

RESOLUCIÓN (Expte. 490/00, REPSOL)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 11 de julio de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 490/00 (1986/99 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado en virtud de denuncia de la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía contra REPSOL S.A. y REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. por vulneración de la normativa nacional y comunitaria de la competencia al vulnerar las normas que prohíben la fijación de precios y limitan la duración máxima de los contratos de suministro.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- El 27 de abril de 1999 tiene entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante SDC) escrito de D. Andrés Delgado Doncel, en nombre y representación de la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía, en el que se denunciaba a REPSOL S.A., REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. CEPSA S.A. Y CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. por vulneración de la normativa nacional y comunitaria de competencia. Se denunciaban diversas prácticas contrarias a las normas de la competencia puesto que supuestamente:

- se estaría produciendo una simulación contractual al alterar el nombre de uno de los contratantes en los contratos de distribución de carburantes entre las denunciadas y los titulares de las estaciones de servicio.
- se habrían desarrollado determinadas prácticas encaminadas a eludir de la duración máxima de diez años permitida por el Reglamento CEE 1984/83 para las obligaciones de compra exclusiva en el ámbito de la distribución de carburantes, mediante la utilización fraudulenta de diversas figuras jurídicas como derechos reales de superficie, usufructo, préstamo y arrendamientos cruzados.
- las empresas denunciadas estarían infringiendo el mencionado Reglamento mediante prácticas como la fijación de precios de venta al público, fijación de márgenes comerciales y cláusulas de mejor precio.

El SDC decidió, dado que en la denuncia se trataban las relaciones verticales de dos grupos empresariales con sus respectivos distribuidores minoristas, separar y escindir el expediente en dos, uno de los cuales es objeto de Resolución.

2.- Con fecha 19 de mayo de 2.000 el Servicio emitió el Informe-Propuesta en el que se proponía :

- *Infracción del artículo 1.1 del artículo de la LDC y 81.1 del TCE por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., para desarrollar una serie de prácticas encaminadas a la fijación del precio de venta de los combustibles en las estaciones de servicio por ella abanderadas, en los términos descritos en los apartados III.2.d y IV.2 del Pliego, que no se encuentran exentas por el Reglamento 1984/83 y el Real Decreto 157/92.*
- *Infracción del artículo 1.1 del artículo de la LDC y 81.1 del TCE LDC por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., para desarrollar una serie de prácticas encaminadas a alargar la duración máxima permitida por el Reglamento 1984/83 y el Real Decreto 157/92 de sus contratos de abanderamiento, en los términos descritos en los apartados III.3 y IV.3 del Pliego.*

- 3.- Recibido el expediente en el Tribunal, por Providencia de 6 de junio de 2000 se admitió a trámite, se nombró Ponente y se puso de manifiesto a los interesados para que propusieran las pruebas que a su defensa convinieran y solicitaran la celebración de vista.
4. Mediante escritos de 27 de junio y 5 de julio de 2000, REPSOL solicitó una serie de pruebas.
5. Por escrito de 30 de junio de 2000 la Asociación propuso una serie de pruebas.
6. REPSOL propuso la celebración de vista.
7. Mediante Auto de 1 de septiembre de 2000 el Tribunal determinó las pruebas que habían de realizarse y acordó la celebración de vista.
8. El día 11 de enero de 2001 se celebró la vista.
9. Mediante Providencia de 11 de mayo de 2001 el Tribunal solicitó de REPSOL , en concepto de diligencia para mejor proveer, información sobre el régimen de liquidación fiscal aplicable a ciertos contratos.
10. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló sobre este expediente en su sesión de 3 de julio de 2001.
11. Son interesados:
 - REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.
 - ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y UNIDADES DE SUMINISTRO DE ANDALUCÍA
 - CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO
 - LANDETE GIMENO S.L.
 - ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO
 - BAGARCIVA, S.A.L.
 - MAYPA S.L.

HECHOS PROBADOS

1. REPSOL S.A , compañía dedicada a actividades relacionadas con la producción de petróleo, es la matriz de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos tiene como principal actividad la comercialización de los productos elaborados por el grupo REPSOL. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos tuvo, en 1998, unas ventas netas de aproximadamente 1,3 billones de pesetas y su cuota de mercado en la distribución de productos petrolíferos durante esa año fue del 52,5%.

REPSOL distribuye, a través de su filial comercial, carburantes en el mercado español. Para ello tiene relaciones de diversa índole con los gasolineros; entre éstas destacan las que se realizan en el marco de los contratos denominados de *comisión*, que representan un 97,5% del total, según el Servicio, y un 80% según manifestaciones de la compañía en la Vista del Expediente. El resto de la distribución se realiza a través de gasolineras propiedad de la propia REPSOL o de gasolineras que operan en régimen de reventa. En ciertos contratos que expresamente se reconocen como de comisión, REPSOL se reserva la facultad de fijar el precio en ciertas condiciones. En el cuadro que sigue a continuación se determina la forma en que REPSOL fija contractualmente los precios según tipos de contrato y las modalidades de distribución de los diferentes elementos de riesgo entre el REPSOL y el gasolinero de acuerdo con los diferentes tipos de contrato.

Nº E.S.	FOLIO EXPTE	TIPO	AÑO	DAÑO MERCANCÍA	PRECIO MERCANCÍA	COSTE DESFASE INGRESOS PAGOS	DURACIÓN
11447	Pg.754	Abanderamiento -- --	1990	Explícitamente (1)	Tipo III	s.e.	10 años
10977	Pg.811	Abanderamiento -- --	1990	Explícitamente (1)	Tipo III	s.e.	10 años

Nº E.S.	FOLIO EXPTE	TIPO	AÑO	DAÑO MERCANCÍA	PRECIO MERCANCÍA	COSTE DESFASE INGRESOS PAGOS	DURACIÓN
11216	Pg.783	Abanderamiento -- --	1990	Explícitamente (1)	Tipo III	s.e.	10 años
10841	Pg.1618	Abanderamiento -- --	1990	Explícitamente (1)	Tipo III	s.e.	10 años
11184	Pg.356	Abanderamiento -- --	1991	Explícitamente (1) (2)	Tipo III	s.e.	10 años
11458	Pg.543	Abanderamiento -- --	1991	Explícitamente (1) (2)	Tipo III	s.e.	10 años
4725	Pg.2009	Abanderamiento Exclusiva --	1999	Explícitamente (1) (3)	Tipo IV	Tipo II	2 años
5762	Pg.1968	Abanderamiento Exclusiva --	1993	Explícitamente (1) (3)	Tipo II	Tipo II	10 años
1382	Pg.2061	Abanderamiento Exclusiva --	1993	Explícitamente (1) (3)	Tipo II	Tipo II	10 años
2097	Pg.2023	Abanderamiento Exclusiva --	1993	Explícitamente (1) (3)	Tipo II	Tipo II	10 años
4533	Pg.1929	Abanderamiento Exclusiva --	1993	Explícitamente (1) (3)	Tipo II	Tipo II	10 años
5637	Pg.408	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años

Nº E.S.	FOLIO EXPTE	TIPO	AÑO	DAÑO MERCANCÍA	PRECIO MERCANCÍA	COSTE DESFASE INGRESOS PAGOS	DURACIÓN
15824	Pg.596	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1992	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
1433	Pg.522	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
1678	Pg.485	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
2484	Pg.577	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
3243	Pg.503	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
3901	Pg.450	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
5612	Pg.1879	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
5795	Pg.1593	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
31302	Pg.334	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
31545	Pg.1905	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
11019	Pg.381	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1994	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años

Nº E.S.	FOLIO EXPTE	TIPO	AÑO	DAÑO MERCANCÍA	PRECIO MERCANCÍA	COSTE DESFASE INGRESOS PAGOS	DURACIÓN
12424	Pg.663	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1994	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
4594	Pg.640	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1995	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
33005	Pg.843	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1995	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
4412	Pg.1559	Abanderamiento Exclusiva Comisión	1997	(4)	Tipo I	Tipo I	10 años
31544	Pg.1861	Abanderamiento Exclusiva Comisión	1998	Sí	Tipo I	Tipo I	10 años
96310	Pg.1574	Abanderamiento Exclusiva Comisión	1998	(4)	Tipo I	Tipo I	10 años
96341	Pg.467	Abanderamiento Exclusiva Comisión	1999	(4)	Tipo I	Tipo I	10 años
5767	Pg.306	Abanderamiento Exclusiva Agencia	1997	Sí	Tipo I	Tipo I	5años
5451	Pg.730	Abanderamiento Exclusiva Comisión	1997	Sí	Tipo I	Tipo I	5 años
4129	Pg.430	Abanderamiento Exclusiva Comisión	1998	(4)	Tipo I	Tipo I	5 años
5636	Pg.708	Abanderamiento Exclusiva Comisión	1998	(4)	Tipo I	Tipo I	5 años

Nº E.S.	FOLIO EXPTE	TIPO	AÑO	DAÑO MERCANCÍA	PRECIO MERCANCÍA	COSTE DESFASE INGRESOS PAGOS	DURACIÓN
31230	Pg.616	Abanderamiento Exclusiva Comisión	1998	(4)	Tipo I	Tipo I	5 años
12176	Pg.692	Abanderamiento Exclusiva Comisión	1999	(4)	Tipo I	Tipo I	5 años
3892	Pg.2136	Arrendamiento Subarrend. Exclusiva	1991	Sí	s.e.	s.e.	25 años
15051	Pg.2105	Arrendamiento Subarrend. Exclusiva	1991	Sí(2)	s.e.	s.e.	25 años
31531	Pg.871	Arrendamiento -- --	1999	Contrato de distribución con tercero			
31531	Pg.880	Arrendamiento Subarrend. Exclusiva	1999	(4)	s.e.	s.e.	25 años
33003	Pg.2179	Arrendamiento Subarrend. Exclusiva	1999	Sí	s.e.	s.e.	25 años
15695	Pg.1317	Arrendamiento Exclusiva	1998	Sí (2)	s.e.	s.e.	25 años
5632	Pg.1346	Arrendamiento Exclusiva	1996	Sí	s.e.	s.e.	50 años
7867	Pg.2203	Concesión	1987	---	---	---	---
31161	Pg.1714	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1992	Sí (2)	s.e.	s.e.	25 años
3774	Pg.1677	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1992	Sí (2)	s.e.	s.e.	25 años

Nº E.S.	FOLIO EXPTE	TIPO	AÑO	DAÑO MERCANCÍA	PRECIO MERCANCÍA	COSTE DESFASE INGRESOS PAGOS	DURACIÓN
15622	Pg.2378	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1993	Sí	Tipo I	Tipo I	25 años
15021	Pg.2334	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1996	Sí	Tipo I	Tipo I	15 años
11553	Pg.1258	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1992	Sí	--	--	25 años
11953	Pg.1125	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1993	Sí (2)	s.e.	s.e.	25 años
12621	Pg.931	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1993	Sí (2)	s.e.	s.e.	25 años
31122	Pg.1282	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1993	Sí	--	--	25 años
3128	Pg.2249	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1994	Sí	Tipo I	Tipo I	31años
13229	Pg.1176	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1995	Sí	Tipo I	Tipo I	25 años
96019	Pg.976	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1996	Sí	Tipo I	Tipo I	25 años
14327	Pg.1224	Dº Usufructo Arrendamiento Exclusiva	1998	Sí	Tipo I	Tipo I	25 años

- (1) “ Los carburantes serán propiedad del titular y éste asumirá el riesgo” o “La propiedad y el riesgo de los productos suministrados se transmiten al titular, desde que aquellos se introducen en los depósitos de las ES.
 - (2) Obligación de contraer seguro
 - (3) Las partes responderán ante sí y frente a terceros, de los daños o perjuicios que causan por su actuación culpable o negligente. REPSOL COMERCIAL por daños causados por el producto suministrado no se extenderá en ningún caso a los daños indirectos respecto de cada entrega, al valor del producto suministrado en la misma.
 - (4) Se incluye “como depositario” al hablar del riesgo de los productos objeto de la exclusiva.
- (*) Se trata de contratos dentro del mismo grupo de empresas
(**) Se ha tratado como un contrato de Gestión Cedida ya que presenta las mismas características que éstos.

COLUMNA E :

En todos y cada uno de los contratos analizados se especifica que el riesgo de disminución del valor del producto por deterioro o pérdida del mismo será del revendedor, no del proveedor.

En los contratos más antiguos, 1990, 1991 y 1993 se dice explícitamente, además, que la propiedad de los productos es del titular, esto es, del revendedor.

En los contratos-tipo (1) se especifica que la propiedad de la mercancía del gasolinero → hay los 11 más antiguos. En los contratos-tipo (3) se delimita responsabilidad de daño causado por la mercancía.

A partir del año 1997 se cambia la fórmula de definir el riesgo en estos contratos y se dice que “asume, como depositario, la obligación de conservar tales productos”. En el anexo I se señalan con las llamadas (4). Hay un total de 8.

En algunos contratos se exige, además, que el revendedor constituya un seguro. En el anexo I se señala con la llamada (2).

Resumen: con la posible excepción de 8/76 en todos el gasolinero responde de los daños a la mercancía.

COLUMNA F :

III.1. Precio Tipo I

El Comisionista comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de Repsol Comercial en el PRECIO Y DEMÁS CONDICIONES POR LA MISMA SEÑALADOS, ...

Cualquier descuento que pudiera aplicar será CON CARGO A SU COMISIÓN. Las ventas a los clientes serán al contado. El crédito que pueda eventualmente conceder el Comisionista será por su propia cuenta, al margen de la comisión conferida.

Para el cálculo del importe a satisfacer a Repsol Comercial se tendrá en cuenta en todo caso el VOLUMEN ÍNTEGRO ENTREGADO y PVP fijado por aquélla.

Las variaciones de precios se aplican sobre el producto que quede en los depósitos en el momento en el que se modifiquen los precios. (Esto es, las liquida Repsol).

III.2. Precio Tipo II (5 contratos)

Repsol Comercial comunicará por escrito al titular el PRECIO RECOMENDADO DE VENTA AL PÚBLICO de los productos suministrados.

El precio a pagar por el titular (D.M) será el resultante de aplicar, sobre el precio recomendado de venta al público por Repsol Comercial, un descuento que hasta el 31.12.1993 queda fijado en el Anexo I apartado A) que acompaña el presente contrato.

No se especifica nada sobre la variación de precios a efectos de los carburantes en el depósito.

III.3. Precio Tipo III (6 contratos firmados en 1990 y 1991)

Cuando exista la liberalización de precios, Petroliber Distribución S.A. procurará que dichos precios sean competitivos con los ofrecidos de buena fe por los otros suministradores de relieve en el mercado sobre los mismos productos dentro de la misma área geográfica o comercial. No se especifica que puedan aplicarse descuentos con cargo a la Comisión, ni sobre la variación de precios.

III.4. Precio Tipo IV (1 sólo contrato)

El precio de la compraventa de los productos entre Repsol Comercial y el TITULAR será el resultado de aplicar los descuentos por litro de producto acordados entre las partes y recogidos en el Anexo-I del presente contrato sobre un precio de referencia establecido con arreglo al párrafo siguiente de la presente cláusula. Dichos descuentos permanecerán siendo de aplicación en tanto las partes no acuerden su revisión, sin perjuicio de las regularizaciones que se establezcan una vez acordada dicha revisión.

El precio de referencia a que se refiere el párrafo anterior será el precio de venta al público que se aplique durante la semana de la entrega de referencia en mayor número de Estaciones de Servicio de la provincia de entre las abanderadas por alguno de los siguientes cinco operadores relevante: CEPESA, BP, SHELL, PETROGAL y TOTAL. Si existieren dos o más precios, los más aplicados, que lo fueren en el mismo número de Estaciones, se tomará como referencia la media aritmética de todos ellos.

No se ha especificado nada sobre la variación de precios a efectos de los carburantes en el depósito.

Precio S.E.

La fijación del precios del producto no se ha especificado en el contrato.

COLUMNA F :

IV.1. Tipo I

El importe de los productos pedidos, ..., se abonará por el Comisionista en tiempo que permita a Repsol Comercial TENER CONSTANCIA DEL ABONO ANTES DE REALIZAR LA ENTREGA DE PRODUCTO CORRESPONDIENTE.

No obstante, el Comisionista podrá optar, prestando previamente garantías suficientes, en forma de aval bancario a primer requerimiento u otra que Repsol Comercial acepte como equivalente, que cobran el importe del riesgo contraído por REALIZAR LOS ABONOS EN UN PLAZO MÁXIMO DE NUEVE DÍAS CONTADOS A PARTIR DE LAS FECHA DE SUMINISTRO O ENTREGA DE LOS PRODUCTOS AL COMISIONISTA.

El retraso en los abonos dará lugar al devengo automático de los correspondientes intereses de demora, sin necesidad de reclamación

expresa o declaración de mora, aplicándose un tipo equivalente al del interés legal del dinero incrementado en cuatro puntos porcentuales (algunas veces el incremento es de dos puntos).

V.2. Tipo II

El pago de los suministros se producirá en el plazo de 0 días, a contar desde la fecha del suministro, mediante domiciliación bancaria de los correspondientes recibos.

Cualquier retraso en el pago de los suministros, por no atender los recibos presentados al cobro, dará lugar al devengo, desde la fecha de vencimiento de aquéllos, de intereses de demora a favor de Repsol Comercial calculados a un tipo igual al interés legal incrementado en DOS PUNTOS PORCENTUALES.

2. Algunos de los contratos analizados en el punto anterior se encuentran insertos en secuencias en las que REPSOL y el gasolinero llegan a acuerdos de diversa índole. Dichas secuencias constituyen la base de la segunda imputación del Servicio; por ello, como Hecho Probado 2, se incluye la lista de esas secuencias, junto con las características relevantes de los contratos comprendidos en ellas.

