

**A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes
(Comentario al auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea,
de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07)**

Fernando DÍEZ ESTELLA

*Director de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la
Competencia.*

Diario La Ley, N° 7306, Sección Tribuna, 18 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-389,
Editorial LA LEY

LA LEY 20897/2009

El autor analiza las implicaciones de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la fijación de precios en la distribución de carburantes.

Como es bien sabido, la distribución de carburantes ha ocasionado un elevado grado de litigiosidad en nuestro país en fechas recientes, que enfrenta a los operadores petrolíferos con los titulares de estaciones de servicio.

No se trata aquí de llevar a cabo un desarrollo exhaustivo de esta cuestión, que ya ha sido abordada con acierto en recientes aportaciones doctrinales ⁽¹⁾, sino de comentar —a la luz de la actividad jurisprudencial de nuestros tribunales— el reciente ATJCE, de 3 de septiembre de 2009, en el Asunto C-506/07, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la AP La Coruña, en el procedimiento entre *Lubricantes y Carburantes Galaicos, S.L.*, y *GALP Energía España, S.A.U.*

El planteamiento de dicha cuestión prejudicial tiene lugar en el marco de un litigio relativo a la explotación de una estación de servicio, en la que el titular de la misma discute la supuesta inclusión en la relación contractual de cláusulas restrictivas de la competencia, en concreto de fijación de precios de reventa.

I. LOS HECHOS QUE HAN DADO LUGAR AL LITIGIO

La empresa *Lubricarga*, en calidad de propietaria de un terreno en España sobre el que se asienta una estación de servicio cuya explotación le ha sido cedida, y *Petrogal*, proveedora de productos petrolíferos, celebraron el 27 de julio de 1990 un contrato por el que se establece la constitución de un derecho de superficie por un período de veinticinco años sobre dicho terreno, para la construcción por esta última de la referida estación de servicio. En contrapartida, *Lubricarga* suscribió con *Petrogal* un acuerdo de abastecimiento en exclusiva de carburantes, combustibles, lubricantes y otros productos similares.

Tras la elevación a escritura pública del contrato (el 10 de octubre de 1995), el 7 de julio de 2003 *Lubricarga* presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ferrol al objeto de que se declararan nulos el contrato y la escritura pública. Tras desestimarse dicha demanda por sentencia de 29 de julio de 2005, tanto dicha sociedad como *Petrogal* (en cuyos derechos se ha subrogado *GALP España, S.A.U.*), interpusieron recurso de apelación ante la AP La Coruña, quien suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia la cuestiones prejudiciales que el auto de 3 de septiembre de 2009 resuelve.

II. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Son cinco las cuestiones que el órgano jurisdiccional remitente plantea al Tribunal de Justicia, y de cara a la correcta comprensión del pronunciamiento las enunciaremos todas, aunque sólo vamos a desarrollar con más profundidad la relativa a la fijación de precios.

1) En la *primera* cuestión pregunta la AP La Coruña si un contrato, como el controvertido en el litigio principal, que contenga cláusulas de fijación del precio de venta al público de los productos, de imposición de una obligación de compra en exclusiva o de prohibición de competencia con un período de aplicación superior a los límites temporales previstos en los Regls. (CE) núm. 1984/83/CEE y 2790/99/CE está comprendido en el ámbito de aplicación del art. 81.1 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), aunque se considere de menor importancia.

La respuesta (párrafo núm. 33) es que dicho contrato no incurre en la prohibición siempre que no pueda afectar al comercio entre los

Estados miembros y que no tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia, lo que debe determinar el órgano jurisdiccional remitente teniendo en cuenta, como ha señalado reiterada jurisprudencia, el contexto económico y jurídico en el que se inscribe el contrato.

