

RESOLUCIÓN (Expte. 493/00 CEPSA)

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 30 de mayo de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 493/00 (2055/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado por denuncia formulada por D. Andrés Delgado Doncel, en representación de la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía (en adelante, Asociación) contra la Compañía Española de Petróleos, S.A. y Cepsa Estaciones de Servicio, S.A (en adelante, CEPSA), por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la realización de prácticas anticompetitivas en el ámbito de la distribución exclusiva de productos petrolíferos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 27 de abril de 1999, D. Andrés Delgado Doncel, en nombre y representación de la Asociación formuló denuncia contra CEPSA. Los hechos que eran objeto de denuncia consistían, básicamente, en los siguientes: se denunciaban diversas prácticas contrarias a las normas de competencia, puesto que las denunciadas estaban 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; desarrollaban determinadas

prácticas encaminadas a escapar 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 la constitución de derechos reales de superficie, usufructo, préstamos y arrendamientos cruzados; y, finalmente, se indicaba que las denunciadas estaban infringiendo el mencionado reglamento mediante prácticas como la fijación de precios de venta al público, fijación de márgenes comerciales y cláusulas de mejor precio.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia, tras efectuar una información reservada, el 26 de agosto de 1999 dictó Providencia acordando la incoación de expediente sancionador contra la Compañía Española de Petróleos S.A y CEPSA por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el art. 1 de la LDC y art. 81.1 del Tratado de la Unión Europea.
3. El 26 de noviembre de 1999, el Servicio dicta el Pliego de Concreción de Hechos, en el que se declaran como probados los siguientes Hechos:

“CEPSA tiene contratos de suministro exclusivo y abanderamiento con 1.298 estaciones de servicio, 203 unidades de suministro y con 25 puertos, lo que representa cerca del 22% de los puntos de venta existentes en España. (En los folios 220 a 244 se recoge un listado completo de las estaciones de servicio, las unidades de suministro aparecen recogidas en los folios 1195 a1201). Las características básicas de su red de contratación se recogen en los párrafos siguientes.

Se han analizado 43 contratos (folios 267 a 611, 719 a 971 y 980 a 1125, el Anexo I recoge un listado de todos ellos), 24 corresponden a Estaciones situadas en Asturias (el total de las abanderadas por CEPSA en esa Comunidad Autónoma), 7 a Estaciones de Jaén (de los 37 contratos de la provincia) y el resto a Estaciones situadas en la provincia de Madrid (12 contratos de los 61 existentes en esa provincia). De entre esos contratos, sólo en uno se establece un régimen de reventa (ES nº 11.210, folios 962 a 971), el resto corresponden a comisionistas.

Prácticamente todos los contratos analizados presentan las mismas características y la misma estructura. Las diferencias más importantes se producen en los contratos suscritos entre ERTOil, empresa adquirida por CEPSA a finales de 1991 y los suscritos por el antiguo monopolio y que correspondieron a CEPSA tras la escisión del mismo. En suma, y pese a que la redacción de los contratos varía en determinadas ocasiones, existe tal homogeneidad que puede permitir calificar a los

mismos como contratos de adhesión, al menos en lo que hace referencia a sus aspectos básicos, y permite extraer las siguientes conclusiones:

- Los distribuidores soportan el riesgo financiero de las operaciones de venta minorista de carburantes, independientemente de su naturaleza de revendedor o comisionista.

En efecto el conjunto de relaciones económicas que determina el contrato en sus cláusulas de suministro en exclusiva de los carburantes hace que sea el distribuidor el que soporte la financiación del ciclo dinero - carburantes - dinero, y, por tanto, deba afrontar cualquier ruptura de dicho ciclo y su financiación. En otras ocasiones el pago se realiza al contado, pero el titular puede optar por pagar a los 9 días si presenta aval bancario.

En resumen y como norma general se puede asumir, que el pago debe efectuarse, previa presentación de garantías a los nueve días. Si se incurre en un retraso, el crédito se anula, se pasa a pago al contado o por adelantado y se devengan intereses, pudiendo incluso cortarse el suministro.

Las ventas por parte del distribuidor deben realizarse teóricamente al contado. Sin embargo, caben diversas situaciones, nada infrecuentes, en las que el distribuidor no cobra al contado. En primer lugar, los distribuidores tendrán clientes como determinados empresarios con varios vehículos (taxi, transporte, reparto) a los que realizará una liquidación periódica, probablemente mensual. Asimismo, las ventas efectuadas a través de la tarjeta CEPESA CARD le son abonadas al distribuidor dentro de los 10 primeros días del mes siguiente al que corresponda la facturación (contrato de adhesión al Sistema de Tarjetas CEPESA, apartado II.4, folio 680). Por lo tanto, en numerosos casos el carburante no se cobra al contado.

Cabe asumir que la rotación media del carburante suministrado es inferior en la mayoría de los casos a nueve días. Sin embargo, también cabe la posibilidad que en dichos nueve días no se haya vendido todo el carburante.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, cabe afirmar que el distribuidor asume el riesgo financiero bajo las siguientes condiciones:

- Si tiene un considerable volumen de ventas, muchas de ellas a través de la tarjeta CEPESA CARD, o bien no cobradas al contado, el distribuidor tendrá que volver a proveerse de carburante así como afrontar el pago a los nueve días del carburante vendido pero no cobrado y de la nueva remesa. Por lo tanto, deberá financiar dicho pago, pudiendo incurrir en una insuficiencia de los activos circulantes y tener que costearse dicha financiación, especialmente cuanto mayores sean las ventas con dichos mecanismos. El riesgo por tanto existe. Además, la situación se agrava mucho más cuando se incurre en algún retraso, ya que los pagos a partir de dicho momento pasarán a ser al contado o por anticipado.
- Si la rotación es mayor de nueve días, el distribuidor no habrá vendido todo el combustible pero deberá afrontar su pago, cuya financiación a través del circulante puede ser insuficiente y podría tener que asumir un coste de financiación, con el agravante de los efectos de un retraso en el pago.
- Los distribuidores comisionistas deben mantener, bajo su propia responsabilidad, un stock mínimo que evite un desabastecimiento de la estación de servicio, ante el cual podrían incluso perder la licencia. El coste financiero de dicho stock es asumido por los propios distribuidores.
- Los distribuidores de CEPESA soportan el riesgo comercial de las operaciones de venta minorista de carburantes, con independencia de su condición de revendedor o comisionista.

Existen dos posibles situaciones bajo las que el distribuidor asume el riesgo comercial de las operaciones contractuales:

- En primer lugar, está claro que los posibles impagos de los créditos que pueda conceder el distribuidor son a su costa. Por lo tanto, ante una posibilidad que es bastante frecuente y necesaria en el mercado, pensemos en los tipos de empresas antes señaladas, CEPESA le transfiere el riesgo al distribuidor.
- En segundo lugar, si en el entorno competitivo del distribuidor se produce una rebaja de precios, el mantenimiento de las ventas del distribuidor y, por tanto, de sus ingresos dependerá de su capacidad de reacción para bajar el precio. Es cierto que en la medida que CEPESA también comparte el riesgo económico de la actividad, el volumen de ventas del distribuidor afectará a su

rentabilidad y será de su interés reaccionar a dicha rebaja. Sin embargo, hasta que CEPSA no realice dicha bajada en su precio de venta al público fijado al distribuidor, no se le estará protegiendo a éste del riesgo comercial de la evolución del mercado, sino que si el distribuidor quiere mantener sus ventas deberá sacrificar parte de su comisión. Es cierto que a CEPSA le interesará dicha bajada. Ya se ha reiterado que ambos comparten el mismo riesgo económico, pero también es cierto que CEPSA tiene numerosos puntos de venta con los cuales adaptarse a la evolución del precio, subsidiar dicha reducción en las ventas o, en definitiva, no compartir los mismos objetivos dado su amplia presencia en el mercado y sus múltiples intereses, quedando el distribuidor a expensas de las decisiones de CEPSA.

- Los distribuidores de CEPSA tienen un alto grado de independencia.

En los contratos de CEPSA se observa el alto grado de independencia para la realización de esta actividad de distribución minorista de carburantes, con independencia de su calificación nominal y la redacción precisa del contrato que asumen los supuestos comisionistas.

No puede considerárseles, pues, como parte integrante de la empresa.

CEPSA fija el precio de venta al público a los distribuidores comisionistas (96% de su red) y, de igual modo, recomienda un precio de venta a los revendedores.

CEPSA tiene un complejo sistema para la fijación de los precios a los distribuidores. Dicho sistema queda descrito en el Acta de la Investigación llevada a cabo en la sede de la empresa el 1 de septiembre de este año (folios 156 a 164).

CEPSA, a través del denominado sistema VERIPHONE, fija los precios a los que deben vender los comisionistas y recomienda un precio para los revendedores.

4. Duración de los contratos.

Con carácter general, la duración de los contratos de distribución exclusiva celebrados entre CEPSA y los distribuidores se ajusta a la máxima permitida por el Reglamento 1984/83 (10 años cuando se conceden al revendedor ventajas económicas y financieras).

No obstante, de entre los contratos analizados, existen ciertas prácticas que el Servicio considera que pueden suponer una restricción de la competencia no amparada por el citado Reglamento. Estas prácticas consisten, por un lado, en la constitución de derechos reales que proporcionan a CEPSA la propiedad de la estación de servicio para su posterior arrendamiento a un operador que tradicionalmente es el nudo propietario y, por otro, en el otorgamiento de préstamos en condiciones especiales supeditadas a la renovación del contrato.

Los contratos analizados presentan las siguientes características:

- El tres de enero de 1997 los representantes de la sociedad “ESTACIÓN DE SERVICIO LOS CANAPÉS” (nº 31.190) constituyeron en favor de Cepsa Estaciones de Servicio S.A. el usufructo sobre la estación de servicio propiedad de los primeros por un período de 15 años (folios 1204 a 1220).

El mismo día, tres de enero de 1997, CEPSA y la sociedad ESTACIÓN DE SERVICIO LOS CANAPÉS firmaron un contrato de arrendamiento de industria de la estación de servicio usufructuada por CEPSA (estación nº 31.190, folios 506 a 524) con una duración de 15 años.

Es decir, se constituye un usufructo sobre una estación ya existente al objeto de poder acogerse a la excepción prevista en el reglamento 1984/83 para el caso en el que el proveedor sea el propietario de la estación de servicio. De esta forma, se consigue prolongar la duración de la exclusividad durante más de diez años, restringiendo así la competencia al sacar del mercado un punto de venta durante un período excesivamente largo de tiempo.

- El 22 de noviembre de 1996 los propietarios del terreno y de la estación de servicio nº 7.592 constituyeron en favor de CEPSA un usufructo sobre dicha estación por un período de 30 años. (Folios 1174 a 1183)

El mismo día, los propietarios de la estación de servicio suscribieron con CEPSA un “Contrato de Arrendamiento de Explotación de Estación de Servicio” (folios 448 a 467) por un período de “Cinco años, contados a partir de la fecha de este documento y será prorrogable automáticamente por quinquenios sucesivos, salvo denuncia expresa en contra, de cualquiera de las partes, realizada por escrito con dos meses de antelación al

vencimiento del período inicial o de sus prórrogas, y hasta un total de 25 años”.

- El día 15 de noviembre de 1993 los Sres. López Creus firmaron un contrato de gestión con CEPESA en el que se indicaba que esta última “se propone llevar a cabo la construcción de un punto de venta (...) En el Tm. Municipal de Pinto (Madrid), (...)” mientras que los primeros “están interesados en la explotación de este punto de venta” (Estación nº 12.707, Exposición de motivos, folio 885). La cláusula 23, relativa a la duración (folio 890) establece que “El presente contrato tendrá una duración de 10 años, enteros y consecutivos, contados desde la fecha de otorgamiento del Acta de Puesta en Marcha de la estación de Servicio, pudiendo prorrogarse tácitamente por período trienales, salvo que una de las partes lo denunciará con una antelación mínima de un año de forma fehaciente, para evitar la tácita reconducción”. Así que también aquí puede considerarse que el contrato se suscribe por tiempo indefinido.

El mismo día, 15 de noviembre de 1993, los Sres. López Creus constituyeron en favor de CEPESA el derecho de superficie sobre la finca anterior, para que sobre dicha superficie “CEPSA pueda construir y explotar a su costa una estación de servicio de suministro de combustibles y carburantes”. La duración de este derecho era de 25 años. (Folio 1164).

En definitiva, CEPESA adquiere unos terrenos y construye una instalación que liga por tiempo indefinido cuando se debería permitir al nudo propietario recuperar las inversiones para poder así negociar con otra compañía.

Una práctica distinta a las descritas en los tres apartados anteriores es la de la concesión de préstamos de forma que se facilite la renovación del distribuidor con la misma compañía transcurrido el plazo del primer contrato.