Pág. 2106

9 de agosto de 1990

RÍO DE ORO, propietario de las instalaciones y terrenos en los que se encuentra ubicada una estación de servicio, arrienda a CAMPSA las instalaciones. CAMPSA afirma que va a realizar una inversión de 130 millones de pts.

1 de febrero de 1991

CAMPSA, arrendataria, subarrienda a GESERVICIO por 25 años las instalaciones de la estación de servicio. Posteriormente REPSOL pretende que no se ha subrogado en este contrato, pero consta que le ha mandado las hojas de cálculo de comisiones. Los nombres de las empresas no son los mismos, pero la persona que firma por RIO DE ORO Y GESERVICIO es la misma.

Pág. 871

1 de marzo de 1999

MARCELINO RODRÍGUEZ Y HERMINIA AMOR, propietarios de los

terrenos e instalaciones de una estación de servicio, ceden ésta a REPSOL COMERCIAL, bajo la fórmula de arrendamiento de industria, por 20 años; se pacta expresamente que REPSOL podrá subarrendarla.

1 de marzo de 1999

REPSOL cede a GESLIMES S.A., el comisionista, bajo la fórmula de subarriendo de industria y comisión exclusiva de venta, el uso de la estación de servicio, por 20 años. No consta que sea la misma empresa que la anterior.

Pág. 2179

29 de enero de 1999

Patrimonio Nacional, titular de los terrenos, arrienda a REPSOL un terreno. En estos terrenos existía una estación construida por la arrendataria anterior, CAMPSA, que pasa a ser arrendada por REPSOL.

29 de enero de 1999

REPSOL COMERCIAL, titular de la gasolinera, cede a CAMPSA RED, como subarriendo de negocio.

Pág. 663

18 de julio de 1994

FRANCISCO A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, titular de una finca y de una concesión administrativa, se compromete a construir una estación de servicio y a cederla en usufructo a REPSOL; le cederá también, si resulta posible, la concesión administrativa. Si puede ceder la concesión administrativa la duración será hasta la expiración de ésta; en caso contrario, la duración del contrato será de 10 años, pero, en ese caso, FRANCISCO A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ se obliga a renovar el contrato hasta el fin de la concesión administrativa. De no hacerlo pagará una indemnización de 25 millones de pesetas.

Repsol aporta 2.800.000 pts. para la modernización de la estación de servicio y 800.000 para la exposición y venta de productos afines.

18 de julio de 1994

REPSOL constituye un contrato con FRANCISCO A. FERNÁNDEZ

HERNÁNDEZ; en este contrato se le caracteriza como agente-comisionista.

Pág. 1176

19 de mayo de 1995

JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ-CATUXO, propietario de una finca que adquirió en 1985 a la compañía ESTACIÓN DE GASOLINAS CATUXO, cede a REPSOL un derecho de superficie en los terrenos de esa finca para que construya una estación de servicio. También cede todos *sus derechos de edificación, instalación y licencias obtenidas para ello, que posibiliten la construcción y edificación, apertura y funcionamiento de la Estación de Servicio proyectada*. REPSOL paga 2 millones de pesetas. REPSOL realizará *obras de reconstrucción, reparación, reforma o nueva planta* por valor de 33.000.000 millones de pesetas.

De la documentación aportada se desprende que, previamente a estos contratos, REPSOL tenía construida ya una pequeña estación de servicio, que colindaba con una finca en la que JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ-CATUXO tenía instalado un taller. Obra copia de la autorización del Ministerio de Industria y Energía, de fecha 25 de septiembre de 1994, por la que se inscribe provisionalmente en el Registro de Instalaciones de venta al público la estación de servicio de JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ a emplazar en la citada localidad.

1 de julio de 1995

REPSOL, titular de la estación de servicio, compuesta por elementos muebles e inmuebles, cede a AUTOSERVICIO CATUXO el uso y disfrute de esa estación de servicio bajo la fórmula de arrendamiento de industria. La duración es de 25 años.

Pág. 1677

12 de junio de 1992

REPSOL COMERCIAL titular de la Estación de Servicio cede, en régimen de arrendamiento de industria, la explotación de dicha estación de servicio.

12 de junio de 1992

Las mismas personas constituyen un derecho de usufructo a favor de REPSOL sobre la estación de servicio durante 25 años. REPSOL paga 22.000.000 millones de pesetas y se compromete a invertir 13.000.000 en la gasolinera.

Pág. 2378

2 de abril de 1993

JESÚS GUERRERO GUERRERO cede el usufructo de la estación de servicio a REPSOL. El usufructo durará 25 años y REPSOL pagará un cánon de 7.000.000 pts. anuales; además REPSOL paga 175.000.000 por la constitución del usufructo.

3 de abril de 1993

REPSOL, usufructuaria de la estación de servicio, arrienda a JESÚS GUERRERO GUERRERO, bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 25 años.

Pág. 2334

6 de junio de 1996

GUSTAVO AGUSTÍN DE LA PEÑA constituye a favor de REPSOL un derecho de usufructo sobre la gasolinera de la que es propietario; se pacta una contraprestación de 1,5 pts. por litro revisable según la evolución del IPC; el usufructo durará 15 años.

6 de junio de 1996

REPSOL, usufructuaria de la estación de servicio, arrienda a GUSTAVO AGUSTÍN DE LA PEÑA, bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 15 años.

Pág. 2418

2 de julio de 1997

J. M. CERDEIRA constituye a favor de REPSOL un derecho de usufructo sobre la gasolinera de la que es propietario; se pacta una contraprestación de 57.000.000 pts., el industrial se obliga a destinar la totalidad de esa cantidad a las obras de mejora de las instalaciones; el usufructo durará 15 años.

2 de julio de 1997

REPSOL, titular de la estación de servicio, arrienda a J. M CERDEIRA TEIJERO, bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 15 años.

Pág. 2207

25 de marzo de 1992

Existe una fotocopia de la escritura de desmembración de CAMPSA en la que se alude a la estación de servicio; se alude a un derecho de superficie a favor de CAMPSA constituido en virtud de un negocio jurídico celebrado en 1986.

11 de diciembre de 1987

CAMPSA, titular de la estación de servicio, arrienda a RONDA DE SEGOVIA, bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 25 años.

Pág. 2316

2 de marzo de 1992

Existe una fotocopia de la escritura de desmembración de CAMPSA en la que se alude a la estación de servicio; se alude a un derecho de superficie a favor de CAMPSA constituido en virtud de un negocio jurídico celebrado el 9-3-89.

6 de junio de 1990

CAMPSA, titular de la estación de servicio, arrienda a RUDIPEC S.A., bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 25 años.

Pág. 1634

13 de mayo de 1996

Existe una fotocopia de escritura notarial en la que se alude a la estación de servicio; se alude a un derecho de superficie a favor de REPSOL. Consta que REPSOL llevó a cabo inversiones para construir importantes elementos de la gasolinera.

11 de marzo de 1992

REPSOL, titular de la estación de servicio, arrienda a LAGARTO DE JAEN S.L., bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 25 años.

Pág. 1125

1 de octubre de 1992

REPSOL adquiere a MONTSACRO S.A. un derecho de superficie sobre una estación de servicio que se va a construir.

24 de enero de 1993

REPSOL, titular de la estación de servicio, arrienda a MONTSACRO S.A. bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 25 años.

Pág. 931

28 de junio de 1993

REPSOL adquiere a FERMÍN SÁNCHEZ un derecho de superficie sobre una estación de servicio que se va a construir y la licencia para construir esa estación por 25 años y con obligación de construir. REPSOL paga 17 millones de pesetas.

10 de noviembre de 1993

REPSOL, titular de la estación de servicio, arrienda a FERMÍN SÁNCHEZ bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 25 años.

Pág. 1282

28 de junio de 1993

REPSOL adquiere a BEGOÑA CARNEADO, representante de la estación de servicio EL AGUILA, un derecho de usufructo sobre una estación de servicio nueva que se va a construir. REPSOL paga 75 millones de pesetas.

12 de enero de 1993

REPSOL, titular de la estación de servicio, arrienda a COMERCIAL CARNEADO bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 25 años.

Pág. 2249

28 de marzo de 1992

REPSOL adquiere la estación de servicio en virtud de la escisión del patrimonio de CAMPSA; CAMPSA había constituido un derecho de superficie.

20 de junio de 1994

REPSOL, titular de la estación de servicio, arrienda a CARABANCHEL DEL AUTOMÓVIL bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 31 años.

Pág. 2249

28 de marzo de 1992

REPSOL adquiere la estación de servicio en virtud de la escisión del patrimonio de CAMPSA; CAMPSA había constituido un derecho de superficie.

20 de junio de 1994

REPSOL, titular de la estación de servicio, arrienda a CARABANCHEL DEL AUTOMÓVIL bajo la fórmula de arrendamiento de industria por 31 años.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- Debe, en primer lugar, justificarse la invocación del art. 1 LDC para una serie de actuaciones que se imputan a un solo agente, REPSOL. En efecto, el Servicio, en su pliego de cargos, propone que el Tribunal declare la existencia de dos infracciones del art. 1 consistentes, por un lado, en la fijación ilegal de precios y, por otro, en la celebración de contratos que pretenden ampararse fraudulentamente en la exención del art. 12.2 del Reglamento CEE 1984/83, exención reproducida en el art. 1.b del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exención por categorías, autorización singular y registro de Defensa de la Competencia. Tales prácticas exigen, en efecto, *algún tipo de concierto de voluntades*, en el sentido exigido por la Resolución de 21 de febrero

de 2000 al Expte. r 298/99, y *una bilateralidad de comportamientos*, en el sentido de la Resolución de 22 de marzo de 2000 al Expte. r 397/99. Aunque en determinados momentos del expediente las acciones anticompetitivas se predicen respecto de REPSOL, debe tenerse en cuenta que, en línea con la doctrina utilizada por la Comisión Europea en los expedientes C277/98 Sandoz y C279/87 Tipp-Ex, aceptada después por la sentencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia al caso T-41/96 Bayer, la conducta aparentemente unilateral puede llevar latente un acuerdo entre operadores si existe una aquiescencia *de facto* de éstos. En el expediente que se analiza, y a diferencia del citado T-41/96 Bayer, sí puede afirmarse que esa aquiescencia ha existido ya que los gasolineros vinculados con REPSOL han puesto en práctica durante extensos periodos de tiempo las estipulaciones de los contratos, lo que no resulta óbice para que, en algunos casos, hayan contestado judicialmente algunas de sus estipulaciones.

No obstante -y aunque es cierto que el Tribunal ha venido exigiendo que en los casos en que se alega violación del artículo 1 se impute dicha conducta a todas las partes que hayan podido intervenir en el concierto de voluntades- no es menos cierto que, en casos como el que se analiza, en los que existe una fuerte desproporción entre el poder contractual de las partes, por lo que los contratos tienen un claro elemento de adhesión, la imputación multilateral puede resultar desmesurada y dar lugar a serias disfunciones de la economía procesal. Por ello, el Tribunal ha considerado que en este caso procede la imputación unilateral a REPSOL de las dos conductas que se alegan como contrarias al art. 1 LDC.

- 2.- La imputación primera del Servicio dice: Infracción del artículo 1.1 de la LDC y 81.1 del TCE por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., por desarrollar una serie de prácticas encaminadas a la fijación del precio de venta de los combustibles en las estaciones de servicio por ella abanderadas, en los términos descritos en los apartados III.2.d y IV.2 del Pliego, que no se encuentran exentas por el Reglamento 1984/83 y el Real Decreto 157/92.

En el Pliego de Concreción de Hechos el Servicio señala: *REPSOL fija el precio de venta al público a los distribuidores comisionistas (97,5% de su red) y, de igual modo, recomienda el precio de reventa a los revendedores, que tiene un efecto análogo a su fijación.*

REPSOL tiene un complejo sistema para la fijación de los precios a los distribuidores. Las decisiones se adoptan en el seno de un Comité de

Precios cuyo máximo responsable es el presidente de Repsol Comercial. En dicho Comité, a tenor de la evolución de diversas variables fundamentales en términos de costes, realizaciones y objetivos, se establece de forma semanal un precio medio de referencia. Posteriormente, y en lo que podríamos denominar un segundo nivel, se determina el precio para cada una de las estaciones de servicio, para lo cual se ha realizado previamente una división del mercado en 1200 entornos competitivos. Asimismo, se lleva un seguimiento diario del precio fijado por cada estación de servicio, tanto propias como de la competencia, para lo que se utiliza también a los propios distribuidores como fuente de información de precios de las gasolineras del entorno, lo que permite tener un completo conocimiento del mercado, e identificar inmediatamente cualquier desviación del precio fijado. La comunicación tanto a comisionistas como a revendedores se efectúa a través de un terminal Electrónico denominado VIDEOTEX, cuya utilización reporta ventajas en términos de mayores comisiones a las estaciones de servicio (ver las condiciones para el suministro de carburantes que configuran los anexos a los contratos de suministro, por ejemplo folio 330 para un comisionista y folio 782 en el caso de un revendedor). El seguimiento de los precios fijados es prácticamente total. De este modo, como afirma la propia REPSOL, si algún comisionista no lo sigue, entonces se manda a los comerciales para “solucionar la anomalía”, que casi siempre se debe a un desconocimiento del nuevo precio (descripción de REPSOL, puesta de manifiesto en la investigación domiciliaria, folios 213 a 219).

En cualquier caso, queda suficientemente probado y reconocido por la propia REPSOL (por ejemplo folio 1.430) que se fija el precio de venta al público a los comisionistas. Respecto a la comunicación efectuada a los revendedores y su efecto sobre el precio final fijado por éstos existe igualmente un seguimiento casi generalizado. La explicación es muy sencilla. Si el precio se fija al 97,5% de la red (aproximadamente un 47% del mercado total), es muy probable que los revendedores, por seguimiento racional y reconocimiento de la interdependencia, sigan dicho precio, aparte de los mecanismos incentivadores en términos de mayores comisiones que supone la utilización del VIDEOTEX y el seguimiento de la política comercial de REPSOL.

Deben, pues, distinguirse las relaciones de REPSOL con los gasolineros que se presentan como comisionistas, de aquéllas que merecen, siempre según REPSOL, una calificación diferente ya que las imputaciones son diferentes en relación con ambos colectivos. No

obstante, debe tenerse en cuenta que, de las diferentes categorías de gasolineros con los que se relaciona REPSOL, los comisionistas suponen el 97,5% de la red y que esta red, a su vez, constituye el núcleo central de la venta de productos de la petrolera ya que -según información aportada en la vista oral- sólo el 2% de las ventas de REPSOL se realizó a través de operaciones de reventa al exterior de la red. Las imputaciones respecto a los comisionistas suponen, pues, el núcleo de las imputaciones del Servicio.

Deben diferenciarse, asimismo, las relaciones que se encuentran documentadas en el expediente mediante los oportunos contratos, de aquéllas sobre las que el Servicio realiza inferencias con base en la información estadística. En el análisis que sigue, los FD 4 y 5.1 se centran en las alegaciones relativas a los contratos que se caracterizan como de comisión y, en el FD 5.2 se analizan las imputaciones referentes a los contratos que no reciben tal calificación.

3.- Los contratos de agencia en el derecho de la competencia.

El elemento crucial para determinar si en el presente caso se ha producido infracción del art. 1 LDC es el de si los contratos suscritos por REPSOL con los gasolineros pueden calificarse de contratos de *comisión o agencia* ya que, de ser merecedores de tal calificación, excluirían la prohibición de fijación de precios resultante de tal artículo.

a) Los términos comisión y agencia

Los términos *comisión o agencia* no son sinónimos, aunque a veces hayan sido utilizados indistintamente por la jurisprudencia. El término comisión goza de una larga tradición en la jurisprudencia latina, se encuentra ampliamente regulado en el Código de Comercio y ha sido objeto de un extenso tratamiento por la doctrina mercantil. El concepto de *contrato de agencia* en el Derecho español tiene también una cierta raigambre histórica, pero su utilización ha recibido un nuevo impulso como consecuencia de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, incorporada al Derecho interno mediante la Ley 12/1992, de 27 de mayo. Inicialmente, la jurisprudencia española, a través de las STS de 26 de enero de 1943 y 14 de febrero de 1943, había considerado al contrato de agencia como un subconjunto del contrato de comisión. Posteriormente, la Ley 12/1992 pone de relieve las diferencias entre ambos contratos, aunque insistiendo en la existencia de un tronco común. En particular, la exposición de motivos de dicha Ley

distingue entre la colaboración estable propia del contrato de agencia, que se opone a la colaboración esporádica, propia del contrato de comisión. El Tribunal Supremo ha señalado en diversas Sentencias, entre otras la de 4 de abril de 1990, que:

“la nota distintiva entre ambos contratos se produce en el ámbito de su duración. En efecto, mientras que la comisión es un contrato de tracto instantáneo, sin perjuicio de que su objeto pueda comprender la ejecución de uno o más encargos, el contrato de agencia, como señala expresamente la Ley 12/1992, de 27 de mayo, que recoge el criterio de la directiva de la Unión Europea 86/653/CEE relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, es un contrato de tracto sucesivo, por virtud del cual se establece una relación jurídica entre las partes de manera estable o continuada”(arts.1 y 23 de la Ley).

