

RESTRICCIONES VERTICALES EN LA DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES PETROLÍFEROS. LA CUESTIÓN DE LA AGENCIA

FERNANDO LORENTE HURTADO
Abogado (*)

1 · INTRODUCCIÓN

El marco jurídico de los sistemas de distribución comercial, en España y en el conjunto de la Unión Europea, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, ha sufrido en los últimos años una importante transformación, que afecta tanto a aspectos sustantivos como institucionales.

En los primeros, ya desde mediados de los años noventa del pasado siglo, la Comisión ha acometido una ambiciosa revisión de su aproximación al fenómeno de las restricciones verticales de la competencia. El Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria¹ sentó las bases de un proceso de reordenación, fruto de la experiencia acumulada en varias décadas de aplicación de las exenciones por categorías habilitadas por el Reglamento 19/65/CEE². El proceso se asienta en

un principio de benignidad de base de los acuerdos verticales para la distribución de los bienes y servicios en los distintos mercados de la Unión Europea, y en su valoración peyorativa sólo como excepción, por referencia únicamente a determinadas restricciones especialmente graves y a las situaciones de poder de mercado. Dicho proceso cristalizó, con el cambio del siglo, en la sustitución de la pluralidad de Reglamentos de exención anteriores, referidos a cada una de las distintas modalidades de restricción vertical utilizadas en los sistemas de distribución comercial, por un Reglamento de exención de alcance general u horizontal³, para cualesquiera modalidades de restricción, sin perjuicio de la promulgación ulterior de algún Reglamento sectorial⁴.

En los aspectos institucionales, la denominada gran reforma del Derecho comunitario de Competencia ha supuesto, a su vez, una reordenación orientada, en primer lugar, a la *difusión* de la aplicación —anteriormente concentrada en la Comisión— de aspectos sustanciales de dicho Derecho. La sustitución del primer Reglamento para la aplicación de

y 4087/88 (DOL 359, de 28.12.1998, pág. 46), de exención por categorías de determinados acuerdos de distribución exclusiva; compra exclusiva; y franquicia, respectivamente.

³ Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. (DOCE 1999 L 336, de 19 de diciembre, pág. 21).

⁴ Reglamento (CE) núm. 1400/2002, de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apdo. 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (DOCE 2002 L 203, de 1 de agosto, pág. 30).

* Del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).

¹ Com (96) 721. DOCE núm. 6/286, de 22 de septiembre de 1997 (pág. 0347).

² Reglamentos de la Comisión (CEE) núms. 1983/83 (DOL 173, de 30.06.1983, pág. 1); 1984/83 (DOL 173, de 30.06.1983, pág. 5);

las normas de competencia del Tratado⁵ por el denominado Reglamento de modernización⁶ ha abierto la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado CE, a las autoridades nacionales de Defensa de la Competencia⁷. El fin del monopolio aplicativo de la Comisión para otorgar exenciones individuales al amparo del artículo 81,3 TCE se conecta directamente al giro en el propio modo de aplicación del artículo 81, que se desvincula de decisiones previas de aplicación como presupuesto de la efectividad de su contenido sustantivo⁸. Podríamos decir que se sustituye un sistema de regla y exención por otro de suma algebraica de elementos normativos que configuran un mandato sustantivo global y no necesitado ni susceptible de exención mediante decisión alguna al efecto. Este nuevo enfoque permite a su vez atribuir plena competencia para la aplicación del conjunto del artículo 81 TCE, incluido el apartado 3, a los órganos jurisdiccionales nacionales⁹.

Estas transformaciones han tenido especial relevancia para el mercado de los combustibles petrolíferos en España. La distribución de combustibles, especialmente en el segmento de las redes de estaciones de servicio, se asienta en toda Europa en estrechas vinculaciones, mediante acuerdos verti-

cales, entre mayoristas petroleros y explotadores de los puntos de venta, que incorporan normalmente la exclusiva de aprovisionamiento de éstos de un solo proveedor, a través de distintas modalidades contractuales. La relevancia de los acuerdos verticales en la distribución de combustibles petrolíferos en estaciones de servicio es tal que mereció un tratamiento específico, con un capítulo especialmente dedicado, en el antiguo Reglamento de exención por categorías de determinados acuerdos de compra exclusiva¹⁰.

De hecho, la nueva reglamentación de aplicación del artículo 81,3 TCE a las restricciones verticales ha supuesto una conmoción adicional para un sector ya suficientemente convulso en cuanto a la incardinación de sus instrumentos contractuales en las normas de Defensa de la Competencia, al suprimir sus especialidades en materia de duración de los vínculos de exclusiva y vincular la protección de la exención por categorías a determinados límites de cuota de mercado, relevantes especialmente en un mercado altamente concentrado como el español.

Desde la desaparición del monopolio de petróleos, el sector de las estaciones de servicio español ha dado lugar a frecuentes actuaciones del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia en relación con diversas modalidades contractuales utilizadas en el mismo. A su vez, en términos de relativa anticipación, los órganos jurisdiccionales ordinarios españoles habían visto cómo se les sometían numerosos conflictos entre compañías petroleras y estaciones de servicio en los que se planteaba la compatibilidad de los instrumentos contractuales de distribución con las normas nacionales y comunitarias de competencia. Este, relativamente, alto grado de la litigiosidad parece haber sido fomentado por la entrada en vigor de la nueva reglamentación sustantiva y por la atribución de competencia plena en la materia a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil. A mayor abundamiento, la aplicación judicial de los artículos 81 y 82 del Tratado CE se ha incluido entre las competencias objetivas atribuidas a los nuevos Juzgados de lo Mercantil¹¹. Esta espe-

5 Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (DO 13 de 21.2.1962, pág. 204).

6 Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (DOCE 2003 L 1, de 4 de enero, pág.1)

7 El art. 5 del Reglamento 1/2003/CE dispone: «Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes: —orden de cesación de la infracción, —adopción de medidas cautelares, —aceptación de compromisos, —imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional. Cuando la información de que dispongan no acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, podrán decidir asimismo que no procede su intervención».

8 El art. 1 del Reglamento 1/2003/CE, en sus apdos. 1 y 2, dispone: «1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto. 2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto».

9 El art. 6 del Reglamento 1/2003/CE dispone: «Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado».

10 Véase Título III, arts. 10 a 13, sobre «Disposiciones especia-

les aplicables a los acuerdos de estaciones de servicio» del Reglamento 1984/1983/CEE, que, entre otras peculiaridades, extiende a diez años, en vez de cinco, la duración máxima de los acuerdos de compra exclusiva amparados por la exención.

11 Véase art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

12 Información ofrecida por el Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas,

cialización parece haber sido un acicate a la litigiosidad de Competencia en el sector.

Es revelador el dato de que, a finales de enero de 2006, de las treinta y seis demandas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE registradas, desde su constitución, por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, treinta y una de ellas se refieren a la compatibilidad con el artículo 81 de contratos entre estaciones de servicio y compañías petroleras¹². Se trata, sin duda, del sector estrella en la aplicación del Derecho comunitario de la Competencia por los jueces españoles.

Uno de los aspectos más recurrentes en la litigiosidad asociada a la aplicación del Derecho de la Competencia a la distribución de combustibles petrolíferos es el derivado de la frecuente actuación de los explotadores de las estaciones de servicio como Agentes comisionistas de las compañías petroleras. La concepción tradicional excluye de la sujeción a las normas de Competencia las relaciones entre agente y principal, en tanto, al actuar el primero en nombre y por cuenta del segundo, no existiría sino un único centro de imputación de la actuación competitiva. Sin embargo, cuando pueda apreciarse que el agente actúa con un grado de independencia empresarial relevante en relación con los resultados económicos de la actividad, en virtud de los riesgos asumidos respecto a las transacciones realizadas por cuenta de su principal, la identidad económica entre uno y otro desaparece y los eventuales contenidos restrictivos de la competencia de sus acuerdos quedan sometidos a las normas comunitarias y nacionales correspondientes. La apreciación de la trascendencia al efecto de los riesgos asumidos por el agente, y la distinción entre riesgos de la actividad de agencia como tal y riesgos de la actividad económica realizada por cuenta del principal, resultan complejas en la práctica. La conclusión que al efecto se alcance será, sin embargo, especialmente relevante para apreciar la validez de determinados acuerdos verticales entre principal y agente, como los relativos a la fijación del precio de venta al público, en función de su sujeción o no a los artículos 81 TCE y 1 LDC.

