

## El contrato de agencia desde la perspectiva del Derecho antitrust: el caso "REPSOL".

**Comentario a la Decisión de la Comisión de 12-04- 2006 (asunto COMP/B-1/38.348 - REPSOL C.P.P.)**

por Fernando Díez Estella (\*)

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción
2. El mercado de la distribución de carburantes
3. El sometimiento a la normativa antitrust de los contratos de distribución de combustibles en Estaciones de Servicio
4. La Decisión REPSOL C.P.P.
5. Conclusiones

### 1. Introducción

Las relaciones contractuales entre los titulares de empresas explotadoras de Estaciones de Servicio (o, más comúnmente, los *gasolineros*) y las compañías productoras o distribuidoras de carburantes petrolíferos (principalmente, combustibles para automóviles) ha ocupado últimamente un protagonismo inusual en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia.

En efecto, en el marco de la recientemente instaurada aplicación judicial del Derecho antitrust, operada en nuestro país por la reforma de la Ley Concursal, se atribuye competencia (1) a los Jueces de lo Mercantil para el conocimiento de procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Con la entrada en vigor de las propuestas contenidas en el actual Proyecto de Ley para la Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, también estos juzgados serán competentes para la aplicación de los artículos 1 y 6 de nuestra actual Ley 16/89, de Defensa de la Competencia. Hasta ahora ha sido el Tribunal de Defensa de la Competencia quien los ha aplicado –y con profusión– en el ámbito de las relaciones entre las Estaciones de Servicio y las Petroleras.

Además, este ámbito contractual y las presuntas prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por las empresas que ostentan una clara situación de dominio –nos hallamos ante una industria altamente concentrada por el lado de la oferta– en el mercado de la distribución de carburantes se ha convertido en el “tema estrella” de la aplicación de la normativa antitrust por parte de los órganos jurisdiccionales, acumulando (a mediados de 2006) treinta y dos de las treinta y siete (es decir, un 86,5%) demandas registradas desde su constitución por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid (2).

En este contexto de litigiosidad asociada a la aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia al sector de la distribución de combustibles derivados del petróleo tiene una importancia más que relevante el hecho de que los titulares de empresas que explotan Estaciones de Servicio

–normalmente personas físicas o empresas familiares, que no suelen explotar más que una única gasolinera– actúen frecuentemente como agentes comisionistas de las distribuidoras –principalmente grandes compañías petroleras, mayoristas, y propietarias o arrendatarias de una extensa red de Estaciones–.

Como es sabido, este sector está caracterizado en toda Europa por una serie de relaciones –Acuerdos– verticales entre unos y otros, que regulan la distribución de combustibles petrolíferos en las Estaciones de Servicio, y que suelen incorporar, entre otras, las siguientes: la exclusiva de aprovisionamiento de los explotadores de los puntos de venta de un solo proveedor (*cláusula de exclusividad*); la no designación por parte de la compañía petrolera de más agentes en una determinada zona (*cláusula de no competencia*), así como la obligación del agente de no realizar una actividad profesional relacionada con bienes y servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes con los de su principal (*prohibición de competencia*), relaciones que se articulan a través de diversas modalidades contractuales.

Por su relevancia, esta cuestión mereció un tratamiento específico (3) en el antiguo Reglamento de Exención por Categorías de determinados Acuerdos de compra exclusiva, Reglamento que ha sido recientemente sustituido por el Reglamento (CE) 2790/1999, de la Comisión (4), relativo a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de Acuerdos Verticales y prácticas concertadas. Como veremos en un epígrafe posterior, especialmente relevantes han sido las Directrices (5) que han acompañado a este Reglamento, ya que en ellas se dedica un apartado específico al tema del con-

(\*) Agradezco a la Cátedra ICO–Nebrija su apoyo financiero para la elaboración de este trabajo, y a Nuria Keller Pie sus valiosos comentarios y sugerencias.

(1) Vid. artículo 86.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

(2) Información ofrecida por el Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, en su intervención en el Curso de la UIMP “Presente y Futuro del Derecho de la Competencia en España y en Europa”, celebrado en Pontevedra, los días 14 a 16 de Julio de 2006.

(3) Título III, arts. 10 a 13, “Disposiciones especiales aplicables a los acuerdos de Estaciones de Servicio”, del Reglamento 1984/1983/CEE, DOCE L 173/5, de 30 de junio de 1983.

(4) DOCE L 336/21, de 19 de diciembre de 1999.

(5) DOCE C 291, de 13 de octubre de 2000.

trato de agencia desde la perspectiva antitrust.

Esto es así porque tradicionalmente el Derecho de la Competencia ha excluido del ámbito de aplicación de la prohibición contra las prácticas concertadas las relaciones entre el Principal y su Agente, por entender que no se trataba de dos empresas distintas, sino una única unidad económica, al actuar éste por cuenta y riesgo de aquél y por tanto, no existiendo sino un único centro de imputación de la actividad competitiva. Sin embargo, en circunstancias en las que pueda apreciarse que el agente actúa con un grado de independencia relevante, los Acuerdos Verticales –p.ej. los relativos a la fijación del precio de venta al público– entre éste y el principal sí son susceptibles de ser evaluados por las leyes antitrust nacionales y comunitarias, y por tanto susceptibles de constituir una infracción del artículo 81 del Tratado CE o del artículo 1 de nuestra LDC.

Precisamente ésta es la cuestión que será objeto de análisis en este trabajo, a la luz de los referidos y trascendentales cambios experimentados por la normativa comunitaria sobre Acuerdos Verticales, en el contexto del actual proceso de transformación y reforma que está también experimentando el Ordenamiento español de Defensa de la Competencia, y con motivo de la reciente Decisión (6) de la Comisión Europea en el Asunto *REPSOL C.P.P.* (en adelante, la *Decisión*).

Este pronunciamiento del Ejecutivo Comunitario ha tenido lugar con motivo de la solicitud realizada por *REPSOL* de una declaración negativa (7) respecto a los Acuerdos y contratos tipo que definen las condiciones en las que dicha compañía lleva a cabo la distribución de carburantes para vehículos automóviles en España, a través de las Estaciones de Servicio distribuidas por toda nuestra geografía.

La oportuna investigación llevada a cabo por la Comisión en el mercado del suministro de los carburantes a Estaciones de Servicio en España, arrojó una evaluación preliminar en la que se consideró que los contratos de suministro exclusivos a largo plazo

suscritos por *REPSOL* con Estaciones de Servicio suscitaban “preocupación” de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE, ya que podían dar lugar a un efecto de exclusión de competidores en el mercado de referencia.

Tras la publicación de la pertinente Comunicación en la que se invitaba a los terceros interesados a presentar sus observaciones, un análisis preliminar, unas propuestas de compromisos iniciales y otra propuesta posterior modificada, la Comisión finalmente aceptó los compromisos presentados por *REPSOL* mediante Decisión formal fechada el 12 de abril de 2006.

Para su análisis se seguirá el siguiente esquema; tras esta Introducción, se llevará a cabo en el capítulo 2 una somera descripción del mercado del suministro de carburantes a Estaciones de Servicio en España, al hilo siempre de la *Decisión* de la Comisión, así como de las principales modalidades contractuales empleadas para articular las relaciones entre las empresas petroleras y los titulares de empresas que explotan estaciones de servicio. A continuación, en el capítulo 3 se expondrá el marco normativo de referencia para este tipo de Acuerdos, centrando nuestra atención en la configuración del llamado *contrato genuino de agencia*, y su sujeción a la normativa antitrust, en el contexto de la nueva normativa sobre Acuerdos Verticales. Para ello se hará referencia a los pronunciamientos de los organismos administrativos, tanto comunitarios como nacionales, recaídos en esta materia, así como a la ya abundante jurisprudencia existente emanada de órganos judiciales tanto españoles como europeos. En el capítulo 4 se analizan más detenidamente los específicos problemas planteados por la *Decisión* de la Comisión, y el caso concreto de los contratos emple-

ados por *REPSOL*, y en el capítulo 5 se ofrecen una serie de conclusiones.