En las SS 4-10-1999, 24-7-2000, 12-7-2000, el Tribunal Supremo ha venido señalando que *“se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo “el empresario”, la venta o compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario, señalando como características del contrato de agencia, las siguientes: 1ª) es un contrato de duración en cuanto que origina una relación jurídica entre las partes que exige permanencia o estabilidad; 2ª) la actividad que ha de desarrollar el agente **es la promoción de contratos** por cuenta ajena, pudiendo también concluirlos siempre por cuenta y nombre ajeno; 3ª) el agente ha de efectuar su actividad (un hacer) siempre por cuenta del empresario, por ello, **el agente no ha de asumir el riesgo de las operaciones que ha promovido o concluido por cuenta ajena**; 4ª) el agente es considerado como un “intermediario” independiente, lo que implica que su labor profesional de intermediación se organiza conforme a criterios propios; 5ª) el contrato de agencia es un contrato bilateral y oneroso en cuanto que la actividad del agente ha de ser remunerada por el empresario; 6ª) es un contrato de carácter consensual y 7ª) se rige por normas que tienen carácter imperativo, a no ser que en sus preceptos se disponga expresamente otra cosa, que se trasluce en el propósito de una protección al agente frente al empresario, al considerarse al agente como contratante “más débil”.*”

Estas características ponen de manifiesto, como señala unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, que, tanto el contrato de comisión (ya actúe el comisionista en nombre propio o en nombre del comitente), como el de agencia, son contratos de “**resultado**” de tal forma que la obligación de pago de la retribución para el que se hace el encargo sólo surge cuando el negocio encargado es efectivamente ejecutado; es decir, la remuneración del comisionista depende de la ejecución de la comisión y ésta se entenderá cumplida no sólo por la conclusión del contrato o contratos encargados por el comitente, sino por su consumación efectiva, (sólo se exceptúa el caso de que la comisión no se haya podido llevar a cabo por culpa del comitente). Así se declara de forma reiterada por el TS, entre otras, Sentencias de 6 de diciembre de 1924 y 3 de enero de 1957, respecto del contrato de comisión, y se establece en los arts.14 y 17 de la Ley 12/1992, en relación con el contrato de agencia.

Con base en tales conceptos, debe evaluarse fundamentalmente si los contratos analizados constituyen, o no, contratos de agencia. No obstante, en atención a ese tronco común, a los precedentes existentes en la materia, en los que fundamentalmente se habla de contratos de comisión, y a la propia terminología de los contratos, que también utilizan el término comisión, a lo largo de esta Resolución ambos términos serán utilizados como sinónimos, excepto en aquellos casos en que pudiera inducirse a confusión.

b) El Derecho comunitario

La naturaleza de los contratos de agencia y las condiciones necesarias para que un operador económico pueda considerarse agente de otro han sido tratados en diversas decisiones comunitarias, entre las que deben destacarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, de octubre de 1995 al Asunto C-266/93, Bundeskartellamt contra Volkswagen AG y VAG Leasing GmbH y la Sentencia de 16 de diciembre de 1975, en los asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Suiker Unie contra Comisión. En el primero de ellos, las empresas VAG y VAG Leasing afirman que forman una unidad económica con sus distribuidores, argumento que es rechazado por el Tribunal en los & 18 y 19 de la Sentencia:

“Sin embargo, VAG y VAG Leasing afirman que, como intermediario de VAG Leasing, los distribuidores de VAG alemanes forman con

ellas una unidad económica, de forma que, a falta de pluralidad de empresas, los contratos de agencia exclusiva no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85.

Esta alegación debe ser desestimada. Los representantes sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados por el comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa del comitente (véase la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 539). Pues bien, por una parte los distribuidores de VAG alemanes sumen, al menos en parte, los riesgos financieros ligados a las operaciones efectuadas por cuenta de VAG Leasing, en la medida en que vuelven a comprar a esta última los vehículos al expirar los contratos de arrendamiento financiero. Por otra parte, desempeñan, con carácter principal y con considerable autonomía, una actividad de venta y de servicios posventa en su nombre y por su propia cuenta.”

Con tales razonamientos la Sentencia del Tribunal recoge las conclusiones del Abogado General quien, en su exposición de 8 de junio de 1995, señala:

“La búsqueda de parámetros universales que puedan proporcionar una respuesta general, aplicable a todos los contratos de agencia y a cada contrato considerado globalmente, me parece abocada al fracaso. Desde este punto de vista, el nivel de integración del agente en la empresa -en los límites ya indicados (inexistencia de riesgos económicos)- y la realidad económica en que se basa todo contrato de agencia constituyen parámetros que únicamente permiten comprobar, desde el punto de vista del Derecho comunitario de la competencia, la «tipicidad» de un contrato de agencia, con la consecuencia de que el examen ulterior de la compatibilidad con el artículo 85 únicamente tendrá en cuenta los elementos que caracterizan tal forma contractual”.

“Por el contrario, a este respecto señalaré que, como afirma, además el Bundeskartellamt, los distribuidores-intermediarios de VAG asumen a su cargo, al menos parcialmente, los riesgos económicos vinculados a las transacciones efectuadas por cuenta de VAG Leasing. En efecto, el mero hecho de estar obligados, al

expirar los contratos de arrendamiento financiero, a adquirir los vehículos de que se trate y a revenderlos en las condiciones definidas en el contrato de agencia, además de no constituir un elemento típico del contrato de agencia, implica que estos distribuidores soportan, a fin de cuentas, el riesgo comercial de las operaciones efectuadas por cuenta de VAG Leasing”.

En la Sentencia de 16 de diciembre de 1975 al caso Suiker Unie contra la Comisión el Tribunal europeo señala :

& 539: si tal agente actúa para su principal puede ser considerado, en principio, como un órgano auxiliar que forma parte de la operación y se encuentra obligado a seguir las instrucciones de su principal, con lo que, al igual que un empleado comercial, forma una unidad económica con esta empresa

.....

& 541: La situación es diferente si los acuerdos entre el principal y sus agentes, que las partes contratantes denominan representantes comerciales, confieren a esos agentes la potestad o la autorización de realizar funciones que, desde un punto de vista económico, resultan aproximadamente la misma que las que lleva a cabo un comerciante independiente (traducción no-oficial del inglés)

El mismo énfasis en la naturaleza de los hechos, como opuesta a la mera caracterización formal de un contrato, se encuentra en la Decisión de la Comisión de 23 de noviembre de 1973, al caso Pittsburgh Corning Europe – Formica Belgium en la que la Comisión niega la consideración de representante:

Considerando que no resulta plausible que, en ese contexto, y durante un periodo que debía ser de duración corta, y en el que se preparaba a intervenir a corto plazo abiertamente como concesionario, Formica se haya comportado, excepto en lo relativo a las apariencias, como un verdadero representante de comercio en relación con PCE; que tampoco resulta plausible que, en esas circunstancias, PCE haya intentado tratar a Formica como verdadero representante.....

(traducción no-oficial del francés)

Debe interpretarse, por tanto, que: a) la doctrina comunitaria se basa en un tratamiento económico que permite identificar los elementos de riesgo que configuran o excluyen esa figura del

agente; b) que la doctrina de ambas Sentencias utiliza un concepto riguroso del contrato de agencia, en el sentido de que la exclusión de alguno de sus elementos típicos impide la consideración como tal.

c) El Derecho español

En Derecho español, como manifiesta correctamente REPSOL en su escrito de valoración de pruebas, el Tribunal ha acudido esencialmente a la consideración de la propiedad del carburante. En la Resolución de 30 de julio de 1996, citada por REPSOL en el citado escrito, se analiza un contrato de las siguientes características:

“6.2.1 LANDETE ´venderá en la Estación de Servicio, en su propio nombre y por cuenta de Petrodis con el carácter de Agente Comercial comisionista, los carburantes y combustibles que al efecto le serán suministrados por Petrodis´.

6.2.2 LANDETE se obliga a no vender otros combustibles o carburantes que no sean los suministrados por PETRODIS.

6.2.3 Aquéllos serán en todo momento propiedad de PETRODIS hasta que sean adquiridos por los consumidores.

6.2.4 El precio de venta al público lo determinará PETRODIS dentro de los límites legales.

6.2.5 PETRODIS asume los riesgos de oscilación de los precios en relación con los stocks de carburante.

6.2.6 La remuneración de LANDETE se pacta por el sistema de comisión sobre las ventas que, en principio, se descompone en una parte fija y otra variable, transformándose aquélla también en variable según acuerdo interpartes que se perfecciona por el consentimiento prestado por LANDETE en carta de fecha 7 de febrero de 1995.

6.2.7 Petrodis asume los gastos de utilización de la tarjeta Solred, según carta de 12 de mayo de 1995.”

A la vista de las características del contrato en causa, ese Tribunal se pronunció sobre su calificación jurídica y sobre su sometimiento al artículo 1 LDC en los siguientes términos:

“En definitiva, la relación jurídica que se establece entre las partes es la propia de un contrato de comisión sin que, en ningún caso, pueda hablarse de reventa del producto suministrado por un comerciante a otro independiente de aquél quien, en su caso, asumiría los riesgos propios de la compraventa mercantil, lo que aquí no acontece”.

[...]

“LANDETE vende los carburantes y combustibles que le suministra PETRODIS, en exclusiva, como agente comisionista de ésta y en nombre y por cuenta y riesgo de la misma”.

(subrayados añadidos por REPSOL en la cita de la Sentencia que presenta en el escrito de valoración).

REPSOL analiza la anterior Resolución de la siguiente forma:

Como luce de la Resolución, el Tribunal retuvo como criterio fundamental para determinar el carácter de agente comisionista de la estación de servicio el hecho de que ésta no devenía en ningún momento propietaria del carburante distribuido, sino que dicho carburante era propiedad de la compañía petrolera hasta su entrega a los usuarios. También retuvo el Tribunal como criterio relevante el hecho de que fuera la petrolera (y no la estación de servicio) quien asumiera los riesgos de oscilación de los precios en relación con los “stocks” de carburantes. En consecuencia, al mantener la compañía petrolera la propiedad sobre el carburante y asumir el riesgo de oscilación del “stock”, era ésta (y no la estación de servicio) quien asumía los riesgos derivados de la comercialización del producto, por lo que la estación de servicio se consideró como agente comisionista en el sentido de las normas de defensa de la competencia. El acuerdo enjuiciado no resultaba por tanto contrario al artículo 1 LDC”.

- 4.- Por tanto, a la hora de analizar la imputación relativa a una posible infracción del art. 1 LDC cometida por REPSOL y las estaciones de servicio con las que mantiene vínculos contractuales, resulta necesario pronunciarse sobre si dichas relaciones pueden considerarse contratos de agencia, al cumplir los requisitos que para ello exigen las doctrinas

comunitaria y española. Caso de concluirse que, en efecto, merecen tal calificación, quedaría excluida la infracción del art. 1 LDC por fijación de precios entre REPSOL y dichos agentes.

a) Requisitos comunitarios: la identificación de los diferentes elementos de riesgo.

A lo largo del expediente los interesados analizan diversos elementos de riesgo y emiten su opinión respecto a qué parte contractual los asume. Dada la importancia del asunto, conviene resumir, en primer lugar, cuáles son esos elementos y explicitar con la mayor precisión las definiciones utilizadas por el Tribunal. Por otro lado, en las complejas relaciones contractuales entre REPSOL y los gasolineros, existen diferentes elementos de coste, no siempre bien separados, en las exposiciones de las partes, de los de riesgo, que también conviene reseñar.

Los elementos de riesgo y de coste detectados en las operaciones analizadas y las definiciones utilizadas por el Tribunal para delimitarlas son los siguientes:

riesgo de daño de la mercancía: se entiende que corre con este riesgo la parte que sufre las consecuencias de daños puramente fortuitos, es decir, aquellos que no son consecuencia de negligencia o defectuosa manipulación del producto.

riesgo causado por la mercancía: se entiende que corre con este riesgo la parte que ha de hacer frente a las responsabilidades que puedan surgir como consecuencia del defectuoso estado del producto.

riesgo de precio: se entiende que corre con este riesgo la parte contratante que experimenta pérdidas como consecuencia de alteraciones exógenas en el precio que reina en los mercados.

riesgo económico: se entiende por tal las consecuencias generales de la mala marcha de un negocio.

riesgo volumétrico: se entiende por tal las modificaciones que experimenta el volumen de la mercancía como consecuencia de las alteraciones de temperatura.

coste financiero: se entiende por tal el coste que nace como consecuencia de los desfases entre ingresos y pagos.

riesgo financiero: se entiende por tal el riesgo que surge tanto como consecuencia de las alteraciones de los flujos reales de ingresos y pagos frente a los previstos, como de la modificación de los tipos de interés efectivos frente a los previstos.

b) Requisitos nacionales: la propiedad del producto.

La doctrina del Tribunal relativa a los contratos de comisión (en relación con petroleras) ha sido recogida en diversas Resoluciones. En concreto, en su Resolución de 1 de abril de 1998 al Expte. R 280/97 (CEPSA), el Tribunal puso de relieve que el contrato de comisión no es un acuerdo en el sentido del art. 1 LDC y en su Resolución de 30 de junio de 1996 al Expte. R 149/96 (PETRODIS), citada por REPSOL en su escrito de valoración de prueba, el Tribunal analizó un contrato suscrito entre las compañías PETRODIS y LANDETE y llegó a la conclusión de que se trataba, en efecto, de un contrato de comisión. El contrato analizado presentaba las siguientes características según el FD 6.2 de la Resolución:

1. LANDETE vendía en la Estación de Servicio, en su propio nombre y por cuenta de Petrodis con el carácter de Agente Comercial comisionista, los carburantes y combustibles que al efecto le serán suministrados por Petrodis.
2. LANDETE se obligaba a no vender otros combustibles o carburantes que no sean los suministrados por PETRODIS.
3. Se especificaba que los carburantes serían en todo momento propiedad de PETRODIS hasta que fuesen adquiridos por los consumidores.
4. El precio de venta al público lo determinaba PETRODIS dentro de los límites legales.
5. PETRODIS asumía los riesgos de oscilación de los precios en relación con los stocks de carburante.
6. La remuneración de LANDETE se pactaba por el sistema de comisión sobre las ventas.

7. Petrodis asumía los gastos de utilización de la tarjeta Solred, según carta de 12 de mayo de 1995.

El Tribunal se pronunció sobre la calificación jurídica del contrato en los siguientes términos:

“En definitiva, la relación jurídica que se establece entre las partes es la propia de un contrato de comisión sin que, en ningún caso, pueda hablarse de reventa del producto suministrado por un comerciante a otro independiente de aquél quien, en su caso, asumiría los riesgos propios de la compraventa mercantil, lo que aquí no acontece”.

Cabe, por tanto, preguntarse si un contrato que no reúna todas las características del modelo tipo descrito en el Expte. R 280/97 puede seguir mereciendo la calificación de contrato de comisión a efectos del derecho de la competencia. Ello plantea problemas especiales en relación con la propiedad de la mercancía ya que, aunque la citada Resolución parece señalar lo contrario, suele entenderse que en el Derecho mercantil español cabe la llamada representación indirecta, apoyada en el art. 246 del Código de comercio, en la que la propiedad de la cosa transita temporalmente por el patrimonio del comisionista (véase, por ejemplo, Franciso Vicent Chuliá, Compendio Crítico de Derecho Mercantil, 3ª edición, Juan Bosch, editor, Barcelona 1990, pág 308). Por tanto, la atribución de la propiedad de la mercancía no puede ser, contrariamente a lo que afirma REPSOL, el criterio determinante a la hora de decidir si existe o no contrato de comisión. Es más, existe un buen número de casos en los que no puede señalarse con certeza a quién corresponde esa propiedad. Por ello, debe encontrarse solución a los supuestos en los que el derecho de propiedad sobre la gasolina es depositada en el tanque: a) no se encuentra claramente atribuida; b) se encuentra atribuida formalmente a una parte sobre la que no pesan las cargas y los beneficios normalmente ligados a la propiedad; c) dichas cargas y beneficios se encuentran distribuidos entre las dos partes.

En este sentido, el Tribunal entiende que la atribución explícita al gasolinero de la propiedad de la gasolina en el tanque constituye un impedimento para que el contrato merezca la calificación de contrato de comisión. No obstante, cuando falta esa atribución explícita de la propiedad a la petrolera, y de acuerdo con el principio

del Derecho sancionador que exige en caso de duda el tratamiento más favorable para el inculpado, no puede concluirse necesariamente que el contrato no merece el calificativo de comisión. En este segundo caso deberá atenderse a la distribución de riesgos entre ambas partes que emerja del contrato. No obstante, la dificultad que surge en un gran número de los casos analizados es la de que dos riesgos que típicamente se encuentran asociados al derecho de propiedad, como son los casos del riesgo de daño a la mercancía y el riesgo de fluctuación de los precios, se encuentran asignados cada uno a una parte contratante. En estas circunstancias tiene escaso sentido referirse a la atribución de la propiedad del carburante, en la que tanto insiste la representación de REPSOL basándose en el Expte. R 280/97, puesto que tal propiedad se encuentra, en cierto modo y desde un punto de vista económico, compartida.

- c) El cumplimiento de los requisitos comunitarios en los contratos analizados.

El riesgo de daño a la mercancía

En los 72 contratos analizados, la inmensa mayoría hacen recaer este riesgo sobre el gasolinero. En un primer grupo compuesto por 11 contratos, que son los que aparecen en la columna E con la nota n. 1, se utilizan expresiones del tipo: *Los carburantes serán propiedad del titular y éste asumirá el riesgo o la propiedad y el riesgo de los productos suministrados se transmiten al Titular, desde que aquéllos se introducen en los depósitos de las ES.* No obstante, en estos contratos no se utilizan los términos “agente” ni “comisionista” y la remuneración del gasolinero no se califica de “comisión”, por lo que el Tribunal tuvo dudas respecto a si REPSOL había pretendido en algún momento que constituirían contratos de comisión. Por ello, mediante Providencia de 11 de mayo de 2001, el Tribunal solicitó de REPSOL, en concepto de diligencia para mejor proveer, información sobre si dichos contratos quedaban sometidos al régimen de liquidación del IVA propia de los pretendidos contratos de comisión que se describe en el FD 5.b. (y que, como se señala en dicho FD, supone una práctica fijación del precio de venta al público por parte de REPSOL). Dado que de la documentación remitida por la empresa se deducía que en los contratos de esa lista se utilizaba un sistema de liquidación distinto (y, por tanto, no se producía fijación del precio de venta al público por parte de REPSOL) el Tribunal excluyó esa lista de 11 contratos

de su análisis del conjunto de contratos en los que se analiza si son o no auténticos contratos de comisión.