La aproximación a esta cuestión ha sufrido también una evolución relevante en el nuevo régimen

comunitario de las restricciones verticales, importante para el ámbito de las estaciones de servicio. La dicotomía revendedor versus agente comisionista, que ha estado en la base de buena parte de la litigiosidad en el sector, ha perdido sin embargo relevancia con las nuevas aportaciones de la Comisión y merece ser desmitificada. Trataremos, por tanto, de exponer sintéticamente el estado de la cuestión y clarificar algunos de los aspectos más relevantes en la práctica contractual de la distribución de combustibles en estaciones de servicio.

2 · EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

La nueva política de competencia comunitaria en materia de restricciones verticales, culminada, tras el proceso de reflexión iniciado en 1997 por el Libro Verde, con el Reglamento 2790/99/CE, ha supuesto el tránsito de un sistema de especialización —exenciones por tipos de restricciones¹³— a otro de carácter general o transversal referido al concepto genérico de verticalidad de los acuerdos. Ha supuesto también el paso de un sistema de lista blanca de restricciones autorizadas¹⁴ a otro de lista negra, en el que la exención se extiende a todas las restricciones contenidas en los acuerdos a que el Reglamento es aplicable, salvo las expresamente excluidas, siempre que el operador concernido no supere una determinada cuota de mercado indicativa de la existencia de un poder de mercado significativo. La Comisión ha subrayado la nueva dimensión «horizontal» del tratamiento de las restricciones verticales, y su generalidad, con la publicación de unas directrices que constituyen un instrumento aplicativo de gran valor¹⁵.

2.1 · Ámbito de aplicación del Reglamento de Exención. Concepto de acuerdos verticales

Los acuerdos verticales se definen en el apartado 1 del artículo 2. del Reglamento 2790/99/CE como

fue utilizada por la Comisión respecto de categorías específicas de acuerdos —distribución exclusiva, compra exclusiva, franquicia—, en los Reglamentos 1983/83/CEE; 1984/83/CEE; y 4087/88/CEE.

¹⁴ Los acuerdos quedaban desprovistos de cobertura si contenían cualquier restricción de la competencia distinta de las expresamente previstas en los Reglamentos de exención por categorías (véase p. ej.: arts. 2; 7 y 11 del Reglamento 1984/83/CEE).

¹⁵ Comunicación de la Comisión, sobre Directrices relativas a las restricciones verticales, de 13 de octubre de 2000 (DOCE 2000 (291 p.1) (En lo sucesivo «las Directrices»)

¹⁶ (Véase Apdo. 6 de las Directrices)

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de los de Madrid, en la sesión de «Los Jueves del Observatorio», del Colegio Jurídico del Instituto de Empresa, de Madrid, del día 26 de enero de 2006.

¹³ La habilitación otorgada por el art. 1 del Reglamento 19/65

«los acuerdos o prácticas concertadas, suscritas entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios».

El artículo 81 del Tratado CE es aplicable a los acuerdos verticales que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que impiden, restringen o falsean la competencia. Tales restricciones de la competencia, las contenidas en acuerdos verticales, son las que se califican como restricciones verticales por el Reglamento y las Directrices. En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas, a juicio de la Comisión, si la competencia intermarca es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o ambos. Si la competencia intermarca es insuficiente, la protección de la competencia intermarca e intramarca cobra entonces importancia ¹⁶.

Fuera de esos supuestos, si no se traspasa el umbral de cuota de mercado, el Reglamento establece una auténtica presunción de legalidad de los acuerdos verticales.

Un primer elemento relevante del concepto de acuerdo vertical es el de que tiene lugar entre dos o más empresas. No quedan incluidos en el Reglamento de Exención los acuerdos con consumidores finales que no operan como empresas. Ello es consecuencia de que los acuerdos con consumidores finales no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 TCE, aplicable a su vez únicamente a los acuerdos entre empresas o decisiones de asociaciones de empresas. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 82 del Tratado.

Es preciso, además, como segundo elemento, que las partes del acuerdo operen, a efectos del mismo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución, lo que significa que, por ejemplo, una empresa produce una materia prima que la otra utiliza como insumo, o que la primera es fabricante, la segunda mayorista y la tercera minorista, y ello aunque alguna de las empresas parte en el acuerdo opere en más de un plano de la cadena de producción o distribución.

Por último, el concepto de verticalidad se configura en términos que pretenden abarcar los acuerdos de compra y distribución, al referirse a las condiciones de compra, venta o reventa de bienes o servicios suministrados por el proveedor o de venta por el comprador de bienes o servicios que incorporan a los anteriores. Tanto los bienes o servicios suministrados por el proveedor como los bienes o servicios resultantes son objeto del acuerdo vertical a efectos de la exención, ya se trate de materias primas, bienes o servicios intermedios, o bienes y servicios finales ¹⁷.

Cuando el acuerdo vertical se celebre entre empresas competidoras (incluidos en tal concepto «los proveedores reales o potenciales en el mismo mercado de producto», aunque no actúen en el mismo ámbito geográfico ¹⁸), no será de aplicación la exención salvo que se trate de acuerdos no recíprocos y concorra alguna de las siguientes causas de excepción: (i) que el volumen de negocio global del comprador no exceda de 100 millones de euros al año; o (ii) que el proveedor sea fabricante y distribuidor de bienes y el comprador sea distribuidor que no fabrique bienes que compitan con los que son objeto del acuerdo; o (iii) que el proveedor suministre servicios a distintos niveles del comercio y el comprador no suministre servicios competidores en el nivel del comercio donde compre los servicios contractuales ¹⁹.

Por último, se equiparan a los acuerdos verticales entre empresas los celebrados entre una asociación de empresas y sus proveedores o sus miembros cuando estos últimos sean minoristas y facturen menos de 50 millones de euros al año, sin perjuicio de la aplicación del artículo 81 del Tratado a los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o a las decisiones de ésta.

2.2 · Ámbito de protección del Reglamento de Exención. Restricciones exentas

Lo que la Comisión llama «el recinto protegido creado por el Reglamento de Exención por Categorías» ²⁰ se delimita en función de la cuota de mercado del proveedor (o del comprador cuando los acuerdos verticales contengan obligaciones de suministro

¹⁷ (Véase Apdo. 24 de las Directrices)

¹⁸ Art. 1 a) del Reglamento de Exención (Véase Apdo. 26 de las Directrices).

¹⁹ Art. 2.4 del Reglamento de Exención.

²⁰ (Véase Capítulo III.1 de las Directrices).

²¹ (Véase Apdo. 22 de las Directrices).

exclusivo). Esta cuota de mercado no podrá ser superior al umbral del 30 % para que sea de aplicación la exención por categoría, con arreglo al artículo 3 del Reglamento. Sólo se tiene en cuenta el mercado entre proveedor y comprador, por razones de simplicidad y seguridad jurídica, aunque el acuerdo vertical pueda tener efectos sobre la competencia en mercados descendentes del comprador²¹. Serán de aplicación, en cualquier caso, para la identificación del mercado al que referir la cuota a calcular, los criterios orientadores de la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria de competencia²² y en el Capítulo V de las Directrices.

Están exentas, como regla general, de conformidad con el artículo 2, apartado 1 del Reglamento, todas las restricciones de la competencia contenidas en los acuerdos verticales incluidos en el «recinto de protección». No hay «lista blanca» de modalidades de restricción a las que se declare no aplicable el apartado 1 del artículo 81 del Tratado al amparo del apartado 3.

