⁴⁵ salvando las situaciones en que los efectos retroactivos no fueran posibles⁴⁶.

Habiendo señalado las características de la nulidad prevista por el artículo 81.2 TCE, entonces a la *lex contractus* compete regir los efectos de la misma respecto de las posibles restituciones de las prestaciones que las partes contratantes hubieren realizado recíprocamente; de la indemnización

⁴⁴ Sentencia del TJCE de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import Co. v. SAGL Import Export*, C-22/71, Rec. p. 949, apartado 29 y fallo n.º 4. Asimismo, sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1983, *Société de vente de ciments et bretons de l'Est SA y Kerpen & Kerpen GMBH & Co. KG*, C-319/82 *cit.*, apartado 11; sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd v. Bernard Crehan y Bernard Crehan v. Courage Ltd y otros*, C-453/99, Rec. p. 1-6297, apartado 22.

⁴⁵ Sentencia del TJCE de 6 de febrero de 1973, *SA Brasserie de Haecht v Wilkin-Janssen*, C-48/72, Rec. p. 77, apartado 26. Además véase, sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd v. Bernard Crehan y Bernard Crehan v. Courage Ltd y otros*, C-453/99 *cit.*, apartado 22.

⁴⁶ Sobre las características predicables de la nulidad contemplada por el artículo 81.2 TCE veáanse, entre otros, CIENFUEGOS MATEO, M., «L'application de la nullité de l'article 85, 2.2, du Traité C.E.E. par les juridictions nationales (avec un examen particulier du domaine des transports aériens). Consequences dans l'ordre juridique interne», *Cahiers de Droit Européen*, N.ºs 3-4, 1991, pp. 317-353; WAELBROECK, M., FRIGNANI, A., *Commentaire...*, *op. cit.*, pp. 542-547; WAELBROECK, M., FRIGNANI, A., *Derecho europeo...*, *op. cit.*, pp. 707-713.

por daños y perjuicios; de la posible convalidación del contrato; de su confirmación, etc. Llegados a este punto, el Tribunal de Justicia abordó también la cuestión del derecho a reclamar indemnización por daños y perjuicios por el responsable de la distorsión de la competencia. Al respecto, en el asunto *Courage*, el Tribunal de Justicia comenzó afirmando que el artículo 81 TCE impide que las normas nacionales prohíban a los responsables de la distorsión de la competencia solicitar una indemnización por daños y perjuicios, para luego terminar concluyendo que, no obstante, «el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia»⁴⁷.

A ello todavía deberíamos añadir que el artículo 2 del Reglamento 1/2003 se ocupa de regular el régimen de la carga de probar que el acuerdo o práctica correspondiente impide, restringe o falsea la competencia dentro del mercado común (artículo 81.1 TCE) o, por el contrario, que reúne las condiciones para quedar amparado por el artículo 81.3 TCE.

En definitiva, con exclusión de los ámbitos sobre los que el TJCE ha interpretado la sanción de la nulidad del artículo 81.2 TCE, corresponde a la *lex contractus* designar el régimen de ineficacia del contrato en causa. De este modo, como adelantamos, el derecho nacional aplicable al contrato deberá pronunciarse sobre las acciones que den curso a las pretensiones de las partes (declarativa de la nulidad de pleno derecho; de indemnización por daños y perjuicios; restitutoria o, en su caso, de enriquecimiento injusto, etc.); sobre la convalidación del negocio jurídico o su confirmación; e incluso sobre la nulidad parcial del mismo. En relación a esta última cuestión, ciñéndonos al ámbito de la distribución de vehículos de motor, el artículo 5 del Reglamento 2002 sanciona también con la nulidad una serie de cláusulas denominadas «condiciones específicas». En relación a estas condiciones, la Guía explicativa del Reglamento n.º 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado

⁴⁷ Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd v. Bernard Crehan y Bernard Crehan v. Courage Ltd y otros*, C-453-99 *cit.*, apartado 36 y fallo. Sobre esta sentencia véanse, entre otros, FERNÁNDEZ, C., MORENO-TAPIA, I., «Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: el asunto *Courage*», *InDret*, 1/2002, 11 pp.; REICH, *loc. cit.*, pp. 35-66.