De la lectura de otros 53 contratos, que son los señalados con la palabra *sí* en la columna E, puede concluirse claramente que ese riesgo corresponde también al gasolinero. En 8 contratos, que son los señalados con la nota 4 en la columna E, y que corresponden, en este aspecto, a la redacción que fue objeto de una carta administrativa enviada por la Comisión de las Comunidades Europeas con fecha 31 de julio de 1997 (folio 1438 del expediente del SDC), se incluye la estipulación de que el gasolinero responderá *como depositario* del riesgo de los productos objeto de la exclusiva. De la redacción de esa última cláusula parece desprenderse que el gasolinero, en cuanto depositario, se encuentra sometido al régimen establecido en el artículo 1766 del Código Civil que, a su vez, se remite a lo estipulado en el título I del libro IV de dicho código y que, en esencia, hace responsable al depositario de las pérdidas acaecidas cuando la cosa (en este caso, la gasolina en el tanque) *se perdiere o destruyere sin culpa del deudor* (en este caso, el depositario). La misma conclusión puede extraerse de la lectura de la correspondencia mantenida entre la DG IV y la representación de REPSOL.

En resumen, con la excepción de los 8 casos señalados con la nota 4 de la columna E, los contratos analizados hacen recaer sobre el gasolinero el riesgo de que la mercancía sufra daños por causas puramente fortuitas. Esa asignación de riesgos parece poco compatible con la esencia de un contrato de agencia tal y como aparece reseñada en los mencionados párrafos 18 y 19 de la Sentencia del Tribunal Europeo al asunto C-266/93.

El riesgo de daño producido por la mercancía.

Ese elemento de riesgo (en el que se incluye como supuesto importante el de los daños que pudieran derivarse del suministro de un carburante de inadecuado octanaje) no se encuentra normalmente explicitado en los contratos analizados. Sólo en seis de éstos, que son los que aparecen marcados con la nota 3 en la columna E, la inclusión de la cláusula: *Sin embargo, la responsabilidad de REPSOL COMERCIAL por daños causados por el producto suministrado no se extenderá en ningún caso a los daños indirectos o consecuenciales, y estará limitada, respecto de cada entrega, al producto suministrado en la misma que hace*

referencia a ese riesgo. El Tribunal, acogiéndose a la interpretación más favorable para el denunciado y en ausencia de indicación contractual, entiende que, en esta materia, rigen las normas generales de garantía de los productos por lo que debe entenderse que es REPSOL quien corre con él.

En resumen, aún con estas dudas, el Tribunal entiende que la asignación del riesgo de los daños producidos por la mercancía no es incompatible con un contrato de agencia en el sentido del Derecho comunitario.

El riesgo de precio.

De lo señalado anteriormente resulta claro que la fijación del precio al que el agente debe vender la mercancía al público resulta perfectamente compatible con la figura del contrato de agencia. Por ello, en el supuesto de que se constatare que REPSOL fija efectivamente dicho precio, ello no constituiría obstáculo para la calificación de los contratos como contratos de agencia, sino que, más bien, representaría un indicio favorable a dicha calificación. No obstante, el hecho de que REPSOL fije dicho precio no puede considerarse como elemento suficiente para que un contrato merezca ser calificado como de agencia puesto que es necesario atender al conjunto de características que presenta dicho contrato.

El precio de venta de carburantes al público viene dado (con independencia de la forma concreta en que se efectúe la liquidación entre REPSOL y el gasolinero) por la suma de dos elementos: el precio de venta de REPSOL al gasolinero y la comisión de éste. De esa relación resulta claro que, en el caso de que REPSOL fijase ambos sumandos, el precio de venta al público vendría también determinado por esa empresa y sería ella quién cargase exclusivamente con el riesgo de fluctuación de los precios. Sin embargo, si el gasolinero gozase de cierta autonomía en la fijación de la comisión, podría afirmarse que también él sufre una parte del riesgo de precios. El hecho de que la asunción del riesgo de precio por parte del principal constituya uno de los elementos claves del contrato de comisión justifica la afirmación anterior de que la fijación de los precios de venta al público por parte de REPSOL (y, *a fortiori*, la imposición de comisiones fijas a sus agentes) no constituiría necesariamente una característica contraria al contrato de comisión.

Del análisis de los contratos aportados al expediente se desprende, en primer lugar, que REPSOL fija siempre el precio de venta de sus carburantes al gasolinero. En los 42 contratos señalados como tipo I en la columna F del cuadro, ese extremo aparece de forma directa y explícita al señalarse que el comisionista comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de REPSOL COMERCIAL en precio y demás características señalados por la misma. En los 5 contratos tipo III, se enumeran una serie de criterios que deberá tener en cuenta REPSOL para la fijación de dicho precio de venta a los gasolineros, lo que supone una clara confirmación de que, en efecto, esa empresa señala dicho precio.

Los 5 contratos de tipo II y el único contrato incluido en el tipo IV son, sin embargo, diferentes en esta materia ya que el precio de venta al gasolinero aparece especificado en forma de diferencia entre un precio de venta al público recomendado por REPSOL y unas compensaciones al gasolinero previamente establecidas.

Todos estos contratos (con excepción del de la pág. 1608) forman parte del grupo que el Tribunal ha excluido del análisis por considerar que REPSOL no ha pretendido que fueran contratos de comisión, ni ha fijado el precio; ninguno de ellos forma parte de la declaración de prácticas contrarias al art. 1 que se contiene en el punto 1 del RESUELVE de esta Resolución.

En cuanto a la comisión del gasolinero, la situación es la siguiente: en los 42 contratos de tipo I se especifica que el gasolinero puede aplicar descuentos frente al precio de venta al público señalado con REPSOL con cargo a su comisión; en los demás casos no se especifica si el gasolinero puede reducir o no su comisión.

Finalmente, un elemento íntimamente ligado al riesgo de precio de la mercancía es el del aumento o la disminución del valor de las existencias como consecuencia de las alteraciones del precio de venta al público. Solamente los 42 contratos de tipo I hacen referencia a este riesgo, que queda atribuido a REPSOL al señalarse que las variaciones de precios se aplican sobre el producto que quede en los depósitos en el momento en que se modifiquen los precios.

En definitiva, en relación con el riesgo de precios que resulta de los contratos analizados, el Tribunal considera que la situación contractual de las partes no es incoherente con la naturaleza de un

contrato de comisión ya que de ésta no deriva la exigencia de un determinado sistema de precios, ni de comisiones. Debe señalarse, no obstante, que, como se verá en el FD 3, el hecho de que los contratos otorguen libertad en la fijación de comisiones no implica que esa libertad exista en la práctica. Por otro lado, el elevado número de contratos en los que no se especifica que REPSOL debe compensar al gasolinero por las fluctuaciones de valor de las existencias de gasolina en el tanque apunta hacia una situación de atribución de este riesgo al gasolinero, que sería incompatible con la estructura de riesgos de un contrato de comisión.

El riesgo económico

El análisis de este elemento no plantea ninguna dificultad. Es el agente quién típicamente carga con el riesgo económico correspondiente a la actividad; es más, debe considerarse que el nacimiento de una relación de agencia nace, en un buen número de casos, como consecuencia del deseo de una empresa de liberarse del elemento de riesgo económico inherente a una parte de sus actividades, riesgo que es transferido al agente.

Los contratos analizados no presentan incompatibilidad alguna con el contrato de agencia en lo referente a la asunción de este riesgo.

El riesgo volumétrico

Los gasolineros interesados en el expediente han afirmado, y REPSOL no ha negado, que dicho riesgo recae sobre ellos. Esto ocurre porque si bien al cargar la gasolina en el tanque se mide la temperatura ambiente, ésta no es tenida en cuenta cuando se vende el producto al cliente, por lo que es el gasolinero quien se beneficia de los aumentos de volumen debidos al incremento de temperatura y viceversa.

Aunque este elemento de riesgo resulta poco importante, ya que se estima que puede causar fluctuaciones de un 3 por 1.000, el Tribunal considera que el hecho de que recaiga sobre el gasolinero resulta difícilmente compatible con el contrato de agencia.

El coste financiero.

En los contratos analizados se constatan tres tipos de situaciones. En los contratos que en la columna G se denominan contratos tipo I

(42 contratos) se señala que REPSOL deberá tener constancia del abono antes de realizar la entrega del producto correspondiente. No obstante, se permite en dichos contratos que, previa la presentación de garantías suficientes, el gasolinero difiera el pago hasta un plazo máximo de nueve días contados a partir de la entrega del carburante. En los contratos señalados como tipo II (6 contratos) se establece únicamente la obligación de realizar el pago en un plazo máximo de nueve días. En los restantes contratos no se especifica el plazo para efectuar el pago.

De este análisis resulta que, en los contratos en los que se exige el pago por adelantado, el coste financiero recae sobre el gasolinero; dicha característica no queda alterada por el hecho de que, subsidiariamente, y previo establecimiento de fianza, pueda transferirse dicho coste a REPSOL. En los contratos en los que el pago queda diferido, no puede determinarse *a priori* sobre quién recae dicho coste: en efecto, si el período medio de permanencia de la gasolina en el tanque resulta inferior a nueve días, o la rotación media de las existencias resulta superior a nueve días, el coste financiero recae sobre REPSOL; en el caso contrario recae sobre el gasolinero.

El Código de comercio, en especial en sus artículos 250 y 251, configura la comisión como un contrato en el que el comisionista no incurre en un coste financiero; esa misma característica debe predicarse respecto a los contratos de agencia que constituyen un subconjunto de los contratos de comisión. Por tanto, el Tribunal estima que los 42 contratos tipo I, de la columna G, al hacer recaer el coste financiero sobre el gasolinero, contienen cláusulas impropias de un contrato de agencia.

El riesgo financiero.

Las características de los contratos descritas en el párrafo anterior implican que existe un cierto riesgo financiero derivado de que las previsiones que formulan los agentes respecto a los flujos futuros de ingresos y pagos y sobre los tipos de interés aplicables a posibles desfases entre esos flujos no se cumplan. Es evidente que en los contratos tipo I de la columna G, y siempre que el gasolinero no utilice la opción de diferir el pago mediante la presentación de fianza, el riesgo financiero recae sobre él, mientras que en las demás situaciones el riesgo recae sobre ambas partes.

El Tribunal considera que, así planteado el riesgo financiero, en una definición que difiere de la empleada por el SDC, su importancia es secundaria y no constituye un criterio que permita extraer conclusiones respecto a si las características de los contratos difieren o no de las propias del contrato de agencia.

- d) Relación entre las cláusulas observadas en los contratos y el concepto de contrato de agencia en el Derecho europeo.

Del análisis realizado se concluye que un determinado número de contratos contiene cláusulas que parecen poco compatibles con la *unidad económica* entre el principal y el agente que reclama el &539 de la Sentencia del Tribunal Europeo de 16 de diciembre de 1975 al caso Suiker Unie y que, por el contrario, resultan, siguiendo la redacción de esa Sentencia, *aproximadamente la(s) misma(s) que lleva a cabo un comerciante independiente*. En efecto, como acertadamente señala el SDC en la página 4540 del expediente, *la relación de agencia surge al sustituir la remuneración fija de un empleado por la variable de un intermediario o agente, que compartirá con la empresa el riesgo económico inherente a la actividad en cuestión, pero que obviamente, al menos en lo que se refiere a su examen bajo las normas de la competencia, podrá constituir una empresa diferente*. En otras palabras, el contrato de agencia puede concebirse como parte de los procesos de desintegración de la empresa, tan frecuentes en el mundo actual, mediante los cuales la empresa decide dejar de asumir ciertos riesgos (por ejemplo, los inherentes a mantener una relación laboral con su empleado) que son transferidos a otra persona (por ejemplo, el antiguo empleado, transformado después en agente independiente y que pasa, por virtud de ese fenómeno, a asumir el riesgo de la actividad económica). Esa transferencia de riesgo ha de ser, por su naturaleza, parcial ya que, de lo contrario, el proceso llevaría necesariamente a la aparición de una entidad enteramente independiente.

En este sentido el Tribunal considera que la asignación generalizada al gasolinero del riesgo de daño a la mercancía, en todos menos 8 de los contratos analizados excluye la calificación de estos contratos como de comisión y, por tanto, como de agencia en el sentido del Derecho comunitario del término (debe tenerse en cuenta, además, que el Tribunal ha excluido de su RESUELVE 1 la lista de los 11 primeros contratos del cuadro, respecto a los que no existe pretensión de que sean contratos de comisión, ni fijación de

precio). En el mismo sentido opera la asignación generalizada del riesgo volumétrico, aunque éste sea, por su propia naturaleza, relativamente poco importante. De igual forma, la obligación de pago adelantado en los 42 contratos tipo I de la columna G, que hace recaer el coste financiero sobre el gasolinero, contrariamente a la configuración típica del contrato de comisión, impiden que estos contratos sean considerados como contratos de agencia.

- e) Relación entre las cláusulas observadas en los contratos y el concepto de contrato de comisión en el Derecho español.

Debe señalarse, en primer lugar, que REPSOL centra correctamente sus alegaciones sobre esta materia en la Resolución de 30 de julio de 1996, al caso PETRODIS y que su conclusión es también acertada al señalar que el énfasis de esa Resolución se centra en determinar quién es el propietario del carburante objeto de venta en la estación de servicio. El caso PETRODIS constituye, por tanto, un paradigma, correctamente reconocido por el Tribunal, de relación de agencia entre la petrolera y el gasolinero.

Sin embargo, del simple análisis de las cláusulas esenciales del contrato analizado en esa Resolución se deduce que muchos de los contratos analizados presentan características muy diferentes de ese modelo ideal. En efecto, según el AH 1.5.1 de dicha Resolución *LANDETE venderá en la estación de servicio, en su propio nombre y por cuenta de REPSOL con el carácter de agente comercial o comisionistas los carburantes y combustibles que al efecto le serán suministrados por PETRODIS*. Sin embargo, del análisis económico realizado en los párrafos anteriores se concluye que, con independencia de los sustantivos utilizados en los contratos, difícilmente puede afirmarse que el gasolinero venda *por cuenta* de la petrolera unos productos respecto de los que asume el riesgo de daño a la mercancía y el coste financiero de la operación. En otras palabras, como se ha puesto de relieve en los párrafos precedentes que ciertos riesgos inherentes a la propiedad, como puedan ser el riesgo de daño a la mercancía y el riesgo de precios de la mercancía, se encuentran distribuidos entre el gasolinero y la petrolera, por lo que difícilmente puede decirse que sea ésta la que mantiene la propiedad de los productos.

Resulta, por tanto, que el criterio de la propiedad en el que, siguiendo la Resolución PETRODIS, tanto énfasis pone REPSOL no resulta, en un gran número de casos, coherente con la

calificación de estos contratos como de comisión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicho criterio puede resultar escasamente operativo a la hora de determinar la existencia o no de un contrato de comisión ya que los distintos elementos de riesgo que normalmente aparecen asociados a ese derecho se distribuyen entre ambas partes contratantes. Por ello, resulta ineludible referirse, como se ha hecho en los párrafos anteriores, a los elementos detallados de riesgo que aparecen en el contrato.

f) La valoración concreta de los contratos analizados.

Como consecuencia de los razonamientos anteriores el Tribunal ha excluido de su análisis los contratos reseñados en las páginas 754, 811, 783, 1.618, 356, 543, 2.009, 1.968, 2.061, 2.023 y 1.929 del expediente del SDC por considerar, de acuerdo con lo señalado en el FD 4.c., que no ha existido pretensión de que constituyan contratos de comisión, ni fijación de precio.

El Tribunal determina que los contratos reseñados en las páginas 408, 596, 522, 485, 577, 503, 450, 1.879, 1.593, 334, 1.905, 381, 663, 640, 843, 1.861, 306, 730, 2.136, 2.105, 2.179, 1.317, 1.346, 1.714, 1.677, 2.378, 2.334, 2.418, 2.207, 2.316, 1.634, 1.258, 1.125, 931, 1.282, 2.249, 1.176, 976, 1.224, 1.838, 1.815, 1.794, 2.513, 1.767, 1.737, 2.484, 2.456, 2.544, 898 y 912 del expediente del SDC no pueden considerarse contratos de comisión por asignar, mediante diversas redacciones, el riesgo de daño a la mercancía al gasolinero. Entre estos contratos, los reseñados en las páginas 408, 596, 522, 485, 577, 503, 450, 1.879, 1.593, 334, 1.905, 381, 663, 640, 843, 1.861, 306, 730, 2.179, 2.378, 2.334, 2.418, 2.249, 1.176, 976, 1.224, 2.513, 1.767, 1.737, 2.484, 2.456, 2.544, 898 y 912 del expediente del SDC quedan también excluidos de la calificación de contratos de comisión en virtud de la imposición primaria de los costes financieros derivados del desfase entre ingresos y pagos al gasolinero.

5.- La fijación del precio.

- a) Cómo se ha señalado en el FD 2.c), la cuestión de determinar si REPSOL fija el precio de venta al público exige pronunciarse sobre si el gasolinero dispone de una real libertad en cuanto a la fijación de la comisión que percibe. En este sentido debe tenerse en cuenta que sólo en los 42 contratos denominados tipo I, en la columna F, se menciona la posibilidad de ofrecer descuentos en el

precio de venta al público con cargo a la comisión del gasolinero. En principio, la falta de mención de ese extremo en los restantes contratos no excluye que quepa tal posibilidad; sin embargo, debe tenerse también en cuenta que todos los contratos de ese tipo son posteriores a 1992 y que, en la página 1412 del expediente del SDC REPSOL, en sus alegaciones al SDC señala:

El producto se vende en nombre y por cuenta de REPSOL, en el precio por ésta fijado. A instancia de la DGIV, los contratos prevén posibles descuentos con cargo a la comisión del Agente. Las ventas deben cobrarse al contado y reembolsar su importe al comitente en el plazo de nueve días desde la recepción del producto. No hay por tanto riesgo financiero para el Agente Comisionista en su actuación por cuenta de REPSOL.