En conclusión:

- I. CEPESA fija el precio de venta al público a la totalidad de los distribuidores, tanto comisionistas como revendedores, lo que es contrario a los Artículos 1.1.(a) de la LDC y 81.1.(a) del TCE.
- II. CEPESA ha llevado a cabo determinadas prácticas encaminadas a eludir la duración máxima de diez años para las obligaciones de

compra exclusiva y no competencia amparada por el reglamento 1984/83, lo que es contrario igualmente a los Artículos 1.1 de la LDC y 81.1 del TCE. Estas prácticas contrarias se producen en todos aquellos casos en los que el nudo propietario (o arrendatario original, en los casos de arrendamiento cruzado) es la misma persona que el distribuidor encargado de la gestión, o persona relacionada con ésta y en los que se conceden préstamos cuya condonación se condiciona a la renovación del contrato.

III. Considerando que este expediente se incoó tanto contra Cepsa Estaciones de Servicio S.A. como contra COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS, S.A. y teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, relativo a la corresponsabilidad de las empresas controladoras, las imputaciones a la primera se entenderá se refieren a la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS, S.A en todos aquellos ámbitos no cubiertos por la responsabilidad directa de Cepsa Estaciones de Servicio S.A.”

5. Notificado el Pliego de Concreción de Hechos a los interesados, y presentados por éstos respectivos escritos de alegaciones al mismo, el 25 de mayo de 2000 el Instructor dicta Providencia declarando conclusas las actuaciones y acordando la redacción del informe previsto en el artículo 37.3 de la LDC.

6. El 29 de mayo de 2000 se redacta el Informe-Propuesta. En dicho Informe, se efectúa la siguiente valoración jurídica y propuesta:

Primero. Que una vez admitido a trámite el expediente y tras el procedimiento previsto en la LDC, se declare que los contratos de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS, S.A. y Cepsa Estaciones de Servicio S.A. (CEPSA) con sus comisionistas son acuerdos entre operadores económicos que deben examinarse a la luz de las normas de competencia. Así mismo, que por ese Tribunal se declare la existencia de las siguientes conductas prohibidas:

- Infracción del artículo 1.1 de la LDC y 81.1 del TCE por parte de CEPSA, 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.3.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 de la LDC y 81.1 del TCE por parte de CEPSA, 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.4 y IV.3 del Pliego.

Segundo. Que se intime a CEPSA. para que en el futuro se abstenga de realizar estas prácticas prohibidas. En este sentido, el SDC propone que se imponga a CEPSA la adecuación de sus contratos para evitar las prácticas anticompetitivas.

Tercero. Que se ordene a CEPSA. la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el BOE y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional. Así mismo, que se imponga a CEPSA la obligación de comunicar a todos sus abanderados los términos de esa resolución que afecten a sus contratos.

Cuarto. Que se impongan las correspondientes sanciones económicas. En este caso, el Servicio propone que se tenga en cuenta la gravedad y duración de las infracciones, la importancia del mercado afectado y el alcance de los efectos en el mercado.

Quinto. Que el Tribunal interese al Servicio para que en lo sucesivo vigile el funcionamiento del mercado de la distribución de productos petrolíferos.

Sexto. Que se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.

7. El 5 de junio de 2000 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el expediente instruido, dictándose el 19 de junio de 2000 Providencia de admisión a trámite del mismo con el número 493/00, se nombra Ponente a la Vocal Dña María Jesús Muriel Alonso y se concede a los interesados el plazo de 15 días que establece el artículo 40.1 LDC para que puedan solicitar celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias.
8. Mediante Auto de fecha 25 de septiembre de 2000, el Tribunal resolvió sobre las pruebas propuestas, declarando las que se consideraron pertinentes y emplazando a las partes para su valoración y para la formulación de sus alegaciones definitivas, a lo que se dio el oportuno cumplimiento.

9. El Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente en su sesión de Pleno celebrada el día 17 de mayo de 2001, adoptándose la presente Resolución por mayoría.
10. Son interesados:
 - Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía
 - Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio
 - Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio
 - Compañía Española de Petróleos S.A
 - Cepsa Estaciones de Servicio S.A.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes extremos:

1. CEPSA, en la que participa con un 99,99% la Compañía Española de Petróleos S.A, es una empresa cuyo objeto social consiste fundamentalmente en la adquisición, almacenaje, transporte, distribución, venta , suministro y comercialización al por mayor y al por menor de toda clase de productos petrolíferos, así como a la adquisición y explotación directa o indirecta de Estaciones de Servicio y demás unidades de suministro de productos petrolíferos y sustancias conexas.
2. La cuota de mercado de CEPSA en la distribución de productos petrolíferos oscila entre un 18%, que señala CEPSA, y un 22,5% que señala el Servicio. Teniendo en cuenta el número de puntos de venta suministrados, la cuota de CEPSA oscila entre el 24% que señala el Servicio y el 19,5% que señala CEPSA. En España existen más de 30 operadores autorizados para distribuir carburantes, teniendo entre Repsol, CEPSA y BP una cuota de mercado de más de un 70%.
3. CEPSA tiene suscritos 1298 contratos de suministro en exclusiva y abanderamiento, que se dividen:
 - desde el punto de vista de la propiedad de las estaciones de servicio: 664 pertenecen a empresarios independientes(el 51%) y 634 (el 49%) pertenecen a CEPSA o le han sido arrendadas. La mayor parte de las estaciones propiedad de CEPSA se gestionan a través de Cedipsa, empresa que absorbió a Dispesa y cuyo capital pertenece, casi en su integridad, a CEPSA (de 1.350.000

acciones en que está dividido su capital, pertenecen a CEPESA 1.349.0000 acciones).

- teniendo en cuenta la relación económica de suministro que une al distribuidor con el proveedor, es decir, el régimen de suministro en exclusiva de los combustibles, y con independencia del régimen de propiedad de la Estación de servicio, los contratos de CEPESA se dividen en: 1247 en régimen de comisión de venta en garantía, según denominación de la propia CEPESA, (a partir de ahora entre comillas, el 96,1%), 51 en régimen de reventa (el 4%).

4. En el presente expediente se han analizado 43 contratos, que corresponden: 24 a Estaciones de Servicio situadas en Asturias (representan el total de contratos abanderados por CEPESA en dicha región), 7 a Jaén (en donde CEPESA tiene 37 contratos), y 12 a Madrid (de los 61 que tiene).

Estos contratos, y teniendo en cuenta el régimen de suministro de exclusiva de los carburantes, se dividen de la siguiente manera: en 15, la gestión la realiza Dispesa o Cedipsa en virtud de un contrato de arrendamiento de la estación (gestión propia); en 10 la estación pertenece a CEPESA y la explotación a un tercero en virtud de un contrato de arrendamiento de industria, con exclusiva de suministro de carburantes en régimen de "comisión de venta en garantía", y en 18, la propiedad corresponde al gasolinero, quien tiene suscrito un contrato de abanderamiento y suministro en exclusiva en régimen de "comisión" en 17, y 1, en régimen de reventa.

5. Excluidos los contratos relativos a Estaciones de Servicio gestionadas por la propia CEPESA o Cedipsa, así como el contrato con exclusiva de suministro en régimen de "venta en firme" (el relativo a la Estación de Servicio número 11.210, obrante al folio 962 del expediente del Servicio), los 27 contratos restantes se refieren:

17, a Estaciones de Servicio explotadas por su titular, que se encuentra vinculado con CEPESA en virtud de contrato de abanderamiento, imagen y exclusiva de suministro y 10 a Estaciones de Servicio, propiedad de CEPESA y gestionadas por persona distinta al titular, en virtud de un contrato de arrendamiento de industria con exclusiva de suministro.

6. Los 17 contratos de abanderamiento con exclusiva de suministro en régimen de Comisión de venta en garantía, son los relativos a las Estaciones de Servicio con los números siguientes:

a) 3780, (obranse al folio 424 y siguientes del expediente del Servicio); 3852 (folio 407 y siguientes); 7.591 (folio 387 y siguientes); 10.868 (folio 357 y siguientes); 11.679 (folio 332); 11.712 (folio 317); 12.298 (folio 282); 15.290 (folio 267); 4.257 (folios 719 y siguientes); 4.960 (folios 734 y siguientes); 11.205 (folios 749 y siguientes); 15.268 (folios 769 y siguientes); 31.442 (folios 785 y siguientes); 11.152 (folios 801 y siguientes); 11.229 (folios 821 y siguientes); 11.359 (folios 834 y siguientes); 12.237 (folios 851 y siguientes).

b) Las características que presentan estos contratos en cuanto al régimen del suministro en exclusiva de carburantes son:

- En casi todos ellos se establece que el PVP será el fijado por CEPSA y que los titulares actúan por cuenta de CEPSA en régimen de "comisión en venta de garantía". Así, se establece que "El titular venderá a los usuarios de la Estación de Servicio, por cuenta de Cepsa Red, S.A, en régimen de comisión de venta en garantía, la totalidad de los carburantes y combustibles que vendan en la misma, de conformidad con los precios de venta al público, condiciones y técnicas de venta y explotación, **fijados por Cepsa Red S.A.** Dichos productos serán siempre suministrados por CEPSA o la sociedad que ésta designe, en régimen de depósito".

Se pacta la obligación de "minorista" de tener la Estación de Servicio permanentemente surtida. Así, se dispone que "*El titular se compromete a tener la Estación de Servicio **permanentemente surtida** de los citados productos, a cuyo efecto debe solicitar sus pedidos con la debida antelación...*"

- En cuanto a los riesgos, se establece que "*El **titular asume el riesgo** de los productos de la exclusiva, desde **el momento en que los reciba** de Cepsa Red S.A, y, **los mismos traspasan la brida de conexión** de los depósitos o tanques de almacenamiento existentes en la Estación de Servicio y que el titular pone a disposición de Cepsa red S.A para este fin.*
- Desde ese momento, *el titular asume la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos, y respondiendo, en su caso, tanto frente a Cepsa Red, S.A como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que puedan sufrir aquellos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar*".

- Los Carburantes y combustibles se destinarán a la venta al público consumidor. **El Titular** responderá personalmente frente a cualquier organismo público de la correcta medición de los Aparatos Surtidores y de la calidad e identidad de los productos por él suministrados al público.
- En cuanto a la forma de pago, por regla general, éste se tiene que hacer al contado o a los 9 días del suministro, mediante presentación de aval bancario equivalente al suministro de 15 días. En algunos contratos, (los nº 3852, 7591, 11.712, 4960, 15.268 y 16.199) se establece que en caso de algún impago, el pago de lo suministrado tiene que hacerse por adelantado. Cualquiera que sea la modalidad de pago, siempre se efectúa en relación con el **producto suministrado, pedido o entregado en la Estación de Servicio**. Así se dispone que:

*"El titular abonará a Cepsa Estaciones de Servicio S.A el importe de todas las ventas de carburantes y combustibles que realice por cuenta de CEPSA a los **nueve días de la fecha de su entrega** en la Estación de Servicio.*

*En la fecha del primer suministro realizado por CEPSA, el Titular entregará a CEPSA Aval Bancario por el **total importe del suministro, equivalente a 15 días**.*

*Por razón de la venta al público por cuenta de CEPSA de la totalidad de los combustibles comprados en la Estación de Servicio, el Titular percibirá de CEPSA, a **partir del primer suministro**, unas comisiones que, incluida la de Garantía...Las comisiones establecidas serán abonadas por CEPSA a los nueve días del suministro realizado, previa presentación por el Titular de la oportuna factura.*

*En el supuesto de impago de un pedido entregado, legitimará a CEPSA para suspender la entrega de nuevos pedidos en las condiciones de aplazamiento del pago antes establecidas. A partir de dicho supuesto, la realización de nuevos pedidos se producirá previo pago de los mismos. Cualquier retraso en el pago de los productos **entregados**, dará lugar al devengo, de intereses de demora..."*

- En relación con las Estaciones de Servicio nº 15.290 (folio 267) y nº 31.442 (folio 785), el único contrato que existe es el

celebrado, respectivamente, el 2 de mayo de 1991 y el 1 de julio de 1991 con la entidad Ertoil. En ambos contratos la exclusiva de suministro se efectúa en régimen de "reventa", indicándose en el segundo, de forma expresa, su sujeción al Reglamento 84/83, existiendo tan sólo una carta de CEPESA de fecha posterior, en la que se señala que *"el contrato de abanderamiento que tienen en régimen de comisionista"*... y otra carta, de fecha posterior, en la que CEPESA comunica al titular de la Estación de Servicio los requisitos exigidos por la Comisión Europea; no existiendo respecto de dichas Estaciones de Servicio más documentación, según manifiesta la propia CEPESA, (folio 1135 del expediente de Servicio).

- En muchos de los contratos examinados, se estableció en un principio la exclusiva de suministro en régimen de "venta en firme" al titular de la Estación de Servicio siendo, posteriormente, modificados al régimen de "comisión en venta en garantía", expresándose en el contrato que *"por voluntad del Titular"*. En otros contratos, se prevé la posibilidad de cambiar dicho régimen al de venta en firme, sin que conste en el expediente ningún supuesto en el que dicho cambio se haya producido. La media del plazo de duración de estos contratos es de 10 años.