3 del artículo 81 CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (en adelante, la «Guía explicativa del Reglamento 2002») señala que las obligaciones específicas que no cumplan las condiciones enumeradas en el artículo 5 no están exentas, aunque es posible que con arreglo al derecho contractual nacional se separen dichas obligaciones del resto del acuerdo, dejando que la exención por categoría cubra el resto⁴⁸. Con lo cual, corresponderá a la *lex contractus*, a la luz de las circunstancias que rodeen al contrato en causa, determinar si y en qué medida la nulidad parcial tendrá cabida para mantener la vigencia de la parte del contrato no afectada por el artículo 5 del Reglamento 2002⁴⁹. Contrariamente, como pusimos de relieve, la ineficacia del contrato es absoluta en la medida en que el mismo incorpore alguna de las restricciones enumeradas en el artículo 4 del Reglamento 2002. En efecto, el citado Reglamento no permite que las restricciones especialmente graves puedan separarse del resto del acuerdo para permitir que éste pueda continuar beneficiándose de la exención por categorías. En consecuencia, la inclusión de cualquiera de dichas restricciones afecta a la totalidad del contrato determinando su nulidad absoluta⁵⁰.

B. Asunto Citroën: la infracción de las condiciones generales de aplicación del Reglamento 2002 (artículo 3)

En el asunto *Citroën*, el Tribunal de Luxemburgo aborda la esfera de aplicación de la ley rectora del contrato en relación a la presunta infracción que las cláusulas del contrato de distribución cometen a los requisitos para la aplicación de la exención por categoría del Reglamento 2002, re-

⁴⁸ *Guía explicativa del Reglamento 2002*, pregunta 6, p. 21.

⁴⁹ Sobre este aspecto véase, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia núm. 540/2000 de 2 de junio *cit.*, fundamento de derecho séptimo, E.

⁵⁰ Sobre la diferencia entre las consecuencias que despliegan, por una parte, las restricciones especialmente graves (artículo 4 del Reglamento 2002) y, por otra parte, las condiciones específicas (artículo 5 del Reglamento 2002) véanse, entre otros, *Guía explicativa del Reglamento 2002*, p. 12, p. 31 y p. 33; ARAUJO BOYD, M. (Coord.), *op. cit.*, p. 26; ARAUJO, M., ESCUDERO, A., «Prohibición de prácticas colusorias (III): restricciones verticales» en *Tratado de Derecho de la competencia*, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, J. (coord.), Bosch, 2005, p. 362; DROANDI, A., «La nuova disciplina comunitaria sulla distribuzione di autoveicoli: *background* e nuove prospettive aperte dal Regolamento CE 1400/2002», *Contratto e Impresa/Europa*, N. 2, 2002, pp. 1240-1241.

cogidos en su artículo 3, que lleva por título «Condiciones generales». En efecto, en este asunto, el distribuidor sostiene la ilegalidad de la resolución del contrato de distribución realizada por el proveedor sobre la base de dos argumentaciones. En virtud de la primera de ellas, el distribuidor considera que el contrato contiene una cláusula de resolución expresa contraria a lo previsto en el artículo 3.4 del Reglamento 2002, puesto que la referida cláusula contractual no contempla la condición del preaviso por escrito en el que consten con detalle las razones objetivas y transparentes de la resolución. Con arreglo a la segunda argumentación, el distribuidor mantiene que el contrato no ha previsto la intervención previa a su resolución, bien de un experto o mediador independiente, o bien de un órgano jurisdiccional nacional que declare la legalidad de la resolución contractual. Ello de conformidad con la interpretación extensiva que del artículo 3.6 del Reglamento 2002 realiza el distribuidor, ya que este precepto en ningún caso establece expresamente la intervención preceptiva de las citadas autoridades con carácter previo a la resolución del contrato.

Merece destacarse que el distribuidor invoca la infracción de las condiciones generales relativas a la protección contractual (artículo 3, apartados 3 a 6 del Reglamento 2002) sin que las condiciones vinculadas a los umbrales de las cuotas de mercado se tomen en consideración (artículo 3, apartados 1 y 2 del Reglamento 2002). En otras palabras, las condiciones generales se clasifican en dos bloques, el primero de ellos compuesto por las condiciones vinculadas a las cuotas de mercado (apartados 1 y 2 del artículo 3) y el segundo de ellos constituido por las condiciones relativas a la protección contractual (apartados 3 a 6 del artículo 3).

Dicha clasificación no es baladí, puesto que si bien las condiciones vinculadas a los umbrales de las cuotas de mercado quedan al margen de toda duda interpretativa, en los asuntos objeto de análisis, por el contrario, las condiciones referidas a la protección contractual han suscitado divergencias interpretativas que el Tribunal de Luxemburgo se ha ocupado de resolver. En efecto, por una parte, el Tribunal de Justicia, al interpretar el requisito de que el preaviso conste por escrito (artículo 3.4 del Reglamento 2002), sostiene que ninguna disposición del Reglamento n.º 1400/2002 prohíbe a las partes de un acuerdo incluido en el ámbito de aplicación de este Reglamento establecer una cláusula expresa de resolución como la controvertida en el litigio principal (recordemos que se trataba de una cláusula que permite la resolución del contrato de manera inmediata, de pleno derecho y sin requerimiento en caso de incumplimien-

to por parte del distribuidor). Por tanto, la validez de una cláusula de esta índole no depende, en principio, de dicho Reglamento, sino únicamente del Derecho nacional⁵¹. En este sentido, la Guía explicativa del Reglamento 2002 deja constancia de que la eficacia de una resolución contractual sin preaviso, en la medida que fuera consecuencia de un previo incumplimiento contractual de la otra parte, dependerá del derecho nacional aplicable al contrato⁵².