De este texto parece desprenderse que REPSOL, en coherencia con los contratos y con la naturaleza de la relación que pretende mantener con los gasolineros, considera normal el fijar los precios de venta al público y que sólo en una evolución reciente, que a partir de 1997 dio lugar a extensos contactos con la Comisión Europea, fue introduciendo la posibilidad de que el gasolinero modificara la comisión.

En el mismo sentido pueden señalarse las afirmaciones de REPSOL en la página 1430 del expediente:

Precios de venta al público. Frente a la afirmación generalizadora e infundada de la denuncia, nos remitimos a lo expuesto en alegaciones anteriores: allí donde REPSOL vende directamente a los consumidores a través de agente comisionista, fija el PVP; donde vende a un revendedor comunica un precio recomendado, y el revendedor fija libremente el PVP.

La posición de REPSOL es nítida: la petrolera fija el precio de venta al público cuando vende a través de un comisionista. Tal actuación debe considerarse correcta cuando se realiza a través de un auténtico comisionista, pero debe considerarse una fijación ilegal del precio de venta al público cuando el gasolinero no merece el calificativo de comisionista. Resulta, por tanto, que REPSOL admite la práctica de fijar los precios de venta al público en dos clases (no necesariamente coincidentes) de contratos: a) los que la petrolera considera contratos de comisión; b) los contratos previos

a la redacción de la nueva fórmula (fórmula tipo I, columna F), posteriormente aceptada por la Comisión.

- b) Además, y con carácter fundamental, debe tenerse en cuenta que la posible flexibilidad del gasolinero en relación con su comisión se encuentra extraordinariamente reducida como consecuencia del mecanismo de liquidación de los impuestos que gravan el carburante. En efecto, se encuentra plenamente acreditado en el expediente, y reconocido por ambas partes, que la liquidación del IVA se realiza mediante el envío a la Agencia Tributaria de los datos relativos al número de litros vendidos en cada estación de servicio, multiplicados por el precio marcado en la columna de venta (que es el precio fijado por REPSOL), de donde resulta una cantidad total de la que se deducen las comisiones pactadas entre el gasolinero y REPSOL. En palabras de REPSOL (folio 1413) el sistema se instrumenta así:

Las entregas de producto al comisionista se instrumentan con un documento de entrega equivalente que expresa su importe según el PVP fijado pro REPSOL, del que se deduce la comisión del Agente, sobre la que se repercute a REPSOL el correspondiente IVA, sirviendo el documento de factura de la comisión, según autorización expresa al respecto de la D.G. de Tributos, que el Servicio conoce por haber sido aportada en otros expedientes.

Es evidente que el mecanismo descrito impide, en la inmensa mayoría de las situaciones prácticas, que el gasolinero reduzca su comisión y, por tanto, fije un precio de venta al público diferente al señalado por REPSOL. En efecto, ante una actuación de ese tipo, el gasolinero se encontraría enfrentando con dos posibilidades, igualmente poco atractivas desde el punto de vista fiscal: a) aceptar que se le liquide el IVA sobre una comisión superior a la efectivamente percibida; b) tratar de justificar ante la Agencia Tributaria que los precios a los que ha vendido el producto, y por tanto la comisión percibida, son inferiores a los que obran en la información documental enviada a dicha agencia. Si bien es cierto que la solución b) puede ser viable en un número reducido de casos (por ejemplo, las ventas a una cooperativa de taxis que aporte la correspondiente justificación de haber recibido carburante a un precio excepcional), la naturaleza esencialmente minorista de las actividades del gasolinero, unida a la necesidad práctica de realizar las ventas rápidamente y con un mínimo de papeleo, determinan que la estación de servicio carezca en la inmensa

mayoría de los casos del soporte documental que permita justificar la percepción de menores ingresos.

En consecuencia, el Tribunal considera probado que REPSOL fija los precios de venta al público de forma general, sin que la supuesta libertad de comisiones prevista en algunos contratos pueda tener efecto más allá de un número de casos excepcionales. En la medida que dicha fijación de precios afecta a las operaciones de estaciones de servicio que no pueden calificarse de comisionistas, tal fijación de precios constituye una práctica contraria al art.1 LDC. Por tanto, el Tribunal declara acreditada la fijación de los precios de venta al público en los contratos reseñados en las páginas 408, 596, 522, 485, 577, 503, 450, 1.879, 1.593, 334, 1.905, 381, 663, 640, 843, 1.861, 306, 730, 2.136, 2.105, 2.179, 1.317, 1.346, 1.714, 1.677, 2.378, 2.334, 2.418, 2.207, 2.316, 1.634, 1.258, 1.125, 931, 1.282, 2.249, 1.176, 976, 1.224, 1.838, 1.815, 1.794, 2.513, 1.767, 1.737, 2.484, 2.456, 2.544, 898 y 912.

El Tribunal considera que el mecanismo de liquidación del IVA, pactado en 1992 por REPSOL y las autoridades fiscales, y cuya aplicación se circunscribe supuestamente a los comisionistas, constituye un obstáculo de gran importancia a la libertad de precios en el mercado español ya que REPSOL incluye en el concepto de comisionista a empresas que no lo son.

- c) El Servicio justifica también su afirmación de que REPSOL fija el precio de venta al público de los distribuidores comisionistas en las afirmaciones del Sr. Lastra, Director de Planificación y Control de Gestión de REPSOL, que en los folios 215 al 218 del expediente del Servicio señala:

1º El Comité de Precios es un Órgano Colegiado integrado por representantes de las estaciones de servicio, de la red de ventas, del Departamento de Control de Gestión y por el Presidente de Repsol Comercial. Se reúne todos los miércoles para decidir eventuales variaciones en el precio medio de referencia. Cuentas con el seguimiento de distintas variables y referencias como son las cotizaciones diarias del producto y márgenes brutos, así como un resumen del volumen de ventas de las cuatro últimas semanas en relación con unos objetivos previamente fijados de resultados. Como consecuencia de este 1º nivel decisional se obtiene un P.V.P. medio antes de impuestos, de referencia.

2º Dividen España en 1200 entornos competitivos en los que existen desde 1 hasta 6 ó 7 estaciones de servicio por término medio. La empresa realiza a través de medios propios y consultores externos un seguimiento diario de los precios establecidos en cada estación de servicio tanto propios como de la competencia. Asimismo, se reciben diversas comunicaciones de la red de comerciales acerca de oscilaciones de precios y evolución del mercado.

3º Sobre la base del precio medio de referencia y atendiendo a las circunstancias de cada entorno se produce el 2º nivel decisonal en la fijación del precio, consistente en el establecimiento de un precio diario para cada estación de servicio y su comunicación a la misma. Esta notificación se realiza fundamentalmente por VIDEOTEX. Esto es lo que la empresa denomina micromarketing.

4º Los funcionarios preguntan qué sucede en el caso de que un distribuidor no siga el precio establecido por Repsol. El Sr. Lastra señala que en esos casos se produce una visita de la red comercial para averiguar cuál ha sido la causa y solucionar la anomalía. En la mayoría de los casos se debe a desconocimiento del nuevo precio. El Sr. Lorente puntualiza que incluso los comisionistas pueden realizar descuentos con cargo a su comisión tanto en portes como fuera de ellos.

5º A continuación el Sr. Lastra muestra en el ordenador una serie de cuadros utilizados para adoptar las decisiones en el Comité de Precios.

6º Respecto a la evolución de los precios de la competencia en relación a los de Repsol, el Sr. Lastra señala que el paralelismo en su comportamiento se debe al liderazgo de Repsol en el mercado. Preguntado a su vez por las bases de tal liderazgo el Sr. Lastra señaló que éste no se fundamenta en costes, salvo por una pequeña ventaja en logística (0,15 céntimos/litro). Más bien se debe a una capacidad de refino superior a la de sus competidores, si bien reconoció también que la capacidad del refino español es excedentaria respecto a la demanda nacional, sólo en gasolinas y con carácter estacional.

7º Los funcionarios solicitaron una lista de estaciones de servicio sobre la base de una serie de parámetros y una serie de contratos con su dossier completo de diversas estaciones de servicio de la provincia de Asturias, a partir de un listado facilitado por la empresa que se adjunta a la presente acta.

8º La empresa enviará el listado solicitado para el resto de provincias así como los contratos elegidos.

En esa misma inspección el Sr. Lorente, Asesor Jurídico de REPSOL, puntualizó:

1º Que la comunicación de precios a las estaciones de servicio que tiene el carácter de revendedor tiene la naturaleza de recomendación fijándose el precio libremente por el revendedor.

Con esta declaración, y mediante el empleo del término *revendedor* que habitualmente se reserva para quienes no son comisionistas, el Sr. Lorente reconoce tácitamente que se produce fijación de precios en relación con estos últimos.

Si bien es cierto que en la prueba testifical propuesta por REPSOL, el mismo Sr. Lastra alteró sus declaraciones al señalar que el precio fijado por REPSOL a sus comisionistas tenía exclusivamente el carácter de precio máximo, las circunstancias en que se celebró la prueba -por petición de los servicios jurídicos del propio REPSOL- y las propias declaraciones en ella del Sr. Lastra -que REPSOL desarrolla un gran esfuerzo para conocer el precio real de venta que aplican sus competidores, pero que no lleva a cabo la menor investigación respecto al precio que se aplica en su propia red- hacen que esta declaración goce de escasa credibilidad.

El Tribunal considera probado, por tanto, que REPSOL fija a través del sistema Videotex los precios de la red de gasolineras que considera comisionistas.

- d) El temor de las declaraciones de los Sres. Lastra y Llorente así como la propia imputación del Servicio -que afirma que la comunicación efectuada a los vendedores- tiene efectos “similares” (dada la estructura del mercado) pero no fija los precios, lleva al Tribunal a declarar que dicha práctica no se encuentra acreditada en el expediente en relación con las

estaciones de servicio a las que REPSOL no considera comisionistas. Dicha consideración se encuentra reforzada por el hecho de que los argumentos expuesto en los FD 4.1.a) y 4.1.b) no sean aplicables a las gasolineras que REPSOL no considera comisionistas.

- e) Del análisis de la muestra de contratos aportados al expediente -y que hacen referencia a tres provincias- puede concluirse que un número importante de contratos (los señalados en el FD 4.f)) en alguna de sus cláusulas reciben la denominación de contratos de comisión, no merecen tal calificación; de aquí puede inferirse que para el conjunto del territorio nacional existe una proporción similar de contratos de falsa comisión por lo que también en esas provincias no analizadas estaría REPSOL procediendo a fijar precios de forma contraria al art. 1 LDC.

Por ello, debe intimarse a REPSOL para que cese en la práctica de fijar precios a gasolineros vinculados por falsos contratos de comisión de forma general para el conjunto del país. Con ello debe entenderse que REPSOL debe abstenerse de fijar precios en los contratos reseñados en el FD 4.f) y en todos aquéllos cuyo articulado contenga cláusulas similares en lo relativo a la asignación de riesgos.

No obstante, a la hora de fijar la sanción, el Tribunal ha tenido en cuenta que los hechos probados se circunscriben a un número concreto -los reseñados en el FD 4.f)- de relaciones contractuales respecto de los que se predica la doble característica de no constituir contratos de comisión y dar lugar a fijación de precios por parte de REPSOL.

6. Alegaciones de REPSOL en relación con los precedentes.

- a) Los precedentes

En su escrito de valoración de prueba de 28 de diciembre de 2000, REPSOL insiste en el hecho de que, tratándose de un expediente sancionador, el Tribunal debe ajustarse a los precedentes y, caso de optar por desviarse de éstos, abstenerse, en virtud de los principios de confianza legítima y de igualdad constitucional, de sancionar. En el FD 1, al hablar de los precedentes existentes en Derecho español, el Tribunal ha puesto de relieve que un gran número de contratos analizados en el

presente expediente difieren del que fue objeto de la Resolución al Expte. R149/96, PETRODIS, en varios aspectos fundamentales. La Resolución del caso PETRODIS, sobre la que REPSOL insiste con razón, ya que constituye el precedente más relevante a los supuestos analizados, ha sido plenamente valorada por el Tribunal al redactar la presente Resolución, que se considera coherente con aquélla. Debe mencionarse también la Resolución de 20 de octubre de 1998, al Expte. r 299/98 (CEPSA), en la que se rechaza la alegación de que el contrato analizado sea de comisión por pasar la propiedad del carburante al gasolinero; ese argumento resulta, de nuevo, plenamente coherente con el del FD 2.c) de la presente Resolución. En el mismo sentido debe mencionarse la Resolución de 23 de diciembre de 1996 al Expte. A 178/96 (Contratos-tipo Shell) donde se declara que por tratarse de un contrato entre colaboradores, no de comisión, las cláusulas restrictivas sometidas a examen quedan incluidas en la prohibición del art. 1 LDC y deben ser objeto de solicitud de autorización.

En sentido contrario, son plenamente relevantes al caso las Resoluciones de 31 de mayo de 1999 y de 1 de abril de 1998 a los Expte. 420/97 (CEPSA) y R 280/97 (CEPSA) en las que se declara que el contrato de comisión no es un acuerdo contrario al art. 1 LDC. Tales Resoluciones han sido plenamente tenidas en cuenta por el Tribunal en el presente expediente, en el que se ha valorado fundamentalmente si los contratos analizados eran o no de comisión.

- b) El otorgamiento a LANDETE GIMENO de la condición de interesado.

Mención especial merece el argumento de REPSOL basado en el otorgamiento por el Tribunal de la calidad de interesado a la firma LANDETE GIMENO S.L. En la página 154 de su escrito de valoración de pruebas REPSOL afirma:

Además, el propio Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en la citada Providencia de fecha 25 de septiembre de 2000 que el contrato de suministro exclusivo entre REPSOL y LANDETE GIMENO S.L. es un caso concreto del conjunto de prácticas dilucidadas en el presente expediente sancionador. En consecuencia los demás contratos considerados deben recibir el mismo tratamiento legal dispensado al contrato con LANDETE GIMENO so pena de infringir de nuevo el principio constitucional

de igualdad ante la ley. Ello impide a ese Tribunal declarar que los demás contratos de suministro a comisión distintos del de LANDETE GIMENO infringen el artículo 1 LDC o el artículo 81 del Tratado CE.

El Tribunal considera que el anterior argumento se encuentra particularmente mal fundado desde un punto de vista lógico. En un determinado universo (por ejemplo, el formado por todos los ciudadanos españoles) puede definirse un conjunto (por ejemplo, el conjunto A formado por todos los hombres) atendiendo a una sola característica (el hecho de ser hombre); ello no implica que el resto de los elementos del conjunto A sean idénticos en las restantes características (puede haber, por tanto, hombres rubios o morenos, altos o bajos). Por ello, la afirmación x e y son elementos de A, significa sencillamente que x e y son hombres (y españoles, dada la definición del conjunto universal), no que x e y sean ambos rubios o morenos, altos o bajos.

En su Resolución de 25 de septiembre de 2000, el Tribunal resolvió:

Aunque no se solicita ni procede por su distinto estadio procesal, la acumulación de ambos expedientes (el 490 y la denuncia presentada por Landete ante el SDC), debe tenerse en cuenta que las prácticas que se dilucidan en el caso denunciado por Landete Gimeno S.L., que le afectan directamente en cuanto contratante, constituyen un caso concreto del conjunto de prácticas que se dilucidan en el Expte. 490/00, por lo que procede también reconocer a dicha sociedad la condición de interesada.

El argumento de esta Resolución es plenamente válido. LANDETE GIMENO se encuentra vinculada con REPSOL mediante ciertos contratos de distribución que, alega, han dado lugar a prácticas contrarias a la LDC; el presente expediente versa sobre supuestas prácticas contrarias a la Ley realizadas al amparo de los contratos de distribución de REPSOL. En consecuencia, las prácticas alegadas por LANDETE GIMENO son elementos del conjunto de prácticas que se dilucidan en el expediente y su titular, el propio LANDETE, debe ser considerado interesado en virtud del art. 31 de la Ley 30/1992. Ello no quiere decir que todas las prácticas dilucidadas en el expediente sean iguales ni que todos los contratos sean iguales entre sí. Tampoco significa que todos los contratos que relacionan a LANDETE con

REPSOL sean idénticos entre sí, o sean idénticos a otros que hayan podido vincularlos en el pasado ni que las prácticas alegadas hoy por LANDETE sean las mismas que pudieron ser alegadas, en otra ocasión, en el pasado o en otro expediente administrativo.

c) La confianza legítima.

Mayor peso parece tener el argumento presentado por REPSOL de que *el régimen contractual standard aplicado con carácter general es el contenido en los modelos que vienen utilizándose en los últimos años y que fueron consultados previamente con la Dirección General IV de la Comisión Europea* (pág 1411 del expediente del SDC). Ese argumento debe, no obstante, ser objeto de dos matizaciones. En primer lugar, los contratos a los que alude REPSOL fueron objeto de una carta administrativa, firmada por el Director de la DG.IV. Sr. García Palencia, el 31 de julio de 1997. En esa carta se explicita que la DG.IV está emitiendo *una opinión informal y que, si su sociedad deseara una toma de postura de la Comisión, deberá proceder a la notificación formal de los mencionados contratos* (folio 1438). Los contratos no han recibido, pues, estrictamente hablando, la aprobación de la DG.IV.

En segundo lugar, contrariamente a lo que afirma REPSOL, los modelos de contrato que fueron objeto de dicha carta administrativa no se aplican de forma generalizada. En efecto, tales contratos contienen la estipulación de que el comisionista responde del combustible ubicado en su depósito como comisionista; de esta forma el modelo sometido a la DG.IV corresponde, en cuanto a la asignación del riesgo de daño a la mercancía, a los contratos que contienen la nota 4 en la columna E, especificación que el Tribunal ha declarado compatible con el contrato de comisión, por lo que no ha considerado a dichos contratos incompatibles con el de comisión. Dichos contratos asignan también claramente el riesgo de daños causados por el producto a REPSOL (cláusula novena, punto cuarto), lo que contrasta con las disposiciones de la mayoría de los contratos analizados (de los que sólo 6 contienen una cláusula similar a la aprobada por la Comisión, véase el FD 2.c).