7. En cuanto a las 10 Estaciones de Servicio cuya titularidad corresponde a CEPESA (en algunos casos en virtud de un derecho de superficie o de usufructo) y que son gestionadas por un tercero a través de un contrato de arrendamiento de industria, o de servicios de explotación de Estación de Servicio, con exclusiva de suministro, son las Estaciones de Servicio números:

7592 (obrante en los folios 447 y 1174 del expediente del Servicio), 16.029 (folio 487 y siguientes); 31.190 (folios 506 y 1140); 33002 (folio 525); 34255 (folio 578); 12707 (folios 884 y 1164), 16199 (folio 1135 y siguientes); 33200 (folio 913); 33870 (folio 931) y 34613 (folios 944 y siguientes).

El régimen de la exclusiva de suministro que se contiene es similar al establecido en los contratos antes señalados. Así, respecto de la exclusiva de suministro de carburantes y combustibles líquidos, se contienen, entre otras, las siguientes cláusulas:

"el arrendatario venderá a los usuarios de la Estación de Servicio por cuenta del arrendador (CEPSA), en régimen de comisión de venta en

garantía, la totalidad de los combustibles y carburantes que se vendan en la misma, de conformidad con los precios, condiciones... fijados por el arrendador.

El arrendatario se compromete a tener la estación de Servicio permanentemente surtida de los citados productos..

El arrendatario asume el riesgo de los productos objeto de la exclusiva, desde el momento en que los reciba del arrendador y los mismos traspasen la brida de conexión de los depósitos o tanques de almacenamiento existentes en la Estación de Servicio, teniendo, desde ese momento, la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y respondiendo, en su caso, tanto frente a el arrendador como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que puedan sufrir aquellos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar.

El arrendatario abonará el suministro efectuado por CEPESA a los 9 días de la fecha de su entrega... Por la entrega del primer suministro efectuado por CEPESA, el arrendatario presentará aval bancario que garantice el mismo, así como los sucesivos suministros correspondientes a quince días. En el supuesto de impago de un pedido entregado y no acreditado, su pago o abono legitimará al arrendador para suspender la entrega de nuevos pedidos en las condiciones de aplazamiento de pago antes referidas.”

Algunos de estos contratos sólo prevén el pago “al contado” del producto suministrado por parte del arrendatario y, en otros, se establece, sin reserva alguna, que los riesgos son asumidos por el arrendatario, como ocurre con la Estación de Servicio n° 7592, en cuyo contrato se dispone literalmente: Cláusula 2.1.4 “**el empresario deberá conservar los productos objeto de la exclusiva en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos, respondiendo, en su caso, tanto frente a CEPESA, como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que puedan sufrir aquellos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar. En consecuencia, **asume el riesgo de dichos productos, desde el momento en que los reciba de CEPESA y, los mismos, traspasen la brida de conexión de los depósitos o tanques de almacenamiento existentes en la Estación de Servicio**”.**

8. Respecto a las Estaciones de Servicio n° 31.190, (folios 506 y 1140), n° 7592 (folios 447 y 1174), la n° 12.707 (folios 884 y 1164) y la n° 11.229 (folios 821 a 833), existen los siguientes contratos:

- En relación con la primera, el día tres de enero de 1997 se constituye por los propietarios de dicha estación de servicio un derecho de usufructo a favor de CEPESA, por un período de 15 años. El mismo día tres de enero de 1997 CEPESA y los propietarios (nudo propietario) firman un contrato de arrendamiento de industria de dicha estación, con exclusiva de suministro de combustible con una duración de 15 años.
 - En relación con la segunda, el 22 de noviembre los propietarios del terreno y estación de servicio constituyen a favor de CEPESA un derecho de usufructo sobre dicha estación por un plazo de 30 años. El mismo día los propietarios suscriben con CEPESA un contrato de arrendamiento de explotación de estación de servicio, con exclusiva de suministro por un período de cinco años, prorrogables hasta un total de 25 años.
 - En relación con la tercera, el día 15 de noviembre se constituye por los propietarios del terreno un derecho de superficie a favor de CEPESA para que ésta pueda construir una estación de servicio y el mismo día se firma por aquéllos un contrato de gestión con CEPESA de dicha estación de servicio por un plazo de 10 años, prorrogables por períodos trienales.
 - Por último, en relación con la cuarta estación señalada con la que existe un contrato de abanderamiento, imagen y suministro firmado con Ertoil en el año 1990, existe una carta de dicha entidad por la que se comunica a los propietarios su compromiso de colaborar en los gastos de la estación de servicio, mediante la concesión de dos préstamos: uno, de 7 millones de pesetas, a un interés de 15% y a amortizar en 20 años, concediéndose diez de carencia “si a la finalización de la vigencia del contrato de imagen y suministro deciden prorrogarlo por un nuevo período de 10 años”.
9. Finalmente, en la carta remitida por la Comisión Europea , de fecha 26 de julio de 1997 a CEPESA, se dice literalmente: “la Comisión considera que, en los aspectos que han sido objeto de examen en el caso presente, esto es, la duración y alcance de la exclusiva de suministro prevista en los acuerdos, los contratos de abanderamiento de la Compañía Española de Petróleos, SA, son conformes con el Reglamento nº 1984/83”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El problema nuclear de este procedimiento consiste en determinar si los hechos declarados probados en este expediente mediante prueba directa, sometida a contradicción entre las partes, son o no constitutivos de la calificación jurídica efectuada por el Servicio y que consiste en la siguiente:

- En primer lugar, el Servicio imputa a CEPESA la comisión de una infracción del art. 1 de la LDC y del artículo 81.1 del TCE señalando, a tal efecto, que CEPESA desarrolla una serie de prácticas para fijar el precio de venta al público de los combustibles en las estaciones de servicio, ya que:
 - De una parte, fija el precio de venta al público de sus distribuidores “comisionistas”, pese a no poder hacerlo, toda vez que la verdadera relación contractual que les liga no es de tal naturaleza, pues no se trata de un verdadero contrato de agencia estando, por tanto, dichas relaciones contractuales sujetas al Reglamento 1984/83 y al Real Decreto 157/92.
 - Y, de otra parte, recomienda el precio de reventa a los revendedores, teniendo un efecto análogo a su fijación, a través del denominado sistema “Veriphone”.

Estima el Servicio que dicha fijación de precios por parte de CEPESA a sus distribuidores, tanto a los mal llamados “comisionistas” como a los revendedores, constituye las infracciones citadas, pues la fijación de precios vertical es una de las infracciones más graves de las normas de competencia toda vez que impide que puedan llegar ofertas a los consumidores de los mismos productos con precios diferentes y que éstos puedan disponer de productos a precios más bajos.

- En segundo lugar, el Servicio estima que CEPESA ha llevado a cabo una serie de prácticas encaminadas a eludir la duración máxima de 10 años establecida en el Reglamento 1984/83 para las obligaciones de compra exclusiva de combustibles y carburantes, constituyendo igualmente dicha actuación una infracción del art.1 de la LDC y del art 81.1 del TCE. Afirma que CEPESA utiliza la constitución de derechos reales de usufructo y de superficie, así como la concesión de determinados préstamos para eludir la duración máxima de 10 años establecida para los

contratos de distribución exclusiva en el Reglamento 84/83, produciendo de esta manera una importante barrera que limita la entrada de nuevos operadores en el mercado.

2. Frente a tales imputaciones, las denunciadas, CEPSA y la Compañía Española de Petróleos S.A, (Grupo Cepsa) han alegado, básicamente, lo siguiente:

- Por una parte, señalan la existencia de una serie de defectos de **carácter procedimental** que motivarían, a su juicio, la declaración de nulidad del expediente tramitado, entre las que cabe destacar:
 - a. **la nulidad del acuerdo de iniciación** del expediente, porque se admitió la denuncia sin haberse acreditado por la denunciante la representación que decía ostentar, por lo que el Servicio, antes de dictar el acuerdo de iniciación, debería haber solicitado la subsanación de dicho defecto o, al menos, no haberle otorgado el carácter de parte interesada, como indebidamente hizo.
 - b. **la falta de interés legítimo** de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio y de la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio, señalando que dichas partes carecen de “interés legítimo” y, por lo tanto, no deberían haber sido admitidas como interesados.
 - c. **la inconcreción del objeto de este expediente sancionador** que se basa, además, en meras especulaciones y presunciones, existiendo también una indeterminación respecto de la tipificación de las infracciones que se imputan. Así señalan que, de la lectura del Pliego de Concreción de Hechos, no se sabe con certeza cuáles son las imputaciones que se realizan, ignorándose si el objeto de este expediente se refiere al marco general de las relaciones contractuales de CEPSA con las Estaciones de Servicio por ella abanderadas, si se trata de los cuarenta y tres contratos analizados por el Servicio o tan sólo de los contratos suscritos por la Asociación denunciante. Afirma, además, que las imputaciones que se realizan por el Servicio, en el peor de los casos, se encuentran tan sólo en los 43 contratos analizados y, sin embargo, se extienden gratuitamente a todos los contratos de abanderamiento suscritos por CEPSA, olvidándose por el Servicio que nos encontramos en un procedimiento sancionador que se tiene que fundar en

“hechos” y no en meras especulaciones, toda vez que las infracciones no se pueden presumir, sino que han de ser probadas. Finalmente, indican la existencia de una indeterminación de la tipificación de las infracciones que se imputan pues, pese a que los preceptos que se citan como infringidos son los arts. 1 de la LDC y 81.1 y del TCE, sin embargo no han sido llamados al expediente las demás partes que han suscrito los respectivos contratos, lo que contradice la propia doctrina de este Tribunal que en interpretación del art. 1 de la LDC exige siempre la “**bilateralidad**”, conteniendo, por otra parte, el Pliego de Concreción de hechos una análisis del mercado que resulta del todo innecesario si las infracciones que se imputan son las contenidas en el art.1 de la LDC.

Por todas estas consideraciones, las imputadas estiman que se está ocasionando una clara indefensión, impidiéndoles ejercer adecuadamente su derecho de defensa y vulnerándose la presunción de inocencia.

- d. **la inadecuación del procedimiento**, toda vez que, por una parte, la denunciante solicita la “declaración de nulidad de los contratos suscritos con CEPESA” siendo el TDC incompetente para efectuar dicha clase de declaraciones que corresponde tan sólo a los órganos jurisdiccionales y, de otra parte, porque, como antes se ha indicado, las conductas que se imputan se contemplan en el art. 1 que exige el concurso de voluntades, de manera que no se puede, por vía de dicho precepto, perseguir conductas unilaterales, por lo que el Servicio al imputar la infracción del art. 1 de la LDC, tendría que haber imputado también a la otra parte firmante de los contratos, toda vez que no son contratos de adhesión como se señala por el Servicio.

Afirman que, en realidad, existe **una desviación de poder** por parte del Servicio en cuanto que pretende ordenar el mercado del suministro de carburantes utilizando un expediente sancionador, cuyo ámbito legal es muy estricto y no puede ser utilizado para readaptar relaciones contractuales muy consolidadas y averdadas por diferentes autoridades administrativas y jurisdiccionales.

e. **la indefinición respecto de la posición procesal de la Compañía Española de Petróleos S.A.**, toda vez que, si bien el Servicio subsanó el defecto observado en el Pliego de Concreción de Hechos, que no incluía a dicha entidad, sin embargo no ha concretado expresamente su responsabilidad, ocasionando indefensión a dicha Compañía.

- **En cuanto al fondo**, las imputadas, además de discrepar del análisis del mercado efectuado por el Servicio, indicando que su cuota de mercado es inferior a la señalada por éste, niegan las infracciones que se les imputan. Así, de una parte, afirman que los contratos que les vinculan con los distribuidores minoristas son contratos de **agencia** tal como lo regula la Ley 12/1992, de 27 de mayo. Señalan que los titulares de las Estaciones de Servicio no adquieren la propiedad de los combustibles suministrados, que permanecen en los tanques de las estaciones de servicio en régimen de depósito. Por ello, los titulares de las estaciones de servicio no sufren el riesgo de la pérdida o deterioro de la gasolina, sólo en el caso de que exista dolo o culpa grave. Afirman que, tanto el riesgo y coste financiero, como el riesgo comercial, lo asume CEPSA y no el titular de la estación de servicio.

Por otra parte, afirman que no se trata de contratos de adhesión y que, en consecuencia, como antes ha indicado, falta la bilateralidad exigida por el artículo 1 de la LDC, señalando que, tanto las disposiciones adicionales de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero, como la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, permitieron a los titulares de las estaciones de servicio optar entre continuar actuando en régimen de comisión o agencia o a cambiarlo por el régimen de venta en firme, de manera que no se puede afirmar que CEPSA imponga unilateralmente dicha relación contractual. Señalan también que existe una vulneración del principio del **principio de confianza legítima**, pues algunos de dichos contratos fueron autorizados por la Comisión Europea y por este mismo Tribunal (Resolución 1 de abril de 1998, expte. 280/97 y Resolución 20 de octubre de 1998, Expte. 299/98).

