

RESOLUCIÓN (Expte. A 179/96 Acuerdo Marco Repsol)

Pleno:

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 12 febrero de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Juan Manuel Fernández López, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente A 179/96 (1372/96 del Servicio de Defensa de la Competencia), incoado en virtud de solicitud de autorización singular formulada por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. de un acuerdo marco de referencia para la fijación de comisiones a percibir por venta de combustibles en 1996 por los explotadores de AA.SS. en vía pública con la Asociación Nacional de Expendedores de Productos Petrolíferos en Surtidores en Vía Pública.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. (en adelante, Repsol) solicitó con fecha 29 de marzo de 1996, autorización singular para poner en práctica un acuerdo con la Asociación Nacional de Expendedores de Productos Petrolíferos de Surtidores en Vía Pública (en adelante, Asociación Nacional).

Se aclara en la solicitud que el acuerdo constituye un marco de referencia consensuado con la Asociación "*para fijar las comisiones a percibir durante 1996 por la venta de carburantes y combustibles en aparatos surtidores y unidades de suministro (AA.SS.) suministrados en exclusiva por Repsol Comercial y de los que ésta es propietario, siendo los explotadores normalmente arrendatarios de industria con exclusiva de suministro*".

2. Se llevó a cabo la correspondiente información pública a que se refiere el art. 38.3 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC) y el art. 5 del Real Decreto 175/1992 de Autorizaciones, sin que se produjera comparecencia alguna o alegaciones por parte de tercero.

También se solicitó del Instituto Nacional de Consumo el informe previsto en el art. 38.4 LDC y art. 5 del Real Decreto 157/1992, con la respuesta por el Consejo de Consumidores y Usuarios de que no presentan alegaciones a la solicitud formulada.

3. Remitido el expediente por el Servicio al Tribunal de Defensa de la Competencia, se acordó por éste mediante Auto de fecha 19 de junio de 1996 devolver el expediente al Servicio a fin de que se diera cumplimiento a lo ordenado en el art. 6.2 del Real Decreto 157/1992, toda vez que conforme se señala en el mismo sólo es posible una calificación única y no alternativa como realiza el Servicio. Al propio tiempo, se interesó del Servicio la práctica de diligencias (art. 7 Real Decreto 157/1992) que permitiese una calificación unívoca.

En concreto, se interesó la práctica de las siguientes diligencias:

- 3.1. Traer al expediente los Estatutos actualizados de la Asociación Nacional de Expendedores de Productos Petrolíferos en Surtidores en Vía Pública, debidamente certificados por el encargado del Registro público correspondiente, acreditándose también la actual personalidad jurídica de aquélla.
 - 3.2. Las necesarias para concretar el contrato o contratos diversos suscritos por Repsol con los miembros pertenecientes a la citada Asociación a los que va a afectar en su caso el acuerdo, de forma que permitan su calificación jurídica.
 - 3.3. Cualquier otra que, con libertad de criterio, considere necesaria el Servicio para calificar el acuerdo sometido a autorización en los términos que señala el art. 6, párrafo 2º, del Real Decreto 157/1992.
4. Asimismo, en la indicada Resolución se acordó por el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16.2 del tan repetido Real Decreto, el requerir expresamente a Repsol haciendo constar que en principio, y hasta tanto no se complementen las diligencias interesadas al Servicio y se dicte la correspondiente Resolución, aquella entidad deberá abstenerse de la puesta en práctica provisional del acuerdo para el que solicita autorización.

5. Con fecha 14 de octubre de 1996 se recibe nuevamente el expediente en el Tribunal una vez practicadas las diligencias interesadas al Servicio con el siguiente resultado:
 - 5.1. Ha quedado acreditada la subsistencia de la personalidad jurídica de la Asociación por certificación expedida por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (folio 140).
 - 5.2. Se ha incorporado al expediente un modelo de contrato suscrito por Repsol con los distintos miembros de la Asociación, con la manifestación de aquella de que este tipo de contrato es el empleado con aquellos explotadores con los que la relación se ha formalizado por escrito (folio 111)
6. El Servicio en su informe entiende que el acuerdo objeto de autorización, en la medida en que dichos explotadores son empresarios independientes a los que, sin embargo, se limite la posibilidad de fijar su precio de venta al público, es una práctica prohibida de las tipificadas en el art. 1.1.a) LDC, no es susceptible de autorización singular, al amparo del art. 3.1 de la misma Ley.
7. Por el Tribunal se acordó el trámite contradictorio del expediente (art. 10.a. Real Decreto 157/1992), y en consecuencia la puesta de manifiesto del expediente a los interesados y al Servicio de Defensa de la Competencia a fin de que pudiesen proponer prueba y solicitar la celebración de vista si a su derecho conviniera.
8. Dentro del término sólo se propuso prueba por Repsol, consistente en la incorporación al expediente de fotocopia, cotejada por Notario, de la carta que dirige a dicha empresa la Comisión CEE en fecha 2 de junio de 1994, acordándose por el Tribunal la incorporación al expediente de la citada prueba documental por Providencia 3 de diciembre de 1996, por la que también se concedió plazos sucesivos para valoración de prueba y para conclusiones ya que no se había solicitado la celebración de vista.
9. Mediante escrito de fecha 12 de diciembre de 1996 por Repsol se formularon conclusiones en los siguientes términos:
 - Que la supuesta contradicción señalada por el Servicio en su Informe entre el arrendamiento de industria y el suministro en régimen de comisión tiene absoluta lógica jurídica y económica y en el ámbito específico del acuerdo cuya autorización se solicitó, que tiene su apoyo legal en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, que ordena: "*Se extingue la relación de Derecho Público vigente*