Hay por el contrario, con arreglo al artículo 4 del Reglamento, una «lista negra» de restricciones que se excluyen de la exención, por su carácter de especialmente graves, y que arrastran en la exclusión a las demás que pudieran contenerse en el acuerdo vertical en el que las primeras estuvieran presentes. Además de quedar fuera de la exención por categorías, las restricciones especialmente graves implican que los acuerdos que las contengan tendrán una baja probabilidad de considerarse amparados por una exención individual por aplicación directa del apartado 3 del artículo 81²³.

(i) La primera de las exceptuadas es la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes²⁴. La cuestión del precio de

venta del comprador y su condicionamiento por el proveedor tiene connotaciones específicas en el caso de los agentes, a las que más abajo aludiremos.

(ii) La segunda es la restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contratados, o de los clientes a los que pueda vendérselos. Sin embargo, se excluyen a su vez de la excepción los supuestos de restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva a otro comprador (inherente a los sistemas de distribución exclusiva); de restricción de ventas a usuarios finales por compradores mayoristas; de restricción de ventas a distribuidores no autorizados, en los sistemas de distribución selectiva; y de restricción de la capacidad del comprador de vender componentes, suministrados para su incorporación, a clientes que los usarían para fabricar los mismos bienes que produce el proveedor²⁵.

(iii) La tercera es la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales, desde los establecimientos autorizados, en un sistema de distribución selectiva minorista.

determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios»

25 Con arreglo al Apdo. 50 de las Directrices, por ventas activas se entiende: «(1) la aproximación activa a clientes individuales dentro del territorio exclusivo o del grupo de clientes exclusivo de otro distribuidor mediante correo directo o visitas, por ejemplo, o (2) la aproximación activa a un grupo de clientes específico o a clientes en un territorio específico asignado exclusivamente a otro distribuidor mediante publicidad en medios de comunicación u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes o a clientes en ese territorio, o (3) el establecimiento de un almacén o un centro de distribución en el territorio exclusivo de otro distribuidor». A su vez, por ventas pasivas se entiende: «la respuesta a pedidos no suscitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. Son ventas pasivas, las actividades de carácter general de publicidad o promoción en medios de comunicación o en Internet que alcancen a clientes de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que constituyen un medio razonable para llegar a los clientes situados fuera de esos territorios o grupos de clientes, por ejemplo para llegar a los clientes en territorios no asignados o en el territorio propio».

²² DOC 372 de 9.12.1997, pág. 5

²³ (Véase Apdo. 46 in fine de las Directrices)

²⁴ El Apdo. 47 de las Directrices contiene un catálogo de ejemplos de medios indirectos dirigidos al mantenimiento de un precio de reventa fijo o mínimo. Tales son: «los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un

(iv) La cuarta es la restricción de suministros cruzados entre los miembros de un sistema de distribución selectiva.

(v) Y la última es la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora en otros bienes por la que se limita la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas en determinados supuestos.

Además de excluir determinadas restricciones especialmente graves, el Reglamento vincula la aplicación de la exención, para algunas de las restricciones no excluidas, a ciertas condiciones. Si éstas no se cumplen, la restricción no gozará de la exención, pero ello no implicará la exclusión del conjunto del acuerdo del ámbito protector del Reglamento. Los supuestos, recogidos en el artículo 5, se refieren a las obligaciones de no competencia y a los sistemas de distribución selectiva.

Las obligaciones de no competencia²⁶ no podrán —para disfrutar de la exención por categorías— tener una duración indefinida, a cuyo supuesto se equiparan los de renovación por tácita reconducción, o que exceda de cinco años. Este límite temporal no se aplicará cuando el proveedor ostente la titularidad de los locales y terrenos en que se venden los bienes o servicios contractuales por el comprador, al margen de éste. Como veremos, la aplicación de esta excepción y de su precedente en el Reglamento 1984/83/CEE, ha sido especialmente controvertida en la distribución de combustibles petrolíferos. Además, las obligaciones de no competencia no podrán aplicarse a periodos ulteriores a la expiración de los acuerdos salvo cuando sean indispensables para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador y por un máximo de un año.

En los sistemas de distribución selectiva²⁷, si bien pueden establecerse obligaciones de no competencia

a los distribuidores autorizados, éstas deben tener una dimensión general y no venir referidas a la prohibición de vender las marcas de unos determinados proveedores competidores. Esta condición pretende evitar la marginación de determinados competidores mediante acciones de boicot colectivo²⁸.

Finalmente, si bien la exención por categorías al amparo del Reglamento conlleva una presunción de legalidad sólo desvirtuable por vía de su retirada formal, en procedimiento contradictorio con la carga de la prueba recayendo sobre la Comisión, la no cobertura del Reglamento no implica una presunción de ilegalidad. En un eventual examen individual, la Comisión tendrá la carga de probar que el acuerdo infringe el apartado 1 del artículo 81 del Tratado, y, en tal caso, las empresas podrán aún acreditar que concurren las condiciones de exención del apartado 3.

3 · LA EXCLUSIÓN DE LAS RELACIONES DE AGENCIA DEL ÁMBITO DE LA PROHIBICIÓN DE PACTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA. FUNDAMENTO Y REVISIÓN

La prohibición del artículo 81.1 del Tratado CE se refiere a comportamientos coordinados bilateral o multilateralmente. No comprende los comportamientos unilaterales de una empresa²⁹. El concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del acuerdo de que se trate aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas³⁰.

Así pues, «*si un intermediario ejerce una actividad en beneficio de su comitente, puede en principio considerarse como órgano auxiliar integrado en la empresa de éste, obligado a atenerse a las instrucciones del comitente y formando así con dicha empresa, a semejanza del empleado comercial, una unidad económica*»³¹. No ocurre lo mismo cuando los acuerdos entre el

²⁶ Se entenderá por cláusula de no competencia, con arreglo al art. 1 b) del Reglamento, «*cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente*».

²⁷ Se entenderá por sistema de distribución selectiva, con arreglo al art. 1 d) del Reglamento, «*un sistema de distribución por el cual el proveedor se comprometa a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores*

seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados»

²⁸ Véase Decisión de la Comisión en el asunto IV/33.452 Givenchy (92/428/CEE, DO L 236 de 19.8.1992)

²⁹ Sentencias del TJCE de 6 de enero de 2004 (DAI y Comisión/Bayer) y 25 de octubre de 1983 (AEG/Comisión), entre otras.

³⁰ Sentencias de TJCE de 12 de julio de 1984 (Hydroterur) y sentencia del TPI de 29 de junio de 2000 (DSG/Comisión).

³¹ Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1985 (Suiker Unie y otros c/ Comisión).

comitente y sus agentes atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan 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. 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 de éste³². Por tanto, cuando un agente, aunque con personalidad jurídica propia, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica las instrucciones que le imparte su comitente, las prohibiciones dictadas por el artículo 81 del Tratado no son aplicables a las relaciones entre el agente y su comitente, con el que forma una unidad económica³³.

3.1 · Primera etapa. La Comunicación de 24 de diciembre de 1962 sobre agentes en exclusiva

Mediante su Comunicación de 24 de diciembre de 1962, relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales, la Comisión Europea intentó establecer un primer marco de referencia en relación con la espinosa cuestión de la agencia, deslindando los supuestos genuinos de ésta de aquellos en que el agente actuaba como un comerciante independiente, y estableciendo además las consecuencias de la calificación de una determinada relación como de agencia a los efectos del Derecho de la Competencia. Se trataba con estos criterios generales de hacer desaparecer el interés de las empresas en conseguir una declaración negativa para los acuerdos en cuestión.

Sobre la primera materia, la Comisión considera que se encuentra en presencia de un comerciante independiente en función de la asunción o no por el agente de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución del contrato. En particular será un comerciante independiente el calificado como agente comercial cuando *«deba mantener o mantenga como propietario unas existencias conside-*

rables de los productos objeto del contrato; o deba organizar, mantener o garantizar a su costa un servicio al cliente importante y gratuito, u organice, mantenga o garantice tal servicio; o pueda determinar o determine los precios o las condiciones de la transacción». Para la Comisión, la característica común de todos los agentes comerciales es su función de auxiliar en la negociación de los asuntos. Es el otro contratante quien verdaderamente vende o compra, y quien decide libremente para qué producto y territorio desea transferir esas atribuciones a su representante.