Por otra parte, en cuanto a la condición de que el acuerdo establezca el derecho de cada una de las partes a someter a un experto o mediador independiente los litigios relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (artículo 3.6 del Reglamento 2002), es suficiente que el acuerdo de distribución incorpore el referido derecho sin que, por lo tanto, el recurso al árbitro o al mediador se imponga con carácter imperativo, dado que el Reglamento 2002 no contempla la obligatoriedad de plantear la controversia ante ellos⁵³.

Por último, es importante resaltar que, respecto a la intervención del perito, árbitro o juez nacional, el Reglamento 2002 contiene una importante laguna legal puesto que no establece si tal intervención debiera realizarse: i) antes de la resolución contractual o si, por el contrario, ii) los efectos de ésta deben quedar suspendidos a la espera de una decisión en cuanto a la validez de la resolución.

⁵¹ Sentencia de 18 de enero de 2007, C-421/05 *cit.*, apartado 28. A ello, el TJCE añade que «en caso de que un proveedor infrinja el requisito de aplicación de la exención por categoría enunciado en el artículo 3, apartado 4, del Reglamento n.º 1400/2002, el juez nacional debe tener la posibilidad de extraer todas las consecuencias de tal hecho, conforme el Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez del acuerdo de que se trate a efectos del artículo 81 CE, como en lo que atañe a la reparación del daño eventualmente causado al distribuidor cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica contrarios al artículo 81 CE» (apartado 33). Para luego terminar concluyendo que: «el mero hecho de que un acuerdo incluido dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento prevea una cláusula expresa de resolución como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el proveedor puede resolver dicho acuerdo de pleno derecho y sin preaviso en caso de incumplimiento por parte del distribuidor de una de las obligaciones contractuales mencionadas en la cláusula, no tiene por efecto hacer inaplicable a este acuerdo la exención por categoría prevista en el artículo 2, apartado 1» (apartado 37 y fallo).

⁵² *Guía explicativa del Reglamento 2002*, pregunta 69, p. 65. Véase además, ARAUJO BOYD, M. (Coord.), *op. cit.*, p. 253.

⁵³ Sentencia de 18 de enero de 2007, C-421/05 *cit.*, apartados 26 y 27. Asimismo, ARAUJO BOYD, M. (Coord.), *op. cit.*, p. 99.

Sentado lo anterior, el TJCE resuelve preliminarmente la cuestión mediante la aplicación de los principios de equivalencia y de efectividad⁵⁴. De este modo, por un lado, conforme al principio de equivalencia, el perito, árbitro o juez nacional no puede estar obligado a intervenir con carácter previo a la resolución efectuada en virtud de una cláusula expresa de resolución si esta intervención previa tampoco se exige cuando se examina la validez de tal resolución a la luz de disposiciones similares de Derecho interno. Por otro lado, en lo que atañe al principio de efectividad, no puede considerarse que el hecho de que una cláusula expresa de resolución tenga por efecto excluir la intervención previa de un perito independiente, árbitro o juez nacional, y que los efectos de dicha resolución no queden suspendidos a la espera de una decisión en cuanto a la validez de esta resolución, haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Reglamento 2002.

De lo que acabamos de exponer se desprende que los acuerdos verticales susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros solamente resultarán compatibles con el Derecho comunitario de la competencia en la medida en que cumplan los requisitos implantados por el Reglamento 2002 (artículo 81.3 TCE). En este sentido, el pronunciamiento del TJCE en el asunto *Citroën* ha colmado el contenido del artículo 3, apartados 4 y 6 del Reglamento 2002.

En definitiva, el Tribunal de Justicia en el caso *Citroën* aborda la cuestión de la interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional aplicable al contrato con ocasión de la interpretación del artículo 3 del Reglamento 2002. Ahora bien, no se detiene en esa única cuestión sino que además trae a colación los principios de efectividad y de equivalencia con el objetivo de recordar que la protección y aplicación del Derecho comunitario de defensa de la competencia pasa por garantizar el acceso a la justicia de todos los individuos en situación de igualdad.

⁵⁴ El Tribunal de Luxemburgo establece que «corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la relación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)», apartado 34.