El modelo aprobado por la Comisión contiene la estipulación de que el comisionista podrá efectuar descuentos con cargo a su

comisión. Tal cláusula corresponde a la que aparece en los contratos tipo I de la columna F (42 contratos). El Tribunal ha señalado, en su FD 2.c), que tanto la inclusión de esa cláusula como su omisión son compatibles con la existencia de un contrato de comisión, ya que la existencia o no de ese tipo de contratos debe juzgarse a la luz del conjunto de sus estipulaciones.

El modelo aprobado por la Comisión contiene la estipulación de que el riesgo de precios de la gasolina contenida en el tanque corre a cargo de REPSOL (cláusula 7, punto 4); como se ha señalado anteriormente, solamente los 42 contratos tipo I de la columna F, que el Tribunal considera compatibles con el contrato de comisión, mencionan expresamente ese aspecto.

Finalmente, el modelo aprobado por la Comisión contiene la estipulación de que el comisionista abonará el importe de los productos pedidos, de forma que REPSOL tenga constancia del abono de los mismos antes de realizar la entrega del producto correspondiente para, a continuación, señalar la posibilidad de que el comisionista se atenga a la fórmula de pago diferido, tras establecimiento de aval bancario. Tal cláusula corresponde a los contratos tipo I de la columna G que el Tribunal sí ha considerado incoherentes con el modelo de contrato de agencia. Por tanto, de existir algún tipo de confianza legítima se plantearía únicamente en relación con estos contratos. No obstante, en relación con este punto -y además de tener en cuenta que la simple *carta administrativa* de la Comisión Europea no constituye una auténtica aprobación formal- el Tribunal ha considerado que las autoridades nacionales pueden imponer criterios más estrictos (pero no menos estrictos) que los de la legislación europea, por lo que se ratifica en su juicio de que tal cláusula es contradictoria con el concepto de contrato de comisión.

Además, y siempre en relación con el problema de la confianza legítima, debe mencionarse que REPSOL ofreció a la Comisión Europea (carta a D. Rafael García Palencia de 15 de abril de 1997 aportada como documento de prueba nº 10 por REPSOL) adaptar sus contratos de forma que quedase claramente especificado que tanto el riesgo de daño fortuito a la mercancía como el riesgo de daño causado por el producto serían soportados por REPSOL, modificación que, como se ha señalado en el FD 2.c), no corresponde a la de un buen número de

contratos, motivo por el que éstos se declaran incompatibles con el contrato de Comisión en el FD 2.f.

7. La segunda imputación del Servicio

- a) En relación con la segunda imputación del SDC, REPSOL alega esencialmente:

Por lo que se refiere a la segunda infracción sostenida por el SDC, se ha acreditado lo que sigue:

- (i) la adquisición por REPSOL de un derecho real de superficie sobre un terreno conlleva en todos los casos la construcción de una estación de servicio y la aparición de un nuevo punto de venta hasta entonces inexistente en el mercado. Las inversiones acometidas por REPSOL como consecuencia de la adquisición de derechos reales de superficie asciende a más de 35.300 millones ptas. (unos 118 millones ptas. de inversión media por estación);*
- (ii) la adquisición por REPSOL de un derecho real de usufructo sobre una estación de servicio preexistente equivale en términos jurídicos a la adquisición temporal por REPSOL de la propiedad de la estación. Las inversiones acometidas por REPSOL como consecuencia de la adquisición de derechos reales de usufructo (mejora, ampliación y modernización de las estaciones preexistentes) asciende a más de 26.600 millones de ptas. (unos 83 millones ptas. de inversión media por estación);*
- (iii) numerosas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y Sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales ordinarios han declarado la plena validez jurídica y compatibilidad con la normativa “antitrust” de los contratos de suministro en exclusiva de duración superior a los diez años cuando REPSOL (u otra compañía petrolera) arrienda la estación de servicio al nudo propietario tras la adquisición de un derecho real de superficie o usufructo. Los principios de confianza legítima e igualdad ante la ley impiden que ahora se considere que los contratos de REPSOL en esos casos infringen el artículo 1 LDC o el artículo 81.1 del Tratado CE, y aún más que se sancione a REPSOL por ello;*

- (iv) *la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2000, que sanciona jurisdiccionalmente la Resolución “PETRODIS” del Tribunal de Defensa de la Competencia tiene fuerza de cosa juzgada. Dicha Sentencia declara la plena validez jurídica y compatibilidad con la normativa “antitrust” de un contrato de suministro exclusivo de duración superior a diez años entre REPSOL y LANDETE GIMENO, S.L., en el que REPSOL arrendaba la estación de servicio a su nudo propietario (LANDETE GIMENO, S.L.) previa adquisición de un derecho real de usufructo. Los artículos constitucionales y legales citados anteriormente impiden al Tribunal de Defensa de la Competencia declarar que la exclusiva del contrato de suministro en exclusiva entre REPSOL y LANDETE GIMENO, S.L. es contrario al artículo 1 LDC o al artículo 81 del Tratado CE con independencia de su duración.*

.....

LANDETE GIMENO infringe el artículo 1 LDC o el artículo 81 del Tratado CE;

- (v) *REPSOL ni ha utilizado ni utiliza la técnica del cruce de contratos de arriendo y subarriendo;*
- (vi) *El artículo 12.2 del Reglamento (CEE) N° 1984/83, incorporado a Derecho español de la competencia por Real Decreto 157/1992, declara exentas de la prohibición del artículo 81.1 del Tratado CE (y en consecuencia de la del artículo 1 LDC) a las cláusulas de suministro exclusivo de carburante a estaciones de servicio de duración superior a diez años en casos en que el suministrador hubiera arrendado la estación de servicio a su explotador. El nuevo Reglamento comunitario de exenciones por categorías sobre restricciones verticales (y en particular su artículo 5 a) confirma la interpretación del artículo 12.2 del Reglamento N° 1984/83, ya que de lo contrario el legislador comunitario no hubiera considerado necesario introducir específicamente en el nuevo Reglamento una nueva regla al respecto.*

En efecto, el artículo 12.2 del Reglamento CEE n° 1984/83 establece “contratos de suministro en exclusiva que se celebren por un plazo superior a diez años, siempre que la estación de servicio sea propiedad del suministrador, que

éste la haya arrendado al distribuidor y que aquél conceda a éste algunas ventajas económicas o financieras”

Y el Tribunal, en su Resolución de 12 de septiembre de 1997, al Expte. R 197/97 SHELL ESPAÑA, consideró :

3.1. En primer lugar, que ENACO, al cuestionar que SHELL sea totalmente propietaria de la estación de servicio para poder concluir, en consecuencia, que, al no ser propietaria, no puede arrendarla, está interpretando erróneamente el concepto de derecho de superficie y confundiendo la propiedad del suelo con el derecho a construir sobre éste y también con la titularidad dominical tanto de lo allí construido (estación de servicio) como de la empresa instalada (negocio de venta de gasolina). No puede admitirse, por consiguiente, que SHELL no sea propietaria de la estación de servicio o no tenga la titularidad de la empresa en ella instalada.

3.2. En segundo lugar, que, como acertadamente ha expresado el Servicio de Defensa de la Competencia en el Acuerdo de sobreseimiento, el contrato cumple todos los requisitos establecidos por el art. 12.2 del Reglamento CE 1984/83 :

a) La estación de servicio es propiedad de la compañía petrolera SHELL.

b) SHELL ha arrendado la estación de servicio al revendedor ENACO.

c) Hay ventajas económico-financieras concedidas por SHELL en favor de ENACO, tales como las siguientes: SHELL ha puesto a disposición de ENACO instalaciones técnicas. La estación de servicio revertirá a ENACO al finalizar la cesión del derecho de superficie. Así pues, ENACO, sin realizar ninguna inversión, consigue que se instale un negocio en un terreno improductivo, que se le ceda la explotación del mismo y además adquiere su propiedad al cabo de 20 años. A mayor abundamiento, la gasolinera está situada junto al hipermercado AMICA, lo que le garantiza una rentabilidad futura y se produce una

indudable acreditación del negocio a través del abanderamiento de una conocida empresa multinacional durante el tiempo de vigencia del contrato.

Por otra parte, también hay que rechazar la afirmación de ENACO de que los acuerdos de cesión del derecho de superficie y de arrendamiento de negocio son ficticios y se conciertan únicamente para encubrir la larga duración del contrato de compra exclusiva, por las siguientes razones: En primer lugar, porque la realidad de los hechos demuestra lo contrario. En efecto, los citados acuerdos son necesarios para poder cerrar la operación que se quiere realizar (exclusiva de suministro de gasolina a cambio de construcción, alquiler y cesión de la estación de servicio); cuestión distinta es que los precios establecidos para la cesión del derecho de superficie y el arrendamiento sean, más bien, simbólicos. En segundo lugar, porque este tipo de acuerdos complejos en los que se entremezclan la cesión de un derecho real de propiedad o superficie para la construcción de una gasolinera, la entrega en arrendamiento, comodato o usufructo de la misma para su explotación y el suministro en exclusiva de carburantes y lubricantes son frecuentes en nuestro país (Véase entre otras la Resolución de 30 de julio de 1996).

b) Los restantes interesados alegan lo siguiente:

ALEGACIONES DE MAYPA

Aporta un contrato (tomo VIII) relativo a una finca propiedad de MAYPA sobre la que REPSOL ha constituido un derecho de superficie para la construcción de una estación de servicio; contrato sobre cuyas cláusulas han surgido, después, problemas ya que, según señala MAYPA, REPSOL nunca construyó la estación, limitándose a cofinanciar la instalación.

ALEGACIONES DE BAGARCIVA

Alude a las condiciones excepcionales en las que se celebró el contrato entre BAGARCIVA y REPSOL COMERCIAL, en un contexto

en que CAMPSA conocía a la perfección los efectos de la desmonopolización en España y señala lo que, en su opinión, supone una desproporción entre las inversiones realizadas por REPSOL y los rendimientos posteriores de esas inversiones y a las supuestas presiones y retrasos en los pagos a las que BAGARCIVA fue sometida por REPSOL

Por ello, considera que ha existido un abuso de posición dominante en la compra de gasolineras puesto que REPSOL ha continuado las prácticas abusivas iniciadas por CAMPSA creando a) derechos de superficie, b) usufructo a favor de REPSOL cuyo único fin es arrendar posteriormente la gasolinera al distribuidor c) arrendamiento a favor de REPSOL subarrendamiento a favor del gasolinero, cuyo fin es exclusivamente el del fraude a la Ley.

ALEGACIONES DE LA ASOCIACIÓN DE GESTORES

La Asociación alega que la afirmación de REPSOL de no haberse subrogado en los contratos de subarrendamiento con titulares de estaciones de servicio resulta contradictorio con las manifestaciones de REPSOL en varios juicios civiles en los que ha reclamado daños y perjuicios por presunto incumplimiento de la relación arrendamiento-subarrendamiento; resulta inverosímil que REPSOL enviará los “addenda” de comisiones a estas estaciones de servicio (aceptando así que se mantiene vivo el contrato), como afirma, por error.

- c) La normativa legal relevante en relación con los hechos alegados es, en efecto, el Reglamento CEE 1984/83 cuyo artículo 12.2 establece que el límite máximo de diez años, aplicable en aquel momento a los contratos de distribución exclusiva de carburantes tiene la siguiente excepción:

“No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente Título, durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio”.

La imputación del Servicio exige, en primer lugar, que el Tribunal se pronuncie respecto a si los contratos sometidos a su consideración pueden acogerse legítimamente a la exención del art. 12.b ó, por el

contrario, constituyen subterfugios formales para eludir el límite máximo de 10 años impuesto (en aquel momento) por la normativa comunitaria. Para llegar a una decisión en esa materia el Tribunal ha acudido a los criterios, correctamente invocados por la representación de REPSOL, que fueron establecidos en los FD 3 y 4 de la citada Resolución al caso SHELL ESPAÑA. En línea con dicha Resolución, puede señalarse que no existe construcción fraudulenta de una secuencia de contratos cuando ésta obedece a un claro objetivo económico distinto del de obstaculizar la competencia. Ese mismo criterio general ha sido recogido, en relación con un caso particular, en la Sentencia del Tribunal Supremo N° 232/2001, de 27 de febrero, en la que se resuelve un recurso de casación presentado por la sociedad mercantil GABAI OIL S.A. contra PETRONOR, en el que se dilucida, entre otras materias, la validez del pacto de 35 años acordado en virtud de la exención del art.12.2 del Reglamento CEE 1984/83. En su FD 4 la citada Sentencia señala:

Debe reconocerse plena validez al pacto de exclusiva por 35 años concertado en el contrato de autos pues el proveedor (PETRONOR) en dicho contrato se comprometió a ceder gratuitamente el uso de todo el equipo necesario de la estación de servicio, que era de su propiedad y a transmitirla gratuitamente al comprador transcurridos los 35 años pactados para la duración del contrato, situación que, a criterio de este tribunal, dada la importancia económica del valor del equipo, elemento imprescindible para el desarrollo de la actividad propia de estación de servicio que se considera equiparable a los supuestos contemplados en el apartado 2 del art. 12.

Siguiendo el criterio de la inversión real, el Tribunal ha analizado los ejemplos aportados al expediente de estaciones de servicio con las que REPSOL ha celebrado una secuencia de contratos que pudiera ser sospechosa. Las secuencias concretas que aparecen en el expediente son las siguientes:

SECUENCIAS DE CONTRATOS OBSERVADAS EN EL EXPEDIENTE

	1	2	3	4	5
PROPIEDAD SUELO	CAMPSA/ REPSOL	DISTRIBUIDO R MINORISTA	DISTRIBUIDOR MINORISTA	DISTRIBUIDO R MINORISTA	DISTRIBUIDO R MINORISTA
DERECHO SUPERFICIE	CAMPSA/ REPSOL	CAMPSA/ REPSOL (1)	DISTRIBUIDOR MINORISTA	DISTRIBUIDO R MINORISTA	DISTRIBUIDO R MINORISTA
PROPIEDAD E.S.	CAMPSA/ REPSOL	CAMPSA/ REPSOL (2)	DISTRIBUIDOR MINORISTA	DISTRIBUIDO R MINORISTA	DISTRIBUIDO R MINORISTA
TITULARIDAD E.S.	CAMPSA/ REPSOL	CAMPSA/ REPSOL	CAMPSA/ REPSOL (3)	DISTRIBUIDO R MINORISTA	CAMPSA/ REPSOL
GESTOR E.S.	DISTRIBUIDO R MINORISTA (4)	DISTRIBUIDO R MINORISTA (4)	DISTRIBUIDOR MINORISTA (4)	DISTRIBUIDO R MINORISTA	DISTRIBUIDO R MINORISTA

- (1) CAMPSA/REPSOL compra el Derecho de superficie a su propietario
 (2) CAMPSA/REPSOL construyen la E.S. que luego revierte al propietario del terreno
 (3) CAMPSA/REPSOL compra el Derecho de usufructo de la E.S.
 (4) CAMPSA/REPSOL arrienda la E.Ss. al distribuidor minorista
 E.S.: Estación de Servicio

Del cuadro anterior debe concluirse:

- a. Que la secuencia de la primera columna debe excluirse del análisis puesto que, al ser REPSOL el sucesor de CAMPSA existe una única relación contractual (la celebrada entre CAMPSA-REPSOL y el minorista) relevante desde el punto de vista económico.
- b. Que debe prestarse atención a las secuencias de las columnas 2 y 3 ya que en ellas se intercala REPSOL en una posición que permite invocar la exención del artículo 12.b. y que podría no responder a motivación económica alguna.
- c. Que la secuencia de la columna 5, en la que REPSOL se limita a ser arrendatario de una estación de servicio que subarrienda,

después, a su propietario original, resulta, por su propia naturaleza, particularmente sospechosa.

Con esas consideraciones en mente, el Tribunal ha analizado las relaciones con estaciones de servicio que podrían resultar fraudulentas, cuyas características aparecen reseñadas en el AH 2.

i) En relación con la secuencia de la columna 5 (los llamados arrendamientos cruzados), el Servicio alega haber encontrado 4 ejemplos, que son los contratos que se inician en los folios 663, 1176, 1677 y 2106 de su expediente, mientras que REPSOL, en el apartado v de su escrito de alegaciones, considera que no existe ninguno. El Tribunal, al analizar esos contratos, llega a las siguientes conclusiones:

- en cuanto al contrato de la pág. 2106:

El 9 de agosto de 1990 RÍO ORO, propietario de las instalaciones y terrenos, arrienda a CAMPSA las instalaciones y CAMPSA se compromete a realizar una inversión de 130 millones de pts.; el 1 de febrero de 1991 CAMPSA, arrendataria, subarrienda a GESERVICIO (sociedad diferente, pero en cuya representación corresponde a las mismas personas que la de RIO DE ORO) por 25 años las instalaciones de la estación de servicio. REPSOL alega que no se ha subrogado en este contrato, pero consta que ha mandado en varias ocasiones las hojas de cálculo de comisiones y resulta poco convincente el argumento de que ese envío ha sido realizado por error. En todo caso, el aspecto fundamental de ese cruce de contratos es que existe el compromiso de CAMPSA de realizar una inversión considerable en la estación de servicio; por ello, no puede considerarse que ese cruce de contratos sea fraudulento, en el sentido de buscar ampararse en el art. 12.2 del Reglamento CEE 1984/83 mediante un mero subterfugio formal exento de contenido económico, cuando media una inversión real de esa entidad.