Según la Comunicación, la relevancia de la condición de agente de una de las partes del acuerdo opera tanto en aquellos mercados en que el agente comercial ejerce funciones de auxiliar para el otro contratante como en el mercado particular en el que los agentes comerciales ofertan sus servicios para la negociación o conclusión de los negocios. Así, *«el compromiso asumido por el agente de trabajar exclusivamente para un único empresario durante un determinado período de tiempo, implica una reducción de la oferta en ese mercado; el compromiso asumido por el otro contratante de hacer de aquel su representante en exclusiva para un territorio determinado, supone una reducción de la demanda en ese mercado»*. Sin embargo, la Comisión entiende «estas restricciones como una consecuencia de la obligación particular de defensa recíproca de los intereses, que existe entre el agente comercial y su empresario. Es por ello por lo que la Comisión no estima que haya restricción de la competencia».

Se otorga, por tanto, una gran amplitud a los efectos de la calificación como agente genuino, al tiempo que sólo se hace perder dicha condición y se califica al agente como comerciante independiente en los supuestos de asunción de unos riesgos muy determinados. Se viene a amparar, con carácter general, la vinculación exclusiva entre agente y principal como no restrictiva de la competencia y por tanto no prohibida por el artículo 81 del Tratado. Esta concepción amplia de la exclusión de las relaciones de agencia del ámbito de la prohibición de las restricciones de competencia ha tenido su reflejo en una línea decisional de las autoridades de competencia también de gran amplitud.

En España, y específicamente en el ámbito de la distribución de combustibles y carburantes en estaciones de servicio, el Tribunal de Defensa de la Competencia se hizo eco tradicionalmente de dicha concepción amplia de los efectos excluyentes de la relación de agencia. En una línea que arranca

³² Sentencia del TJCE de 29 de octubre de 1985 (Volkswagen).

³³ Sentencia del TPI de 15 de septiembre de 2005 (Daimler Chrysler AG/Comisión). Véase M. Waelbroeck y A. Frignani, *Commentaire Mégret*, vol. IV. *Concurrence*, 2e éd 1997, págs. 629-642.

de la resolución de 30 de marzo de 1974, seguida, entre otras, por la de 24 de noviembre de 1988, el tribunal ha expresado que «para que exista una práctica restrictiva de la competencia se precisa ante todo el concurso de voluntades de personas distintas y dotadas de libertad económica para decidir» y «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»³⁴.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 7 de junio de 2000, que desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de julio de 1996, vino a corroborar esta interpretación de carácter general. A juicio de la Sala, el paso directo de la propiedad de los carburantes del proveedor de la estación de servicio al consumidor «hace inexistentes las prácticas restrictivas que supone el recurrente, del artículo 85.1 del Tratado, en relación con el reglamento 1984/83, en cuanto tales normas contemplan una reventa entre dos empresas, el proveedor y el revendedor, y ya se ha visto que en el caso de autos no hay reventa de carburantes de ... a..., sino que éste es un agente comercial del primero, que suministra carburante propiedad de ... a los consumidores, a cambio de una comisión»³⁵.

3.2 · Revisión. El reglamento 2790/99/CE y las Directrices sobre restricciones verticales de octubre de 2000

Con ocasión de la instrumentación de su nueva política de competencia en materia de restricciones verticales, la Comisión ha revisado sustancialmente sus planteamientos en materia tanto de calificación de la agencia como genuina a efectos del Derecho de la Competencia, como de consideración de las consecuencias de dicha calificación. Ello es plausible si se tiene en cuenta la especial relevancia de la cuestión de la agencia en las restricciones verticales propias de los contratos de distribución.

En primer lugar, el Reglamento de exención toma como punto de partida la posibilidad de que exis-

tan empresarios que actúen en el comercio por cuenta de otros y cuyos acuerdos con éstos estén sin embargo sujetos a la prohibición del artículo 81 del Tratado. En tales supuestos y en la medida en que se incluyan en el ámbito de protección de la exención, gozarán de ésta en los mismos términos que los acuerdos de actuación en el mercado por cuenta propia. A tal efecto, el apartado g) del artículo 1 dispone que, a efectos del presente Reglamento, el concepto de comprador «incluirlá una empresa que, con arreglo a un acuerdo al que se aplique el apartado 1 del artículo 81 del Tratado, venda bienes o servicios por cuenta de otra empresa». Los acuerdos celebrados entre el agente y su principal, en la medida en que incorporen restricciones verticales, quedan pues incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento siempre que les sea aplicable el apartado 1 del artículo 81; cuestión ésta que el Reglamento deja abierta y que abordarán las Directrices de modo frontal.

Los apartados 12 a 20 de las Directrices sustituyen a la Comunicación relativa a los agentes en exclusiva de 1962. Deben leerse en relación con la Directiva 86/653/CEE. Las Directrices definen los acuerdos de agencia como aquellos en virtud de los cuales una persona (el agente) dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la compra de bienes o servicios por parte del principal; o para la venta de bienes o servicios suministrados por aquél.

En caso de acuerdos genuinos de agencia, las obligaciones impuestas al agente en lo que respecta a los contratos negociados o suscritos por cuenta del principal no se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Por el contrario, los acuerdos no genuinos de agencia pueden encuadrarse en el ámbito de aplicación del apartado uno del artículo 81, en cuyo caso serán de aplicación el Reglamento de exención y los criterios de las Directrices. Con arreglo a éstas, dos son los tipos de riesgo pertinentes para evaluar el carácter genuino de un acuerdo de agencia. En primer lugar los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos por el agente por cuenta del principal, tales como la financiación de existencias. En segundo lugar, los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado, entendiéndose por tales las necesarias para desarrollar la actividad para la que el principal ha designado al agente y para que puedan celebrarse los negocios por cuenta de aquél; cuyas inversiones

³⁴ Véase Resoluciones de 25 de junio de 1990; 23 de enero de 1997; 1 de abril de 1998; y 20 de abril de 1999, entre otras.

³⁵ La Sentencia de la Audiencia Nacional sería confirmada por la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 2004 (Petrofís).

suelen ser a fondo perdido si tras abandonar el ámbito específico de actividad la inversión no puede emplearse en otras actividades o venderse, como no sea con pérdidas cuantiosas³⁶. Es relevante en el ámbito preferente de nuestro examen que el apartado 16 de las Directrices ponga como ejemplo de inversión específicamente destinada al mercado la realizada en «el depósito de gasolina en el caso del comercio minorista de gasolina».

El acuerdo de agencia se considera como un genuino acuerdo de agencia, y en consecuencia queda excluido del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, si 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. En una situación de este tipo, la función de venta o de compra forma parte de las actividades del principal aunque el agente sea una empresa distinta. Así, el principal asume los riesgos financieros y comerciales correspondientes y el agente no ejerce ninguna actividad económica independiente en relación con las actividades para las que ha sido designado como tal por el principal. En la situación inversa, el acuerdo de agencia se considera no genuino y entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. En tales casos el agente asume dichos riesgos y será tratado como un distribuidor independiente que debe mantener su libertad para determinar su estrategia de mercadotecnia al efecto de recuperar sus inversiones relativas al contrato o específicamente destinadas al mercado. La cuestión del riesgo, en cualquier caso, ha de evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo.

Si, por su carácter genuino, un acuerdo de agencia no se encuadra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, quedan fuera de la prohibición de dicha disposición todas las obligaciones impuestas a los agentes en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal. Por lo general, las obligaciones del agente que supongan limitaciones sobre el territorio o los clientes a los que puede vender los bienes o servicios, o que le impongan el precio y las condiciones en que ha de realizar dicha compra o venta, serán consideradas parte integrante del acuerdo de agen-

cia, pues todas ellas se refieren a la facultad del principal de fijar el ámbito de actividad del agente en relación con los bienes y servicios objeto del contrato, lo que es esencial si aquél ha de asumir todos los riesgos y, por tanto, de poder determinar la estrategia comercial.