En relación a los principios de equivalencia y de efectividad véase OLIVER, P., «Le Règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence», *Cahiers de Droit Européen*, Números 3-4, 2005, pp. 351-394.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En los asuntos *BMW* y *Citroën*, el Tribunal de Justicia, de nuevo, aprovecha la ocasión para establecer las directrices que regulan la interacción entre, por un lado, el ordenamiento jurídico comunitario y, por otro lado, el ordenamiento jurídico nacional en relación a los contratos de distribución cuyas cláusulas puedan impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (artículo 81.1 del TCE). En ambos asuntos, el TJCE debe interpretar los requisitos para la aplicación de la exención por categoría del Reglamento 2002 a los efectos de que los contratos de distribución, susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros, puedan ampararse en dicho Reglamento y, por consiguiente, sustraerse a la prohibición implantada por el artículo 81.1 TCE.

El Tribunal de Luxemburgo confirma su jurisprudencia precedente declarando que al Derecho comunitario corresponde pronunciarse sobre la nulidad de los acuerdos incompatibles con el Derecho de la competencia, mientras que al ordenamiento jurídico nacional aplicable al contrato de distribución compete regular el régimen de la ineficacia de la referida infracción respetando, en cualquier caso, los rasgos que caracterizan la nulidad de pleno derecho del artículo 81.2 TCE, dado que consiste en una noción comunitaria. Y al hilo de ello, aprovecha la oportunidad para resolver las divergencias interpretativas que las condiciones relativas a la protección contractual (artículo 3, apartados 3 a 6 del Reglamento 2002) eran susceptibles de originar a los efectos de aplicar la exención por categoría prevista por el referido Reglamento.

En definitiva, la sujeción de las consecuencias de la nulidad total o parcial de los contratos a la ley que los rija implica el mantenimiento del conflicto de leyes en el ámbito europeo. Esta falta de uniformidad podría superarse si en el futuro llegara a adoptarse un Código civil europeo que acometiera la reglamentación material de la ineficacia de los referidos contratos.

LEX CONTRACTUS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.
LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN DE VEHÍCULOS
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

RESUMEN: El presente comentario tiene por objeto las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pronunciadas en el asunto *A. Brünster GmbH*,

Autohaus Hilgert GMBH y Bayerische Motorenwerke AG (C-376/05 y C-377/05) y en el asunto *City Motors Groep NV y Citroën Belux NV (C-421/05)*. Ello con el objetivo de delimitar el ámbito de aplicación de, por un lado, el Derecho comunitario y, por otro lado, los ordenamientos jurídicos nacionales respecto de los contratos de distribución de vehículos de motor. En particular, merece destacarse la relevancia de la *lex contractus* en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia a los efectos de determinar los efectos de la nulidad de ciertas cláusulas contractuales.

PALABRAS CLAVE: Derecho comunitario de la competencia; *lex contractus*; contratos de distribución; rescisión de los contratos de distribución.

LEX CONTRACTUS AND COMMUNITY COMPETITION LAW.
THE TERMINATION OF MOTOR VEHICLE DISTRIBUTION CONTRACTS
IN THE ECJ CASE LAW

ABSTRACT: This paper deals with two judgments of the Court of Justice of the European Communities held in the case *A. Brünster GMBH, Autohaus Hilgert GMBH y Bayerische Motorenwerke AG (C-376/05 and C-377/05)* and in the case *City Motors Groep NV y Citroën Belux NV (C-421/05)*. Our purpose is to define the scope of the both Community law and national laws in relation to the motor vehicle distribution contracts. Particularly, it is worth highlighting the relevance of the *lex contractus* in the field of Community competition law in order to establish the effects of the invalidity of some contractual provisions.

KEY WORDS: Community competition law; *lex contractus*; Distribution contracts; termination of the distribution contracts.

LEX CONTRACTUS ET DROIT DE LA CONCURRENCE.
LA RESILIATION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION DE VEHICULES
A MOTEUR DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJCE

RESUME: Le présent commentaire verse sur les arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes prononcées dans l'affaire *A Brünster GMBH, Autohaus Hilgert GMBH et Bayerische Motorenwerke AGS (C-376/05 et C-377/05)* et dans l'affaire *Ville Motors Groep NV et Citroën Belux NV (C-421/05)*. Le but est de délimiter le champ d'application du Droit communautaire, d'une part, et des ordres juridiques nationaux en ce qui concerne les contrats de distribution de véhicules à moteur, d'autre part. En particulier, il faut souligner l'importance de la *lex contractus* dans le domaine du Droit communautaire de la concurrence pour déterminer les effets de la nullité de certaines clauses contractuelles.

MOTS CLÉS: Droit communautaire de la concurrence; *lex contractus*; contrat de distribution; résiliation des contrats de distribution.