entre los agentes de aparatos surtidores y el Monopolio de Petr6leos, continuando los titulares de la explotaci6n de punto de venta, en r6gimen de suministro de Derecho Privado con la entidad que ostente la titularidad dominial de la instalaci6n.

- *Los titulares de la explotaci6n del aparato surtidor podr6n exigir el suministro en r6gimen de comisi6n por cuenta ajena, ateni6ndose la determinaci6n de la comisi6n a los criterios actuales".*
- Tambi6n afirma que el acuerdo marco versa sobre precios de venta al p6blico pues, aunque en el suministro en r6gimen de comisionista el precio de venta al p6blico se fija por el suministrador, que es en cuyo nombre se contrata con el p6blico, el acuerdo marco afecta s6lo a la retribuci6n de los comerciantes por sus servicios siendo s6lo una mera referencia supeditada al acuerdo individual.
- Repsol como suministrador no fija en todos los puntos de venta que suministra en r6gimen de comisi6n el mismo precio, sino que sigue una pol6tica de precios localmente diferenciada en atenci6n a diversos pactos.
- Adem6s la cl6usula s6ptima-1 del modelo acompa6ado posibilita al industrial descuentos con cargo a su comisi6n.
- Repsol es consciente de que este tipo de acuerdos puede entenderse prohibido por el art. 1 LDC y por ello solicita la autorizaci6n al entender que concurren los requisitos del art. 3 de dicha Ley.
- Finalmente, manifiesta que el inter6s de Repsol no radica tanto en el otorgamiento de la autorizaci6n, ya que no tiene inconveniente en la negociaci6n individual de las comisiones, cuanto con la aclaraci6n por parte del Tribunal de si es o no autorizable la negociaci6n del acuerdo marco de referencia colectivos entre Asociaciones de gasolineros y Compa6ias petroleras.

Ni el Servicio ni la Asociaci6n Nacional formularon conclusiones.

10. El Pleno del Tribunal deliber6 y fall6 el presente expediente encargando de la redacci6n de la Resoluci6n al Vocal Ponente.
11. Son interesados:
 - Repsol Comercial de Productos Petrol6feros S.A.
 - La Asociaci6n Nacional de Expendedores de Productos Petrol6feros en Surtidores de V6a P6blica.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El Auto de este Tribunal de 19 de junio de 1966, por el que se acuerda devolver el expediente al Servicio para la práctica de diligencias, señalaba la necesidad de llevar a cabo todas las precisas para poder concretar el contrato o contratos diversos suscritos por Repsol con los miembros de la Asociación a los que, en su caso, pudiera afectar el acuerdo para el que solicitó autorización singular. El Servicio solicita a Repsol copias de dichos contratos a lo que responde esta entidad acompañando un modelo de contrato y manifestando que es el empleado en aquellos supuestos en que la relación se ha formalizado por escrito, que es la mayoría de los casos (folio 111, expte. SDC).

Sorprende la afirmación de Repsol de que en algunos casos estos pactos no se han llevado a cabo por escrito, pues, a pesar de la libertad de forma en contratación que rige en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1278 C.C. y 51 C.Co.), los contratos mercantiles vendrán a exigir en definitiva la forma escrita para su prueba, según se deriva del art. 51 C.Co. Máxime en supuestos de contratos complejos como el que se examina, que precisarán además la forma escrita para poder comprobar si se adaptan a las exigencias del Reglamento CEE nº 1984/83, pues en otro caso, se podría abrir una vía de fraude de ley.

El modelo de contrato de Repsol, pese a los reproches que pueda comportar desde el punto de vista del ordenamiento jurídico privado, permitió al menos al Servicio y también ahora a este Tribunal calificar a, los solos efectos de este expediente que por el objeto sobre el que versa no exige una mayor concreción, de relaciones contractuales entre empresarios independientes.

