

RESOLUCIÓN (Expte. 428/98, Cepsa 2)

PLENO

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Huerta Trolèz, Vocal
Franch Meneu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 20 de abril de 1.999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Franch Meneu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 428/98 (1235/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado en virtud de la denuncia de la Confederación de Empresarios de Estaciones de Servicio (Confederación) contra la Compañía Española de Petróleos S.A. (CEPSA), por presuntas prácticas restrictivas y discriminatorias prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la no adaptación de determinados contratos de distribución, que las denunciadas mantenían con estaciones de servicio relacionadas con la Confederación, al Reglamento de la Comisión de la CEE 1984/83 y al Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 4 de mayo de 1995 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de denuncia de la Confederación contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A, B.P. España y CEPSA por presuntas prácticas restrictivas de la competencia. En concreto se dice que:

1.1 el Reglamento CEE 1984/83 no es aplicable a las estaciones de servicio comisionistas y sí sólo a las revendedoras, por lo que, como quiera que la mayor parte de los contratos suscritos por las compañías denunciadas son contratos de comisión y no de reventa, y al ser contratos de suministro en exclusiva afectan a la libre competencia, necesitarían de una autorización singular que, al no existir, los haría nulos.

- 1.2 la autorización de muchos contratos de pura reventa debería ser retirada en tanto en cuanto los operadores denunciados estarían aplicando, sin motivo justificado, respecto de sus revendedores precios o condiciones de venta menos favorables, con relación a los que aplican a otros que se hallan en la misma fase de distribución.
2. Con la denuncia se aportaban determinados contratos suscritos por las tres compañías denunciadas, con titulares de estaciones de servicio. Tras la solicitud al denunciante, por parte del Servicio, de información relativa al domicilio de los presuntos infractores y diversas aclaraciones sobre los hechos denunciados, se procedió al desglose en tres expedientes, uno contra cada una de las empresas denunciadas, para mantener la confidencialidad de los contratos aportados. El presente expediente corresponde al incoado por denuncia de la Confederación contra CEPSA.
 3. De los contratos aportados, los 4 pertenecientes a CEPSA son los siguientes:
 - 1.- CEPSA/F. Velasco García y P. González López de la Estación de Servicio de la Avda. de Santiago, 174 de Orense, suscrito el 23 de Febrero de 1990 (Concesión 3.823).
 - 2.- CEPSA/Baltasar y Domingo Segovia Iniesta de la Estación de Servicio de la carretera de Albacete a Barrax suscrito el 7 de Noviembre de 1991 (concesión 15.815).
 - 3.- ERTOIL/CECALMA S.A. de la Estación de Servicio "el Sagrario" de Las Cabezas (Sevilla) suscrito el 2 de abril de 1990 (concesión 15.363)
 - 4.- ERTOIL-DETISA/J. López Gallardo de la Estación de la carretera Al-118 Km 5,1 Huerca-Overa (Almería) suscrito el 2 de Enero de 1991 (concesión 10.939)
 4. El 14 de marzo de 1996, y de conformidad con el artículo 36.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, se llevó a cabo por el Servicio la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del correspondiente expediente al que le correspondió el número 1235/95, dando traslado de esta Providencia a CEPSA.
 5. Solicitada información a CEPSA y a los titulares de las citadas estaciones de servicio se comprobó que CEPSA se había subrogado en los contratos 3 y 4, los días 18 de marzo y 3 de febrero de 1992 respectivamente, al adquirir el 100% de las acciones del Grupo Ertoil.

6. Teniendo en cuenta la doctrina de este Tribunal contenida en los Autos de Inadmisión de los expedientes 406/97 y 408/97 de 30 de julio y 29 de julio de 1997 respectivamente, en la cual se indica que se requiere un concurso de voluntades para que exista un acuerdo restrictivo de la competencia y que, para mantener la existencia de una restricción a la competencia de las incluidas en el art. 1 de la LDC, es preciso imputar dicha infracción a todas las partes participantes en el concurso de voluntades, el 2 de octubre de 1997, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la incoación de oficio de expediente contra los señores Velasco García y González López de la estación de servicio nº 3.823 de Orense, contra CECALMA, de la estación de servicio nº 15.363 de Las Cabezas (Sevilla), y contra el Sr. López Gallardo de la estación de servicio nº 10.939 de Huerca-Overa (Almería).