## 2. El mercado de la distribución de carburantes

Como ha quedado dicho, y así lo recoge la Comisión en su *Decisión* (Considerandos 12 a 18), el mercado de referencia en este asunto es el de la venta de carburantes, tanto gasóleos como gasolinas, principalmente para consumo automovilístico.

En España los carburantes producidos por una refinería o importados se introducen en la red de venta al por menor del productor o del importador (compuesta de Estaciones de Servicio propias o vinculadas) o se venden al por mayor, a tres tipos de clientes: (i) minoristas independientes que no forman parte de la red integrada de sus proveedores; (ii) operadores al por mayor (incluidas las grandes empresas petroleras que no están integradas verticalmente en España); o (iii) grandes clientes finales.

La venta al por menor comprende las ventas a los automovilistas en las Estaciones de Servicio, con o sin marca. Existen básicamente tres tipos de Estaciones de Servicio: (i) aquellas cuyos propietarios o suministradores son la misma empresa petrolera, que está integrada verticalmente; (ii) las Estaciones de Servicio independientes; y (iii) los supermercados.

En su *Decisión* la Comisión no consideró oportuno distinguir –a modo de submercados– entre venta al por mayor de carburantes y venta al por menor en Estaciones de Servicio, ni entre los diferentes tipos de carburantes (gasóleo o gasolina), ni entre los diferentes canales de venta (antes referido). Así mismo, desde el punto de

(6) Decisión de la Comisión, de 12 de abril de 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/B–1/38.348 – *REPSOL C.P.P.*).

(7) Como es sabido, la entrada en vigor, el 1 de mayo de 2004, del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (*DOCE L 1/1*, de 4 de enero de 2003), elimina la necesidad de este tipo de notificaciones, sustituyendo el sistema de autorización administrativa por uno de exención legal. Sin embargo, la solicitud de *REPSOL* se realizó el 20 de diciembre de 2001 y por tanto, estaba sujeta al antiguo Reglamento (CE) 17/62, de 6 de febrero. Como veremos más adelante, este cambio en la normativa vigente –cambio que, como máxima expresión del llamado “proceso de modernización” del Derecho comunitario de Defensa de la Competencia, excede con creces el ámbito de este trabajo– tiene también repercusiones en el caso concreto que nos ocupa.

vista geográfico (Considerando nº 19) no se subdivide el mercado nacional en varios submercados locales.

Como es sabido, el sector de la distribución de carburantes es uno de los más altamente concentrados en nuestro país, en el que tres grandes empresas (*REPSOL*, *BP* y *CEPSA*) controlan un 90% del mercado.

En cuanto a las modalidades contractuales, aunque éstas pueden revestir formas variadas y complejas, vamos a señalar aquí cuáles son las principales que emplean las compañías petroleras en sus relaciones con los titulares de Estaciones de Servicio. Sí es necesario señalar, con carácter preliminar, que el empleo de fórmulas contractuales en este ámbito ha dado lugar a un elevado grado de litigiosidad antitrust. Es más, y como se ha puesto de manifiesto en pioneras publicaciones sobre este aspecto, no es exagerado decir que los conflictos derivados de los contratos de distribución de combustibles suscritos por las compañías petrolíferas y las Estaciones de Servicio han “abierto la vía” (8) en España a la aplicación judicial del Derecho de Defensa de la Competencia, ahora ya consagrada por el Reglamento 1/2003 y el Proyecto de Reforma de la LDC.

En su *Decisión* la Comisión distingue (Considerandos 3 y 4) hasta ocho tipos de contratos diferentes en función, por un lado, del régimen de propiedad de la Estación de Servicio y, por otro lado, del tipo de relación comercial entre *REPSOL C.P.P.* y la empresa que explota la Estación de Servicio. El primer factor no incide —en lo sustancial— en la calificación jurídica de la relación comercial a los efectos de la sujeción de ese contrato a la normativa de competencia, y por ello aquí no será desarrollado.

Siempre teniendo en cuenta, por tanto, que el explotador de la Estación de Servicio puede recibir la calificación de “agente” o “revendedor”, nos encontramos con los siguientes tipos de contrato para la distribución de carburantes:

— “*CODO*”, en los que la Estación de Servicio es propiedad de la compañía petrolera y ésta la arrienda a la empresa explotadora.

— “*DODO*”, en los que la Estación de Servicio es propiedad de la misma empresa explotadora.

— “*Usufructo*”, que es un contrato entre la Petrolera y el propietario de una Estación de Servicio por el cual éste constituye un derecho real de usufructo a favor de aquélla. En su calidad de usufructuario, la compañía petrolera cede simultáneamente la Estación en arrendamiento para su explotación al nudo propietario o a un tercero ligado a él. Al término del contrato el nudo propietario recupera automáticamente la plena propiedad de la Estación de Servicio. La cesión se completa con un Acuerdo de Distribución de carburantes.

— “*Superficie*”, que es un contrato entre la compañía petrolera y el propietario de un terreno por el cual éste constituye un derecho real de superficie a favor de aquélla, que se convierte en propietaria de lo que se va a construir, mientras que la otra parte conserva la propiedad del suelo. Como propietario de lo construido, y al igual que en el modelo anterior, la compañía petrolera cede simultáneamente la Estación de Servicio en arrendamiento para su explotación al propietario del suelo, quien también adquiere la plena propiedad de lo construido al término del contrato, que igualmente se completa con un Acuerdo de Distribución de carburantes.

Estas modalidades contractuales son las más empleadas por las compañías petrolíferas en sus relaciones con las Estaciones de Servicio; *Vid.*, por ejemplo, para la empresa *CEPSA*, las conclusiones (9) de la Abogado General, Sra. Juliane Kokott, en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en relación con la denuncia planteada por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio sobre los contratos de suministro de combustibles.

Igualmente, en relación con la compañía *BP*, véase la Resolución *Contratos BP Oil España* (10), en la que nuestro TDC resuelve una solicitud de autorización singular para 22 contratos entre dicha compañía petrolera y un total de 24 Estaciones de Servicio, se analizan (FJ. 10º) negocios jurídicos que toman la forma de la constitución a favor de *BP* de un derecho de superficie, conforme al artículo 16 del Reglamento Hipotecario, unido a un arrendamiento de industria a favor del titular del terreno, con exclusividad de abastecimiento por parte de *BP*; en otro caso, el propietario del suelo y Estación de Servicio constituye un derecho de usufructo conforme al artículo 467 y siguientes del CC, conservando el nudo propietario, mediante un arrendamiento de industria, la explotación de la Estación a cambio de la percepción de un canon; finalmente, en otros casos figura la sucesión de arrendamientos en favor de *BP* y subarrendamientos de industria a favor del nudo propietario.

Aunque el sistema puede parecer —y sin duda lo es, al menos en parte— complejo, el diseño que hemos descrito es el mayoritariamente adoptado por ambas partes en sus relaciones contractuales, y trae causa de la exención otorgada por los Reglamentos comunitarios (tanto el anteriormente vigente (11), el 1984/83/CEE como el actual, 2790/99/CE), en los que se suaviza el límite temporal de cinco años para la *exclusividad* en el aprovisionamiento en función de que los terrenos desde los que se venden los bienes o servicios sean propiedad del proveedor o estén arrendados por éste a terceros no vinculados con el comprador.

Igualmente, y en lo que hace referencia a la *cláusula de inhibición de com-*

(8) Nos estamos refiriendo a la conocida jurisprudencia *DISA*. *Vid.*, a este respecto, el acertado análisis en GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., “La STS de 2 de junio de 2000 y sus implicaciones para los contratos de suministro exclusivo de carburantes entre compañías petroleras y Estaciones de Servicio”, *Diario La Ley*, nº 5274, 23 de marzo de 2001.