Sin embargo, el efecto de no sujeción a la prohibición del artículo 81 de la calificación de un acuerdo de agencia como genuino no es absoluto. Además de regular las condiciones de venta o compra de los bienes o servicios objeto del contrato por parte del agente por cuenta del principal, los acuerdos de agencia incluyen a menudo cláusulas referidas a las relaciones entre ambas partes. En concreto, es posible que contengan cláusulas que prohíban al principal designar otros agentes para un determinado tipo de transacción, cliente o territorio (cláusulas de exclusividad) o que prohíban al agente actuar como agente distribuidor de empresas competidoras del principal (cláusulas de no competencia). Las cláusulas de exclusividad sólo se refieren a la competencia intramarca y, por lo general, no provocarán efectos contrarios a la competencia. Las cláusulas de prohibición de la competencia, incluidas las disposiciones de inhibición a posteriori de la misma, se refieren a la competencia intermarca y pueden infringir lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 si conducen a la exclusión del mercado de referencia en el que se compran o venden los bienes o servicios objeto del contrato. Ello implica una clara difuminación de la diversidad de efectos entre los acuerdos de agencia genuinos y los de compra en firme para revender, a los que los de agencia no genuina se equiparan, desde la perspectiva de su tratamiento por el Derecho de la Competencia.

3.3 · Alcance y relevancia actuales de la distinción entre agente genuino y agente no genuino

Hay que desmitificar la significación de esta distinción. Si, como hemos visto, el agente que opera por cuenta de su principal se incorpora al concepto del comprador a los efectos del Reglamento de exención en relación con los acuerdos a los que es aplicable al 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 rele-

³⁶ Apdos. 13 y 14 de las Directrices.

vancia de la distinción entre agencia genuina y no genuina viene a reconducirse casi exclusivamente al ámbito de las denominadas restricciones de competencia de especial gravedad, excluidas del ámbito de la exención por el artículo 4 del Reglamento, y en particular a las relativas a la fijación del precio de reventa. 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. Sin embargo, en otros ámbitos los agentes genuinos estarán sujetos al mismo tipo de condicionantes que los no genuinos en cuanto al contenido de su relación con el principal, y, en particular en materia de cláusulas de no competencia o exclusividad, estarán sujetos a los límites temporales establecidos en el artículo 5 del Reglamento de exención.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 22 de enero de 2002, en el recurso 996/98, relativa al sector de la distribución de combustibles en estaciones de servicio, configura la distinción de ámbitos en que la condición de agencia produce efectos diversos por referencia a dos mercados distintos: «los acuerdos de agencia no son en sí restrictivos de la libre competencia, pues el agente es un empresario independiente que se limita a prestar un servicio de promoción y a concluir negocios por cuenta ajena, que goza de autonomía en la forma de gestión y prestación del servicio. Desde este punto de vista, serán lícitas las cláusulas impuestas por el empresario y que sean limitativas de la libertad del agente, dirigidas a fijar las condiciones de venta, en definitiva *las que afectan al mercado de la mercancía*; y desde la misma perspectiva, no lo serán las que implican un condicionante en el modo de prestación del servicio, es decir *las que afectan al mercado de intermediación*».

En ese sentido, puede ser interesante señalar que la calificación de un acuerdo de agencia como de agencia no genuina a raíz de la asunción de riesgos por parte del agente no implica una transformación sustantiva en el contenido obligacional de la relación entre las partes, sino exclusivamente la sujeción en unos u otros términos al Derecho de la Competencia. En la práctica judicial española, en materia de distribución de combustibles en estaciones de servicio, se han multiplicado las demandas en que se planteaba esta pretensión de transformación de la naturaleza sustantiva de la relación. A ese respecto, la sentencia de 22 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de

los de Madrid, recaída en el juicio ordinario 5/04, viene a expresarlo con claridad: *«la consecuencia de incardinar un acuerdo de agencia entre los no genuinos no es en absoluto —como plantea la demandante— la de tener que considerar obligadamente al contrato como un acuerdo de distribución específicamente sometido al régimen de venta en firme, sino que, como indica la Directriz 17, esa consecuencia no es otra que la de que a diferencia de los acuerdos de agencia genuinos —ajenos a la disciplina del Tratado salvo en lo relativo al problema de la vigencia temporal de las cláusulas de no competencia—, los acuerdos no genuinos están sometidos a la posibilidad de que se les aplique el régimen prohibitivo del artículo 81.1 del Tratado como a cualquier otro tipo de acuerdo vertical*». Y añade la mencionada sentencia: *«por lo tanto, el acuerdo de agencia no genuino no constituye per se un acuerdo prohibido*».

En una comunicación previa a la adopción de una decisión de aplicación del artículo 9 del Reglamento 1/2003/CE, también en relación con la distribución de carburantes, la Comisión se ha expresado en términos de relativización de la distinción: *«cualquiera que sea la situación del agente [...], las cláusulas de no competencia convenidas con él pueden ser problemáticas debido a sus efectos sobre la competencia intermarcas. Ello ocurre si tales cláusulas conducen a la exclusión del mercado de referencia en el que se venden o se compran los bienes o los servicios objeto del contrato. Por lo tanto, la Comisión considera que el hecho de que las empresas que explotan las estaciones de servicio [...] sean o no genuinos agentes carece de pertinencia, por lo que se refiere a las cláusulas de no competencia*»³⁷.

3.4 · Riesgos característicos en la relación de agencia en la distribución de combustibles en estaciones de servicio

Tras una práctica inicial, a la que hemos hecho referencia anteriormente, en que las autoridades de defensa de la competencia españolas asociaron en todo caso los acuerdos de agencia en la no sujeción a la prohibición del artículo 81 apartado 1 del Tratado o del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, a partir del año 2001, casi coincidiendo en el tiempo con las reformas de la Comisión

³⁷ Comunicación de la Comisión publicada de conformidad con el apartado 4 del artículo 27 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, relativa al asunto COMP/38348 (DOUE C258, de 20 de octubre de 2004).

en materia de restricciones verticales, el Tribunal de Defensa la Competencia ha venido a establecer un criterio más matizado, apreciando, en buena parte de la tipología contractual de la red de estaciones de servicio españolas basada en acuerdos de agencia, un principio de sujeción al Derecho de la Competencia sobre la base de la concurrencia de dos riesgos considerados relevantes que serían asumidos por el agente, en términos que calificarían a éste como agente no genuino: el riesgo del producto y el riesgo de financiación de las existencias³⁸.

En relación con el primero, los modelos tradicionales de contrato de agencia para la distribución de combustibles en estaciones de servicio en España que fueron examinados por el tribunal contemplaban que, desde su recepción en los tanques de la estación de servicio, el agente respondía del riesgo de pérdida o deterioro de los productos y era responsable de los daños que pudieran causar. El tribunal entendió que con ello el agente asumía plenamente el riesgo del producto y la responsabilidad por el mismo, en términos que trascendían de su actuación puramente como intermediario.

Sin embargo, es lo cierto que el artículo 266 del Código de Comercio impone a los comisionistas, en el marco de su obligación de custodia como depositarios, la responsabilidad por la pérdida o deterioro del producto debidos a su actuación culpable o negligente. En puridad, el agente comisionista únicamente no responde en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Las propias Directrices de la Comisión, en su apartado 16, excluyen de la configuración como riesgos determinantes de la sujeción al artículo 81 del Tratado los relativos a la pérdida o deterioro de las mercancías o a la responsabilidad frente a terceros por los daños causados por éstas en los supuestos en que el agente sea responsable por negligencia (como, por ejemplo, en caso de que no cumpla unas medidas razonables de seguridad que eviten la pérdida de las existencias). En palabras de la Sentencia de 22 de enero de 2002 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ya citada, la responsabilidad por pérdida de la cosa asumida por el agente «no desnaturaliza el contrato en la

medida en que no incorpora cláusula o condición alguna que impida o penalice la devolución por el agente de la mercancía, pues en ese supuesto sí podría afirmarse que pasa correr un riesgo ajeno a la propia esencia de la función propia del agente».