2) Mediante la *segunda* y *tercera* cuestión plantea la AP La Coruña si los correspondientes preceptos de los Reglamentos comunitarios [el art. 12.2 Regl. (CE) núm. 1984/83/CEE y el art. 5 Regl. (CE) núm. 2709/99/CE, respectivamente] deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, a los efectos de la ejecución del régimen de exención que prevén, a que el período de aplicación de un acuerdo de exclusividad supere los límites temporales previstos por dichos Reglamentos en el caso de que el propietario de un terreno ceda a un proveedor un derecho de superficie por un período de veinticinco años, comprometiéndose este último a construir una estación de servicio arrendada al propietario del suelo para su explotación por un período de tiempo equivalente al de la duración de ese derecho.

La respuesta del TJCE, con una remisión expresa —y global— a la reciente sentencia *Pedro IV y Servicios* (sentencia de 2 de abril de 2009, Asunto C-260/07), es que no se opone al Regl. (CE) núm. 1984/83/CEE pero sí al Regl. (CE) núm. 2790/99/CE (párrafos núms. 41 y 47 del auto de 3 de septiembre, respectivamente). En nuestra opinión, aquí se trataba de cuestionar la validez de la construcción un tanto «artificial» que permitía aplicar la excepción a la duración máxima de la exclusividad que se prevé en los reglamentos comunitarios, ampliando esa duración en los casos en que el proveedor era propietario de la estación de servicios, que alquilaba al distribuidor. En esos supuestos se permitía extender la duración de la exclusividad igualándola a la duración del arrendamiento.

En nuestro país lo que se venía haciendo es que el propietario de un terreno constituía sobre el mismo un derecho de superficie a favor de la petrolera, la cual construía la estación de servicios, de la que devenía propietario, para después alquilarla al propio dueño

del terreno, de manera que se le imponía a éste un pacto de exclusividad durante toda la duración del arrendamiento, que, a su vez, era la duración del derecho de superficie. En muchas ocasiones, si se hacían cuentas de los diferentes precios abonados por las partes en toda la operación (precio del derecho de superficie, alquiler, etc.) al final el resultado era cero. El TJCE declaró en *Pedro IV* —y lo reitera en su Auto— que ese tipo de operaciones es contrario al actual reglamento de exención, el Regl. (CE) núm. 2790/99/CE.

3) En las cuestiones *cuarta* y *quinta* —que el TJCE aborda conjuntamente— se plantea si las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público de productos, como las controvertidas en el asunto principal, están prohibidas por el art. 81.1 TCE y no pueden acogerse al régimen de exención por categorías en virtud de los Regls. (CE) núms. 1984/83/CE y 2790/99/CE.

La respuesta del TJCE es (párrafo núm. 56) que las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público de los productos pueden acogerse a dicha exención si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar dicho precio de venta.

Esta *posibilidad real* evidentemente implica que, más allá de la literalidad del contrato, y teniendo en cuenta no sólo el efecto concreto del conjunto de las cláusulas sino su contexto económico y jurídico, «el precio de venta al público no se fija, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, tales como la fijación del margen del titular de la estación de servicio, amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones o incentivos» ⁽²⁾.

III. COMENTARIO Y ANÁLISIS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La solución que aporta el TJCE en la cuestión de las cláusulas relativas a los precios de venta es totalmente acorde con la línea que han seguido los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro país, así como las opiniones mayoritarias de la doctrina que ha abordado esta problemática.

En efecto, el punto de partida es la ya consolidada distinción entre acuerdo de agencia genuino y no genuino (*vid.* Comunicación de 13 de octubre de 2000, sobre Directrices relativas a las restricciones verticales, núms. 12 a 20), de cara a la aplicación al contrato entre distribuidor petrolífero y titular de estación de servicio de la normativa de Defensa de la Competencia, en particular la prohibición de pactos colusorios prevista en el art. 81.1 TCE y el art. 1 Ley de Defensa de la Competencia (LDC). La distinción —y la consiguiente aplicación de la prohibición antitrust— se hace caso por caso y en función del riesgo ⁽³⁾ «que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal» (núm. 13 de la Comunicación).

