

Energía

elEconomista

Revista mensual

26 de noviembre de 2015 | Nº 37



Andreas Schierenbeck

Consejero delegado de ThyssenKrupp Elevator

“Queremos conectar a Internet 180.000 ascensores en los próximos dos años” | P46

LOS PARTIDOS POLÍTICOS APOYAN A LAS RENOVABLES EN SUS PROGRAMAS

La mayoría de fuerzas políticas, a favor de un Plan de Transición Energética basado en las renovables y la eficiencia energética | P6

ANUARIO 2015 P13
ESPECIAL OPINIÓN P49



Alfredo Hernández

Socio y Responsable del Dpto.
de Competencia. Estudio
Jurídico Ejaso

Estudio Jurídico Ejaso,
como parte que ha sido
del procedimiento,
quiere dar su opinión y
ajustar el contenido de
la sentencia del
Tribunal Supremo del
pasado 20 de octubre a
su valor real jurídico en
el asunto Pozuelo 4 y
Galp Energía España

La regla ‘de minimis’ y la sentencia del Tribunal Supremo

La Sala Primera del Tribunal Supremo en Pleno, dictó sentencia el pasado 20 de octubre en el asunto Pozuelo 4, S.L.- Galp Energía España, S.A. Sobre el contenido de la misma se han pronunciado distintos abogados y distintos medios de comunicación, llegando en algunos casos a las conclusiones más extravagantes.

Queremos con estas líneas, como parte que hemos sido en el procedimiento, dar nuestra opinión y ajustar el contenido de la sentencia a su real valor jurídico, que es a nuestro juicio muy alto, y también muy distinto al que algunos han venido manifestando.

Hasta esta sentencia del Pleno, el Tribunal Supremo y los jueces de lo Mercantil de las distintas instancias, venían sosteniendo que si el proveedor tenía una cuota inferior al 5 por ciento del mercado, se podía aplicar la regla *de minimis* y, considerando que el contrato no afectaba de manera significativa a la competencia, permitir que la duración del mismo fuera la que las partes desearan sin limitación alguna.

En este sentido se había pronunciado la sección vigésimo octava de la Audiencia Provincial de Madrid, la Sección décimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona y el

propio Tribunal Supremo en sentencias dictadas durante el año 2012.

Consideraban todas estas sentencias que la cuota inferior al 5 por ciento daba lugar a un puerto seguro, en el que la duración no debía ser analizada por considerar que el contrato no afectaba de forma real y significativa a la competencia.

En el supuesto que nos ocupa se solicitó y obtuvo el que el Tribunal Supremo, a pesar de esa jurisprudencia del año 2012, planteara cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que resolvió mediante auto de 18 de diciembre de 2014, en el que de manera meridianamente clara señalaba que no era un solo requisito el necesario para aplicar la regla de minimis, sino dos requisitos, ambos imprescindibles y acumulativos, para proceder a aplicar la citada regla.

El primero, efectivamente, era la cuota, pero el segundo, tan necesario como el primero, era el que “la duración de dicho contrato no sea manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, lo cual deberá comprobar el órgano jurisdiccional remitente”.

Los contratos suscritos por Pozuelo 4 y Galp Energía lo fueron en 1993 y en 1998. El Tribunal Supremo solicitó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMC) le indicara la duración media en el mercado español de los contratos de suministro en exclusiva en el año 1993 y en el año 1998, y la CNMC respondió el 1 de junio de 2015 que la duración media en el año 93 era de 28,47 años y en el año 98 de 25,53 años.

La CNMC también señalaba que dicha respuesta estaba sustentada en los datos que poseía de 4.374 estaciones, que suponían solo el 34 por ciento del total de estaciones censadas, que ascendía a 12.756, y este dato sí es muy significativo.

Las estaciones sobre las que la CNMC realizó sus cálculos son, lógicamente, las que hasta ese año, 1993, habían pertenecido a Campsa y que provenían de concesiones administrativas de larguísima duración. Solo así se explica que la duración de los contratos en España en aquellas fechas fuera tan elevada, cuando el Reglamento (CEE) número 1984/83, en vigor en aquel momento, fijaba en 10 años el límite máximo de los contratos de suministro en exclusiva.

Pero quizás, siendo lo anterior clave para resolver el caso concreto de Pozuelo 4 y Galp Energía, no es ni de lejos lo más trascendente.

Lo más trascendente es que por fin el Pleno de la Sala Primera se ha apartado del erróneo criterio de que una cuota inferior al 5 por ciento permitía cualquier duración en los contratos y ha admitido que si la duración es manifiestamente excesiva, con independencia de que la cuota sea

despreciable, el contrato afecta a la competencia y debe, por tanto, sujetarse al límite máximo de 5 años establecido por el Reglamento (CE) número 2790/99 y por el actual Reglamento (CE) número 330/2010. En caso contrario, la consecuencia, también manifiesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sería la nulidad radical y absoluta del contrato.

Así pues, si bien para el supuesto de Pozuelo 4 y Galp Energía, el Tribunal Supremo manifiesta, a la vista de lo informado por la CNMC, que no debe apreciar la nulidad de origen de los contratos, no es menos cierto que si analizáramos los contratos en el momento en que debieron adecuarse al Reglamento (CE) número 2790/99, esto es, el 1 de enero de 2002, muy probablemente la conclusión sería bien distinta.

En cualquier caso, en la aplicación de la Regla *de minimis*, tras la publicación de esta sentencia, resulta indiscutible que su aplicación requiere del cumplimiento del doble requisito: cuota inferior al 5 por ciento y duración que no sea manifiestamente excesiva.

Por último, señalar que para operadores con una cuota superior al 5 por ciento, el cambio de criterio jurisprudencial que declara “nulidad de pleno derecho” de los contratos de duración superior a 5 años, a partir de 1 de enero de 2002, continúa siendo absolutamente válido y vigente.

Quedaría pendiente de resolver si los contratos de operadores con una cuota inferior al 5 por ciento cuando se firmaron, devinieron nulos una vez que ese operador sobrepasó el citado porcentaje. A nuestro juicio esa es la interpretación más acertada.

Alfredo Hernández

Socio y Responsable del Dpto de Competencia. Estudio Jurídico Ejaso

En la aplicación de la Regla ‘de minimis’, tras la publicación de esta sentencia, resulta indiscutible que su aplicación requiere del cumplimiento del doble requisito: cuota inferior al 5% y duración que no sea manifiestamente excesiva