7. Tras el análisis de los contratos y de la información aportada tanto por CEPSA como por los titulares de las cuatro estaciones de servicio cuyos contratos estaban en vigor, el 2 de octubre de 1997, el Instructor propuso el Sobreseimiento parcial del expediente del que se dió traslado a CEPSA y a la Confederación para que formularan alegaciones y, cumplido el trámite anterior, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó, el 7 de noviembre de 1997, el sobreseimiento parcial del expediente en los términos que se resumen a continuación:

7.1. En relación con la denuncia en la que se afirmaba que los contratos en **régimen de comisión** no estaban amparados por el Reglamento 1984/83, y que por tanto requerían una autorización singular, cabe manifestar que el TDC en su Resolución 9/90 exponía que *“la prohibición del art. 1 de la Ley 16/1989, no es aplicable a los contratos concertados por los comisionistas, agentes comerciales o mediadores con otros empresarios”*. Por tanto, al no tratarse de una conducta prohibida por el artículo 1, no procede la solicitud de autorización singular de conformidad con el artículo 3 de la LDC.

7.2. En cuanto al trato discriminatorio practicado por los operadores petrolíferos en los contratos en **régimen de reventa**, al que también hacía referencia la denuncia, el Tribunal de Defensa de la Competencia ya se pronunció en su Resolución r 118/95 correspondiente al recurso interpuesto por la misma Confederación contra el Acuerdo de Archivo del expediente nº 1103/94 donde manifestó que *“no cabe hablar de discriminación en materia de precios o comisiones por cuanto no se puede afirmar que se aplique un tratamiento desigual a situaciones idénticas las diferencias se justifican porque las inversiones que los operadores petrolíferos realizan en las estaciones de servicio son muy elevadas y no tienen correspondencia con los otros sistemas de distribución”*. Este mismo argumento fue utilizado en el Acuerdo de Sobreseimiento del expediente 1345/96 consecuencia de la

denuncia de la Confederación contra BP y fue confirmado por el Tribunal.

8. El 3 de octubre de 1997 se formuló por el Servicio Pliego de Concreción de Hechos contra CEPESA y contra los titulares de las estaciones de servicio 3.823, 15.363 y 10.939, por considerar el Instructor que, aun teniendo en cuenta el sobreseimiento parcial, los contratos contenían determinadas cláusulas restrictivas de la competencia.
9. Dentro del plazo concedido al efecto, tanto CEPESA como la Confederación y CECALMA formularon escritos de alegaciones. CEPESA, en escrito de fecha 23 de octubre de 1997, alegaba la prescripción de las posibles infracciones cometidas en relación con los contratos de las estaciones de servicio 3.823, 15.363 y 10.939 puesto que dichos contratos fueron firmados el 23 de febrero de 1.990, el 2 de abril de 1.990 y el 2 de enero de 1.991 respectivamente. También alegaba la caducidad del expediente. Por su parte la Confederación, en escrito de fecha 30 de octubre de 1997, manifestaba que los titulares de las estaciones de servicio inculpadas lo único que hicieron fue adherirse y asumir las cláusulas de los contratos firmados habitualmente por la mayoría y que la fijación de precios de reventa por parte de CEPESA, la preferencia de compra de lubricantes de su marca y la publicidad de los productos con autorización de CEPESA solamente benefician al operador y no se puede atribuir la misma responsabilidad a quien impone una cláusula y a quien la sufre. Las alegaciones de CECALMA, en escrito de fecha 25 de noviembre de 1997 manifestaba parecidos argumentos de los alegados por la Confederación.
10. La Confederación formuló recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia. Informado dicho recurso por el Servicio, de conformidad con el art. 48 de la LDC, este Tribunal acordó desestimarlos en su Resolución de fecha 1 de abril de 1998.
11. El 15 de abril de 1998 el Servicio formuló el correspondiente Informe-Propuesta que es recibido en este Tribunal el 20 de abril de 1998 y admitido a trámite en el Pleno de 5 de mayo de 1998, y que concluía con la siguiente Propuesta:

A las estaciones de servicio que actúan en régimen de comisión no les es de aplicación el Reglamento 1984/83. Dado que los contratos no versan sobre la compra exclusiva de otros productos, no se puede imponer la prohibición de publicidad sobre las marcas competidoras que también son vendidas.