(9) Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de julio de 2006, Asunto C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos, S.A.*

(10) Resolución del TDC, de 30 de marzo de 2005, Expte. A 325/02.

(11) Este Reglamento establecía un máximo de diez años para otorgar la exención al contrato de suministro exclusivo, salvo que la compañía petrolera haya arrendado o concedido el usufructo de la Estación al explotador de la misma, en cuyo caso la duración de las obligaciones de exclusividad podía extenderse a la totalidad del período de explotación de la Estación arrendada u objeto de usufructo.

*petencia*, el artículo 5 del Reglamento 2790/1999 establece que no podrán acogerse a la exención otorgada por el mismo aquellas cláusulas de no competencia entre el proveedor y el comprador que tengan una duración superior a cinco años.

Como se ha señalado acertadamente (12), el nuevo Reglamento de Acuerdos Verticales pone el acento directamente en la titularidad del proveedor sobre los locales y terrenos en que se efectúan las transacciones, exigiendo que el proveedor bien sea el propietario, o bien los tenga arrendados a terceros no vinculados con el comprador. Estas técnicas contractuales (13) son precisamente las que han permitido en nuestro país –teniendo en cuenta las facilidades que suponen para evitar situaciones de infraversión antes de obtener los retornos oportunos– el desarrollo de la red de Estaciones de Servicio, a partir de la desaparición del monopolio de los petróleos.

Por otro lado, aunque el ámbito de este trabajo sea exclusivamente la distribución de combustibles en Estaciones de Servicio, sus conclusiones son perfectamente extensibles a otros sectores que repliquen el sistema de contratos y agentes o revendedores que aquí vamos analizar. Como ejemplo, *Vid.* la Resolución *REPSOL Butano* (14), en la que el Tribunal de Defensa de la Competencia analiza los mismos problemas de aplicación del Derecho antitrust a unos contratos de agencia, en este caso en el ámbito de la distribución de bombonas de butano.

### 3. El sometimiento a la normativa antitrust de los contratos de distribución de combustibles en Estaciones de Servicio

Llegamos a lo que constituye el núcleo de la discusión, y es ¿en qué casos están sometidos al Derecho de Defensa de la Competencia los Acuerdos entre compañías petroleras y Estaciones de Servicio? Para las modalidades contractuales que sí estén sometidas ¿constituye la imposición de precios

de venta al público o la duración de la exclusiva una infracción de la normativa antitrust?

El punto de partida de nuestro análisis necesariamente pasa por delimitar cuándo estamos ante un auténtico contrato de agencia, y cuándo estamos –aunque la calificación formal sea también la de agencia– ante un contrato de reventa u otras modalidades parecidas. Como ya se ha señalado anteriormente, en una primera aproximación diremos que en el primer caso no le es aplicable a ese Acuerdo la prohibición del artículo 81 del Tratado CE, y en el segundo sí.

Junto a esta cuestión, otro factor relevante para nuestro análisis será el cambio (15) en la normativa vigente sobre contratos de agencia, antes el Reglamento específico para esa categoría de acuerdos, el 1984/1983/CEE, y ahora el más amplio de Acuerdos Verticales, el Reglamento (CE) 2791/1999 y, muy especialmente, las Directrices que lo acompañan.

No pretendemos aquí llevar a cabo un exhaustivo desarrollo de la doctrina sobre Acuerdos Verticales, ni mucho menos trazar y recoger toda la historia del contrato de agencia en el Derecho antitrust; para ello nos remitimos a los excelentes estudios que ya lo han hecho, algunos de los cuáles se recogen en la bibliografía contenida en las notas a pie de página en este trabajo. Vamos simplemente a exponer cuál es el estado de la cuestión, y hacer una valoración de los diferentes criterios propuestos para delimitar cuándo nos hallamos ante una u otra categoría de acuerdo, especialmente a la luz de la

reciente jurisprudencia del TJCE en el asunto *Daimler Chrysler*. Igualmente, se dedicará un apartado específico al tema que más preocupa al Derecho de la Competencia en este tipo de contratos: las cláusulas de exclusividad. Las conclusiones y reflexiones que se desarrollen en este capítulo serán trasladadas, en el siguiente, a la Decisión de la Comisión en el asunto *REPSOL C.P.P.*, que estamos comentando.

#### A) El contrato de agencia ante el Derecho antitrust

Se ha señalado acertadamente (16) que en el ámbito de las relaciones contractuales entre un mayorista o productor y su red de distribución es tradicional el empleo del contrato de agencia como un cauce para evitar la aplicación de las normas de competencia que “vigilan” este tipo de Acuerdos Verticales.

Como es bien sabido, esta categoría de Acuerdos tienen un claro efecto negativo de cierre o reparto de mercados (y por tanto impedir la entrada de nuevos competidores), pero puede también generar efectos positivos, principalmente de una mayor eficiencia en los sistemas de distribución.

Podemos decir que las autoridades de competencia de la Unión Europea no siempre han tenido claro el adecuado balance entre ambos aspectos de los Acuerdos Verticales, y reflejo de ello es la reciente reforma operada en este ámbito a través del nuevo Reglamento (CE) 2790/1999, y que ha sido calificada por la mejor doctrina como “un viaje de ida y vuelta al enfoque económico” (17).

(12) LORENTE HURTADO, A., “Restricciones verticales en la distribución de combustibles petrolíferos. La cuestión de la agencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 14, año 2006, pág. 42.

(13) Basadas en la titularidad de un derecho real de uso y disfrute por parte del proveedor, a partir del cual cede en arrendamiento el punto de venta al comprador, del que previamente había obtenido la base de su derecho y que conserva la nuda propiedad del terreno.

(14) Resolución del TDC de 21 de octubre de 2002, Expte. 527/01.

(15) Sobre esta cuestión, *Vid.* IOP OROZ, S., “El mercado de la distribución de combustibles y carburantes a la luz de la nueva normativa comunitaria en materia de acuerdos verticales. Reglamento 1984/1983 versus Reglamento 2791/1999”, *Curso de Derecho de la Competencia Comunitario y Español*, Vol. II (2002), Ed. Dykinson – Universidad Rey Juan Carlos, pág. 37 y ss.

(16) QUINTÁNS EIRAS, R., “La utilización de los contratos de agencia como mecanismo para evitar la aplicación del Derecho de la Competencia. (A propósito de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de octubre de 2002, Expte. 527/2001, *REPSOL Butano*)”, *Actas de Derecho Industrial y de Autor*, Tomo XXVI, Ed. Marcial Pons, 2006, pág. 409 y ss.

(17) GUTIÉRREZ CARRIZO, I., “Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 229, Enero–Febrero 2004, pág. 91 y ss.

Con la anterior regulación, el también ya citado Reglamento (CE) 1984/1983, los Acuerdos de Agencia recibían un tratamiento de "privilegio", ya que quedaban directamente fuera de su ámbito de aplicación y no eran, por tanto, prohibidos por el artículo 81.1 del Tratado CE, al entender la Comisión que este precepto no era aplicable a un Acuerdo entre el principal y su agente. En cambio, sí lo eran, salvo que obtuvieran la oportuna autorización individual o por categorías, aquellos Acuerdos que establecieran un sistema de distribución que limitara el número de revendedores (Acuerdos de Distribución selectiva), que estableciera un reparto de mercado en zonas determinadas (Acuerdos de Exclusiva territorial) o que no permitieran la existencia de otros operadores que distribuyeran el mismo producto en determinadas zonas (Acuerdos de Distribución exclusiva).

Como es natural, esta confusa e incoherente regulación propició que muchos operadores en el mercado organizaran sus redes de distribución de forma que "encajaran" en el modelo del contrato de agencia, aunque su naturaleza jurídica y realidad económica fueran bien distintas, con el único objeto de eludir los requisitos legales que implicaba el sometimiento a los Reglamentos de exención por categorías entonces vigentes.