En relación con el riesgo de financiación de las existencias, el tribunal entendió que la fórmula, generalizada en el sector petrolero español, de que los combustibles y carburantes entregados por la compañía petrolera a la estación de servicio que actúa como agente deban pagarse por ésta a los nueve días de su recepción en los tanques de la estación, con independencia de que se hubiera producido ya la venta de dichos combustibles y la recaudación de su importe de los consumidores, implicaba un riesgo financiero para el explotador de la estación de servicio, que asumía, siquiera parcialmente, la financiación de las existencias.

Sin embargo, es ésta una cuestión que no puede, a nuestro juicio, ser zanjada en abstracto. La asunción o no por el agente de un riesgo financiero dependerá en cada caso de la rotación real de los productos de la estación de servicio. Si ésta se produce normalmente en intervalos temporales menores de nueve días, no existirá riesgo alguno para el agente ni podrá considerarse que concurre a la financiación de las existencias, ya que habrá recaudado el importe a reembolsar antes de la efectividad del reembolso. Sólo cuando la rotación de los productos en el punto de venta tenga una periodicidad superior a nueve días —o incluso a 18 días, si tenemos en cuenta que el efecto financiero negativo relativo a los días entre el noveno y el decimotercero se compensará con el efecto financiero positivo de las ventas producidas entre el primero y el noveno días— se podrá hablar fundadamente de un riesgo de financiación de las existencias por parte del agente.

Así lo entiende también la Comisión cuando declara que «sería necesario conocer la periodicidad con que se rellenan los depósitos y se agotan las existencias de carburantes. Dada la naturaleza del producto, no es imposible que el titular de la estación tenga la casi completa seguridad de que las existencias se venderán antes de que expire el plazo de nueve días de que dispone para el pago. Si el depósito se vacía y ...(el principal)... lo reaprovisiona una vez por semana, por ejemplo, el pago diferido a nueve días significaría que el titular de la estación no financia nada por adelantado, pues en el momento en que está obligado a pagar ya habrá

³⁸ Véase Resoluciones de 30 de mayo de 2001, en el asunto 493/00 (Cepsa), y de 11 de julio de 2001, en el asunto 490/00 (Repsol), ambas pendientes de sendos recursos contencioso-administrativos ante la Sala de dicho orden de la Audiencia Nacional.

cobrado de los clientes»³⁹. A su vez, la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de mayo de 2004, en el asunto Petrodís, ya citada en nota a pie de página, ante la alegación del pago a los nueve días como determinante de la asunción de riesgo financiero, expresa categóricamente que «tal argumento carece de fundamento alguno, no ya porque ese exiguo plazo establecido para el reembolso del producto garantiza, como con acierto señala la codemandada, dada la rotación de los aprovisionamientos en la estación de servicio, que, al tiempo de reembolsar dicho valor, su importe habrá sido ya recaudado de los consumidores por cuenta del principal, por lo que la recurrente en ningún caso soporta anticipo de fondos alguno a favor del principal, sino porque el propio artículo 251 del Código de Comercio admite la posibilidad del anticipo de fondos por el comisionista en el desempeño de la comisión mercantil».

En cualquier caso, la asunción de estos o de otros riesgos relevantes por parte del agente no acarrea, como hemos visto, otros efectos diferenciales respecto a la situación de agencia genuina, sobre la base de que los acuerdos de agencia han quedado incluidos en el ámbito de la exención por categorías de los pactos de no competencia, que la de no poder incluir las restricciones de especial gravedad a que se refiere el artículo 4 del Reglamento y en particular la imposición al agente de precios fijos o mínimos de venta al público. Volveremos, más abajo, sobre esta última cuestión.

Hay que apuntar, finalmente, que tanto la práctica decisional de las autoridades de competencia como los términos en que se han planteado los debates judiciales no han hecho hincapié, por el momento, en la nueva dimensión de riesgo en la que ha venido a poner el acento el criterio de la Comisión para configurar la posición del agente como genuina, asociado al riesgo de las inversiones específicas. Como hemos mencionado anteriormente, la realización de inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación del personal conlleva normalmente la sujeción plena de la relación al artículo 81 del Tratado. El hecho de que las Directrices pongan como ejemplo espe-

cífico de tal tipo de inversiones las realizadas en el depósito de gasolina en el caso de comercio minorista de gasolina conlleva, en la generalidad de los supuestos en que el agente explotador del punto de venta sea propietario de la estación de servicio —es decir en las relaciones tipo DODO—, que el artículo 81 del Tratado será aplicable a todos los ámbitos de la relación.

4 · RESTRICCIONES CARACTERÍSTICAS EN LA DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES EN RED EN ESTACIONES DE SERVICIO

Como hemos visto más arriba, la distribución en red, configurada por las estaciones de servicio integradas en las redes de las compañías petroleras, ya sean de gestión propia de la compañía o como estaciones abanderadas, configuran un mercado relevante específico, el más importante en la distribución de combustibles de automoción en España. El elemento de la integración en red se configura desde el punto de vista comercial mediante la presentación al público bajo una marca única y unas características comerciales homogéneas, y por la vinculación de los combustibles comercializados a una determinada procedencia propia de la compañía petrolera de bandera. Desde el punto de vista jurídico, el instrumento de la integración en red, cuando el titular de la actividad en la estación de servicio no es la propia compañía petrolera, viene constituido por una o más restricciones verticales, de las denominadas de marca única, mediante las que el titular del punto de venta se obliga a no comercializar combustibles de compañías competidoras de la de bandera y, normalmente, a adquirir a ésta o a un proveedor designado por ella los combustibles que se expenden en la estación de servicio. Junto a ello, la integración en red implica normalmente una licencia de marca y la obligación de exhibirla en la estación, así como la prestación de determinadas modalidades de asistencia técnica comercial.

4.1 · Restricciones de marca única. Límites de duración

La integración en red se materializa, en la distribución de combustibles en estaciones de servicio, mediante acuerdos de no competencia. Éstos se basan en un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el comprador adquiera prácticamente todas sus necesidades a un solo proveedor. En la práctica del sector, la obligación de no competencia viene acompañada normalmente por una obligación de compra exclusiva, en virtud de la

³⁹ Observaciones escritas de la Comisión Europea en el asunto C-217/05. Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c/Compañía Española de Petróleos, S.A. Cuestión prejudicial planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo español.

cual el comprador adquiere todos los combustibles que se expenden en la estación de servicio al proveedor al que se vincula o al designado por éste. La marca única o pacto de no competencia goza de exención con arreglo al Reglamento cuando la cuota del proveedor no supera el 30 %, con una limitación a cinco años de aquella obligación.

Por encima del umbral de cuota de mercado o para obligaciones de no competencia de más de cinco años es preciso un examen individual de los acuerdos de que se trate para evaluar su eventual efecto restrictivo de la competencia y en su caso la aplicación del apartado 3 del artículo 81. No se presumirá, sin embargo, su carácter ilegal; con la consiguiente distribución de la carga de la prueba entre los interesados y la Comisión respecto a la aplicación respectiva de los apartados 1 y 3 del artículo 81⁴⁰.

La Comisión, por ejemplo, no considera que las obligaciones de no competencia de duración inferior a un año acordadas por empresas no dominantes, aun cuando su cuota exceda del 30 %, dé lugar a efectos anticompetitivos apreciables o efectos negativos netos⁴¹. Si existe una posición de dominio en términos estrictos, las empresas dominantes no pueden imponer obligaciones de no competencia si no pueden justificar objetivamente tal práctica comercial en el contexto del artículo 82 del Tratado. A su vez, las obligaciones de no competencia entre 1 y 5 años de duración acordadas entre empresas no dominantes pero con cuota superior al 30 % requieren sopesar los efectos favorables y los perjudiciales. En este análisis es esencial el dato de la posición de mercado del proveedor. Para evaluar el poder de mercado del proveedor es importante atender a la posición de sus competidores. Si éstos son suficientemente numerosos y fuertes, no cabe prever un efecto anticompetitivo significativo. Sin embargo, la Comisión, junto al dato de la cuota del operador y su posición relativa frente a los competidores, considera también el elemento del efecto acumulativo. Aún por debajo del nivel de dominio, puede producirse un grave efecto de exclusión de competidores reales o potenciales en caso de que un gran número de proveedores celebren contratos de no competencia con un número significativo de compradores en el

mercado relevante. Como referencia indicativa la Comisión ofrece el umbral del 50% del mercado mayorista, en el sentido de que es improbable que se produzca un efecto acumulativo grave cuando esté vinculada por cláusulas de no competencia una proporción menor de aquél⁴².