- en cuanto al contrato de la pág. 1176:

JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ-CATUXO, propietario de una finca que adquirió en 1985 a la compañía ESTACIÓN DE GASOLINAS CATUXO, cede a REPSOL un derecho de superficie en los terrenos de esa finca para que construya una

estación de servicio. También cede todos *sus derechos de edificación, instalación y licencias obtenidas para ello, que posibiliten la construcción y edificación, apertura y funcionamiento de la Estación de Servicio proyectada*. REPSOL paga 2 millones de pesetas y se compromete a realizar *obras de reconstrucción, reparación, reforma o nueva planta* por valor de 33 millones de pesetas. Posteriormente, el 1 de julio de 1995, el titular de la estación de servicio, cede a AUTOSERVICIO CATUXO el uso y disfrute de dicha estación por 25 años. No parece, con una inversión de esta naturaleza, que el cruce de contratos pueda calificarse de fraudulento.

- respecto al contrato de la pág. 1677:

El 12 de junio de 1992, REPSOL COMERCIAL, titular de la Estación de Servicio, cede, en régimen de arrendamiento de industria, la explotación de dicha estación de servicio. Con la misma fecha, las mismas personas constituyen un derecho de usufructo a favor de REPSOL sobre la estación de servicio durante 25 años. REPSOL paga 22 millones de pesetas y se compromete a invertir 13 millones en la gasolinera. Con una inversión de esta naturaleza no parece que el cruce de contratos pueda calificarse de fraudulento.

- respecto al contrato de la pág. 663:

El 18 de julio de 1994 FRANCISCO A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, titular de una finca y de una concesión administrativa, se compromete a construir una estación de servicio y a cederla en usufructo a REPSOL; le cederá también, si resulta posible, la concesión administrativa. Si puede ceder la concesión administrativa la duración será hasta la expiración de ésta; en caso contrario, la duración del contrato será de 10 años, pero, en ese caso, FRANCISCO A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ se obliga a renovar el contrato hasta el fin de la concesión administrativa. De no hacerlo, pagará una indemnización de 25 millones de pesetas.

REPSOL aporta sólo 2.800.000 pts. para la modernización de la estación de servicio (que, por tanto, ya existía) y 800.000 para la exposición y venta de productos afines. En esta secuencia de contratos, y dado lo exiguo de la inversión de REPSOL, sí

podrían encontrarse unos primeros indicios de intento de utilización fraudulenta de la exención del art. 12.2.

- ii) En relación con las secuencias de la columnas 2 y 3 y 4 rige, obviamente, el mismo criterio de la inversión real a efectos de deslindar la invocación fraudulenta del art. 12.2. de la que no lo es. Con este criterio, el Tribunal ha analizado los contratos cuyas características se describen en el AH 2 y ha llegado a la conclusión de que no existe ningún caso en el que el cruce de contratos sea obviamente fraudulento; no obstante, existen tres casos, los de los contratos que se inician en las páginas 2207, 2316 y 2249, en los que, por no encontrarse suficientemente documentadas las estipulaciones concretas acordadas en los primeros contratos, no existe la posibilidad de pronunciarse sobre ese extremo.

Sin embargo, las secuencias de la columnas 2 y 3 plantean un problema adicional ya que en ellas puede constituirse un derecho a favor de REPSOL contra el pago de una cantidad razonable (es decir, no-ficticia) por parte de esa entidad, pero sin que medie un compromiso de invertir en la mejora de la gasolinera. En este caso, aunque cada contrato individual pueda considerarse como un negocio jurídicamente lícito, la utilización sistemática de esa técnica podría constituir un intento de cerrar el mercado, reprobable desde el punto de vista del derecho de la competencia, sin que mediara la posible contrapartida de que una inversión de la empresa petrolera en la mejoría de la red de estaciones de servicio que pudiera tener efectos beneficiosos para la economía general.

En el expediente se han documentado dos secuencias de contratos en las que REPSOL se limita a adquirir, de forma onerosa, un derecho real sin que medie algún tipo de compromiso de inversión en la gasolinera. En la secuencia que se inicia en la página 2378 puede observarse que, el 2 de abril de 1993, D. JESÚS GUERRERO cede a REPSOL el usufructo de una estación de servicio, derecho por el que REPSOL paga 175.000.000 pts. más un canon anual de 7.000.000 pts; el 3 de abril de 1993 REPSOL, en su calidad de usufructuaria, cede a D. JESÚS GUERRERO la estación de servicio, bajo la fórmula de arrendamiento de industria, por un periodo de 25 años. En la secuencia que se inicia en la página 2334 puede observarse que, el 6 de junio de 1996, D. GUSTAVO AGUSTÍN DE LA

PEÑA cede a REPSOL el usufructo de una estación de servicio, derecho por el que REPSOL abonará una contraprestación (revisable) de 1,5 pts. por litro vendido; con la misma fecha REPSOL, en su calidad de usufructuaria, cede a D. GUSTAVO AGUSTÍN DE LA PEÑA la estación de servicio, bajo la fórmula de arrendamiento de industria, por un periodo de 15 años.

Resulta evidente que, mediante la generalización de contratos de este tipo, y acogiéndose de forma que podría calificarse de fraudulenta a la exención del citado art. 12.2, una empresa petrolera podría llegar a una situación en la que disfrutase de contratos de suministro exclusivo por un periodo muy superior al previsto de forma general por la normativa comunitaria. No obstante, en el expediente sólo se documentan dos contratos que reúnen esas características, de donde resulta imposible concluir que REPSOL ha desarrollado de forma sistemática una serie de prácticas tendentes a eludir los límites generales impuestos por el Reglamento 1984/83 mediante la utilización fraudulenta de la autorización del art. 12.2 de dicho Reglamento. La escasez de la documentación aportada no permite extraer esa conclusión respecto al mercado nacional, ni siquiera respecto al de las tres provincias cuyos contratos se aportan al expediente.

Por tanto, el Tribunal considera no acreditada la imputación segunda del Servicio consistente en: *“Infracción del artículo 1.1 de la LDC y 81.1 del TCE LDC por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., por desarrollar una serie de prácticas encaminadas a alargar la duración máxima permitida por el Reglamento 1984/83 y el Real Decreto 157/92 de sus contratos de abanderamiento, en los términos descritos en los apartados III.3 y IV.3 del Pliego”* si por tal serie de prácticas se entiende la adquisición de derechos reales sobre estaciones de servicio, de forma sistemática, y sin realizar inversiones en su mejora, con el fin de eludir el límite a la duración máxima de los contratos de suministro impuesta de forma general por el Reglamento CEE 1984/83.

La evidencia existente en el expediente permite inferir que REPSOL ha utilizado de forma muy amplia, en todo el mercado peninsular, contratos que no pueden considerarse auténticos contratos de agencia y que, no obstante esa característica, ha

utilizado sistemas que permiten la fijación a todos los efectos prácticos de los precios en el escalón minorista.

En consecuencia, para la fijación de la sanción el Tribunal, de acuerdo con el art. 10 LDC ha tenido en cuenta la amplitud del mercado afectado, que es el de distribución de gasolinas y gasóleos en tres provincias y la duración de las prácticas analizadas que en algunos casos se remonta a la liberalización del mercado de combustibles en 1992. No obstante, a la hora de fijar dicha sanción, el Tribunal ha considerado que el mercado relevante debe ser modulado para tener en cuenta el hecho de que sólo los contratos de las páginas 408, 596, 522, 485, 577, 503, 450, 1.879, 1.593, 334, 1.905, 381, 663, 640, 843, 1.861, 306, 730, 2.136, 2.105, 2.179, 1.317, 1.346, 1.714, 1.677, 2.378, 2.334, 2.418, 2.207, 2.316, 1.634, 1.258, 1.125, 931, 1.282, 2.249, 1.176, 976, 1.224, 1.838, 1.815, 1.794, 2.513, 1.767, 1.737, 2.484, 2.456, 2.544, 898 y 912, y no todos los contratos aportados al expediente, no constituyen contrato de agencia.

Habida cuenta de estas consideraciones y de la gravedad de la conducta imputada, la fijación de precios, que debe considerarse una de las conductas más graves en derecho de la competencia, el Tribunal considera que debe imponer a REPSOL una multa de 500 millones de pesetas (3.005.060,52 euros).

Por todo ello, el Tribunal por mayoría

RESUELVE

1. Declarar que REPSOL S.A. ha incurrido en una práctica prohibida por el art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, al fijar los precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores que actúan, con ellas, bajo un supuesto régimen de *comisión* o *agencia*, en virtud de los contratos reseñados en las páginas 408, 596, 522, 485, 577, 503, 450, 1.879, 1.593, 334, 1.905, 381, 663, 640, 843, 1.861, 306, 730, 2.136, 2.105, 2.179, 1.317, 1.346, 1.714, 1.677, 2.378, 2.334, 2.418, 2.207, 2.316, 1.634, 1.258, 1.125, 931, 1.282, 2.249, 1.176, 976, 1.224, 1.838, 1.815, 1.794, 2.513, 1.767, 1.737, 2.484, 2.456, 2.544, 898 y 912 del expediente del Servicio.

2. Intimar a REPSOL S.A. para que cese en la fijación de precios en las relaciones con estaciones de servicio con las que se encuentra vinculada por un contrato de similares características.
3. Multar a REPSOL S.A. en la cuantía de 500 millones de pesetas (3.005.060,52 euros) por prácticas contrarias al art. 1 LDC, consistentes en la fijación de precios a las estaciones de servicio con los que se encuentra vinculado en virtud de los contratos reseñados en el punto 1 de este Resuelve, que no puedan ser considerados contratos de agencia.
4. Declarar que no se encuentra acreditada la práctica prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de fijar precios de venta al público de los combustibles, en aquellos contratos aportados al expediente que no se encuentran incluidos en la lista enumerada en el punto 1 del Resuelve.
5. Declarar que, a la luz de los contratos aportados al expediente, no se encuentra acreditada la práctica generalizada de utilización fraudulenta de las exenciones previstas en el Reglamento CEE 1984/83 con el fin de alargar la duración máxima de los contratos.
6. Ordenar a REPSOL S.A. la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de uno de los diarios de información general de los de mayor circulación de ámbito nacional.

En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 100.000 pesetas (601,01 euros) por cada día de retraso en la publicación.

7. Remitir copia compulsada de esta Resolución a la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción, dando así cumplimiento a lo interesado por ésta en su escrito de 26 de julio de 2000.
8. La justificación del cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución se hará ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer

recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS SRES. CASTAÑEDA BONICHE Y COMENGE PUIG A LA RESOLUCION DEL EXPTE. 490/00 REPSOL

Lamentamos discrepar de la mayoría del Tribunal, en el apartado d) del quinto Fundamento de Derecho, cuando declara que no se encuentra acreditada en el expediente la fijación de precios de venta al público por REPSOL a los distribuidores con los que mantiene contratos de venta en firme en régimen de compra exclusiva, también llamados *revendedores* en el expediente.

Sin embargo, consta en el expediente la puntualización del Asesor Jurídico de REPSOL que se cita en el apartado c) del mismo quinto fundamento jurídico según la cual *“la comunicación de precios a las estaciones de servicio que tienen el carácter de revendedor tienen la naturaleza de recomendación, fijándose el precio libremente por el revendedor”*.

Consecuentes con lo que hemos mantenido en expedientes anteriores análogos, consideramos que cuando un revendedor compra en firme se convierte en un competidor más de la red de estaciones de servicio de REPSOL y que, en estas condiciones, cualquier transmisión de información *a priori* sobre precios finales como la que, según el Director de Planificación y Control (FD 4c), REPSOL realiza a diario y fundamentalmente a través del incentivado uso del *Videotex*, constituye una práctica prohibida por el artículo 1 LDC ya que, al propiciar la igualdad de precios entre competidores, produce o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

De hecho, cuando la comunicación de información sobre precios finales se realiza desde un operador de la magnitud de REPSOL a un competidor de dimensión incomparablemente menor, la presión ejercida sobre el revendedor difícilmente podrá ser contrarrestada por la voluntad de seguir una estrategia de precios independiente.

Si a la dudosa utilización de contratos en exclusiva por parte de una empresa con el poder de mercado de REPSOL se une la práctica de *recomendar*

precios finales a los revendedores, que deberían ser competidores independientes, se reduce al mínimo el grado de libertad de tales competidores y se contribuye a la ya escasa competencia en precios que se advierte en la venta al público de los carburantes.

Por ello, creemos que el Tribunal debería haber declarado, y sancionado en consecuencia, la ilegalidad de la práctica por la que REPSOL comunica con antelación a los revendedores independientes el nivel de los nuevos precios de venta al público y el momento en que deben entrar en vigor.

Madrid, 11 de julio de 2001

**VOTO PARTICULAR
QUE FORMULA EL VOCAL SR. MARTÍNEZ ARÉVALO A LA
RESOLUCIÓN DEL EXPTE. 490/00, REPSOL**

El Vocal que suscribe considera inadecuada, por insuficiente, la multa impuesta por la mayoría. En efecto, el artículo 10º de la Ley de Defensa de la Competencia señala como criterios para la fijación de multas los siguientes:

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.*
- b) La dimensión del mercado afectado.*
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.*
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.*
- e) La duración de la restricción de la competencia.*
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas*

En cuanto al criterio *a)*, debe señalarse que la práctica anticompetitiva consiste en la fijación de precios, lo que constituye una de las prácticas que normalmente se consideran más graves en derecho de competencia. Es cierto, sin embargo, que dicha fijación de precios se produce en el seno de las relaciones verticales de una empresa, actuación que normalmente se considera menos grave que la fijación horizontal de precios (aunque debe tenerse en cuenta que la fijación vertical de los precios de una pluralidad de estaciones de servicio produce también una fijación horizontal).

En cuanto al criterio *b*), se encuentra acreditado (HECHO PROBADO 1) que REPSOL obtuvo en 1998 unos ingresos por la venta de carburantes de 1,3 billones de pesetas.

En cuanto al criterio *c*), debe tenerse en cuenta que REPSOL ostentaba ese año una cuota de mercado superior al 50%.

En cuanto al criterio *d*), debe tenerse en cuenta que los productos petrolíferos constituyen un insumo productivo de la máxima importancia en la actividad del transporte y que ésta tiene una influencia considerable en la mayor parte de los procesos productivos; para el consumidor final, el coste del carburante representa uno de los elementos más importantes en los costes variables de utilizar un vehículo. Las consideraciones realizadas respecto a los criterios *c*) y *d*) implican que las actuaciones de REPSOL en materia de precios tienen una influencia no desdeñable en el funcionamiento de la economía del país.

En cuanto al criterio *e*), debe tenerse en cuenta que las conductas que se sancionan han venido llevándose a cabo durante un largo período de tiempo ya que algunos de los contratos analizados se remontan a principios de los años noventa y las prácticas de fijación de precios cobran sentido desde la liberalización de 1992.

En cuanto al criterio *f*), no procede tenerlo en cuenta ya que la infracción que el Tribunal ha apreciado es la de una conducta continuada a lo largo del tiempo y no una serie de infracciones concretas.

Por tanto, del análisis de los criterios previstos por la Ley para la fijación de la cuantía de la multa que son relevantes al caso cabe concluir que, todos ellos, apuntan hacia la gravedad de la conducta, lo que debe traducirse en una multa considerable.

El artículo 10 permitiría imponer una multa de hasta el 10% del volumen de ventas. En mi opinión, la multa de 500 millones de pesetas impuesta por el Tribunal representa un porcentaje excesivamente bajo sobre el volumen de ventas y se encuentra fuera de línea con recientes Resoluciones de este Tribunal y con las impuestas por otras autoridades de competencia.

En casos recientes, el Tribunal ha impuesto una multa de 25 millones de pesetas para una cifra de ventas de 2.850 millones de pesetas (0,9%), en su Resolución de 21 de mayo de 2001 al Expte. 491/00, Reciclado de Vidrio, caso en que la infracción era también grave, pero el impacto sobre la economía nacional resultaba muy inferior, y de 75 millones de pesetas (para

una cifra de negocios de unos 8.300 millones) en su Resolución de 4 de junio de 2001 al Expte. 492/00, Hormigón de Gerona.

En Derecho comparativo, y en un caso que por su naturaleza constituye un precedente jurídico al que se dilucida en este expediente, la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, de 16 de diciembre de 1975, a los asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Suiker Unie contra Comisión, la Comisión había impuesto multas que oscilaban entre el 0,5 y el 2,0% de la cifra de negocios de las empresas multadas, multas que el Tribunal no consideró excesivas (pág. 1223 del libro *Competition Law in Western Europe and the USA* editado por D. J. Gijlstra, editorial Kluwer). En el caso Pioneer, la Comisión impuso una multa equivalente al 4% del volumen de negocios, multa que fue reducida por el Tribunal Europeo al 2%; en el caso Hasselblad, la Comisión fijó una multa para el fabricante sueco equivalente al 1,6% de su volumen total (y no el del mercado afectado por la infracción) de negocios y para el distribuidor británico equivalente al 4%, cifra esta última que fue reducida por el Tribunal al 2%; en el caso Michelin, se impuso una multa del 1,5% por una infracción de menor trascendencia, como es la de fijar unos descuentos abusivos; en el caso ECS/AKZO la multa impuesta fue del orden del 10% del volumen de negocios, calculado en este caso sobre el mercado afectado, y no sobre el volumen total de negocios (información obtenida de Christopher Bellamy y Graham Child, Derecho de Competencia en el Mercado Común, edición española de Enric Picañol, Civitas 1992, págs. 663 y 664).

Habida cuenta de estas consideraciones, el Vocal que suscribe considera que hubiera debido imponerse una multa de varias veces la que se ha impuesto.