Algo se intentó —sin conseguirlo— remediar con la Comunicación de 24 de diciembre de 1962, *relativa a los contratos de distribución en exclusiva realizados por agentes comerciales* (18), a la que más adelante haremos extensa referencia.

El nuevo Reglamento 2790/1999 excluye de su ámbito de aplicación el contrato de agencia, y éste pasa a ser regulado de forma indirecta —y con el valor jurídico tan relativo y poco vinculante que tiene este tipo de documentos— por la Comunicación que contiene las Directrices relativas a las restricciones verticales que acompañan a dicho Reglamento y viene a sustituir la citada Comunicación de 1962.

Estas Directrices contienen, pues, la última palabra en esta azacana y

turbia relación (19) entre el Derecho de Defensa de la Competencia y el contrato de agencia, y en ellas la regla general (20) es la exclusión del contrato de agencia del ámbito de aplicación del artículo 81 del Tratado CE si el agente realmente actúa como tal, es decir, en nombre y por cuenta del empresario principal. En ese caso y dado que quien concluye a todos los efectos el negocio con el tercero es el principal, siendo el agente un mero organismo auxiliar en su servicio, en el mercado de los servicios de intermediación que éste presta, no se presenta como un competidor del principal, sino un colaborador suyo; no hay dos centros de imputación de actividad competitiva, sino uno solo, y por tanto todas las cláusulas que habitualmente acompañan a este tipo de contratos (típicamente, imposición de precios de venta y otras condiciones comerciales) quedan excluidas del escrutinio de las normas antitrust, y particularmente no caen bajo la prohibición del artículo 81 del Tratado CE o —en nuestro ordenamiento interno— el artículo 1 LDC.

Sin embargo, si pese a su denominación formal como "agentes", la persona o empresa con la que el principal contrata para la promoción de sus bienes y servicios no fuera tal, sino que en su realidad jurídica y económica fuera un empresario independiente, y por tanto no un auténtico comisionista del principal, entonces los citados Acuerdos de fijación de precios, suministro exclusivo, etc., sí caerían bajo el escrutinio de la normativa antitrust y serían, por tanto, susceptibles de infringir la prohibición del artículo 81 del Tratado CE o el artículo 1 LDC.

Los primeros reciben —en general— la denominación en las Directrices de *Acuerdos de Agencia genuinos*, y se

definen como "aquellos en los que el agente no asume riesgo alguno, o éste es insignificante en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad" (nº 15). Los segundos se denominan *Acuerdos de Agencia no genuinos* y se definen como aquellos en los que "el agente asume dichos riesgos y será tratado como un distribuidor independiente que ha de mantener su libertad a la hora de determinar su estrategia de mercadotecnia para poder recuperar sus inversiones relativas al contrato o específicamente destinadas al mercado" (nº 15, *in fine*).

En palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el conocido asunto *Bundeskartellamt c. Volkswagen AG and VAG Leasing GMBH* (21), en el que se exigía a los distribuidores que compraran los vehículos y los revendieran a su propio coste y riesgo, asumiendo por tanto el "agente" parte del riesgo financiero de la operación: "los representantes pueden perder su carácter de empresarios independientes sólo si no asumen ningún riesgo derivado de los contratos que negocian en nombre y por cuenta del principal y operan como órganos auxiliares formando una parte integral de la empresa del principal" (Considerando nº 21).

Se señalan a continuación cuáles han sido los criterios ofrecidos por la doctrina, la propia Comisión o por vía jurisprudencial para intentar delimitar cuándo nos encontramos frente a un contrato de agencia genuino y cuándo no.

## B) Criterios de delimitación propuestos

a) *La propiedad de la mercancía*. Tanto en la Resolución *CEPSA* (22) como en

(18) DOCE nº 139, de 24 de diciembre de 1962, págs. 2921 a 2962.

(19) *Vid.*, con carácter general, QUINTÁNS EIRAS, R., "Acuerdos de agencia y Derecho de la Competencia: nuevo régimen de las restricciones verticales", *CDC*, nº 34, 2001, pág. 67 y ss.; SOLER MASOTA, P., "Los acuerdos de agencia y el derecho de la competencia", *Revista General de Derecho*, nº 608, 1995, pág. 5327 y ss.

(20) Apdo. II de las Directrices: Acuerdos verticales que, por lo general, quedan excluidos del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81; nº 2. Acuerdos de agencia (n.º 12 a 20).

(21) Sentencia del TJCE, Asunto C-266/93, (1995) E.C.R. I-3477.

(22) Resolución del TDC, de 30 de mayo de 2001, Expte. 493/00.

(23) QUINTÁNS EIRAS, R., *op. cit.* pág. 423.

(24) Entre otras, *Vid.* las Sentencias del TJCE de 13 de julio de 1966, *Grunding y Costen*, Asuntos acumulados C-56/64 y C-58/64; Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie c. Comisión*, Asuntos

la ya citada *REPSOL Butano*, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia estimó que un presupuesto que puede servir para dilucidar si nos encontramos ante un verdadero Acuerdo de Agencia es el de determinar quién ostenta la propiedad de las mercancías que constituyen el objeto del contrato y el bien a suministrar.

En la segunda de las Resoluciones citadas, el Gas Líquido de Petróleo es adquirido por los distribuidores y posteriormente objeto de reventa al consumidor final, lo que desvirtúa el carácter de "agente genuino" del suministrador, que en principio debe operar por cuenta y en nombre del principal y sin asumir riesgos y no —como en el caso analizado por el TDC— de forma directa, como vendedor, con los usuarios finales. En la primera, la política de *CEPSA* con respecto a sus distribuidores, de exigirles el pago de la mercancía —el combustible— que les suministraba para su posterior venta al público, el alto grado de independencia de éstos, y especialmente el hecho de que realmente compraran la mercancía y luego la revendieran, llevó al TDC a obviar el calificativo formal de "agentes" para aplicar la normativa de Derecho de la Competencia a los contratos de distribución.

b) *La integración económica*. Se ha señalado acertadamente que "el TJCE (...) ha ido inclinándose en diversos pronunciamientos por el dato de la integración económica del agente en el canal distributivo del empresario principal, como criterio delimitador de la aplicabilidad, o no, del artículo 81.1 TUE" (23).

En efecto, del análisis de alguna jurisprudencia (24) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se deduce claramente cómo ha considerado que si el agente constituye una unidad económica con su principal no rige el principio de doble centro de imputación de la presunta actividad competitiva, sino el principio de *single economic entity*, ya consolidado en el acervo comunitario, y que excluye el sometimiento a la prohibición del artículo 81.1, lo que no impide, sin embargo, la

aplicación del artículo 82 del Tratado CE, que prohíbe el abuso de una posición dominante.

Por su parte, en la Resolución *BP Oil España* (25), incoado a raíz de una denuncia de la Confederación Española de Estaciones de Servicio contra dicha empresa por supuestas prácticas discriminatorias, nuestro TDC habla de "empresarios independientes" (FJ. 3º) para referirse a los suministradores de productos petrolíferos y a los titulares Estaciones de Servicio, y entiende que en ese caso no existe integración económica sino que actúa cada uno asumiendo su propio riesgo.

c) *La asunción de riesgos*. Una de las novedades que introducen las Directrices Verticales es precisamente la afirmación, en el contexto que nos ocupa, de que "el factor determinante en la evaluación de la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 81 es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal" (Párrafo nº 13). Esta distinción ha sido plenamente asumida por nuestro TDC en sus Resoluciones (26).