En cuanto a la fijación de precios por parte de CEPSA a los minoristas que actúan bajo el régimen de venta en firme, CEPSA niega dicha imputación, afirmando que el sistema de comunicación de precios no está previsto en los contratos de abanderamiento en régimen de reventa, siendo absolutamente

voluntario para los revendedores, señalando, además, que este Tribunal se ha manifestado en dos ocasiones en el sentido de declarar que el sistema Veriphone utilizado por CEPESA no es una práctica prohibida (resolución de 31 de mayo de 1999, expte. 420/97 y resolución de 20 de abril de 1999, expte. 428/98).

Por lo que se refiere a la **segunda imputación** que realiza el Servicio, las expedientadas, además de señalar que todos los contratos que tienen en régimen de derecho de superficie, o usufructo, o en los que se han concedido determinados préstamos, son contratos en régimen de comisión o agencia y, por tanto, quedan fuera del Reglamento 84/83, aunque les fuera aplicable dicho Reglamento tampoco puede admitirse que vulneren el mismo, encontrándose amparados por el art. 12.2 del citado Reglamento, como expresamente resolvió este Tribunal en Resolución de fecha 12 de septiembre de 1997, expte. R 197/97.

En definitiva, por todas las consideraciones expuestas, concluyen las imputadas en la inexistencia de las infracciones que se le imputan, solicitando que se dicte Resolución declarando la inexistencia de las prácticas que se señalan por el Servicio.

3. Las primeras cuestiones que hay que examinar consisten en determinar si existen o no en la tramitación del presente expediente los defectos alegados por las imputadas y que, de aceptarse, implicarían la declaración de nulidad del mismo, como éstas sostienen, por haberse vulnerado los principios de legalidad, tipicidad, seguridad jurídica que se recogen en el art. 9.3 de la constitución así como el derecho a la defensa y presunción de inocencia establecido en el artículo 24 de dicho texto constitucional.

En lo relativo a la **ilegalidad del acuerdo de incoación** de este expediente, se estima que dicha alegación ha de ser rechazada.

En efecto, si bien es cierto que en esta clase de procedimientos sancionadores no se puede afirmar con carácter general que el denunciante ostente en el mismo un interés legítimo que provoque de forma necesaria su intervención en el procedimiento, por cuanto que esta clase de expedientes no van dirigidos a la defensa de intereses particulares ni a la resolución de posibles controversias entre ellos, sino a la defensa de un interés general, como el orden público económico, también lo es que, cuando la denuncia afecta a intereses legítimos o directos del denunciante, éste pasa a ostentar la condición de interesado.

Es claro que en el presente caso la Asociación denunciante ostenta dicho interés, que ni siquiera es discutido por las denunciadas, quienes se limitan a exponer la existencia de un mero defecto formal en el acuerdo de iniciación al tener como parte interesada a la Asociación denunciante, pese a no haber acreditado la representación que afirmaba ostentar.

Pues bien, con independencia de que, como consta en el expediente, la Asociación denunciante acreditó su representación, aún en el supuesto de que se admitiera la existencia del defecto denunciado, se ha de señalar, además, que no todo defecto formal puede viciar el procedimiento administrativo, toda vez que al vicio de forma o de procedimiento no se le reconoce con carácter general virtud anulatoria, salvo en aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera de plazo previsto, cuando éste tenga carácter esencial o produzca una situación de indefensión. A tal efecto, cabe recordar que el art. 63 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre el Procedimiento Administrativo Común establece que *“son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”*.

En aplicación de dicho precepto se pronuncian numerosas Sentencias del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional señalando “que los defectos de acreditación de representación no sólo son subsanables en cualquier momento, sino que incluso lo actuado es convalidable una vez subsanado”.

En el presente caso es claro que, aunque hubiera habido algún defecto inicial en el Acuerdo de incoación, que tan sólo tiene por objeto iniciar las actuaciones oportunas a fin de averiguar si se han producido hechos susceptibles de sanción, siendo el momento en el que se formula el Pliego de Concreción de Hechos el momento crucial, dicho defecto se ha subsanado resultando, por tanto, intrascendente, no pudiendo en buena lógica dar lugar a la nulidad del acto por cuanto que ninguna indefensión se ha ocasionado a las denunciadas.

A idéntica conclusión desestimatoria ha de llegarse en relación con la alegación relativa a **la falta de interés legítimo** de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio y de la Asociación

de Gestores de Estaciones de Servicio pues, en dichas partes, concurren los requisitos expresados por reiterada jurisprudencia en aplicación del artículo 31 de la Ley 30/1992, toda vez que ambas Asociaciones representan a un colectivo de minoristas distribuidores de carburantes que, sin duda, podrían verse afectados por la decisión que ahora se adopte, no resultando ocioso indicar que, como ha señalado la Audiencia Nacional (Sección sexta) en Sentencia de 7 de junio de 2000, *“la clave para determinar si existe o no un interés legítimo en un proceso sancionador debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del interesado o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera. Dado el contenido del artículo 9 de LDC, se considera que una declaración del TDC intimando a que los autores de determinadas conductas cesen en las mismas y, en su caso, obligándoles a que eliminen sus efectos, produciría un indiscutible efecto positivo en la esfera jurídica de las asociación y confederación que han sido tenidos como interesados”*.

En cuanto a las alegaciones relativas a **la insuficiente concreción del objeto** al que se circunscribe el presente procedimiento sancionador e indeterminación de la tipificación de las infracciones que se imputan, se ha de afirmar que, aún cuando la instrucción del presente expediente se haya circunscrito al exclusivo examen de 43 contratos de los aproximadamente 1298 suscritos por CEPESA con estaciones de servicio, ello no es óbice para que el objeto del procedimiento y la eventual sanción que a su término pudiera imponerse, si se considera probada la referida conducta, haya quedado perfectamente concretada en los términos propuestos por el Servicio, que no son otros que la imputación de dos infracciones descritas en el art. 1 de la LDC y art. 81.1 del Tratado de la UE, como se desprende claramente de la redacción del Pliego de Concreción de Hechos.

En tal sentido, ha de afirmarse que, en efecto, el análisis de un número reducido de relaciones contractuales, ante la práctica imposibilidad que supondría la comprobación de todos y cada uno de los contratos que vinculan a CEPESA con las estaciones de servicio, pueden ser instrumento jurídicamente válido de lo que aquí interesa, que no es otra cosa, como queda dicho, que la presencia o no de la conducta descrita como infracción en los referidos preceptos, toda vez que no cabe duda de que la presencia reiterada en un porcentaje relevante de los instrumentos analizados de las notas que integran la actuación merecedora de reproche, integraría, ya de por sí, el supuesto legal de la infracción, pero es que, además, no se puede desconocer que, tanto la Asociación denunciante, como las posteriormente personadas en este expediente, representativas de un gran número de minoristas vinculados

contractualmente con las imputadas, afirman la extensión de las características descritas en los Hechos Probados a sus contratos, además de la posibilidad que siempre han tenido las expedientadas de aportar los datos relativos al resto de su actividad de contratación que pudieran desmentir lo significativo de los datos que aparecen en los contratos analizados.

En consecuencia, es claro que no se puede hablar de vulneración de los principios de seguridad jurídica, ni de defensa, recogidos en los art. 9.3 y 24 de la Constitución, toda vez que los hechos objeto de este procedimiento constan de manera clara y precisa en el Pliego de Cargos, de cuya lectura se desprende la existencia de información suficiente para las expedientadas para saber cuáles son los hechos que se le imputan. Es más, así se confirma con el contenido de los sucesivos escritos de alegaciones presentados por ellas, teniendo pleno conocimiento de los hechos que les son imputados y pudiendo desarrollar sin limitación alguna su derecho de defensa; por tanto, ¿qué indefensión se les ha causado?; es claro que no existe irregularidad alguna en la tramitación de este expediente.

De otro lado, en cuanto a **la inconcreción de la tipificación**, cabe señalar que, como es sabido, el artículo 129.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, dispone que *“sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento jurídico previstas como tales por una Ley”*. Dicho precepto, como señala el Tribunal Supremo (entre otras, SS, Sala 30, Sección 30, de 26 de diciembre de 1996), se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen infracción, el tipo y el grado de sanción. La garantía de determinación tiene como complemento la tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que estén fuera de las fronteras que marca la norma sancionadora.

Pues bien, en el presente caso, los hechos que se imputan por el Servicio a CEPESA y a la Compañía Española de Petróleos SA quedan perfectamente determinados y tipificados en los artículos expresados por el Servicio quien, claramente, solicita la declaración de la existencia de dos infracciones del art. 1 de la LDC y 81.1 del Tratado de la UE, consistentes, por un lado, en la fijación ilegal de precios y, por otro, en la celebración de contratos para ampararse fraudulentamente en la exención del art. 12.2 del Reglamento CEE 1984/83.

En consecuencia, este argumento tampoco tiene entidad bastante para llegar a la conclusión pretendida por las hoy imputadas.

4. Por otra parte, sostienen, además, las expedientadas, la necesidad de haber imputado también a los titulares de las estaciones de servicio con los que se han suscrito los diferentes contratos, afirmando que, si las infracciones que se imputan son las contenidas en el art. 1 de la LDC, tal precepto exige la existencia de “**bilateralidad**” como reiteradamente ha exigido este Tribunal.

Ante dicha alegación se ha de comenzar indicando que es cierto, como señalan las expedientadas, que no nos encontramos ante contratos que por su naturaleza puedan ser considerados como de “adhesión”, toda vez que, además de que los titulares y gestores de las estaciones de servicio no reúnen los requisitos que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, exige para poder ser considerados “consumidores” a los efectos de dicha Ley, es preciso también indicar que, tanto la Ley 34/1992, de 22 de diciembre de Ordenación del Sector Petrolero como la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en su disposición transitoria duodécima), contemplan la posibilidad teórica de cualquier operador autorizado de abastecerse bien en régimen de comisión, bien en régimen de venta, teniendo, por tanto, en principio, libertad los minoristas para pactar uno u otro régimen al amparo, además, del principio de autonomía de la voluntad consagrado con carácter general en el artículo 1255 del Código Civil. Sin embargo, lo anteriormente expuesto no obsta a la prosperabilidad del presente expediente, toda vez que:

- No puede afirmarse la exclusión de lo previsto en el artículo 1 de la LDC por falta de bilateralidad, ya que ésta existe, en todo caso, al margen de la persecución o no de la posible infracción cometida por la otra parte contratante.
- Si bien es cierto que la práctica habitual de este Tribunal ha venido siendo la de imputar a ambas partes del contrato bilateral, en depuración de la recíproca responsabilidad concurrente en tales relaciones contractuales, ello no ha sido seguido de modo absoluto habida cuenta de que, en supuestos de marcada desproporción entre las partes contratantes, se ha declarado la inaplicación de sanción alguna a la más débil de ambas por considerar que su conducta podía haberse llevado a cabo con merma de su libertad contractual (Resolución 27 julio de 2000, Expte. 468/99). Siendo de destacar que en el presente caso, resulta, al menos, curioso que, si bien en algunos de los contratos

examinados se prevé la posibilidad de los minoristas de optar entre el régimen de comisión o en venta en firme, no exista ni un solo caso en el que se haya plasmado dicha opción, de manera que un minorista en régimen de comisión haya cambiado al supuesto de venta en firme, y ello pese a la disconformidad que, con tal régimen de comisión, manifiestan tener. Por el contrario, de la lectura de los contratos obrantes en este expediente, se desprende que fueron redactados por CEPSA conforme a modelos generales o tipos que eran sometidos a la consideración y firma de los titulares de las estaciones de servicio, según se desprende de los diferentes escritos y alegaciones presentados por éstos y de la coincidencia del contenido de los contratos examinados.

- Asimismo, conviene poner de relieve la grave dificultad, práctica imposible, que supondría para la efectividad del expediente sancionador la imputación, para luego no sancionar, a tan gran número de contratantes, bloqueando, en definitiva, la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Criterio también seguido por el Tribunal de Primera Instancia Europeo que, en casos como el presente, ha admitido la imputación exclusiva a una de las partes (el proveedor) de los contratos bilaterales, así en Sentencia de 8 de junio de 1995, Schoeller Lebensmittel GMBH .

Por último, debe afirmarse que, en todo caso, la circunstancia de la imputación o no de quienes contrataron con las expedientadas, no excluye a éstas de la responsabilidad en que hubieren podido incurrir con sus propios actos.