Sentadas estas bases, la regla es clara y neta: la fijación de un precio de venta fijo o mínimo ni puede acogerse a la exención prevista en el núm. 2 del Regl. (CE) núm. 2790/99/CE, ni —a nivel nacional— podrá considerarse en ningún caso como una conducta de menor importancia [*ex art.* 2.2 a) RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia]. Así lo reconoce, sin ambages, nuestra más reciente jurisprudencia ⁽⁴⁾.

La jurisprudencia ha venido señalando —con razón— que el solo hecho de que se atribuyan determinados riesgos al «agente» no es suficiente para calificar el contrato como de compraventa ⁽⁵⁾. Más en concreto, resulta llamativo que, entre las sentencias de los últimos 5-10 años, no hay una sola en la que el órgano que enjuicia este tipo de asuntos manifieste que se está ante un contrato de reventa o venta en firme: «la interpretación del contrato como de comisión y no de venta en firme ha sido el criterio y la tónica dominante en esta Audiencia en la interpretación de contratos absolutamente similares» ⁽⁶⁾.

No obstante, también debe señalarse que la mayoría de las decisiones declaran que, si bien se está ante un contrato de agencia o comisión, se trata de un contrato de agencia no genuino, por lo que entra dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE o bien del art. 1 LDC. Con todo, en la praxis decisoria reciente de nuestra autoridad antitrust, prácticamente ninguna incurre en ilicitud, y no se condena a la empresa petrolífera por imponer precios de reventa al titular de la estación de servicio ⁽⁷⁾. En cuanto a los órganos jurisdiccionales, la gran mayoría de sentencias concluyen con que no hay fijación de precios de reventa ⁽⁸⁾.

Como es igualmente bien conocido, y por ello aquí no vamos a reiterarlo —pues así lo admite sin reservas de ningún tipo reiterada jurisprudencia ⁽⁹⁾— no cabe hablar de ilicitud administrativa ni nulidad de contrato cuando la libertad del

titular de servicio se materializa en la posibilidad de efectuar descuentos con cargo a su comisión.

Por su parte, la fijación de precios indirecta requiere de la demostración de una conducta activa del suministrador que tenga ese objeto. Extender el tipo de esta infracción (como ha hecho recientemente la CNC en su resolución de 30 de julio, 652/08) no es conforme con la jurisprudencia más reciente, a la que venimos haciendo referencia. En especial, no es racional reconocer que los distribuidores tienen el derecho y la facultad de modificar el precio de venta final y considerar que el mero hecho de que no lo alteren, sea responsabilidad del suministrador. Esta vía de tipificación, además de contraria a la jurisprudencia comunitaria, es ineficiente; cualquier relación vertical puede tener *influencia indirecta* en los precios de venta pero ello no determina su ilegalidad, como erróneamente se deduce de esta resolución.

IV. LA LITIGIOSIDAD EN ESTA MATERIA

La elevada —desmedida, podríamos decir— litigiosidad en fechas recientes entre titulares de estaciones de servicio y empresas petrolíferas es un hecho que no puede pasar desapercibido, y el escaso éxito con el que los primeros han acudido a los órganos jurisdiccionales para solicitar que se declare que se está ante un contrato de venta en firme y no de comisión (o agencia) es también elocuente de suyo.

También es llamativo este «desesperado» recurso al Derecho de Defensa de la Competencia para una cuestión relativa —en gran medida— a la naturaleza jurídica de un contrato, que correspondería más bien a un Juez civil y no a una autoridad administrativa ni a un Juez de lo Mercantil que aplica la normativa antitrust.

No puede caerse en la ingenuidad y la simpleza de pensar que en esta peculiar relación contractual, la parte «fuerte» (el operador mayorista-compañía petrolera) es por ello la «mala», mientras que la «débil» (el minorista-titular de estación de servicio) es por ello la «buena», ya que no han faltado casos en los que la mala fe de algunos titulares de estaciones de servicio ha quedado de manifiesto al pretender, más que una conversión del contrato de comisión a reventa, una simple mejora o aumento de sus beneficios ⁽¹⁰⁾.