Por tanto, para la delimitación de cuándo nos encontramos ante un contrato de agencia y cuándo no, y por tanto, cuándo son aplicables las normas de Defensa de la Competencia y cuándo no, el criterio último es el del riesgo empresarial, criterio por otra parte clásico en el Derecho Mercantil en la configuración de los contratos tipo agencia y comisión. Las diferentes clasificaciones que se han propuesto para los tipos de riesgo que asume el

agente son variadas en la terminología, pero coincidentes en el concepto que subyace; así, las Directrices distinguen entre "riesgo financiero" y "riesgo comercial"; algunos autores (27) proponen la calificación de "riesgo de la operación" y "riesgo de la actividad"; otros (28), "riesgos específicos de los contratos" y "riesgos directamente vinculados a las inversiones".

No se trata aquí de hacer una relación exhaustiva y un comentario a cada una de estas clasificaciones. Lo importante es la idea, expresada con mayor o menor claridad según los términos empleados, de que hay un riesgo que el agente tiene que asumir siempre, como todo operador económico que lleva a cabo una actividad en el mercado, y ese hecho no desvirtúa su condición de agente en sentido estricto, es decir, empresario que actúa por cuenta de otro y en su nombre, formando con él una única unidad económica. A la vez, si este agente asume mayores riesgos, porque se implica personalmente en la operación, porque responde de los daños causados a las mercancías o causados por ellas, porque tiene que llevar a cabo una serie de inversiones específicas para desempeñar su cometido, etc., entonces sí puede decirse que —al margen de su calificación formal como "agente"— la actividad que desarrolla es más bien la de un revendedor, o en todo caso un empresario independiente cuya actividad competitiva no puede imputársele únicamente al principal, sino que está separada de la de éste y por tanto, a las relaciones contractuales entre ambos se les aplican plenamente las normas antitrust en materia de Acuerdos Verticales.

acumulados 40 a 48/73, (1975) E.C.R. I-1663: los acuerdos sólo pueden eludir la aplicación del Artículo 81.1 del Tratado CE si el agente o representante comercial es "un órgano auxiliar que forma un todo con el principal, obligado a cumplir las indicaciones de éste y, en consecuencia, como un empleado, forma una unidad económica con él".

(25) Resolución del TDC de 13 de enero de 1997, Expte. R 172/96

(26) *Id.*, por todas, Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001, Expte. 493/00, *CEPSA*, y cómo caracteriza nuestra autoridad antitrust (Antecedente de Hecho 3º) los diferentes factores que constituyen el riesgo comercial y el riesgo financiero en los contratos de suministro exclusivo y abanderamiento que tiene suscritos *CEPSA* con 1.298 estaciones de servicio, 203 unidades de suministro y 25 puertos.

(27) QUINTÁNS EIRAS, R., *op. cit.* pág. 424.

(28) LORENTE HURTADO, F., *op. cit.* pág. 36.

(29) WHISH, R., *Competition Law*, (3rd Ed.), 2001, pág. 538.

(30) Resolución del TDC, de 1 de abril de 1998, Expte. R 280/97.

(31) *Id.*, entre otras, Resolución de 13 de enero de 1997, Expte. R 172/96, *B.P. Oil España*; y Resolución de 20 de abril de 1999, Expte. 428/98, *CEPSA 2*.

(32) Resolución del TDC, de 12 de febrero de 1997, Expte.

(33) Resolución del TDC, de ejecución de sentencia, de 17 de julio de 2006, Expte. 490/00, *REPSOL*, FJ. 3º.

Como ha señalado el profesor WHISH, "el punto esencial sobre la posición del agente es que no asuma ningún riesgo (...), y que no adquiera la propiedad de las mercancías; y no participa directamente en los beneficios o en las pérdidas del negocio del principal" (29).

d) *Independencia de comportamiento.* Se trata éste de un criterio íntimamente ligado al anterior, ya que cuando se habla de independencia de comportamiento, lo es en relación a los resultados económicos de la actividad y por tanto no cabe deslindar éstos del riesgo asumido por el agente.

En efecto, si clásico es en el Derecho mercantil el criterio del riesgo empresarial, no lo es menos el de la independencia del comportamiento a la hora de delimitar cuándo el agente lo es verdaderamente, o bajo la apariencia formal de comisionista en realidad determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado. Nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, desde siempre, se ha hecho eco de este criterio en sus decisiones a la hora de abordar la aplicación del Derecho antitrust al contrato de agencia, como, p. ej., en su Resolución *CEPSA* (30), al afirmar (FJ. 2º) que "para que exista una práctica colusoria restrictiva de la competencia se precisa ante todo el concurso de voluntades de personas distintas y dotadas de libertad económica para decidir". Examinando los contratos que entonces se le presentaban a examen —una vez más, contratos de suministro exclusivo con Estaciones de Servicio—, hubo de llegar a la conclusión, que ha mantenido en multitud (31) de Resoluciones, que "tanto los agentes comerciales como los mediadores o comisionistas carecen de esa libertad, pues su actividad es complementaria de la del empresario para el que actúan".

En anteriores ocasiones en las que *REPSOL C.P.P.* ha solicitado autorización para un contrato marco con los distribuidores titulares de Estaciones de Servicio, su solicitud ha sido denegada precisamente por obviar el TDC el supuesto carácter de agentes—comisionistas de éstos y calificarlos como empresarios independientes. Así, en la

Resolución *Acuerdo Marco REPSOL* (32), tal conclusión se deduce (FJ. 2º) de las siguientes estipulaciones:

– *REPSOL cede al "Industrial", bajo la fórmula de arrendamiento de industria, el uso y disfrute de los bienes de todo tipo que componen la unidad de suministro (cláusula primera).*

– *Se establece como obligación del industrial el pago de merced arrendaticia (cláusula cuarta–2).*

– *También se pacta como obligación del industrial la asunción del riesgo en la contratación del personal que requiera la explotación de la Unidad de suministro (cláusula cuarta–5).*

– *El importe de los productos suministrados por REPSOL se abonarán a ésta por el industrial al contado, o en un plazo máximo de nueve días, si previamente se han prestado garantías suficientes a juicio de REPSOL (cláusula séptima.6 en relación con la cuarta).*

– *El Industrial asume el riesgo de los productos desde el momento en que los recibe de REPSOL (cláusula Novena–4).*

e) *Conclusiones.* Esta enumeración de criterios exige dos matizaciones. En primer lugar, la constatación de que, en la práctica de los litigios antitrust, el empleo de los mismos está siempre mezclado, señalando en cada caso la autoridad correspondientes cuáles ha empleado para la toma de decisión. Así, por ejemplo, se expresaba recientemente nuestro TDC en una Resolución sobre la sanción impuesta a *REPSOL* por este tipo de contratos: "el Tribunal se limitó a sancionar la conducta de que, en contratos que de hecho tenían las características propias de la reventa (especialmente en cuanto a la asunción del riesgo y la responsabilidad

por daños) se fijaran por el suministrador los precios de venta al público, amparándose en una vestidura formal de contratos de comisión o agencia" (33).

En segundo lugar, y como punto final a este apartado, hay que señalar también, siguiendo a un sector de la doctrina, que la significación de esta distinción entre agencia genuina y no genuina bien podría "desmitificarse" (34), ya que quedaría reducida únicamente al ámbito de las restricciones de competencia de especial gravedad (las excluidas, por tanto, del ámbito de la exención del Reglamento 2790/1999), especialmente las relativas a la fijación del precio de venta al público. A ellas se dedica la Decisión de la Comisión en el asunto *REPSOL C.P.P.*, así como la reciente Resolución (35) de ejecución de sentencia del TDC para dicha empresa.

### C) La Sentencia *Daimler Chrysler c. Comisión*

Recientemente esta cuestión ha gozado de cierto protagonismo en el ámbito comunitario a raíz de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Daimler Chrysler c. Comisión* (36), recaída en un litigio sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a un contrato de agencia, esta vez en el sector de la distribución de vehículos automóviles.