En cuanto a la invocada **inadecuación del procedimiento e incompetencia** del Tribunal para examinar y decidir sobre la denuncia, dado el contenido de ésta, solicitando la “nulidad” de los contratos, ha de señalarse que, si bien es cierto que este Tribunal no tiene competencia para declarar la “nulidad de los contratos” que, en su caso, corresponderá a los Órganos Jurisdiccionales competentes, que es a los que corresponde establecer las consecuencias que la práctica prohibida produce en el orden civil, esto es, los efectos sobre la validez o nulidad, total o parcial, de los contratos y sobre las obligaciones cumplidas o por cumplir de las partes, sí que le corresponde, sin duda, analizar si una determinada conducta queda o no al margen de las prohibiciones contenidas en la LDC, siendo éste y no otro el objeto del presente expediente, como antes se ha expresado. Es decir, el objeto de este expediente no consiste en determinar la nulidad o anulabilidad de los vínculos contractuales de CEPSA con los distribuidores minoristas, sino

analizar si, por parte de aquélla, se ha incurrido en las prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia que el Servicio le imputa, siendo clara, por tanto, la competencia de este Tribunal para conocer de las conductas que el Servicio considera prácticas prohibidas. En tal sentido son numerosas las Resoluciones de este Tribunal (entre otras, Resolución de 18 de noviembre de 1991, Expte.296/91, Resolución de 28 de junio de 1995, Expte. 391/94), en las que se ha precisado el deslinde de competencias entre las que le atribuye la LDC respecto de los acuerdos a que se refiere el art. 1 y las que corresponden a la jurisdicción civil, señalando que *“corresponde al Tribunal declarar si un contrato, o alguna de sus cláusulas, o el acuerdo de una asociación de empresarios, es lícito o ilícito conforme a la LDC, es decir, en la terminología legal, si constituye o no una práctica prohibida, le corresponde también ordenar el cese de esta práctica y sancionarla administrativamente. Mientras que es de la competencia del juez civil establecer las consecuencias que la práctica prohibida produce en el orden civil, esto es, los efectos sobre la validez o nulidad, total o parcial, del contrato, y sobre las obligaciones, incumplidas, cumplidas o por cumplir de las partes”*.

En cuanto a **la indefinición de la situación** de la Compañía Española de Petróleos S.A, basta recordar que el artículo 8 de la LDC, expresamente dispone que *“a los efectos de la aplicación de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma, son también imputables a la empresa que la controla...”* por lo que estando CEPSA participada en el 99,99% por la Compañía Española de Petróleos S.A, como se ha expresado en los Hechos Probados, es clara la situación procesal de ésta, siendo rechazable por ello, sin necesidad de mayores argumentaciones esta alegación de las imputadas.

Sólo queda por examinar la alegada **desviación de poder** por parte del Servicio. La desviación de poder viene definida en el art. 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el sentido de que *“constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”*. Esta institución ha sido abundantemente tratada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha afirmado (entre otras, SS 30 abril de 1985) que *“el vicio de desviación de poder, consagrado en los arts. 106.1 de la Constitución de 1978, en relación con el art. 103.1, y que consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, en el sentido de que supone un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con un vicio de nulidad por no responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la*

promoción del interés público, ha de estar demostrado inequívocamente, toda vez que, en virtud del principio de legalidad de la actividad administrativa, goza de la presunción de que ejerce sus potestades con arreglo a derecho; de manera que, quien alega que un órgano de la Administración se ha apartado del cauce jurídico que está obligado a seguir, debe demostrar la intencionalidad torcida o desviada de dicho órgano, no siendo suficiente oponer a la mencionada presunción de legalidad meras conjeturas o sospechas, sino que deben proporcionarse los datos necesarios para crear la convicción moral de que el órgano administrativo se apartó del interés público con el fin perseguido del acto impugnado”.

Pues bien, en el presente caso, teniendo en cuenta que resulta perfectamente ajustada a la legalidad el ejercicio por parte del Servicio de sus potestades disciplinarias, no existiendo prueba alguna que permita atisbar un proceder torticero por parte de aquél, es claro que procede también rechazar esta alegación de las hoy expedientadas.

5. Entrando ya en el análisis del fondo del asunto y, por lo que se refiere a la primera imputación que efectúa el Servicio, esto es, **la fijación de precios** por parte de las expedientadas a las estaciones de servicio con las que mantienen vínculos contractuales, ya sea en régimen de “comisión” o en régimen de “reventa”, ha de diferenciarse, a su vez, entre la fijación de precios en relación con los primeros y la fijación de precios a los revendedores.

En cuanto a los primeros, la cuestión fundamental consiste en determinar la verdadera naturaleza de la relación contractual existente entre CEPSA y dichos agentes, toda vez que, si se consideran verdaderos contratos de agencia o comisión, la imputación de fijación de precios efectuada por el Servicio quedaría excluida del art. 1 de la LDC. Por el contrario, si, pese a su denominación de “comisionistas”, no cumplen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para merecer tal calificación, es decir, actúan como lo que la doctrina ha denominado “agentes impuros”, la fijación de precios por parte de CEPSA, que ella misma admite que realiza y así se desprende del contenido de los contratos, constituiría una grave infracción del artículo citado pues, al no tratarse de verdaderos “agentes” en los términos exigidos para su exclusión del art. 1, deberían en todo caso sujetarse a las prescripciones contenidas en el Reglamento 1984/83, incorporado a nuestro ordenamiento por el Real Decreto 157/1992, por el que se declara no aplicable el art. 85 (actual 81) del Tratado de la CEE a los acuerdos de distribución exclusiva de mayoristas distribuidores de carburantes y demás productos derivados del petróleo con las

estaciones de servicio para su reventa siempre que cumplan determinadas condiciones, pero sin que en ningún caso pueda imponerse al revendedor otras condiciones que las establecidas expresamente en dicho Reglamento y, por tanto, nunca puede el proveedor mayorista fijar el precio de venta al público.

Para el adecuado análisis de dicha cuestión y, habida cuenta de que CEPSA sostiene la existencia de **confianza legítima** pues, en su opinión, tanto este Tribunal (entre otras, en Resoluciones de fecha 1 de abril de 1998, expte. 280/97 y de 20 de octubre de 1998, expte. 299/98), como la Comisión Europea, autorizaron la forma de contratación de CEPSA, que ha sido también permitida por la Agencia Tributaria, se ha de comenzar indicando la inexistencia de vulneración alguna de dicho principio toda vez que, como se ha expuesto en los hechos declarados probados, la Comisión Europea examinó sólo dos extremos de los contratos entonces existentes, que no guardan relación alguna con las cuestiones hoy debatidas, y que consistían en la exclusiva de los lubricantes y las cláusulas que contenían dichos contratos sobre la suspensión del inicio del cómputo de su duración (carta de la Comisión obrante a los folios 625 y 626 del expediente de este Tribunal). Es más, del tenor literal de la respuesta de la Comisión, podría deducirse que, en contra de lo manifestado por CEPSA, la exigencia de dichos requisitos por parte de la Comisión parece indicar la opinión de la misma respecto a la sujeción de estos contratos al Reglamento 84/83, así como se pone de manifiesto la “vulnerabilidad jurídica” de los contratos de CEPSA (carta obrante al folio 746).

Tampoco puede servir de fundamento para apreciar el principio de confianza legítima la calificación que, a efectos fiscales, pueda hacer la Hacienda Pública respecto de los contratos sometidos a examen pues, al margen de la materia distinta en que dicha calificación se plantea, desconociendo los criterios que puedan haber llevado a la Hacienda a la admisión de dichas liquidaciones, es que, por otro lado, si, como aquí se advierte, nuestra opinión fuese contraria a la de la Hacienda Pública, no tiene este Tribunal que verse vinculado en este punto, en el que, en nuestro criterio, se podría estar consagrando una interpretación errónea de la naturaleza de los contratos objeto hoy de este expediente. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia Europeo (sentencia de 16 de noviembre de 1983, Thyssen, 188/82, Rec 1983, sentencia de 15 de diciembre de 1982, Maizena, 5/82, Rec.1982), señalando que “un comportamiento culpable de la Comisión o de sus funcionarios, al igual que una práctica de un Estado miembro que no se atenga a la normativa comunitaria, no puede originar una confianza legítima en el operador económico beneficiario de la situación así creada. Señalándose que el

principio de confianza legítima no puede invocarse en contra de un precepto preciso de un texto de Derecho Comunitario y que, el comportamiento de una autoridad encargada de aplicar el derecho comunitario, que está en contradicción con este último, no puede basar, en un operador económico, una confianza legítima para beneficiarse de un tratamiento contrario al Derecho Comunitario”.

En cuanto a las Resoluciones de este mismo Tribunal, que sí podrían tener un más claro efecto generador de confianza en la actividad de la expedientada, caso de ser cierta la afirmación de ésta de que se hubiera admitido la naturaleza del contrato de “comisión” en sus relaciones con los distribuidores minoristas, hemos de afirmar también que en las Resoluciones citadas no se llevó a cabo un análisis de la verdadera naturaleza de las relaciones contractuales, porque no era el objeto de aquéllas ni, mucho menos, un análisis global de la actividad comercial de CEPSA, como en el presente caso se efectúa.

En consecuencia, no se puede admitir vulneración alguna del principio de confianza legítima como sostienen las expedientadas.

6. Por lo que se refiere ya a la verdadera naturaleza de los contratos denominados “de comisión”, se ha de comenzar indicando que, desde la óptica del Derecho de la Competencia, los términos “comisión” y “agencia” se identifican en cuanto que ambas figuras se encuentran excluidas de la aplicación del art. 1 de la LDC., al estimarse que, cuando se trata de acuerdos con agentes o comisionistas que actúen por cuenta y riesgo de su mandante, no se está en presencia de operadores económicos independientes y, por tanto, no cumplen las condiciones para ser sujetos pasivos de la prohibición contenida en el precepto citado.

Sin embargo, aunque a efectos de la presente Resolución se utilicen ambos términos (comisión o agencia), indistintamente, dada la terminología utilizada en los propios contratos examinados no podemos dejar de indicar que se trata de figuras jurídicamente distintas, aunque tengan una naturaleza común. En efecto, ambos son contratos de “gestión”, como señala el TS, entre otras, en la S de 4 de abril de 1990, cuya nota típica común reside en que tienen como objeto genérico la promoción y/o estipulación de negocios jurídicos en interés de otro. Sin embargo, además de otras diferencias, 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).

El art. 1 de la referida Ley 12/1992 define el contrato de agencia diciendo que “por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.

El Tribunal Supremo, en SS 4-10-1999, 24-7-2000, 12-7-2000, entre otras, 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: 10) es un contrato de duración en cuanto que origina una relación jurídica entre las partes que exige permanencia o estabilidad; 20) 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; 30) 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**; 40) el agente es considerado como un “intermediario” independiente, lo que implica que su labor profesional de intermediación se organiza conforme a criterios propios; 50) el contrato de agencia es un contrato bilateral y oneroso en cuanto que la actividad del agente ha de ser remunerada por el empresario; 60) es un contrato de carácter consensual y 70) 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”.*

Características que 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**”, teniendo tal nota carácter

absoluto, de la que se deriva el régimen de las relaciones contractuales de las partes. Así, 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.

7. Sentado lo anterior, los contratos obrantes en este expediente:)son contratos de agencia o de comisión, a los efectos de la prohibición del artículo 1 de la LDC.

Hemos de comenzar señalando que la verdadera naturaleza de un contrato no viene determinada por la denominación que se le haya dado, sino por la realidad contractual acudiendo, si es preciso, a las reglas de interpretación de los artículos 1282 a 1287 del C. Civil, matizadas por la doctrina jurisprudencial y, al respecto, hay que sentar de entrada los siguientes extremos que resultan del conjunto de las relaciones contractuales expuestas en los hechos declarados probados:

- En primer término, que las llamadas comisiones de los minoristas o agentes se devengan por el **producto suministrado** en la estación, con independencia de que el titular venda, o no, el mismo; es decir, el titular de la estación (ya sea propietario o gestor) asume el pago del producto suministrado o depositado con independencia de su venta posterior, percibiendo la comisión por cada litro de producto suministrado, sin tener en cuenta que el mismo sea vendido, o no, a los consumidores y usuarios, estableciéndose, incluso, en caso de retraso en el pago, el devengo de intereses de demora desde la fecha de vencimiento. Así se desprende de los contratos analizados y de las propias manifestaciones de CEPSA , que el pago, como norma general, se tiene que efectuar, previa presentación de garantías, a los nueve días. Si se incurre en un retraso, el pago se ha de realizar al contado o por adelantado y se devengan intereses, efectuándose, en todos los casos, el pago por el distribuidor minorista teniendo en cuenta el producto suministrado y no las ventas realizadas, de manera que “el pago” a CEPSA y la “comisión” correspondiente se fija siempre con arreglo “al

producto suministrado” y no con lo realmente vendido, y con independencia de que el mismo se venda o no.

Ante dicha situación, CEPESA alega que ha de tenerse en consideración la naturaleza del producto objeto de estos contratos, combustible, de manera que lo usual es que se produzca la venta del mismo, indicando que la media del período de rotación del producto es inferior al plazo de 9 días en que se tiene que efectuar el pago (de 2,5 días), de manera que, cuando el “agente” abona el combustible suministrado, ya lo ha vendido.