Las estaciones que funcionan en régimen de reventa están sometidas al cumplimiento del Reglamento 1984/83 y, según el mismo, no pueden imponerse al revendedor más obligaciones que las del artículo 10 del citado Reglamento, ni ninguna otra restricción a la competencia que las recogidas en el artículo 11 del mismo, entre las que no se contempla la fijación de precios de reventa.

El Servicio considera que no procede proponer multa a los minoristas de las estaciones de servicio 3.823, 15.363 y 10.939 dado que las restricciones a la competencia contenidas en el contrato o que se derivan de la aplicación del mismo favorecen a CEPSA y no a los minoristas y que a la hora de cuantificar el grado de responsabilidad de CEPSA se debe considerar como atenuante la colaboración que esta entidad ha prestado en la instrucción del expediente y la modificación del contenido de la cláusula de publicidad a instancias del Servicio y con anterioridad a la finalización del expediente.

Teniendo en cuenta las valoraciones anteriores se PROPONE:

Primero.- *Que, como consecuencia de la instrucción realizada, el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de las conductas restrictivas de la competencia que se indican a continuación.*

1.- La prohibición de realizar publicidad de otros productos a excepción de la publicidad autorizada por el mayorista que se contenía en la CLAUSULA PRIMERA de los contratos 3 y 4 (Estación de servicio CECALMA concesión 15.363 y estación de servicio de Huerca-Overa concesión 10.939) constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

2.- La imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes a la estación de servicio 3.823 de Orense constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

3.- La preferencia de compra de lubricantes a CEPSA fijando determinados volúmenes de compra que se establecía en la CLÁUSULA PRIMERA del contrato 3 (Estación de servicio CECALMA concesión 15.363) constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1a) de la LDC que no ha sido objeto de autorización al amparo de su artículo 3.

Segundo.- *Que se declare a CEPSA responsable de las citadas conductas prohibidas y que se intime a esa entidad para que cese en las prácticas restrictivas de la competencia acreditadas en este expediente.*

Tercero.- Que por el TDC se adopten los siguientes pronunciamientos de entre los que se prevén en el artículo 46 para el supuesto de existencia de conductas prohibidas:

a) la intimación a CEPSA para que en lo sucesivo se abstenga de realizar estas prácticas.

b) la publicación, a costa de CEPSA, de la parte dispositiva de la Resolución que se dicte, en un diario de tirada nacional y en el BOE y la difusión del texto completo de la misma entre todos sus minoristas.

c) cualquier otra de las previstas en el art. 46.2 de la LDC que el Tribunal considere conveniente.

12. La Providencia de Admisión a Trámite es notificada a las partes y Cepsa propone dos pruebas: 1) que se tengan por reproducidos los documentos aportados y 2) confesión del representante legal de Cecalma S.A., titular de la estación de servicio 15.363 y de López Gallardo, titular de la estación de servicio 10.939, con arreglo a las posiciones que presentará. No se propone Vista.
13. El Pleno del Tribunal, con fecha 28 de julio de 1998 consideró procedentes las pruebas propuestas por CEPSA y resolvió no celebrar Vista.
14. Practicadas las pruebas admitidas en el Auto de 28 de julio de 1.998, se puso de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que en el plazo de diez días alegaran cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia. Presentaron escrito de alegaciones CEPSA, la CONFEDERACION y CECALMA S.A.
15. Por Providencia de 10 de diciembre de 1998, finalizado el período probatorio de este expediente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.1 de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan conclusiones en el plazo de quince días.
16. Presentan escritos de conclusiones la CONFEDERACION y CECALMA donde se argumenta con profusión la exculpación para las estaciones de servicio inculpadas de oficio por el Servicio.
17. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión del martes 13 de abril de 1.999.

18. Son interesados:

- Confederación de Empresarios de Estaciones de Servicio
- Compañía Española de Petróleos S.A.
- Francisco Velasco García y Pilar González López
- Baltasar y Domingo Segovia Iniesta
- José López Gallardo
- Cristóbal Calvente Vázquez y Cecalma S.A.