En esta importante sentencia se abordan numerosas cuestiones, cuyo análisis detallado excedería el ámbito de este trabajo, pero sí es importante señalar que en su pronunciamiento, al anular en parte la Decisión *Mercedes Benz* (37) de la Comisión, que imponía a dicha empresa una multa por prácticas contrarias al artículo 81.1 Tratado UE, el TPI clarifica una serie de concep-

(34) *Vid.*, LORENTE HURTADO, F., *op. cit.* pág. 37 y ss: "Si, como hemos visto, el agente que opera por cuenta de su principal se incorpora al concepto de comprador a los efectos del Reglamento de exención en relación con los acuerdos a los que es aplicable el apartado 1 del artículo 81 del Tratado, y si a los acuerdos de agencia genuina les es aplicable dicho precepto cuando contienen cláusulas de no competencia u otras modalidades de restricciones verticales intermarca, que afectan a su actuación como empresario de la actividad de agencia antes que a las condiciones en que realiza las transacciones por cuenta del principal (...) la diferencia práctica será únicamente que en los casos de agencia genuina, y no en los de asunción de riesgos relevantes, el principal podrá imponer al agente un precio fijo o mínimo de reventa".

(35) Resolución del TDC, de 19 de abril de 2006, de ejecución de sentencia, Expte. 490/00.

(36) Sentencia del TPI, de 15 de septiembre de 2005, Asunto T–325/01.

(37) Decisión 2002/758/CE de la Comisión, de 10 de octubre de 2001, relativo a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/36.264 – Mercedes Benz), *DOCE* 2002 L 257/1.

tos de los que hemos venido analizando en estas páginas.

La sentencia se centra en la distribución de los vehículos Mercedes Benz en España, Alemania y Bélgica. La Comisión, en su decisión contra Daimler Chrysler había llegado a la conclusión de que los Acuerdos a los que había llegado con su filial Mercedes Benz infringían el artículo 81 del Tratado CE, ya que sus "agentes" asumían una serie de riesgos que impedían considerarlos genuinos agentes:

– el precio de venta entre el agente y la empresa afectaría a la comisión cobrada por aquél, ya que los descuentos que acordara con el cliente (y que tenían que ser aprobados por Chrysler) se le detraerían de su comisión;

– el riesgo de los "costes de transporte" de los coches vendidos los asumía el agente, en caso de que el cliente demandara que le llevaran el vehículo a su casa;

– al agente se le exigía una notable inversión en material promocional, incluidos los vehículos para prueba, que tenía que comprar y mantener por un período de 3 a 6 meses;

– el agente tenía que asegurar la prestación del servicio post venta, y llevar a cabo reparaciones en vehículos que estaban todavía en garantía del fabricante;

– el agente tenía que asegurar la red suficiente para la prestación de reparaciones y la adquisición de piezas de recambio, asumiendo él los costes.

Naturalmente, en sus alegaciones, Daimler Chrysler intentó demostrar que los agentes eran parte de la empresa, y como tales constituían una entidad económica única y por tanto no les eran aplicables las prohibiciones del Artículo 81 del Tratado CE.

En su Sentencia el Tribunal de Primera Instancia establece (Considerando nº 87) los dos principios que rigen en esta materia, y que clarifican la distinción entre agencia genuina y no genuina:

– "No (hay agencia genuina) cuando los Acuerdos entre el comitente y sus agentes atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se ase-

mejan a las de un comerciante independiente, por contemplar la asunción por el intermediario de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros (...);"

– "Así pues, se ha declarado que los agentes sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados por el comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa del comitente".

El TPI señaló cómo los agentes carecían de la autonomía e independencia que la Comisión les atribuía, ya que no estaban autorizados para vender vehículos en su propio nombre (se limitaban a recoger las órdenes de compra y transmitirlos a Daimler Chrysler), no tenían capacidad plena para negociar los descuentos y condiciones de precio de venta, etc., lo que le llevó a concluir, en un estadio inicial de su análisis (Considerando nº 102) que los Acuerdos entre Daimler Chrysler y sus agentes estaba fuera del ámbito de aplicación del Artículo 81.1 del Tratado CE:

*"En resumen, el Tribunal de Primera Instancia considera que de los elementos anteriormente expuestos se desprende que, en lo que respecta al mercado examinado en el caso de autos, es Mercedes-Benz y no sus agentes alemanes quien determina las condiciones de cada venta de vehículos, en particular el precio de venta, y quien asume los principales riesgos relativos a dicha actividad (...) de forma que deben asimilarse a empleados y debe considerarse que están integrados en ella y que forman con ella una unidad económica. De ello se sigue que el agente alemán de Mercedes-Benz, cuando actúa en el mercado de que se trata, no constituye por sí mismo una «empresa» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1".*

Sin embargo, el TPI prosiguió examinando si esta conclusión inicial podría desvirtuarse por el hecho de que los agentes sí asumían determinados riesgos,

especialmente los relativos a los costes de transporte y al material promocional (en especial, los vehículos de prueba).

Su conclusión final fue (Considerando nº 113) que la calificación del estatus del agente alemán de Mercedes-Benz con arreglo al Artículo 81.1, que se había expuesto anteriormente no resulta desvirtuada por el hecho de que los agentes alemanes de Mercedes-Benz estuvieran obligados a asumir una serie de actividades y obligaciones económicas en virtud del contrato de agencia. Incluso aunque se admitiese que tales obligaciones implicaban ciertos riesgos limitados para los agentes, esas circunstancias no podrían modificar por sí solas la calificación de la relación existente entre la demandante y sus agentes con arreglo al Derecho de la competencia en lo que se refiere al mercado examinado.

Finalmente, el TPI anula en parte la Decisión de la Comisión, y rebaja la multa impuesta a Daimler Chrysler de 71,8 a 9,8 millones de euros.

Como se ha apuntado (38) en algunos comentarios a esta sentencia, el enfoque adoptado por el TPI parece sugerir que las dos preguntas que hay que formularse para distinguir un contrato de agencia genuina de otro que no lo es serían: ¿Tiene el "agente" que mantener su propio coste mercancías del distribuidor/fabricante? ¿Tiene el "agente" la capacidad real de determinar el precio final de venta y las condiciones de suministro a los clientes finales?

La presunción –en caso de responder negativamente– de que el intermediario está actuando entonces bajo la dirección de su principal, y no por su propia cuenta y riesgo, puede ser rebatida si el agente está obligado a asumir determinados riesgos, especialmente los derivados de llevar a cabo importantes desembolsos iniciales (*sunk costs*) que no pueden ser recuperados al término de la relación contractual, o incurrir en costes significativos a lo largo de la vida de la relación comercial, que tampoco pueden ser recuperados por parte del agente.

(38) HENTY, P., "Agency Agreements – What are the Risks? The CFI's Judgement in Daimler Chrysler AG v. Commission", *European Competition Law Review*, Vol. 27 (Issue 3), March 2006, p. 107.



### D) Las cláusulas de exclusividad

Los reglamentos de exención exceptúan de la prohibición del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE determinadas categorías de Acuerdos por entender que, pese a su inicial carácter restrictivo de la competencia, este efecto negativo puede ser más que compensado por otras ganancias consecuencia básicamente de las eficiencias derivadas del Acuerdo en cuestión.

En el ámbito de los Acuerdos Verticales, el Título III del antiguo Reglamento 1984/1983/CEE establecía normas específicas sobre la compatibilidad de los contratos de suministro exclusivo de combustibles de automoción celebrados entre compañías petrolíferas y Estaciones de Servicio. También lo hace —con carácter genérico, pues tal es su vocación— el nuevo Reglamento 1970/1999.

Naturalmente, las restricciones que imponen o aplican estos contratos tienen que respetar unos límites para gozar de la exención, que no es absoluta. Uno, por ejemplo, es el ya comentado de la duración temporal de la obligación de exclusividad. Otro, como ha señalado acertadamente nuestra jurisprudencia civil, es el ámbito de la exclusividad, que no puede ser total.