En la reciente Decisión de 12 de abril de 2006 (Asunto COMP 38348, RCPP. Distribución de combustibles en EESS), la Comisión ha analizado los efectos restrictivos de una acumulación de vínculos de exclusiva en un mercado nacional de combustibles de automoción, en términos que han hecho necesarios, para un operador con cuota en torno al 40 %, compromisos estructurales dirigidos a incrementar el número de puntos de venta disponibles en el mercado, mediante la posibilidad de rescate anticipado de determinados pactos de no competencia a largo plazo basados en la titularidad de derechos reales de uso y disfrute sobre el punto de venta por parte del suministrador.

Con independencia del elemento de la cuota de mercado, en la distribución en estaciones de servicio se ha producido una revisión sensible de las consideraciones sobre el elemento temporal de las cláusulas de no competencia. Mientras que el Reglamento 1984/83/CEE, partiendo del dato de la marca única como consustancial al funcionamiento de las redes de estaciones de servicio, estableció una regla especial para este mercado que extendía hasta 10 años el límite máximo de duración de las obligaciones entonces denominadas de compra exclusiva, el nuevo Reglamento hace aplicable el límite general de cinco años, sin excepciones, a todos los mercados, a los efectos del disfrute de la exención. Sin embargo, en la distribución en estaciones de servicio son especialmente relevantes los supuestos en que las eficiencias derivadas de la cláusula de no competencia están asociadas a una necesaria duración mayor.

Ello trae causa de la frecuente estructura de instrumento de colaboración en la aventura empresarial que implican los acuerdos para la apertura y explotación de una estación de servicio, materializada en las con frecuencia cuantiosas y específicas inversiones del proveedor, que resultan relevantes para la aplicación directa del apartado 3 del artículo 81. En el caso de una inversión del proveedor ligada específicamente a la relación —y hemos visto que lo están por ejemplo las realizadas en los tanques, o,

⁴⁰ Véase Apdo. 62 de las Directrices.

⁴¹ En el mismo sentido, sentencia del TJCE, de 7 de diciembre de 2000, en el asunto C-214/99 (Neste Markkinointi Oy c/ Yötulli Ky y otros), por referencia específicamente a los acuerdos de inhibición de la competencia en estaciones de servicio.

⁴² Véase Apdo. 146 de las Directrices.

por la misma razón, en otras instalaciones de la estación de servicio como los surtidores—, un acuerdo de no competencia o de imposición de cantidades durante el período de depreciación de la inversión cumplirá por lo general las condiciones del apartado 3 del artículo 81. En caso de inversiones de importe elevado ligadas específicamente a la relación, una obligación de no competencia que exceda de cinco años podrá estar justificada⁴³.

La preservación de las eficiencias derivadas de la colaboración empresarial, en su caso con inversiones compartidas, es la que subyacía en la regla especial, del apartado dos del artículo 10 del Reglamento 1984/83/CEE, que eximía de la aplicación del límite de diez años a las obligaciones de exclusiva establecidas en los supuestos en que el comprador explotare el punto de venta por habérselo cedido en arrendamiento o en usufructo el proveedor, en cuyo caso la exclusiva podía durar por todo el tiempo en que el comprador explotare el punto de venta. Al amparo de esta previsión específica se venían celebrando los acuerdos de distribución en red en estaciones de servicio de la modalidad CODO. El mismo criterio es el que inspira el segundo inciso de la regla del apartado a) del artículo 5 del Reglamento 2790/99/CE, con arreglo al cual el límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por éste a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador. La Comisión, sin embargo, se ha preocupado de puntualizar que no pueden acogerse a esta excepción las construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años⁴⁴. La misma preocupación es la que parece subyacer en el cambio de perspectiva que ha supuesto el nuevo reglamento en este punto. Mientras que en el Reglamento de exención de los acuerdos de compra exclusiva el elemento relevante para la prolongación del plazo máximo de duración de aquéllos era que la explotación por parte del comprador trajera causa de una cesión en arrendamiento o usufructo del punto de venta por parte del proveedor, el nuevo Reglamento de exención pone el acento directamente en la titularidad del proveedor sobre

los locales y terrenos en que son vendidos los bienes o servicios contractuales, exigiendo que el proveedor ostente la propiedad o que los tenga arrendados a terceros no vinculados con el comprador.

Esta cuestión de la exclusión de las construcciones artificiales de propiedad ha dado mucho juego en España en relación con las modalidades contractuales basadas en la titularidad de un derecho real de uso y disfrute por parte del proveedor, con base en el cual cedía en arrendamiento el punto de venta al comprador, del que previamente había obtenido la base de su derecho y que conservaba la nuda propiedad del punto de venta. Mediante estas técnicas contractuales se produjo en España un importante desarrollo de la red de estaciones de servicio desde la desaparición del monopolio de petróleos, permitiendo excluir situaciones de *infra* inversión mediante la aportación de fondos por las compañías petroleras al posibilitar al mismo tiempo que éstas obtuvieran el adecuado retorno de la inversión. Así, el titular de una licencia para la construcción de una estación de servicio en un determinado terreno otorgaba a una compañía petrolera un derecho de superficie para construir la estación de servicio, lo que ésta llevaba a cabo, al tiempo que cedía en arrendamiento el punto de venta construido al nudo propietario de los terrenos por todo el plazo de duración del derecho de superficie, vinculando a su vez la exclusiva de suministro de los combustibles y carburantes al punto de venta por todo el tiempo del arrendamiento, con lo que tanto minorista como mayorista podían conseguir los objetivos específicos de su actividad y se fomentaba el desarrollo de la red. Una fórmula paralela de colaboración se producía mediante la cesión a la compañía petrolera de un derecho de usufructo sobre una estación de servicio envejecida o deteriorada para que aquella procediera a su refacción mediante la inversión correspondiente, al tiempo que cedía su explotación al nudo propietario mediante arrendamiento por toda la duración del derecho de usufructo y con vinculación durante dicho plazo de la exclusiva de suministro al punto de venta. Dada la importancia de las inversiones requeridas en las estaciones de servicio, tanto por su nuevo dimensionamiento comercial como por las exigencias técnicas en materia de preservación del medio ambiente, los plazos necesarios para obtener un adecuado retorno de la inversión en ese tipo de operaciones eran necesariamente altos, y desde luego superiores al actual límite de cinco años y al antiguo de diez. Estas modalidades contractuales fueron utilizadas

⁴³ Véase Apdo. 155 de las Directrices.

⁴⁴ Véase Apdo. 59 de las Directrices.

tanto por las compañías petroleras refinadoras españolas como por los nuevos entrantes al amparo de la desmonopolización.