Madrid, 11 de julio de 2001

VOTO PARTICULAR
QUE FORMULA EL VOCAL JOSE JUAN FRANCH MENEU A LA
RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE NÚM. 490/00 REPSOL

Debo comenzar diciendo que disiento de la orientación general de esta Resolución, así como de múltiples afirmaciones que se contienen en sus Fundamentos de Derecho. El confusionismo que considero que va a crear respecto a la postura del Tribunal en asuntos de tanto calado y repercusión sobre la situación de la competencia en un sector básico tan relevante como es el de los productos petrolíferos, así como en lo relativo a las relaciones

contractuales entre comitentes y comisionistas en éste o en cualquier otro sector de la economía nacional, me obligan a manifestar y explicar públicamente mi postura en contra de la mayoría. También voté en contra en el expediente de Cepsa, pero, en aquella ocasión, compartía una gran parte de las afirmaciones que allí se contenían y estimé entonces que, dado que se redactaron otros tres votos particulares de distinto signo, añadir un cuarto podía ser todavía más contraproducente. Confiaba, además, en que esta nueva Resolución, de parecidas connotaciones e imputaciones, ayudase a que aclarara más lo conseguido entonces manifestando con claridad la postura de la mayoría del Tribunal respecto a la única cuestión de todas las que se incluyen en el expediente que se declaró, y declara ahora también, como conducta prohibida acreditada. Esto es: las cláusulas que se consideran necesarias y pertinentes para que un contrato de Agencia o Comisión sea considerado como tal por el Tribunal y, por lo tanto, sea Repsol o Cepsa quienes, lógicamente y en base al respeto a tales relaciones contractuales, fije el precio máximo de las gasolinas a los clientes finales. Creo sinceramente que, no sólo no se ha avanzado en esa dirección (que yo también hubiese considerado correcta), sino que, en mi opinión, se ha retrocedido notablemente añadiendo mayor confusión y, por lo tanto, inseguridad jurídica a los distintos operadores. Firmando el contrato de intercambio se supone que ambas partes han internalizado todos los efectos secundarios positivos y negativos y la suma definitiva es siempre positiva. La clarificación de los derechos de propiedad, es decir, de los deberes y derechos de cada una de las partes firmantes de un contrato en cualquier ámbito de la vida económica, es perentorio para que pueda surgir en los operadores una tensión responsable continua de cumplir lo pactado y que se instaure un procedimiento de descubrimiento que hace posible que cada uno pueda actuar y decidir a partir de un conjunto de informaciones y de conocimientos, a menudo tácitos e inenunciables, de los que difícilmente se podría disponer si no fuera por la presencia de una red de intercambios libres y competitivos que se basan en el doble principio de la libertad de disposición sobre lo propio y de la libertad contractual. Sin esa claridad sobre los deberes y derechos de cada cual, no pueden fijarse los precios de los distintos bienes y servicios. Tal cuestión es muy relevante porque es precisamente mediante la estructuración de los sistemas de precios, que son símbolos de las valoraciones individuales subjetivas de miles de personas físicas o jurídicas, como las sociedades humanas gozan de sistemas de información, comunicación y coordinación para la complementación de sus distintas actividades de producción o distribución. Ello me obliga a formular en esta ocasión el voto particular explicando mi postura..

En la página 80 del Informe que el Servicio de Defensa de la Competencia elevó al Tribunal, justo antes de formular su Propuesta una vez vista su

valoración jurídica de los hechos, valoradas las alegaciones de las partes y analizados los efectos en el mercado, se acaba diciendo:

En definitiva, la fijación de precios por parte de Repsol, ejercida sobre el total de su red, repercute en una mayor impermeabilidad de los precios que, junto a la estructura del mercado y la escasa competencia *intermarca*, protegen los márgenes y evitan presiones descendentes de precios y la transmisión a los consumidores de las ganancias en eficiencia en la distribución de un producto homogéneo y en el que se emplea una tecnología estandarizada.

Así mismo, las prácticas tendentes a alargar la duración de los contratos por encima de los diez años, tienen el efecto de dificultar la entrada y expansión a los nuevos operadores, lo que juega en favor del mantenimiento de la situación resumida en el párrafo anterior.

Ambas conductas son responsables de la escasa repercusión que la liberalización ha tenido en el comportamiento del sector y en el beneficio de los consumidores.

En dicho informe, sobre el que versaron las alegaciones de las partes y los argumentos en la Vista celebrada el 11 de enero de 2001, se hacen numerosas afirmaciones de carácter general sobre la situación del mercado de la distribución de carburantes y sobre sus precios, tales como que se trata de un mercado altamente concentrado, con un considerable potencial de crecimiento y atractivo a la entrada de nuevos operadores; que una de las características del mercado español es que el volumen de ventas por gasolinera en España es uno de los más altos de Europa debido básicamente al bajo número relativo de estaciones de servicio; que se trata de un mercado bajo un considerable control oligopolístico; se argumenta sobre la existencia de barreras de entrada y sobre la ausencia de grandes clientes; se explica que se trata de un producto homogéneo donde la elasticidad cruzada es muy alta con lo que cada empresa sabe que si decide bajar sus precios, las otras harán lo mismo con lo que el resultado será que se llegue a una situación de menores ingresos para todos; se adjuntan gráficos sobre la evolución de las cuotas de mercado de los tres principales operadores desde 1996 a 1998 así como de la evolución de los precios de la Gasolina 95 en España por meses entre enero de 1998 a enero de 2000 y la de los precios del Gasóleo entre esas mismas fechas; también se aportan los márgenes de la Gasolina 95 y del Gasóleo en España; en otro gráfico se aporta la comparación de márgenes de Distribución en España y Francia de la Gasolina 95, así como la evolución comparada de precios antes de impuestos del Gasóleo en España y Francia; se habla de la Compañía Logística de Hidrocarburos y de su control por parte de Repsol;...etc.

Junto a esta serie de consideraciones de carácter general sobre la situación de la competencia en un mercado tan amplio y relevante para el desarrollo económico general, la mayor parte del expediente, en tanto que expediente sancionador que precisa que se acrediten con pruebas las presuntas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, se centra, fundamentalmente y casi exclusivamente, dejando a un lado los posibles acuerdos entre las petroleras para la fijación horizontal de precios, en las relaciones verticales y la competencia intramarca, y, más en concreto, en si algunos de los contratos llamados de comisión o de agencia son efectivamente tales en base a un análisis minucioso y en mi opinión reglamentista de los riesgos y de las cláusulas contractuales. De hecho las imputaciones finales son las siguientes:

que por ese Tribunal se declare la existencia de las siguientes conductas prohibidas:

1. Infracción del artículo 1.1 de la LDC y 82.1 del TCE por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., por desarrollar una serie de prácticas encaminadas a la fijación del precio de venta de los combustibles de las estaciones de servicio por ella abanderados, en los términos descritos en los apartados III.2.d y IV.2 del Pliego, que no encuentran exentas por el Reglamento 1984/83 y el Real Decreto 157/92.

2. Infracción del artículo 1.1 de la LCD y 81.1 del TCE LDC por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., por desarrollar una serie de prácticas encaminadas a alargar la duración máxima permitida por el Reglamento 1984/83 y el Real Decreto 157/92 de sus contratos de abanderamiento, en los términos descritos en los apartados III.3 y IV.3 del Pliego.

Una vez que el Tribunal ha declarado no acreditadas otras imputaciones relacionadas, la posible transgresión en algunas cláusulas contractuales del Reglamento 1984/83 difícilmente puede dar lugar a la conclusión razonable de varias afirmaciones, en mi opinión desproporcionadas y de dudosa certeza según el análisis económico, que se contienen en el citado Informe y se manifestaron en la Vista. Afirmar que la fijación vertical de los precios tiene el efecto de garantizar una mayor impermeabilidad del mercado a las presiones competitivas e impide que las ganancias en eficiencia de la distribución se materialicen en reducciones de precios a los consumidores; o que, tras un análisis excesivamente detallista en mi opinión, se llegue a la conclusión de que determinados comisionistas de Repsol, no son tales

realmente porque soportan determinados riesgos financieros o comerciales de las operaciones que realizan en nombre de la petrolera, y que por lo tanto podrían ser los teóricos comisionistas los que pudiesen fijar libremente el precio de venta al público sin respetar los precios máximos fijados por la petrolera, me parece muy aventurado con respecto a la mejora de la competencia en precios de los productos petrolíferos en España. No se pueden ligar estas cuestiones puntuales con los problemas de posibles acuerdos colusorios de las principales petroleras o de abusos de posición de dominio en un mercado que anteriormente era monopolístico y que se ha ido liberalizando paulatinamente. Son otras medidas de política económica, algunas ya puestas en práctica, las que pueden efectivamente dinamizar el sector y aumentar la competencia real repercutiendo sobre el descenso del precio de las gasolineras.

Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, el problema, en mi opinión, más importante que se plantea en el mercado español no es la fijación vertical de los precios de reventa sino el de la fijación horizontal de precios. Sin embargo, los expedientes abiertos por el Servicio de Defensa de la Competencia a CEPSA y a REPSOL no han seguido dicho enfoque y se han centrado en la cuestión de la fijación vertical de los precios de venta al público de los carburantes.

El problema desde el punto de vista de la competencia es mucho más complejo. Téngase en cuenta, por ejemplo, que, sólo en lo relativo a los contratos en materia de distribución de carburantes hay que distinguir tres tipos de cuestiones:

a) Titularidad de la estación de servicio.

Con respecto a la titularidad de la gasolinera se pueden dar las siguientes situaciones:

1. Estación de servicio propiedad de la empresa petrolera.
2. Estación de servicio propiedad del comercializador de los carburantes.
3. Estación de servicio arrendada a la petrolera.
4. Estación de servicio arrendada por la petrolera al comercializador de los carburantes.
5. Cesión del uso de la estación de servicio a la petrolera.
6. Cesión de uso de la estación de servicio por la petrolera al comercializador de los carburantes.
7. Terreno o solar propiedad de una persona que cede el derecho de superficie a una petrolera por un cierto tiempo para que construya una estación de servicio se la ceda en explotación y al cabo del tiempo que

se determine revierta la propiedad de la misma en el comercializador de los carburantes.

b) Forma de explotación de la actividad empresarial de distribución minorista de carburantes.

En relación con este punto se pueden presentar las siguientes situaciones:

1. Explotación directa por la petrolera.
2. Explotación directa por el comercializador de los carburantes.
3. Régimen de abanderamiento.
4. Arrendamiento de industria o cesión del negocio.
5. Cesión de la gestión del negocio.

c) Contratos de distribución (compraventa o suministro) de los carburantes.

Las principales modalidades contractuales son las siguientes:

1. Comisión.
2. Agencia.
3. Distribución o venta en exclusiva.
4. Compra o suministro en exclusiva.
5. Exclusivas recíprocas de compra y venta.

La primera de las cuestiones resulta relevante a los efectos de determinar el tiempo máximo de duración del contrato de suministro a los efectos de poder aplicar el régimen de exenciones por categorías. La segunda y la tercera resultan relevantes, en cambio, para la fijación del precio y las condiciones de reventa.

En relación con esta práctica restrictiva de la competencia hay que señalar que las únicas cuestiones relevantes al objeto de adoptar una decisión son las relativas a las modalidades contractuales de distribución que han sido pactadas entre las empresas petroleras y las empresas que explotan las gasolineras.

Si hay un contrato de comisión o agencia, la venta de los productos se realiza por cuenta y riesgo de la empresa petrolera, que es la propietaria de los carburantes y, por consiguiente, el precio de venta al público de los mismos lo fijará la empresa petrolera, sin que esto suponga ninguna violación de la normativa de defensa de la competencia. La empresa distribuidora tendrá los productos en depósito hasta su venta.

Si se trata, en cambio, de contratos de distribución o venta en exclusiva por los cuales una empresa petrolera concede a una empresa distribuidora la exclusiva de venta de gasolinas y gasóleos en un territorio determinado, los productos se venden por cuenta y riesgo de la propia empresa distribuidora. Esta última empresa es la propietaria de la mercancía que ha adquirido para su reventa y por lo tanto, será la distribuidora la que fijará libremente el precio de venta al público de los citados productos. Y, si la empresa petrolera se inmiscuyera en el proceso de fijación de precios, imponiéndoselos al distribuidor, incurriría en una práctica restrictiva de la competencia.

Si se trata de contratos de compra en exclusiva por los cuales una empresa distribuidora se compromete a adquirir exclusivamente los carburantes a una empresa petrolera, la fijación de los precios de venta al público de los citados productos corresponderá a la empresa distribuidora que actúa por cuenta y riesgo. El distribuidor es el propietario de los productos y tiene completa libertad para establecer su precio de venta. Y, si la empresa petrolera se inmiscuyera en el proceso de fijación de precios, imponiéndoselos al distribuidor, incurriría, al igual que en el caso anterior, en una práctica restrictiva de la competencia.

Esta doctrina está reflejada de un modo claro y rotundo en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001 (CEPSA).

Sin embargo, en mi opinión, el problema no es tanto doctrinal como práctico. En casos como el contemplado en este expediente, la dificultad radica en saber cuándo se trata de contratos de comisión y cuándo se trata de contratos de compra en exclusiva.

Debo señalar que, a la vista de las cláusulas y estipulaciones contractuales que se recogen en la mayor parte de los contratos aportados recogidos con una cierta aleatoriedad e incorporados a este expediente, hay que concluir que los contratos en cuestión son contratos de comisión ya que presentan las principales características de los mismos:

- El distribuidor vende los carburantes por cuenta de la empresa petrolera (REPSOL).
- El distribuidor es depositario y no propietario de la mercancía.

No desvirtúan esta calificación, ni el hecho de que el distribuidor asuma la garantía del pago de la mercancía vendida ni la circunstancia de que el

distribuidor sea responsable de las pérdidas o daños sufridos por las mercancías mientras están en depósito.

En efecto, en los contratos de comisión se puede establecer una obligación de garantía en virtud de la cual el comisionista (distribuidor) se compromete frente al comitente (REPSOL) a hacerse cargo del pago de la mercancía vendida. En este caso, hay una comisión de garantía en la que el comisionista asume el riesgo financiero del impago de los carburantes vendidos. (La comisión de garantía aparece regulada en el art. 272 del Código de comercio)

Pero, además, en los contratos de comisión el comisionista (distribuidor) asume la obligación de custodia y conservación de la mercancía mientras ésta se halla en su poder, es decir, hasta que la vende. Esta obligación se traduce en tener que responder de la pérdida o deterioro de los carburantes. (Las obligaciones derivadas del depósito se encuentran reguladas en los arts. 265 y 266 del Código de Comercio). No hay que confundir estas obligaciones con la imputación de los riesgos derivados de la compraventa al propietario.

Por otra parte, desde un punto de vista fiscal, que las operaciones en cuestión han venido tributando como contratos de comisión.

El juego conjunto en este contrato de la obligación típica del comisionista (la responsabilidad por depósito) y la obligación especial de garantía (la responsabilidad por impago del comprador) unidas a un sistema especial de transmisión al comitente (REPSOL) del importe de la mercancía vendida por el distribuidor por cuenta de aquél (forma de pago) y mezcladas con las cuestiones relativas a la titularidad o propiedad de las estaciones de servicio (derecho de superficie, usufructo) y a su forma de explotación (arrendamiento, cesión), han provocado, siempre desde mi punto de vista, una distorsión en el enfoque del problema y la consiguiente confusión en cuanto a la naturaleza jurídica de una parte de los contratos analizados.

Téngase en cuenta, además, que, de acuerdo con el principio básico del Derecho de contratos, la voluntad de las partes es, por lo general, soberana y, en consecuencia, sus acuerdos son "ley" entre ellas. La intervención del sistema jurídico tiene lugar, por un lado, al obligar a las partes a someterse a ciertas formas en ciertos contratos y a suministrar un conjunto de reglas de uso opcional, que normalmente se emplearán cuando las partes no previeron alguna contingencia que luego se reveló importante. La función primordial del Derecho de contratos consiste, pues, en proporcionar un conjunto de reglas y de instituciones que garanticen el cumplimiento de esas reglas al

objeto de asegurar que los individuos realizan sus deseos en lo concerniente a un contrato, garantizando el cumplimiento de lo acordado, permitiendo, de esta manera, que el tráfico de bienes y servicios (de derechos) tenga lugar y que éstos fluyan de las manos de quienes menos los valoren a quienes los valoren más, que no son otros que quienes estén dispuestos a pagar más por ellos. El conjunto de reglas y mecanismos de intervención del sistema jurídico en la vida contractual intenta, en definitiva, reducir los costes de transacción y asegurar el cumplimiento de determinadas circunstancias. Quizás queriendo atajar un problema se acabe provocando otro más grave que repercute sobre principios básicos del derecho y el buen orden económico.

Un cierto diseño de reglas en convenciones aceptadas e incardinadas en el ordenamiento jurídico, proporciona a cada actor la posibilidad de predecir en cierto grado el comportamiento de los demás pudiendo realizar inversiones o estrategias a medio o largo plazo actuando en consecuencia. En el juego económico, las reglas delimitan los ámbitos de libertad de los participantes, las acciones permitidas y convenientes; permiten resolver situaciones conflictivas, son faros informativos de las posibles demandas ajenas, facilitan la interacción entre personas que desean cosas completamente diferentes permitiendo la coordinación multisocial, y pueden por lo tanto resultar claves para todos los participantes potenciales en esa dinámica económica.

La libertad humana tiene que actualizarse siempre con la responsabilidad leal para que resulte creadora y no destructora en tanto en cuanto se impone el deber de cumplir las obligaciones que, también libremente, asumió. Sin lealtad no hay posibilidad de establecer un cierto orden en las transacciones y en las relaciones contractuales, las relaciones implícitas en toda operación y negocio perderían todo asidero y el ámbito de las relaciones económicas se iría disgregando en un clima de mutua desconfianza. El proceso de suma positiva en que consiste todo contrato voluntario se desvirtúa y se convierte en uno de suma negativa. La incertidumbre contractual y una cierta inseguridad jurídica son perjuicios graves para el buen orden público económico.

Madrid, 12 de julio de 2001