En el caso de los contratos de concesión mercantil celebrados por la compañía "Distribuidora Industrial, S.A." para la explotación de una Estación de Servicio en las Islas Canarias, señala nuestro Tribunal Supremo, como cláusulas que son claramente incompatibles con el Reglamento: "la extensión de la exclusividad a todos los «productos de apoyo para automoción» y «con absoluta prohibición de toda otra concurrencia» (cláusula 4.II a), o con reserva de la concedente para «variar los precios de venta al público» (cláusula 4.II «precios»), y debiendo el proveedor «exponer al público única y exclusivamente los productos suministrados por la sociedad concedente, a los precios establecidos oficialmente o, en defecto de tasa oficial, a los que lo fueren por aquélla» (cláusula 4.II e), supone un control absoluto del proveedor que alcanza incluso a todos los productos de la tienda tanto en orden

a sus eventuales proveedores como en orden a los precios (cláusula 12.A, apartados b, d, e i), hasta el extremo de contemplarse como causa de extinción del contrato la «venta de productos distintos de los expresamente autorizados» (cláusula 14 e)" (39).

Sin embargo, en un párrafo precedente del mismo Fundamento Jurídico Séptimo, entiende nuestro alto Tribunal que hay plena compatibilidad (40) con las normas de Defensa de la Competencia de las obligaciones de compra exclusiva de carburantes y combustibles impuestas a las Estaciones de Servicio, así como la ampliación de la duración permitida de diez años (bajo el Reglamento 1984/1983/CEE, el aplicable en las fechas en que se suscitó el litigio) en caso de constitución de derechos reales (como el usufructo o la superficie) y posterior arrendamiento de la Estación al nudo propietario.

Respecto a la primera cuestión no parece haber dudas y así lo ha puesto de manifiesto también nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia en abundantes pronunciamientos, como la Resolución *Total España* (41), la Resolución *Mobil* (42), o la Resolución *Shell-Enaco* (43), entre otras.

El tema de la duración del contrato ha experimentado, como ya hemos señalado en un apartado precedente, algunas modificaciones con la promulgación del Reglamento 1970/1999, pero ha sido igualmente mantenida la validez de esa cláusula por nuestra autoridad antitrust en Decisiones como la Resolución *REPSOL* (44), o la Resolución *Shell España* (45).

En ámbitos distintos al de la comercialización de combustibles, pero sí de algunos de sus derivados, un análisis de la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia pone de manifiesto el carácter restrictivo con que se han concedido

las autorizaciones (bajo el régimen previo al Reglamento 1/2003) a Acuerdos de Distribución exclusiva, con decisiones denegatorias en el sector de la comercialización al por menor de gases licuados del petróleo, como, por ejemplo, la Resolución *Comercialización G.L.P.* (46).

### 4. La Decisión REPSOL C.P.P.

Llegados a este punto, estamos ya en condiciones de analizar el contenido de la reciente Decisión de la Comisión en el asunto *REPSOL C.P.P.*, y que constituye el objeto de nuestro comentario.

Como ya se ha señalado, las prácticas investigadas —los contratos de distribución entre *REPSOL* y los titulares de Estaciones de Servicio— suscitaban en la Comisión Europea la preocupación (Considerandos 20 a 23 de la *Decisión*) de que las cláusulas de inhibición de la competencia aplicables a los carburantes pudieran tener un efecto de exclusión del mercado, y unidos a él, las clásicas consecuencias de incremento de barreras de entrada, reducción de la competencia intramarca, derivadas a su vez de:

- la integración vertical,
- el efecto inhibitorio de las condiciones,
- la larga duración de los compromisos,
- la posición débil y atomizada de los titulares de Estaciones de Servicio,
- el efecto acumulativo de las redes paralelas,
- las dificultades, por tanto, para establecer una red alternativa, y
- otras condiciones de la competencia (básicamente, la naturaleza del producto y la saturación del mercado).

Frente a estas posibles restricciones de la competencia, el 21 de junio de 2004

(39) Sentencia del TS, nº 540/2000 (Sala de lo Civil), de 2 de junio (Rec. 2355/1995). FJ. 7º.

(40) *Vid.*, sobre esta cuestión, GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *op. cit.* pág. 7 y ss.

(41) Resolución del TDC, de 23 de febrero de 2000, Expte. R 348/98.

(42) Resolución del TDC, de 28 de enero de 1999, Expte. 399/97.

(43) Resolución del TDC, de 29 de junio de 1998, Expte. 418/97.

(44) Resolución del TDC, de 19 de mayo de 1998, Expte. R 276/97.

(45) Resolución del TDC, de 12 de septiembre de 1997, Expte. R 197/97.

(46) Resolución del TDC, de 21 de mayo de 2004, Expte. A 317/02.

*REPSOL C.P.P.* presentó un conjunto inicial de compromisos (modificados el día 13 de marzo de 2006), con arreglo al artículo 9, apartado 1, del Reglamento 1/2003:

1) *Posibilidad* de que las Estaciones de Servicio a las que hubieren concedido un derecho real temporal sobre la Estación de Servicio y que simultáneamente hubieran adquirido el carácter de arrendatarios temporales, *ejerciten la terminación anticipada de los contratos a largo plazo.*

2) *Moratoria sobre los contratos de suministro de duración superior a cinco años*, comprometiéndose, por tanto, *REPSOL C.P.P.* a respetar una duración máxima de cinco años en los contratos nuevos de distribución de carburantes con empresas que explotan Estaciones de Servicio cuya propiedad no ostenta la compañía petrolera.

3) *Moratoria sobre la adquisición de Estaciones de Servicio no suministradas por REPSOL C.P.P.*, lo que supone que durante un período que finaliza el 31 de diciembre de 2006, dicha empresa no comprará Estaciones de Servicio previamente existentes que fueran de plena propiedad de sus explotadores (conforme a los contratos modelo DODO) y no estuvieran abastecidas por *REPSOL*.

4) *Libertad de las Estaciones de Servicio para aplicar descuentos*, cláusula que permitiría a los titulares de empresas que explotaran Estaciones de Servicio, ya tuvieran la calificación de agentes o de revendedores, aplicar con total libertad descuentos sobre el precio recomendado.

Como señala la Comisión en su propia *Decisión* (Considerando nº 36, nota 10), está en curso –paralelo al procedimiento comunitario– un procedimiento nacional, en el cual el TDC resolvió (47), el 11 de julio de 2001, que los denominados “*contratos de agencia*” suscritos entre algunas Estaciones de Servicio y *REPSOL C.P.P.* no eran –de acuerdo con la terminología expuesta de las Directrices sobre Acuerdos Verticales– genuinos contratos de agencia, y por tanto era contrario al Derecho de Defensa de la Competencia que la

compañía petrolera estuviera fijando el precio a las gasolineras. En su Resolución, el TDC sancionó a *REPSOL* con una multa de más de 3 millones de euros, la intimó a que cesara en la fijación de precios en las relaciones con Estaciones de Servicio con las que se encontrara vinculada por contratos de similares características.

Contra dicha Resolución, *REPSOL S.A.* interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, solicitando la suspensión cautelar de su ejecución en tanto se sustanciase el recurso.

El 15 de enero de 2002 la Audiencia Nacional dictó Auto denegando la suspensión cautelar interesada, lo que fue confirmado por la propia Sección al resolver el recurso de súplica formulado contra dicho Auto. El Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 13 de julio de 2005 ha resuelto el recurso de casación presentado por *REPSOL* contra los Autos denegatorios de la suspensión cautelar, confirmando su denegación, lo que supone que la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia deviene ejecutable en sus propios términos.

Según datos del Servicio de Defensa de la Competencia, que es el encargado de velar por el cumplimiento y ejecución de las Resoluciones del TDC, no parece que la compañía *REPSOL C.P.P.* haya cumplido con lo ordenado por el pronunciamiento del TDC, lo que ha obligado a éste a dictar la ya referida Resolución de ejecución de sentencia, de fecha 19 de abril de 2006, imponiendo a *REPSOL S.A.* una multa coercitiva de 3.000 euros por cada día de retraso en acreditar ante el Servicio el cumplimiento impuesto por la Resolución sancionadora de 11 de julio de 2001, a contar desde el transcurso de dos meses de la notificación de esta última Resolución.