En el mismo sentido, encontramos en la jurisprudencia reciente situaciones en las que los titulares de estaciones de servicio han declarado en el curso de un pleito que no han recibido presiones de ningún tipo, ni amenazas, ni formas subrepticias de fijación de precios, así como otras sentencias en las que queda constancia documental del deseo de la compañía distribuidora de que los precios de venta al público son meramente «recomendados», y por tanto el titular de la estación de servicio los puede fijar «con libertad absoluta» ⁽¹¹⁾.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, ¿se infringe la prohibición de fijación de precios en las relaciones verticales de agencia entre las Compañías Petroleras cuando los precios son recomendados o máximos y el comisionista (estación de servicio) está expresamente autorizado a efectuar descuentos con cargo a su comisión?

Se han elevado varias cuestiones prejudiciales por parte de Tribunales Españoles que, entre otras cosas, han planteado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la cuestión de los precios máximos y recomendados y la cuestión de la agencia y los descuentos. Las ya citadas sentencias de 11 de septiembre de 2008, y de 2 de abril de 2009, así como el reciente auto de 3 de septiembre de 2009, que estamos comentando brevemente en estas páginas, han sentado la siguiente doctrina que resuelve la cuestión:

a) No pueden acogerse al régimen de exención por categorías establecidas en los Regls. (CE) núms. 1984/1983 y 2790/1999, los acuerdos por los que el proveedor fije el precio de venta al público o impone un precio de venta mínimo. En cambio el proveedor es libre de recomendar al revendedor (y al comisionista) un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo.

b) *Lo importante, a los efectos de verificar si se incumple la prohibición de imposición de precios, en caso de relaciones de comisión o relaciones de reventa, es determinar si el precio de venta máximo o recomendado no es en realidad, un precio de venta fijo o mínimo y por tanto si el revendedor tiene la posibilidad real de determinar el precio de venta al público. Esta verificación debe efectuarse individualmente, caso por caso.*

c) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si la autorización otorgada por el principal al comisionista, de efectuar descuentos con cargo a su comisión, se corresponde con una posibilidad real para el comisionista de disminuir el precio de venta.

En consecuencia, si el agente tiene la posibilidad real de efectuar descuentos, el precio fijado por su principal se convierte en un precio máximo, y no existe infracción de las normas de competencia, ni nulidad de los contratos en que se documente la relación de agencia.

(1) Ver, por todos, MARTÍNEZ ROSADO, J., «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la Competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?», *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 5, 2009, págs. 153 y ss.

(2) STJCE de 11 de septiembre de 2008 (Asunto CEPSA contra TOBAR e HIJOS), apartados 70 y 71; igualmente, *vid.* la SAP Madrid de 11 de noviembre de 2008, FJ 6.º.

(3) La importante STJCE de 14 de diciembre de 2006 (asunto CEPSA-CEEEES) precisa que se aplicará el art. 81 TCE cuando «el titular asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de terceros».

(4) *Vid.*, por todas, la STS de 20 de noviembre de 2008.

(5) No deja ningún resquicio para planteamientos alternativos, entre otras muchas, la SAP Madrid de 15 de enero de 2009, FJ 3.º.

(6) SAP Madrid de 14 de octubre de 2004, FJ 4.º. En el mismo sentido, SSAP Madrid de 2 de junio de 2004, FJ 3.º, y 13 de octubre de 2008, FJ 3.º.

(7) Excepto la reciente Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, Expte. 652/07 REPSOL-CEPSA-BP, a la que luego nos referiremos.

(8) *Vid.*, por todas, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 31 de mayo de 2005, FJ 4.º y de la AP Madrid de 14 de junio de 2007, FJ 6.º.

(9) *Vid.*, por todas, la SAP Madrid de 5 de marzo de 2009.

(10) *Vid.*, por todas, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 27 de junio de 2007, FJ 6.º, y 3 de septiembre de 2007, FJ 4.º.

(11) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 27 de junio de 2007, FJ 4.º.