HECHOS PROBADOS

1. Los titulares de las tres estaciones de servicio, cuyos contratos han sido analizados, son propietarios de los terrenos y las instalaciones correspondientes y no ha habido en ningún caso cesión de los mismos en favor de CEPSA, ni en comodato ni en usufructo ni en cualquier otra modalidad.
2. Las estaciones de servicio no poseen instalación de cambio de aceite.
3. El contrato de la estación de servicio 3.823 es un contrato de compra exclusiva de combustibles y carburantes para su "reventa" en la estación de servicio y la citada estación de servicio aparece en el listado de revendedores aportada por CEPSA. Los precios de combustibles y carburantes son comunicados a la estación de servicio a través de "Verifone".
4. Los titulares de las estaciones de servicio cuyos contratos se han numerado como 3 y 4, en el Antecedente de Hecho nº 3 y que corresponden a las concesiones nº 15.363 y 10.939, actúan en régimen de "venta en comisión" y dichas Estaciones de Servicio entregan facturas y albaranes, a los consumidores, a nombre de CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. En estos casos, el precio de venta al público de combustibles y carburantes es fijado semanalmente por CEPSA y comunicado a las estaciones de servicio a través de "Verifone".
5. Las estaciones de servicio nº 3.823 y 15.363 comercializan aceites y productos auxiliares de otras marcas distintas de CEPSA como MOBIL, REPSOL y TOTAL, mientras que la estación de servicio nº 10.939 comercializa aceites y productos auxiliares únicamente de CEPSA, ERTOIL Y ELF.
6. Los titulares de la estación de servicio 3.823 y 15.815 no efectúan publicidad de ningún producto porque no lo consideran conveniente.

7. La CLAUSULA PRIMERA de los Contratos 3 y 4 (concesiones 15.363 y 10.939), que son contratos de compra en exclusiva de combustibles y carburantes en régimen de comisión, dice textualmente: *"La exhibición por el TITULAR de cualquier otra publicidad o producto... necesitará como obligación grave e ineludible del TITULAR, de la previa autorización expresa y escrita de ERTOIL"*.
8. La CLAUSULA PRIMERA del contrato 3 (concesión 15.363) establece *"el Titular adquirirá a ERTOIL, en régimen de preferencia, los lubricantes y productos afines que se vendan en la Estación de Servicio e instalaciones anejas que sean propiedad del titular."*

La preferencia en la adquisición de lubricantes y productos afines deberá entenderse como la compra por el titular del 100% de sus necesidades de aceites lubricantes en envases superiores a 5 litros y del 75% de sus necesidades en envases iguales o inferiores a 5 litros".
9. La CLAUSULA TERCERA del contrato 3 (concesión 15.363) establece: *El presente contrato entra en vigor en el día de su firma, salvo en el caso del suministro en exclusiva de carburantes y combustibles, que empezará a operarse a partir de la fecha en que ERTOIL pueda legalmente suministrarlos."*

A partir de esa fecha, la duración del contrato será de diez años más...".
10. La CLAUSULA TERCERA del contrato 4 (concesión 10.939) establece: *El presente contrato entra en vigor en el día de la puesta en marcha de la Estación de Servicio."*

La duración del contrato será de diez años...".
11. La CLAUSULA SEXTA del Contrato 1 (concesión 3.823), referente a Suministro de Carburantes y Combustibles, en su apartado 5 establece: *"La exclusividad de suministro pactada en esta cláusula tendrá una duración de 10 años a contar desde el primer suministro efectivo..."*.
12. La CLAUSULA SEPTIMA del Contrato 1 (concesión 3.823) establece: *La eficacia de este contrato se inicia con la fecha de su firma y se extenderá por un plazo de 10 años, a contar desde la efectiva entrada en vigor de la cláusula de suministro de combustibles y carburantes en exclusiva"*.
13. La fecha del primer suministro en los tres primeros casos fue durante el mes de junio de 1992 y la del cuarto contrato el 10 de marzo de 1992 y la fecha de vencimiento del contrato, facilitada por CEPESA, diez años a contar desde

el primer suministro.