La pronta reacción de *REPSOL C.P.P.* en el abono de la multa y la reconversión de sus contratos ha motivado una segunda (48) Resolución de ejecución

de sentencia, de fecha 17 de julio de 2006, en la que el TDC declara ejecutada en sus propios términos la Resolución de 11 de julio de 2001, dictada en el expediente 490/00, y en consecuencia estima oportuno no imponer la multa coercitiva de la que se apercibió a *REPSOL* en la Resolución de Ejecución de 19 de abril de 2006.

Como señala –pensamos que acertadamente– el propio TDC en esta última Resolución (FJ. 1º), el pronunciamiento del Tribunal del año 2001 sancionó la práctica de *REPSOL* de fijar precios de venta al público a los distribuidores de productos petrolíferos en aquellos contratos de comisión o agencia que se consideraron irregulares por atribuir a los agentes propietarios de las gasolineras los riesgos y responsabilidades derivados de los productos suministrados, riesgos y responsabilidades que en los contratos mencionados deben corresponder al principal y no al agente o comisionista. El Tribunal consideró, en consecuencia, que los contratos que *REPSOL* presentaba como de agencia eran más propiamente contratos de venta en firme para su reventa y que *REPSOL* no podía fijar en los mismos precios de venta al público a los revendedores.

Es significativo que el expediente sancionador contra *REPSOL C.P.P.* no encontró problemas y no sancionó por los contratos admitidos como de reventa, en los que no fijaba precios de venta al público, ni por aquellos de comisión o agencia propiamente dichos, en los que *REPSOL* continuaba siendo el dueño de los carburantes distribuidos y, por lo tanto, asumía los riesgos y responsabilidades que le correspondían como propietario de los mismos.

Además de los compromisos ofrecidos por *REPSOL C.P.P.* a la Comisión Europea –que el TDC recoge en su Resolución–, se señala (FJ. 2º) cómo dicha empresa ha llevado a cabo las siguientes acciones:

1) En los contratos (aproximadamente unos 1350) de larga duración, ha

(47) Resolución del TDC, de 11 de julio de 2001, Expte. 490/00, *REPSOL*.

(48) Resolución del TDC, de ejecución de sentencia, de 17 de julio de 2006, 490/00, *REPSOL*.

modificado unilateralmente sus cláusulas, suprimiendo la que le facultaba para señalar precios fijos de venta al público y sustituyéndola por el establecimiento de precios de referencia para el cobro de comisiones por venta, lo que opera *de facto* como un establecimiento de precios máximos. En estos contratos, *REPSOL* renuncia además a sus derechos y asume las obligaciones legalmente atribuidas al propietario de las mercancías, lo que convierte a estos contratos en contratos de comisión pura, respecto de los que el Tribunal no había puesto objeciones.

2) En los contratos de duración igual o inferior a cinco años (unos 700) *REPSOL* ha dado opción a las gasolineras para que los modifiquen, convirtiéndolos en contratos de reventa, en los que el dueño de la gasolinera adquiere la propiedad de los carburantes y puede fijar libremente los precios que desee. Cuando las gasolineras no acepten dicha transformación, *REPSOL* ha reconducido sus contratos a contratos de comisión pura mediante su renuncia unilateral al derecho a imponer precios de venta al público y la asunción de los riesgos por pérdida o deterioro de las mercancías y de la responsabilidad por daños causados por ésta, ya sea por fuerza mayor o por caso fortuito.

Por tanto, y siempre según el propio TDC, el efecto conjunto de las actuaciones de *REPSOL C.P.P.* ha sido el de eliminar las "contradicciones jurídicas e irregularidades sancionadas en los contratos de *REPSOL* con los distribuidores", ya que las nuevas fórmulas adoptadas llevan a que:

- quienes son propietarios de Estaciones de Servicio, y asumen riesgos relevantes, pierden su condición de agentes o comisionistas, asumiendo su verdadera naturaleza económica y contractual: la de revendedores (o *agentes no genuinos*);
- por su parte, en aquellos otros contratos en los cuales el titular de la Estación de Servicio era un verdadero comisionista mercantil (un *agente genuino*) es *REPSOL* quien asume las responsabilidades y riesgos propios del propietario de los carburantes y limi-

tando su intervención sobre los precios a la determinación de un máximo sobre el que se fijará la comisión del distribuidor.

En consecuencia, y aplicando los mismos criterios a los compromisos adoptados frente a la Comisión, y contenidos en la *Decisión*, podemos decir que *REPSOL C.P.P.* no infringe la normativa de Defensa de la Competencia comunitaria contenida en el apartado 1 del Artículo 81 del Tratado CE en sus contratos de distribución de carburantes con Estaciones de Servicio, ya que:

- evita el cierre de mercado y el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores al permitir el ejercicio de la terminación anticipada de los contratos a largo plazo suscritos con Estaciones de Servicio para su abastecimiento en exclusiva;
- evita el cierre de mercado al obligarse a no superar el límite máximo de cinco años (el permitido, como hemos visto, por el Reglamento de exención) en los nuevos contratos de distribución que suscriba con Estaciones de Servicio ajenas a su red;
- permite (casi podría decirse que "incentiva") la entrada de nuevos competidores al comprometerse, durante el período previsto, a no comprar nuevas Estaciones de Servicio que *REPSOL* no estuviera abasteciendo;
- finalmente, evita los efectos restrictivos sobre la competencia y el mercado que tienen las cláusulas de fijación de precios, al otorgar a todos los titulares de empresas que exploten Estaciones de Servicio, ya sean agentes o revendedores, plena libertad para aplicar descuentos sobre el precio recomendado.

## 5. Conclusiones

De todo lo anteriormente expuesto, cabe extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, la tradicional exclusión del contrato de agencia de la normativa antitrust, y por tanto la no aplicación de la prohibición del artículo 81.1 del Tratado CE a las relaciones entre un distribuidor/fabricante y su red de agentes/comisionistas ha de

evaluarse conforme a la nueva normativa sobre Acuerdos Verticales, plasmada en el Reglamento 2790/1999, y en las Directrices que lo acompañan. El enfoque de esta normativa es más económico que formalista, y atiende a los efectos beneficiosos en términos de eficiencias que se derivan de este tipo de Acuerdos, sin obviar por ello el análisis de sus posibles efectos restrictivos de la competencia, en especial el cierre de mercados y la eliminación de competidores.

En segundo lugar y a partir de la jurisprudencia *Daimler Chrysler*, parece que la figura de la agencia puede convertirse en una herramienta atractiva y flexible para que las empresas puedan configurar su red de distribución a través de una serie de Acuerdos Verticales que se sitúen fuera de la prohibición del artículo 81.1 del Tratado CE.

En tercer lugar, habrá de atenderse a alguno de los criterios expuestos (principalmente el del riesgo) para delimitar con precisión cuándo nos hallamos ante un contrato de *agencia genuina*, y cuándo ante una figura contractual que, pese a su apariencia de agente, tiene en realidad otra naturaleza jurídica y económica, que le hace susceptible de incurrir en prácticas colusorias prohibidas por el Derecho antitrust.

En cuarto y último lugar, y en lo que a la actuación de *REPSOL C.P.P.* se refiere, la actuación de la compañía petrolera a la hora de ajustar sus contratos con las empresas titulares de Estaciones de Servicio, el diseño de las cláusulas de exclusividad y la asunción de una serie de compromisos encaminados a garantizar la existencia de un orden concurrencial saneado en este sector, parece una manera razonable y eficaz de introducir competencia en un ámbito tradicionalmente caracterizado por prácticas restrictivas y monopolísticas.