Sin embargo, aunque se admitiera que dicha situación se produjera en la mayor parte de los casos, cabe preguntarse: ¿qué ocurre cuando ello no es así, es decir, cuando por cualquiera que sea la causa, el titular o gestor de la estación no vende a los 9 días?

La respuesta es obvia, que tiene que abonar el producto, cobrando su supuesta comisión, con independencia de que lo venda, o no, situación que desvirtúa desde luego la posibilidad de considerarse como “comisionista” o “agente” a quien tener que abonar el producto suministrado con independencia de su venta, pues: ¿qué diferencia habría entonces, como afirma el Servicio, con un revendedor al que, en lugar de pagar al contado el producto, se le concede un aplazamiento del mismo de 9 días?

Es evidente que ante esta situación mal se pueden encuadrar los contratos examinados en la figura del contrato de comisión o agencia, pese a que en ellos se haga expresa referencia a que se actúa “por cuenta de CEPESA”, toda vez que, como antes se ha expresado, tanto el contrato de agencia como el de comisión son contratos de resultado, de manera que la obligación de pago sólo surge cuando el negocio realizado por cuenta del principal (en este caso, la venta del combustible) es realmente ejecutado.

- **En segundo término**, los riesgos del producto suministrado son asumidos por los distribuidores comisionistas o agentes de CEPESA desde el momento en que se depositan en la estación de servicio. En efecto, en algunos de los contratos examinados se atribuyen expresamente dichos riesgos al distribuidor minorista: así, en el contrato relativo a la estación de servicio nº 7.592, (folio 447), expresamente se establece en la cláusula 2.1.4 “*que el empresario deberá conservar los productos objeto de la exclusiva en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro*”

*de los mismos, respondiendo, en su caso, tanto frente a Cepsa Estaciones de Servicio S.A, como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar. En consecuencia, **asume el riesgo de dichos productos, desde el momento en que los reciba de Cepsa Estaciones de Servicio S.A y, los mismos, traspasen la brida de conexión de los depósitos o tanques de almacenamiento existentes en la Estación de Servicio**”.*

En otros de los contratos analizados, si bien ya no se establece de manera tan clara que no puede ser objeto de discusión alguna, después de señalar que el combustible se entrega en “régimen de depósito”, se establece, sin embargo, “*que el titular asume el riesgo de los productos de la exclusiva desde el momento en que los recibe de CEPSA y los mismos traspasen la brida de conexión de los depósitos...*” y, si bien es cierto que en algunos de los contratos examinados se introduce un segundo apartado en el que se concretan ciertos riesgos de los que son expresamente asumidos por el minorista, indicándose que “*desde ese momento, el titular asume la obligación de conservar tales productos de la exclusiva, desde el momento en que los reciba de Cepsa Red S.A, y los mismos traspasen la brida de conexión de los depósitos o tanques de almacenamiento existentes en la Estación de Servicio...*”, la misma podría interpretarse de otra manera si no fuera porque contradice la mecánica del conjunto de las relaciones contractuales, pues, como antes se ha indicado, el agente asume su obligación de pago en relación con el producto suministrado , con independencia de que se venda o no. De ello se deriva que todos los avatares que pueda sufrir la gasolina desde dicho momento son de cuenta del distribuidor comisionista.

Es decir, la inclusión de este segundo apartado, lejos de suponer una concreción excluyente de toda la materia referida a riesgos, viene a ser un complemento más pormenorizado del párrafo anterior que, en todo caso, a la hora de una interpretación integradora de la relación contractual subsiste en su genérica formulación de que el minorista soporta todos los riesgos.

En consecuencia, del conjunto del clausulado regulador de la relación contractual, nunca podría, por vía interpretativa, servir de apoyo el mencionado segundo párrafo en caso de contienda entre las partes para que el minorista eludiera su responsabilidad respecto de otros riesgos de los no contenidos en ese apartado.

Antes bien, la clarísima y contundente afirmación inicial de la asunción total de riesgos quedaría siempre sobre la figura del minorista.

Pues bien, es evidente que tal asunción de riesgos por los “comisionistas o agentes” de CEPESA mal cuadra con la figura de auténtico comisionista o depositario, a quien el Código de Comercio (en los arts, 309 y 266), les exime de los mismos, y sin que se desvirtúe por el llamado pacto de garantía o cláusula “*star del credere*”, prevista en el art. 272 de dicho texto legal, pues dicho pacto no incide sobre la verdadera naturaleza del contrato o desvirtúa la esencia de la comisión, toda vez que lo único que significa es que el comisionista soporta el riesgo de una comisión anormal: debe cumplir la prestación del tercero ante el incumplimiento de éste, pero no pierde su comisión, siendo sus efectos similares a los de la fianza.

Tampoco sirve para desvirtuar los anteriores razonamientos la obligación del comisionista de vender al contado, (establecida en art.270 del C. de Co), toda vez que la única consecuencia de dicha obligación es que el comisionista tiene que pagar al comitente el precio de la venta, mientras que tiene que cobrar a plazo al comprador, pero siempre se ha tenido que producir la **venta del producto**.

La situación del riesgo de los pagos realizados con tarjeta tampoco tiene incidencia alguna en relación con la verdadera naturaleza contractual que liga a las partes. Evidentemente, asume el riesgo del impago la entidad emisora como en cualquier otro sistema de pago similar (ej. en cualquier producto cuyo pago se realiza con tarjeta, el riesgo del impago se asume por la entidad emisora de aquélla, pero no por ello el comerciante deja de ser dueño del producto vendido).

De todo lo expuesto y teniendo en cuenta que el T. Supremo (SS 24 octubre 1999, 12-7-de 2000), establece que “la diferencia entre un contrato de agencia y la figura del distribuidor en exclusiva consiste en que en éste el distribuidor no obra “*procuratoris domini*” sino “*propio nomine*” y como “dueño exclusivo de la mercancía”, características que, por lo dicho, se dan casi en su plenitud en los contratos aquí examinados se colige la inexistencia por simulación de un verdadero contrato de comisión o de agencia, de manera que los contratos examinados están integrados por componentes de suministro en exclusiva de venta y agencia, pero se asemejan más a una situación de reventa tal y como la

define la Comisión en el artículo 9 de la Comunicación 84/C 101/o2 de 22.6.83 afirmando que *“la noción de reventa implica que los productos de que se trate sean cedidos a cambio de una remuneración que deba ser entregada por terceros a la parte que los compre”*..

8. Sin duda, los razonamientos antes expuestos conducen a estimar que, al no tratarse de auténticos contratos de comisión o agencia, las relaciones contractuales de CEPSA y los distribuidores minoristas no cumplen los requisitos para entenderlos excluidos de la prohibición del art. 1 de la LDC, debiendo sujetarse a las condiciones establecidas en el Reglamento 84/83, constituyendo la fijación del precio de venta al público por parte de CEPSA una conducta que infringe el citado art.1 de la LDC, toda vez que, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia Europeo, afirman la aplicación del artículo 81.1 del Tratado cuando se trate de un “agente impuro”.

En efecto, tanto la Comisión (Comunicación de 1962), como el Tribunal de Justicia (entre otras, Sentencia Delimitis de 28 de febrero de 1991, y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, Langnese Iglo c. Comisión), señalan la imposibilidad de excluir con carácter general los acuerdos de agencia de la aplicación del Derecho de defensa de la competencia, pues ello supondría dar un tratamiento privilegiado a muchas figuras que, bajo la apariencia de un contrato de agencia, que es, sin duda, una de las mejores opciones de expansión que tiene el empresario como técnica de comercialización de sus productos sin excesivos costes y con posibilidad de control más o menos directo de la distribución de sus productos, pretenden eludir la normativa de defensa de la competencia.

Por ello, el criterio adoptado por los expresados órganos comunitarios consiste en señalar que el acuerdo de agencia queda excluido del ámbito de aplicación del art. 81.1, si el agente no asume riesgo alguno, o éste es insignificante en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal. El fundamento de dicha exclusión no es otro que el considerar que el agente no es un auténtico operador económico independiente, en el sentido de que no es comprador ni vendedor, sino que se limita a buscar compradores o vendedores en interés de su contraparte, que será el que venda o compre, asumiendo, por tanto, los riesgos de la operación contratada. Se afirma que en la situación inversa, es decir, en la que el agente asume dichos riesgos, será tratado como un distribuidor independiente que ha de mantener su libertad a la hora de determinar su estrategia de mercado para poder recuperar su contrato o sus inversiones en determinados mercados.

Se señala que el factor determinante en la evaluación de la aplicabilidad del apartado 81.1 es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con las actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal, de manera que si el agente asume dichos riesgos debe ser tratado como un distribuidor independiente.

Tal criterio ha sido también recogido en las últimas Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales (de mayo de 2000), que señalan *“que el apartado 1 del art. 81 no será aplicable a las cláusulas que regulen las ventas o compras en nombre del principal cuando la propiedad de los bienes vendidos o comprados no le sea conferida al agente y cuando éste: no contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato, no esté obligado a invertir en promoción de ventas, no corra con los costes y riesgos, existencias de los bienes objeto del contrato, incluidos los costes de financiación de las existencias y los de pérdida de las mismas y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable por negligencia etc...”* señalándose que dicha lista no es numerus clausus, *pero que si el agente asume uno o varios de estos riesgos o costes, puede aplicarse el apartado 1 del art. 81.”*

Pues bien, desde esta perspectiva, y por las consideraciones antes expuestas en relación con el desarrollo y mecánica de las relaciones contractuales objeto de este expediente, resulta que en los contratos aquí analizados el llamado riesgo de daño a la mercancía, entendiéndose por tal el que sufre el producto como consecuencia de fuerza mayor o de carácter puramente fortuito y dentro del que puede entenderse comprendido el llamado riesgo volumétrico, o variaciones que sufre el volumen de la mercancía como consecuencia de las alteraciones de la temperatura, se hace recaer sobre los distribuidores minoristas.

En efecto, en los contratos analizados se hace recaer sin duda alguna el riesgo volumétrico sobre los minoristas, habida cuenta de que, como antes se ha expuesto, éstos tienen que pagar el producto que se suministra con independencia de que sea igual o inferior a lo realmente vendido. Es verdad que estas fluctuaciones del producto pueden no tener una relevancia importante, pero también lo es que la asunción de dicho riesgo por el minorista no parece que encaje bien con la figura del “agente”.

En cuanto a los daños fortuitos o causados por fuerza mayor, se concluye también que son asumidos por los distribuidores minoristas, toda vez que, como antes se ha expuesto, en algunos de los contratos

examinados se atribuyen expresamente dichos riesgos al minorista y, en el resto, por las razones indicadas anteriormente, del conjunto del clausulado de la relación contractual se desprende claramente la asunción total de dichos riesgos sobre la figura del minorista.

En cuanto a los llamados riesgos y costes financieros, si bien es cierta la distinción efectuada por CEPESA en cuanto a que el primero se refiere al riesgo que surge como consecuencia de las alteraciones de los flujos reales de ingresos y pagos frente a los previstos, así como de la modificación de los tipos de interés efectivos frente a los previstos, mientras que el coste financiero es el que nace como consecuencia de los desfases entre ingresos y pagos se ha de indicar que, del contenido de las cláusulas descritas en los Hechos Probados, se desprende que siempre que el distribuidor minorista no utilice la opción de diferir el pago mediante la presentación de fianza, que es lo usual, el riesgo financiero recae sobre él, mientras que en las demás situaciones el riesgo recae sobre ambas partes contratantes. No obstante, el Tribunal estima que este riesgo financiero, planteado en los términos expuestos, no constituye un criterio esencial para determinar si las características de los contratos objeto de este expediente difieren o no del contrato de agencia.

En cuanto al coste financiero, como se ha expuesto en los Hechos Probados, la norma general es que el distribuidor pague el carburante al contado, o en un plazo de 9 días a partir de la entrega del mismo, siempre que constituya una fianza por importe del total suministrado o por el equivalente al suministro de 15 días. En el caso de impago, el pago ha de realizarse al contado o por adelantado y se devengan intereses. En cualquier caso, resulta claro que CEPESA debe tener constancia del abono antes de realizar la entrega del combustible correspondiente. Además, el distribuidor tiene que tener un stock que evite un desabastecimiento de la estación de servicio.

Pues bien, de esta situación resulta claro que, en los casos en que se exige el pago por adelantado, el coste financiero recae totalmente sobre el distribuidor minorista y, en los supuestos en los que el pago se difiere, si bien no puede determinarse "*a priori*" sobre quién recae dicho coste, pues siempre que el periodo medio del combustible en la estación de servicio sea inferior a nueve días parece que el coste financiero lo asume CEPESA, sin embargo, en caso contrario, es decir, cuando el período medio es superior a dicho plazo, lo asume el minorista. Además, cuando se produce una ruptura entre el momento del pago y el cobro, bien porque no se venda en dicho plazo todo el combustible o porque el distribuidor no haya cobrado (pues no se puede desconocer que por

exigencias del mercado el distribuidor minorista no siempre puede cobrar al contado, por ejemplo, en los casos de transportistas, taxis, etc.), dicho coste financiero recae sobre el minorista.