14. Por actas notariales de fechas 16 de marzo y 17 de junio de 1994 se certifica que CEPSA envió a las Estaciones de Servicio que tenían contratos firmados con ERTOIL y/o DETISA, como son los casos de las concesiones nº 15.363 y 10.939, una carta en la que informan que en relación con el contenido de la cláusula primera, referida a publicidad de otros productos distintos a los que son objeto de exclusividad, y al amparo de lo establecido en el Reglamento 1984/83, podrán instalar o distribuir en la Estación de Servicio material de publicidad de productos entregados por empresas terceras, en la proporción a la parte que representen tales productos en el volumen de facturación total de la Estación de Servicio.
15. La Dirección General IV de la Comisión de las Comunidades Europeas, envió un escrito a CEPSA de fecha 26 de julio de 1994 en el que se decía: "Por cartas fechadas el 9 de junio y el 6 de julio últimos, acreditan Vds. debidamente el cumplimiento del compromiso contraído con la Comisión en el sentido de, por vía notarial, comunicar a todos los titulares de estaciones de servicio vinculados con su Compañía, en base a contratos en los que se contenían cláusulas suspensivas del inicio del cómputo de su duración, la modificación de dichos acuerdos en los términos, previamente acordados con la Comisión, contenidos en las comunicaciones que a tal fin han recibido recientemente los citados empresarios de estaciones de servicio." Declara que dichos contratos son conformes con el Reglamento (CE) nº 1984/83 de la Comisión del 22 de junio de 1983.
16. En las diligencias de prueba ante el TDC los confesantes, con matices diferentes, afirmaron haber hecho publicidad de otros productos distintos a la marca CEPSA sin que fueran requeridos por ésta para retirarla.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Antes de entrar en el fondo de la cuestión que constituye el objeto de este expediente, es preciso resolver dos alegaciones previas de CEPSA. La primera con respecto a la prescripción de las posibles infracciones cometidas en relación con los contratos de las estaciones de servicio 3.823, 15.363 y 10.939 puesto que dichos contratos fueron firmados el 23 de febrero de 1.990, el 2 de abril de 1.990 y el 2 de enero de 1.991, respectivamente. La segunda, respecto a la caducidad del expediente.

En relación con la prescripción hay que manifestar que el plazo de prescripción, según establece el TDC en la Resolución 381/96 de 14 de marzo de 1997, se interrumpe con el primer acto del Servicio con

conocimiento formal del interesado y que este acto fue la incoación de expediente que se realizó el 14 de marzo de 1996. Desde que se firmaron los contratos hasta la incoación de expediente han transcurrido los cinco años que establece el artículo 12 de la LDC como plazo de prescripción. No obstante, las infracciones no terminaron en el momento de la firma del contrato, ya que se trata de infracciones de tracto sucesivo que se desarrollan de modo continuado y sin interrupción hasta la modificación de las cláusulas, en su caso, o la finalización del contrato.

En cuanto a la caducidad, cabe manifestar que, tal y como ha afirmado el TDC en la Resolución de 9 de diciembre de 1997 en relación con el expediente r257/97, *"la condición de aplicabilidad del art. 43.4 se da cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos"* y este expediente ha sido iniciado por medio de denuncia y, al tener el denunciante interés legítimo, se le considera interesado en el expediente y el procedimiento es susceptible de producir efectos favorables para los ciudadanos interesados; por lo que no le es de aplicación el artículo 43.4 de la LRJAP y PAC.

Por otra parte, el TDC ha indicado en la misma Resolución razones adicionales para lo aplicabilidad del art. 43.4 de la LRJAP y PAC, como son el interés público que persigue la LDC y la multitud de trámites que han de seguirse en dos órganos sucesivamente para que se produzca una resolución que, aún con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de 6 meses previsto en el R.D. 1398/93, que está concebido para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador.

Además el TDC en su Auto de 20 de marzo de 1996 (Expte. 369/96), resalta que la LDC no establece plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella afirmando: *"Conviene recordar que se trata de un singular y especial procedimiento a dos niveles: instrucción en el Servicio de Defensa de la Competencia y resolución por el Tribunal de Defensa de la Competencia. El procedimiento en el Servicio incluye la instrucción de una información reservada, en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una nota sucinta en el BOE, el establecimiento de un Pliego de Concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas, la valoración de pruebas y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (art. 36 y 37 LDC). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá su admisión en el plazo de 5 días, poniendo el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de quince días para proposición de pruebas y solicitud de celebración de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el Tribunal resolverá en el plazo de 5 días; el resultado de las pruebas se*

pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de 10 días, pasado, por fin, a la vista o conclusiones, salvo que se aplace la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Órganos Comunitarios europeos (art. 39 a 44)"... "Por ello, cabe reafirmarse, como se decía en el párrafo anterior en que a la LDC no le son aplicables plazos máximos del R.D. 1398/93, sino los plazos que ella misma prevé para los diferentes trámites que establece."