Estos mecanismos de colaboración empresarial para el desarrollo de la red, que en el nuevo marco reglamentario no disfrutaban de la exención por categorías y requerirían en su caso un examen o evaluación individual, han sido cuestionados, incluso, durante la vigencia del Reglamento 1984/83/CEE. En denuncias planteadas al Servicio de Defensa de la Competencia, así como en demandas ante la jurisdicción civil, se ha planteado con frecuencia la nulidad de estas relaciones por vulnerar supuestamente el límite máximo de duración, mediante un mecanismo de defraudación o elusión de las normas reglamentarias. Sin embargo, ni ante las autoridades de defensa de la competencia ni ante los órganos jurisdiccionales civiles ha llegado a prosperar la tesis del carácter fraudulento de las operaciones de superficie-arriendo o usufructo-arriendo por su propia configuración. El criterio delimitador entre los supuestos compatibles o no compatibles con el artículo 81 del tratado no era en la situación anterior el que el proveedor ostentara o no la plena propiedad del punto de venta, sino el de la autenticidad del contenido económico de las operaciones contractuales realizadas. En ese sentido, las decisiones jurisdiccionales en la materia han venido a percibir el fundamento último de esta ampliación del ámbito temporal de la exención en la realidad de las inversiones realizadas por el proveedor en la construcción o en la refacción del punto de venta, que excluiría cualquier elemento de fraude de ley. Entre las numerosas decisiones recaídas al respecto, tanto del Tribunal de Defensa de la Competencia como de órganos de los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso administrativo, citaremos por su dimensión general las sentencias de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2004, en el recurso 589/2002 (RJ 2005/309), y de 15 de marzo de 2001, en el recurso 524/1996 (RJ 2001/5980); y las de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2000 —ya citada, y confirmada por la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2004—, y de 30 de mayo de 2005, recurso número 589/2002 (RJ 2005/245279)⁴⁵.

⁴⁵ La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2005 declara: «No podemos afirmar que las figuras contractuales descritas supongan una operación fraudulenta encaminada a eludir la correcta aplicación de los plazos contenidos en el

En la nueva situación reglamentaria, ciertamente, este tipo de instrumentos contractuales de colaboración entre minoristas y mayoristas no cuenta con la cobertura de la exención por categorías, ni parece que pueda ser viable una evaluación de conjunto, en sede comunitaria o nacional, que garantizara con carácter general su compatibilidad, como modalidad contractual, con el artículo 81 del tratado⁴⁶. Sin embargo, nada obsta a que individualmente considerados tales acuerdos puedan considerarse amparados directamente por su apartado 3, en atención a las eficiencias generadas por las inversiones realizadas por el proveedor en la estación de servicio y a la necesidad de obtener su adecuado retorno. Un elemento relevante al respecto será sin duda la posición de mercado del proveedor y el potencial efecto de cierre que por su número y su duración puedan suponer tales acuerdos para el conjunto del mercado⁴⁷.

Finalmente, y como reverso del criterio de justificación de duraciones superiores a 5 años basadas en las inversiones específicas del proveedor, la Comisión ha expresado que no sería válido plantear vinculaciones indirectas a la renovación de los acuerdos de no competencia al término de su duración por la vía de préstamos o de la entrega de equipos por el proveedor, no específicamente destinados a la relación, que generen una obligación de devolución en dicho momento. El reembolso del préstamo habría de estructurarse, en su caso, en plazos iguales o decrecientes a lo largo de la relación, y, en el caso de los equipos, el comprador debería contar con la posibilidad de hacerse con ellos a su valor de activo neto de mercado al término del acuerdo de no competencia⁴⁸.

Reglamento CEE 1984/83, pues tiene un auténtico contenido económico que no puede afirmarse irrisorio o desproporcionado. En principio, y a falta de otra prueba, nos encontramos ante una auténtica constitución de un derecho real de usufructo al que le es de aplicación el artículo 12.2 del citado Reglamento, que conlleva un desembolso por parte del usufructuario en la cifra antes señalada».

⁴⁶ El TDC, en Resolución de 30 de marzo de 2005 (BP Oil España), denegó la autorización singular en bloque, pro futuro, del conjunto de los acuerdos contractuales de este tipo de una determinada compañía, pero ha dejado abierta su posible consideración individual del problema de la duración, para los que no contengan restricciones de las consideradas especialmente graves.

⁴⁷ La Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 (Asunto COMP 38348) acepta, en el marco del artículo 9 del Reglamento 1/2003, de compromisos de un proveedor dirigidos a reducir progresivamente el efecto de cierre del mercado mediante la posibilidad de rescate anticipado por el minorista, mediante precio, de los derechos de propiedad superficial o usufructo a largo plazo de que aquél es titular.

⁴⁸ Véase apdo. 58 de las Directrices.

4.2 · La cuestión del precio de venta al público

La Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998 puso fin a la intervención administrativa de los precios de los carburantes en España⁴⁹. En este momento los precios de venta al público se encuentran liberalizados en nuestro país. La fijación del precio de venta o de reventa de los combustibles en las estaciones de servicio corresponde por tanto al explotador del negocio de venta al por menor en cada estación.

Los contratos de distribución entre las compañías petroleras y las estaciones de servicio no podrán por tanto atribuir a aquéllas la facultad de establecer precios fijos o mínimos de venta al público de los carburantes; y, en caso de establecerse, dicha facultad acarrearía la pérdida de la exención por categorías para el conjunto del acuerdo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Reglamento 2790/99/CE que la configura como una restricción especialmente grave. Por el contrario, el proveedor podrá imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.

La cuestión de la fijación del precio de venta al público es especialmente sensible en un mercado de distribución de carburantes en estaciones de servicio como el español en el que todavía son amplia mayoría los titulares de puntos de venta que comercializan los combustibles, como agentes, en nombre y por cuenta de la compañía petrolera suministradora. En el año 2001, el Tribunal de Defensa de la Competencia impuso sendas importantes sanciones a las dos principales compañías petroleras españolas, por la supuesta fijación por éstas del precio de venta al público en estaciones de servicio que, aunque actuaban en régimen de agencia, entendía el tribunal que asumían riesgos relevantes que las excluirían de la condición de agentes genuinos⁵⁰. Sin embargo, la fijación libre del precio de venta al público por el agente, aunque se trate de un agente no genuino, es incompatible por esencia con la estructura de la agencia, en la que los efectos económicos de la transacción se producen directamente para el principal, y en la que no es posible instrumentar que un operador económico —el agente no genuino en este caso—

actúe en el binomio margen/volumen compitiendo por incrementar su volumen con cargo al margen de otro operador (su principal).

La Comisión, sin duda consciente de la cuestión que se planteaba al configurar los supuestos de agencia no genuina como sujetos al artículo 81 del Tratado, vino a reconocer en el apartado 48 de las Directrices de octubre 2000 el carácter no restrictivo de la competencia de la fijación del precio por el principal, siempre que se permitiera al agente hacer descuentos con cargo a su comisión. Ello implica que la fijación del precio final por el principal no constituye una restricción especialmente grave, excluyente de la exención del Reglamento, sino cuando se impide al agente no genuino repartir su comisión con el cliente reduciendo el precio efectivo pagado por éste sin disminuir los ingresos del principal⁵¹. En realidad, la modalidad de fijación del precio por el principal con facultad del agente de hacer descuentos con cargo a su comisión equivale a la fijación por el proveedor de un precio máximo en el ámbito de una relación con un revendedor, que no es en sí misma restrictiva de la competencia. Con ello, se preserva, en términos compatibles con la competencia efectiva, un modo de operar arraigado en el sector de la distribución en estaciones de servicio en varios mercados europeos además del español⁵².

⁵¹ «En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Con todo, si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 (véase apartados 12 a 20), toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal».

⁵² Como ejemplos de aplicación de la solución del apdo. 48 de las Directrices en el mercado de estaciones de servicio pueden citarse la Comunicación de la Comisión referida en nota 37; y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de los de Madrid, de 22 de marzo de 2005, citada en el cuerpo del presente artículo. A su vez, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 también de los de Madrid, de 5 de enero de 2006, dictada en autos de juicio ordinario núm. 99/2005, arranca del criterio de la Comisión en la mencionada Comunicación —inexistencia de efecto apreciable sobre la competencia derivado de la fijación por el principal de un precio sobre el que el agente puede establecer descuentos con cargo a su comisión— para concluir que, con mayor motivo, no habrá tampoco restricción de competencia (por mantenimiento del precio de reventa) por el hecho de que el precio de transferencia a una estación de servicio revendedora se determine por la aplicación de determinados descuentos sobre una referencia de mercado.

⁴⁹ Véase art. 38.

⁵⁰ Véase Resoluciones citadas en nota 40.