La asunción de dicho riesgo por el distribuidor minorista, sin duda, parece poco compatible con la esencia de un verdadero contrato de agencia o comisión.

Ante dicha situación y, pese a ser cierto que las fluctuaciones del precio del combustible suministrado son asumidas por CEPESA, como ella señala y reconocen las demás partes personadas en este expediente, ha de concluirse que las relaciones contractuales que mantiene CEPESA con los distribuidores minoristas bajo el denominado régimen de “comisión” no se pueden encuadrar en la figura del “agente” en los términos antes expuestos para entenderlas excluidas de la prohibición del artículo 1 de la LDC.

En definitiva, ha de concluirse que, en efecto, nos hallamos ante una conducta incurso en el artículo 1 de la LDC, consistente en la fijación de precios de venta al público del combustible por parte de CEPESA a los distribuidores minoristas que actúan bajo el llamado régimen de “comisión”, de acuerdo con el título de imputación del Servicio, toda vez que la acreditación de la generalidad de tal conducta viene suficientemente dada por los contratos anteriormente examinados. En efecto, el carácter de muestra de los cuarenta y tres contratos, la afirmación de que los mismos responden a una práctica generalizada que hacen los distribuidores minoristas personados en este expediente, y la ausencia absoluta de contraacreditación, ni tan siquiera de alegación, por parte de las expedientadas, de que los referidos contratos no sean representativos de las formas en que desarrolla su actividad comercial, permiten concluir, sin lugar a dudas, que, como ya se ha dicho, la práctica general es la que se corresponde con la imagen que ofrecen los contratos analizados, siendo tal conducta merecedora de la sanción que, en la parte final de esta Resolución, se determine, toda vez que dicha práctica no se encuentra amparada por el Reglamento 84/83 y no sería nunca susceptible de autorización toda vez que, como señala el Servicio, ante un producto tan homogéneo como los carburantes, la competencia debe materializarse fundamentalmente vía precios, impidiendo la fijación de precios por parte de CEPESA que lleguen ofertas a los consumidores con precios diferentes pues, como ha señalado el Tribunal Supremo, en Sentencia Sala 10 de 2.6.2000 *“este tipo de contratos versan sobre productos que, como los carburantes y los combustibles, representan un mercado claramente tendente al oligopolio o, si se quiere, especialmente sensible a las limitaciones de la*

competencia mediante el dominio de hecho de unas pocas empresas suministradoras que acaban imponiendo sus precios a los consumidores finales del producto”.

Por tanto, el Tribunal estima que la conducta de la expedientada infringe lo dispuesto en el art. 1.1 de la LDC al tener por objeto y efecto limitar la competencia en el mercado nacional de la distribución de carburantes, pero sin que dicha conducta suponga también una vulneración del art. 81.1 del Tratado de la CEE, como afirma el Servicio, toda vez que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia (sentencia en el asunto Langnese Iglo c. Comisión de, de 8 de junio de 1995), para poder perjudicar el comercio entre estados miembros a efectos del apartado 1 del art. 81 del Tratado, un acuerdo debe permitir con un grado suficiente de probabilidad, partiendo de un conjunto de elementos objetivos de hecho y de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre los Estados miembros y ello de manera que haga temer que podría obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros. En el presente caso, teniendo en cuenta la cuota de mercado de CEPSA, el Tribunal entiende que no está acreditado que los acuerdos en cuestión puedan afectar el comercio entre los estados miembros.

9. En relación con el segundo cargo que efectúa el Servicio, es decir, la imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes por parte de CEPSA a los distribuidores con los que está vinculado en virtud de un contrato de “venta en firme”, se ha de concluir que dicha infracción no ha quedado acreditada.

En efecto, la utilización del sistema “veriphone”, como medio de comunicación de las estaciones de servicio con la central, a través del cual se transmiten diversas informaciones, incluido el precio al que CEPSA les vende los combustibles y carburantes o el precio de venta al público de los llamados “comisionistas”, fue ya objeto de análisis por este Tribunal, en Resolución de 20 de abril de 1999, (Expte. 428/98) y en Resolución de 31 de mayo de 1999, (Expte.420/97), en las que se concluía que el acceso a dicho aparato por parte de los revendedores era voluntario sin que constase obligación alguna para éstos de aplicar los precios que en él se muestran.

Pues bien, en el presente expediente tampoco se aporta por el Servicio prueba alguna, distinta a las allí consideradas, que respalde ahora dicha imputación, pues de las declaraciones que efectúa el Sr. Suárez-Pumariaga, Director comercial de la compañía en el acto de la

investigación domiciliaria efectuada y en las que pretende fundamentar el Servicio dicha imputación, no se deduce con la efectividad y certeza necesaria que, a través de dicho sistema, CEPSA imponga los precios de venta al público a las estaciones de servicio que mantienen con ella un contrato de reventa.

Finalmente, en cuanto a la última imputación que realiza el Servicio, consistente en el desarrollo por parte de CEPSA de una serie de prácticas, como la constitución de derechos de superficie o derechos de usufructo y la concesión de determinados préstamos, encaminadas a alargar la duración máxima de los contratos, permitida por el Reglamento 1984/83, (hoy sustituido por el Reglamento 2790/1999, pero no vigente en el momento de los hechos objeto de este expediente), se ha de indicar que el Servicio considera que, con independencia de las inversiones que pueda haber realizado CEPSA, en todos aquellos casos en los que el distribuidor es inicialmente el dueño de los terrenos o instalaciones de la estación de servicio, se está infringiendo el Reglamento citado.

A tal efecto, se ha de comenzar señalando que, si bien el art. 12 del citado Reglamento prohíbe que los acuerdos de exclusiva relativos a estaciones de servicio tengan una duración indeterminada o por más de 10 años, el apartado 21 de dicho artículo literalmente dispone *“no obstante... 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 podrá imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva durante todo el período durante el cual explote efectivamente la Estación”*.

En interpretación de dicho precepto este Tribunal (Resolución 12 de septiembre de 1997, en el Expte. R.197/97) y el Tribunal Supremo, (sentencia Sala 10 15 de marzo de 2001), han venido declarando, en supuestos similares, la validez de los pactos de exclusiva cuando existen 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 de la misma, cuando se realizan importantes inversiones, con contenido económico, por el proveedor.

Pues bien, en el presente caso, en los cuatro casos examinados por el Servicio, existen sin duda ventajas económicas y financieras concedidas por CEPSA en favor del propietario-gestor de la estación de servicio quien, en unos casos, consigue que se instale un negocio en un terreno, en principio improductivo, cediéndole la explotación del mismo y, en otros, se produce una indudable inversión por parte de CEPSA con

ventajas económicas al gestor durante el tiempo de vigencia del contrato.

La aplicación extensiva que realiza el Servicio, entendiendo excluidos de dicha exención aquellos supuestos en los que, pese a mediar determinadas inversiones por parte de CEPSA, coincida que el propietario sea también gestor del punto de venta, no puede admitirse para fundamentar esta imputación pues, si bien es cierto que el nuevo Reglamento es más restrictivo para la aplicación de esta excepción, resulta clara su inaplicación al caso que examinamos toda vez que no se encontraba vigente en el momento de los hechos objeto de este expediente, debiéndose, además, tener en cuenta que, como señala CEPSA, la misma tiene 205 puntos de venta en toda España en virtud de un derecho de superficie, de los que sólo en 65 casos el propietario del terreno ha asumido la gestión del mismo, teniendo 7 puntos de venta en virtud de derecho de usufructo, de los que sólo tres se explotan por el nudo propietario en régimen de arrendamiento.

En definitiva, se estima que, en el caso analizado, no resulta acreditada la comisión de la infracción por parte de CEPSA en la utilización del cruce de contratos señalada por el Servicio ni tampoco en relación con la concesión de préstamos pues, si bien es cierto que la utilización generalizada de técnicas similares podría constituir un intento de cerrar el mercado, reprobable desde el punto de vista del derecho de la competencia, en el expediente sólo se ha analizado un solo contrato de este tipo, sin que permita extraer la generalización de la imputación efectuada por el Servicio, por lo que, no pudiéndose basar la acusación en meras sospechas, pues supondría la vulneración de la presunción de inocencia, (STS de 26 octubre de 1998 y sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985, 175/1985 y 229/1988), la tesis acusatoria del Servicio no alcanza la convicción suficiente acerca de la participación de la expedientada en esta última práctica imputada.

10. Por último, para determinar la sanción por la única conducta probada, esto es, la infracción del art. 1.1 de la LDC al fijarse por CEPSA el precio de venta al público del combustible a los distribuidores que actúan bajo el régimen llamado de "comisión", hay que tener en cuenta, por una parte, que el número 1 del artículo 10 de la LDC establece un límite máximo a la capacidad sancionadora del Tribunal (150 millones de pesetas), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas y, por otra, que, dentro de dicho límite, el número 2 del artículo citado establece los criterios a los que debe atenderse para la determinación de su cuantía.

En el presente caso, si bien, como antes se ha expuesto, la muestra contractual analizada nos permite, con todo rigor, considerar probada la generalización de la práctica infractora, alcanzando así una solución más satisfactoria desde el punto de vista de la seguridad jurídica, toda vez que así se solventa en el presente expediente el análisis de la actividad negocial de CEPSA en lo que respecta a la naturaleza de los contratos hoy existentes, ello no es óbice para que, a la hora de determinar la concreta cuantía de la sanción, se atienda sólo al número de contratos efectivamente analizados.

Al ser esto así, teniendo en cuenta el mercado geográfico al que se ha extendido la muestra analizada (tres provincias), así como el número de puntos de venta comprendidos en la misma y la gravedad de la infracción, puesto que se trata de una fijación de precios vertical que restringe la libertad empresarial de los minoristas, si bien ha de tenerse también en cuenta que, en virtud del Real-Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicio, CEPSA no puede incrementar su número de instalaciones de productos petrolíferos a vehículos durante un período de tres años, y que debe, por otra parte, adaptar su régimen de contratación al nuevo Reglamento 2790/1999, se estima adecuado imponer una sanción consistente en la cantidad de doscientos millones de pesetas, cantidad, sin duda, inferior a la que este Tribunal podría aplicar atendiendo al monto económico global del negocio de la expedientada, pero que se estima adecuada y proporcional a las circunstancias expresadas concurrentes en el presente caso.

Además de la declaración de la existencia de conductas prohibidas y de la imposición de multas, el art. 46 de la LDC permite al Tribunal la adopción de otras medidas, estimando, por ello, procedente, ordenar, a costa de la sancionada, la publicación 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.

Finalmente, como antes se ha expuesto, teniendo en cuenta que el artículo 8 de la LDC establece que las conductas de una empresa son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta, el Tribunal entiende que la Compañía Española de Petróleos S.A es responsable de la conducta imputada a CEPSA.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría

HA RESUELTO

1. Declarar que la entidad Cepsa Estaciones de Servicio S.A y la Compañía Española de Petróleos S.A. han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 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 el régimen de “comisión o agencia”, que no está amparada por el Reglamento 1984/83, ni el RD 157/1992, a los que deben sujetarse en dichas relaciones contractuales.
2. Intimar a dichas sociedades para que cesen inmediatamente en dicha práctica de fijación de precios en las relaciones con estaciones de servicio con las que se encuentran vinculadas por contratos de “comisión o agencia” semejantes a los analizados en este expediente.
3. Imponer a Cepsa Estaciones de Servicio S.A. y a la Compañía Española de Petróleos S.A., conjunta y solidariamente, una multa de doscientos millones de pesetas.
4. Ordenar a dichas compañías 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.
5. Declarar no acreditadas las demás infracciones imputadas por el Servicio a las compañías expedientadas.
6. Justificar ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo ordenado en esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso 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. 493/00, CEPSA**

Lamentamos discrepar de la valoración de la mayoría del Tribunal, en la primera parte del noveno Fundamento de Derecho, relativa a la imputación por el Servicio de que CEPSA estaría fijando precios de venta al público, no sólo a sus agentes y comisionistas (auténticos o llamados así impropriamente), sino también a los distribuidores con los que mantiene contratos de venta en firme en régimen de compra exclusiva.

Ya en la Resolución de 31 de mayo de 1999 (Expte. 420/97, CEPSA) tuvimos que discrepar de la mayoría por considerar que cuando un revendedor compra en firme se convierte en un competidor más de la red de estaciones de servicio de CEPSA y que, en estas condiciones, cualquier transmisión de información *a priori* sobre precios finales, como la que CEPSA realiza a través del sistema *Veriphone* de manera indiscriminada, sin distinguir entre comisionistas y revendedores, 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.

Cuando la comunicación de información sobre precios finales se realiza desde un operador de la magnitud de CEPSA a un competidor de dimensión incomparablemente menor y cuando se materializa para los revendedores independientes con el mismo texto que se dirige a las estaciones de servicio propias de la red CEPSA, con determinación exacta de los nuevos precios y del día y la hora en que deberán aplicarse, la presión ejercida sobre el revendedor difícilmente podrá ser contrarrestada por la voluntad de seguir una estrategia de precios independiente.