2. Una vez acordado el sobreseimiento parcial de este expediente sancionador por el Servicio de Defensa de la Competencia, confirmado posteriormente por la Resolución R 280/97 de este Tribunal, sólo queda resolver ahora sobre los tres cargos propuestos por el Servicio de Defensa de la Competencia y que se citan en el punto 11 de los Antecedentes de Hecho.
En dicha Resolución, respecto de la aplicación de la LDC en relación con los contratos celebrados en régimen de comisión, se reitera de nuevo su criterio aludiendo a la Resolución de 25 de junio de 1990 donde se señala que "en el ámbito del Derecho de la Competencia, los contratos de colaboración, y más concretamente los de comisión, agencia y mediación, incluso en aquellos casos en que los agentes actúan como mandatarios y han suscrito pactos de exclusividad, plantean la cuestión de si pueden considerarse como acuerdos a los efectos de aplicación a los mismos de la prohibición contenida en el artículo 1º de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. En efecto, como es sabido, para que exista una práctica colusoria restrictiva de la competencia se precisa ante todo el concurso de voluntades de personas distintas y dotadas de libertad económica para decidir. Pues bien, como ha puesto de relieve este Tribunal en su Resolución de 30 de marzo de 1974, seguida, entre otras, por la Resolución de 24 de noviembre de 1988, tanto los agentes comerciales como los mediadores o comisionistas carecen de esa libertad, pues su actividad es complementaria de la del empresario para el que actúan".
3. Debemos dilucidar ahora sobre si se ha acreditado suficientemente la existencia de conductas restrictivas de la competencia en tres puntos:
 1. Respecto a si la prohibición de realizar publicidad de otros productos, a excepción de la publicidad autorizada por el mayorista que se contenía en la cláusula primera de los contratos con las estaciones de servicio CECALMA (concesión 15.363) y estación de servicio de Huerca-Overa (concesión 10.939), constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

2. Si está acreditada la imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes a la estación de servicio 3.823 de Orense que podía constituir una conducta prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.
3. Si se ha podido probar la preferencia de compra de lubricantes a CEPSA fijando determinados volúmenes de compra que se establecía en la Cláusula primera del contrato con la estación de servicio CECALMA (concesión 15.363) que podía constituir una conducta prohibida por el artículo 1.1. a) de la LDC que no ha sido objeto de autorización al amparo de su artículo 3.
4. Respecto a los posibles incumplimientos de la ley reseñadas en los puntos 1 y 3 del apartado anterior, el artículo 1º de la LDC sobre conductas prohibidas dice que “se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio” . A su vez, el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías, dice en su artículo 1º que de conformidad con el art. 5.1 a) de la LDC quedan autorizados los acuerdos de distribución exclusiva, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE número 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983.

Por otra parte, si bien el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE declara incompatibles con el mercado común y prohíbe todos los acuerdos entre empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, no obstante, el apartado 3 indica que las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables en determinadas circunstancias. Por su parte el artículo 1 del Reglamento (CEE) 1984/83 de la Comisión concreta dicho apartado a los acuerdos en los que sólo participen dos empresas y en los que una de ellas, el revendedor, se comprometa con la otra, el proveedor, a comprar para su reventa determinados productos especificados en el acuerdo únicamente a él, a empresas vinculadas a él o a terceras empresas a las que haya encargado la distribución de sus productos. Más en concreto: el artículo 10 del citado reglamento se refiere al caso de las estaciones de servicio respecto a determinados carburantes para vehículos de motor y combustibles a base de productos derivados del petróleo especificados en el acuerdo. En este sentido, los contratos que se tratan en este expediente podrían acogerse a la exención por categorías de dicho Reglamento y, por derivación, gozar de exención según el artículo 5 de la LDC.

Sin embargo, el artículo 11 del Reglamento 1984/83 de la Comisión dice también que "fuera de la obligación expuesta en el artículo 10, no podrá imponérsele al revendedor ninguna otra restricción de competencia aparte de: b) la obligación de no utilizar en la estación de servicio designada en el acuerdo lubricantes o productos derivados del petróleo afines ofrecidos por terceras empresas si el proveedor o una empresa vinculada a él hubieren puesto a disposición del revendedor, o hubieren financiado, un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase de vehículos de motor; c) la obligación de hacer publicidad para los productos entregados por terceras empresas, dentro y fuera de la estación de servicio, únicamente en proporción de la parte que representen tales productos en el volumen de negocios total de la estación de servicio".

Los dos contratos que se analizan y que contenían esas cláusulas restrictivas podían incurrir en infracciones de la ley. Ahora bien, conviene señalar los siguientes puntos:

1. CEPSA quedó subrogada en los contratos de suministro que las estaciones de servicio números 15.363 y 10.939 suscribieron con ERTOIL, y no existen pruebas de que haya impuesto a las estaciones de servicio la publicitación en exclusiva de los productos de CEPSA, ni prohibido el hacer publicidad de productos ajenos. Aun cuando en los contratos de suministro suscritos con ERTOIL, la publicidad era impuesta en exclusiva por ella, desde que CEPSA se subroga en el contrato, no existen pruebas fehacientes de que exigiese a las estaciones el cumplimiento de esta cláusula.
2. CEPSA, además, el 17 de enero de 1.997 envió por conducto notarial una carta a todas las estaciones de servicio que traían causa de ERTOIL, para significarles la inoperancia de las cláusulas contractuales objeto de revisión. La Comisión de las Comunidades Europeas, tal y como se indica en los antecedentes de hecho, dió por buena la rectificación.
3. A través de las pruebas practicadas, reportaje fotográfico y confesión de las partes, ha quedado acreditado que CEPSA nunca ha prohibido la realización de publicidad de productos distintos a la marca del mayorista en las estaciones de servicio CECALMA número 15363 y Huerca-Overa número 10.939. Aun cuando en los contratos de suministro que suscribieron con ERTOIL, la publicidad era impuesta por ésta, cuando CEPSA se subroga en los contratos, en ningún caso exigió el cumplimiento de esas cláusulas contrarias a la libre competencia.

Por lo tanto, dado que CEPSA rectificó los contratos de exclusiva en los términos que se le indicaron; que la DG IV aprobó explícitamente tales rectificaciones; que fue comunicada a las estaciones de servicio de su bandera; que el Servicio reconoce en su informe un alto grado de colaboración por parte de CEPSA durante la tramitación de todo el expediente; que se subrogó en los contratos que se tenían suscritos con ERTOIL; y que se ha comprobado la no exigencia de tales cláusulas a las estaciones de servicio, entendemos que no han sido acreditadas las conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC.

5. Respecto al punto 2 de las posibles conductas prohibidas en el que se propone la sanción por haber incurrido en una conducta prohibida en el artículo 1.1 a) de la LDC por la imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes a la estación de servicio número 3.823 de Orense, conviene reseñar que, si bien dicha práctica estaría prohibida, dado que esa estación de servicio tiene un contrato de reventa y no de comisión con CEPSA, entiende este Tribunal que el aparato “Verifone” utilizado por las estaciones de servicio de la red CEPSA sirve como medio de comunicación de las estaciones con la central y que es un medio voluntario y a través del mismo se informa a las estaciones de los precios que deben poner si son comisionistas y del precio al que CEPSA va a vender a la estación. El propietario de la estación de servicio implicada compra los productos a CEPSA en firme, no estando obligado a acceder al “Verifone”, y los precios que CEPSA le comunica son los precios a los que le vende aplicando determinados descuentos que conoce. No queda acreditado, por lo tanto, que se haya incurrido tampoco en ninguna conducta prohibida.
6. Respecto a las estaciones de servicio implicadas tampoco se ha acreditado, lógicamente, que hayan incurrido en conductas prohibidas. En estos casos cabe añadir varias circunstancias que conviene tener en cuenta: 1) que el origen de su inculpación está en la elección al azar de una serie de contratos tipo entre el conjunto de titulares de estaciones de servicio, y que se accedió a su aportación, lo cual puede ser considerado como un acto de colaboración para poner en evidencia conductas prohibidas; 2) que los inculpados han manifestado que se limitaron a adherirse a los contratos tipo prefijados sin que ni siquiera se planteara la discusión sobre sus términos; 3) que se puede presumir con lógica que los titulares de estaciones de servicio no intervinieron ni en la inclusión de las cláusulas en el contrato, ni en su posterior modificación que lo hacía ajustado a Derecho; y por último y fundamentalmente 4) que el exclusivo beneficiado de la inclusión de tales cláusulas restrictivas en el contrato y de las derivadas de la aplicación del mismo hubiese sido CEPSA, tal y como argumenta el Servicio de Defensa de la Competencia.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

Declarar que en el presente expediente no se ha acreditado la comisión de prácticas restrictivas y discriminatorias de la competencia prohibidas en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la notificación de esta Resolución.