Por ello, creemos que el Tribunal debería haber declarado, y sancionado en consecuencia, la ilegalidad de la práctica por la que CEPSA 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, 31 de mayo de 2001

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL VOCAL SR. PASCUAL Y VICENTE
A LA RESOLUCION DEL EXPTE. 493/00, CEPSA**

El presente Voto particular se formula para expresar la disidencia de su autor con respecto de la opinión, devenida mayoritaria en el Pleno por cinco votos frente a tres, según la cual no son de agencia, sino de reventa, los contratos de distribución suscritos entre CEPSA y las estaciones de servicio (gasolineras) que, aunque definidos en su texto como de agencia y especificando en sus estipulaciones que las ventas de combustible de las gasolineras se harán siempre en nombre y por cuenta de CEPSA, asignan a aquéllas los riesgos de pérdida o manipulación del producto, y establecen que el pago de las mismas a CEPSA se hará, a elección del titular de la gasolinera, al contado o, si media aval, a los nueve días de recibir la mercancía, respecto del combustible suministrado por CEPSA a la estación de servicio, y no por el combustible efectivamente vendido al público en la gasolinera.

La disquisición es particularmente relevante en este expediente porque, si fuera correcta la posición de la mayoría, resultaría que, al no ser de agencia los contratos, sino de reventa, éstos no podrían contener -como contienen- una estipulación según la cual CEPSA fija los precios del combustible que las gasolineras venden al público. El autor de este Voto particular considera, sin embargo, que no es correcta la apreciación mayoritaria, sino la que quedó en minoría, según la cual no se destruye, adultera o corrompe la naturaleza de agencia de los contratos de distribución examinados, por el hecho de que se atribuya el riesgo de producto a la gasolinera en los términos contractualmente definidos, ni por el modo en que se detalla el pago del combustible por las gasolineras a CEPSA en dichos contratos.

El examen se centrará primero en el asunto del riesgo del producto. Los términos en que figura contemplado este riesgo en los contratos examinados son, a nuestro juicio, los propios del depósito, tal como éste se contempla en nuestro ordenamiento jurídico. Pero es que, en el expediente examinado, la figura del agente que se observa es la de un agente-depositario, que mantiene en sus instalaciones la mercancía recibida del principal hasta que la expende al público. La mayoría considera que, como la estipulación de los contratos que se ocupa de este asunto no atribuye específicamente los riesgos fortuitos a CEPSA, se hace asumir a la gasolinera un riesgo que va más allá de lo previsto en el ordenamiento jurídico para un agente-depositario. Pensamos, sin embargo, que esa sutileza es irrelevante cuando los contratos, que se definen así mismos como de agencia, confirman en el grueso de sus estipulaciones esa vocación y como tales han sido reconocidos pacíficamente por las partes durante muchos años. Si, examinados los contratos en su conjunto, se deduce de tal examen que son de agencia con depósito -como ocurre, en nuestra

opinión- difícilmente podrá argüirse que esa naturaleza se ha corrompido sólo porque nada dicen expresamente los contratos de los riesgos fortuitos del producto. De tal manera que, si sobre tales riesgos fortuitos -no atribuibles a dolo o negligencia del agente-depositario, por tanto- se suscitara alguna cuestión litigiosa entre el principal y el agente, no nos parece razonable que, porque de tales riesgos no hable el contrato, se pudiera pensar en hacer correr con los mismos al titular de la gasolinera, cuando el contrato que le vincula con CEPESA es de agencia con depósito.

Nuestras reflexiones se referirán ahora al asunto de cómo se conceptúa el pago del titular de la gasolinera a CEPESA, y si ello puede afectar a la pureza de la naturaleza de agencia de los contratos. La mayoría considera que, tratándose de un contrato de agencia, el titular de la gasolinera, que vende el combustible recibido de CEPESA en nombre y por cuenta de ésta, sólo debe pagar a su principal por el importe del combustible efectivamente vendido al público y no, como estipulan los contratos, por el combustible que suministra CEPESA a la gasolinera. Además, señala la mayoría, CEPESA exige del titular de la gasolinera el pago al recibir la mercancía, o nueve días después si presta aval.

En nuestra opinión, sin embargo, estas consideraciones pierden consistencia cuando el agente es simultáneamente depositario, como es el caso examinado. Porque, mediando depósito de la mercancía, ninguna norma impide que se establezca contractualmente una caución en favor del suministrador principal, sin que eso desnaturalice el contrato de agencia, y esa caución puede adoptar la forma de una entrega anticipada de dinero o la prestación de un aval, que son los dos supuestos que se contemplan en los contratos examinados. Por lo tanto, la entrega del importe por el depositario al recibir la mercancía, o la prestación de un aval por éste, no afectan, en nuestra opinión, a la naturaleza de los contratos. Pero es que, además, en el expediente resuelto, aparece acreditado que el combustible dura en la gasolinera 2-3 días como media, por lo que 9 días después de su recepción, cuando el titular de la gasolinera paga a CEPESA, lo está haciendo con el dinero que hace 6-7 días terminó de obtener al haber vendido todo el combustible.

Por eso, nos parece que si, hipotéticamente, se plantease la duda, en el marco de los contratos examinados, del destino de un combustible entregado por CEPESA a una gasolinera la víspera de ser cortada inesperadamente la carretera donde está instalada, lo que previsiblemente sucedería es que, como no hubo venta en firme -pagase al contado o diferidamente la mercancía-, al titular de la gasolinera (el agente-depositario) le asistiría el derecho de reclamar a CEPESA (su principal), para que retirase la gasolina de su estación y liquidar con él por los litros realmente vendidos.

A mayor abundamiento, hay un poderoso argumento de índole económica que aconseja -en beneficio de la eficiencia del mercado y sin desnaturalizar la relación de agencia- que el pago del combustible a CEPSA por sus agentes se haga por "mercancía recibida" (a los 6-7 días de haberla vendido), en lugar de por "mercancía vendida", y que cobra toda su virtualidad en un producto como la gasolina, de venta segura y rápida. El argumento es el siguiente: Con pago por mercancía recibida (aunque sea a los 9 días), resulta innecesario control alguno de CEPSA sobre la gasolinera, que es justamente lo contrario de lo que inevitablemente sucedería si el pago de la gasolinera a CEPSA fuera sobre sus propias ventas. En este último caso, CEPSA tendría que disponer un exhaustivo sistema de control, formado por multitud de inspectores-visitadores de las gasolineras, para comprobar *in situ* que cada importe que se le va a liquidar es el correcto, lo que, evidentemente, encarecería innecesariamente el precio de los combustibles para el público. El Derecho es una conquista de la civilización porque facilita la convivencia, dota de seguridad a las personas y sus relaciones y reduce los costes de transacción entre ellas. De ahí que no pueda encarecer innecesariamente las transacciones sin desnaturalizarse él mismo.

Madrid, 31 de mayo de 2001

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL VOCAL SR. MARTÍNEZ ARÉVALO
A LA RESOLUCIÓN DEL EXPTE. 493/00, CEPESA**

1. Respecto a la segunda imputación del Servicio.

En relación con la segunda imputación del Servicio, relativa a la utilización fraudulenta de una secuencia de contratos para eludir los límites temporales impuestos en el Reglamento CEE 1984/83, considero que el tratamiento del problema en la parte segunda del Fundamento de Derecho noveno de la Resolución mayoritaria es inadecuado, por su brevedad y carácter esquemático, a la importancia del hecho imputado.

El posible problema surge en relación con las secuencias de contratos en las que una empresa G cede a CEPESA (C) un derecho de usufructo o superficie sobre una estación de servicio para que posteriormente C vuelva a ceder a G la gestión de dicha estación. Respecto de tales secuencias debe señalarse:

- 1) en principio, una serie de contratos de ese tipo es lícita por entrar dentro del ámbito de la autonomía contractual de las partes.
- 2) en su Resolución de 12 de septiembre, al Expte. R 197/97 (SHELL ESPAÑA), el Tribunal concluyó que tales acuerdos no eran necesariamente ficticios y que, de hecho, resultaban *frecuentes en nuestro país (FD 4)*.
- 3) no obstante, la utilización sistemática de tales secuencias de contratos (lícitas en sí mismas) puede constituir un claro intento de establecer barreras a la entrada en el negocio mediante el alargamiento del período medio de vinculación de los gasolineros con la petrolera y, en este sentido, constituye una utilización fraudulenta de las excepciones a la duración máxima de 10 años que estaban previstas en el art. 12.2 del citado Reglamento CEE 1984/83; esto es lo que alega, en esencia, el Servicio a lo largo del expediente (y queda resumido en el tercer párrafo de la página 2104 de su expediente).

En la documentación aportada al expediente se han detectado sólo cuatro casos de secuencias de este tipo. Tal información es insuficiente para acreditar la utilización sistemática de dichas secuencias para crear barreras de entrada en el negocio de la distribución; por tanto, en ese sentido, estoy de acuerdo con la postura mayoritaria que afirma que las prácticas a las que alude el Servicio en su segunda imputación no han

sido debidamente acreditadas. No obstante, en la opinión mayoritaria se afirma, siguiendo la información presentada por la propia CEPSA, que existen 65 casos en los que CEPSA se intercala en la secuencia G-C-G, al crearse a su favor un derecho de superficie, y 7 casos en los que se intercala en virtud de un derecho de usufructo. Existen, por tanto, 72 secuencias (68 según el Servicio) de este tipo que afectan, según se afirma en la pág. 2104 del expediente del Servicio, a *algo más del 5% de las estaciones de servicio ligadas a CEPSA y supone un (sic) importante barrera que limita la entrada de nuevos operadores en el negocio.*

El determinar si la actuación de CEPSA en relación con ese 5% de sus estaciones de servicio constituye una actuación sistemática para crear barreras de entrada y, por tanto, un uso fraudulento de las exenciones del Reglamento CEE 1984/83, es algo sobre lo que debería haberse pronunciado el Tribunal. Por ello, al no tratar ese aspecto, la postura mayoritaria adolece, en mi opinión, de una seria insuficiencia.

2. Respecto a la multa.

El Vocal que suscribe considera correcta la conclusión del Tribunal de que los contratos analizados no constituyen auténticos contratos de comisión y, por tanto, y dado que se encuentra acreditado que CEPSA ha fijado los precios de venta al público de sus supuestos comisionistas, que CEPSA ha incurrido en una práctica contraria al artículo 1 LDC. No obstante, considero que la cuantía de la multa se encuentra fuera de línea, por lo reducido, con las sanciones que recientemente viene imponiendo el Tribunal y con las que son habituales en otros órganos de competencia europeos.

El artículo 101 de la LDC 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.*
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 (pág. 2054 del expediente del Servicio) que CEPSA obtuvo en 1998 unos ingresos por la venta de carburantes de 392.882 millones de pesetas.

En cuanto al criterio c), debe tenerse en cuenta que CEPSA ostenta una cuota de mercado del 22,5% atendiendo a las ventas de carburantes (pág. 2061 del expediente del Servicio), y del 24%, atendiendo a los puntos de venta (pág. 2055 del expediente del Servicio), lo que le convierte en el segundo operador del mercado, después de REPSOL. Las actuaciones de CEPSA tienen, por tanto, una considerable influencia en el funcionamiento del mercado de carburantes, mercado que, como bien apunta el Servicio en varios apartados del Informe-Propuesta, tiene una estructura oligopolística y donde sólo REPSOL, CEPSA y, hasta cierto punto, BP-MOBIL constituyen operadores importantes.

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 CEPSA 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 (véase, por ejemplo, pág. 37 del expediente del Servicio) 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. No obstante, el Tribunal ha considerado, correctamente en mi opinión, que la sanción debe imponerse sobre la base de la relación que supone el número de contratos que han sido considerados como falsos contratos de comisión (42 contratos) respecto al número total de 122 contratos existentes en las tres provincias analizadas (ver folio 2060 del expediente), lo que implica realizar el supuesto, a mi juicio razonable, de que la proporción de contratos de falsa comisión sobre contratos totales se mantiene aproximadamente constante en todo el territorio nacional. De esta forma, el mercado relevante sería el resultante de multiplicar los 392.882 millones de pesetas por la fracción 42/122, aproximadamente 1/3, con lo que el mercado relevante a efectos de la multa sería el de unos 130.000 millones de pesetas.

La multa de 200 millones de pesetas impuesta por el Tribunal representa el 0,15% de ese mercado. Una multa del 0,15% de las ventas del infractor debe considerarse muy reducida, tanto en términos de la práctica reciente de este Tribunal como en términos comparativos, máxime cuando la infracción es grave y la conducta se ha producido de manera continuada durante un periodo largo de tiempo. En casos próximos cronológicamente a este expediente el Tribunal ha impuesto multas superiores; por ejemplo: 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.

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, pág. 663 y 664).

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

Madrid, 31 de mayo de 2001.