2. Los pactos contenidos en el contrato de Repsol resultan calificables como relación entre empresas independientes. Así se deduce del contenido de las siguientes estipulaciones:
 - Repsol cede al "Industrial" bajo la fórmula de arrendamiento de industria el uso y disfrute de los bienes de todo tipo que componen la unidad de suministro (cláusula primera).
 - Se establece como obligación del industrial el pago de merced arrendaticia (cláusula cuarta-2).
 - También se pacta como obligación del industrial la asunción del riesgo en la contratación del personal que requiera la explotación de la Unidad de suministro (cláusula cuarta-5).

- El importe de los productos suministrados por Repsol se abonarán a ésta por el industrial al contado, o en un plazo máximo de nueve días, si previamente se han prestado garantías suficientes a juicio de Repsol (cláusula séptima.6 en relación con la cuarta).
- El Industrial asume el riesgo de los productos desde el momento en que los recibe de Repsol (cláusula Novena-4).

No queda claro si Repsol impone los precios de venta al público de los carburantes. En la cláusula séptima.1 se dice que "*el industrial comercializará los carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de Repsol y en el precio y demás condiciones por la misma establecidos, dentro de los límites reglamentarios*". Pero a continuación se señala que "*cualquier descuento que pudieran aplicar será con cargo a su comisión*". Se desconoce a qué límites reglamentarios se refiere.

3. La indefinición e incluso contradicciones de los pactos es evidente. Dificilmente se puede coexistir esta cláusula, dentro de la indefinición de pactos que contiene, con aquellas otras en que se establece que el Industrial asume el riesgo de la explotación de su negocio (personal, pago del producto, deterioro o pérdida del mismo desde que entra en su industria, etc.).

No obstante, la propia cláusula parece permitir fijar al Industrial el precio final de venta al público con cargo a su margen.

Existe un arrendamiento de industria que pese a la vinculación que se establece con el suministro perfecciona un contrato en sí independiente. Pudiera acontecer que ante un incumplimiento de Repsol en el suministro una sentencia definitiva resolviese aquel contrato permitiendo la subsistencia del arrendamiento de industria.

Los pactos referentes a la comercialización de combustibles y carburantes se califican por Repsol de suministro en exclusiva en régimen de comisión por cuenta ajena (folio 111 Expte. del Servicio). Después alega: A pesar de que comercialicen los combustibles y carburantes por cuenta de Repsol, los explotadores de los puntos de venta afectados por el acuerdo pueden ser considerados empresarios independientes ya que organizan por su cuenta y riesgo la actividad minorista que desarrollan en el punto de venta.

No se precisa aquí a efectos de este expediente una calificación jurídica puntual del contrato, esto es si se trata de un contrato de comisión en nombre propio o por cuenta del comitente (arts. 245 y ss. C.Co.) o de las

más modernas figuras de contratos de distribución: agencia (Ley 12/1992) o de concesión mercantil (configurado por la jurisprudencia y regulado en diversos Reglamentos CEE), pero está claro que compra en firme para revender, luego difícilmente puede ser comisionista..

4. La autorización singular solicitada por Repsol se refiere a la negociación con la Asociación Nacional, de la que forman parte 423 asociados (folios 50 a 80 del expediente del SDC), si bien Repsol manifiesta que afectaría a 488 (folio 30 expte. del SDC) de las comisiones a abonar por aquélla a los diversos industriales con los que tiene establecidas Repsol sus relaciones a través de contratos escritos en los términos del modelo unido al expediente (o bien verbalmente). Se denomina acuerdo marco, pues la aplicación de las comisiones que se establezcan requerirá el posterior consentimiento expreso de cada industrial (folio 9 Expediente del SDC). El interés de Repsol en el expediente *"no radica tanto en el otorgamiento de la autorización ... cuanto en la clarificación por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia de si es o no autorizable la negociación de un acuerdo de referencia colectivo entre las Asociaciones de gasolineras y las compañías petroleras..."* (folios del escrito de conclusiones de Repsol a los folios 47 y 48 expte. del Tribunal).

Como ya tiene señalado este Tribunal en su Resolución de fecha 3 de junio de 1996, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas prohibidas por el art. 1 LDC pueden ser autorizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia, conforme señala el art. 4 de la misma Ley, siempre que concurren los supuestos y requisitos examinados en el art. 3 de la propia Ley, con independencia de las exenciones por categorías que tiene carácter general y que pueden ser realizada por Real Decreto. El legislador ha optado así por la vía de excepcionar, bien de forma genérica (por la vía de las excepciones por categorías), bien por la vía específica e individualizada de la autorización singular, aquellos supuestos que, no obstante estar prohibidos por el art. 1 de la Ley por ser restrictivos de la competencia, podrían ser admitidos.

En el supuesto de la excepción por categorías una norma declara que determinados acuerdos (enumerados en el art. 1 del R.D. 157/1992, de 2 de febrero) están autorizados, con independencia de que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda retirar la exención en determinados supuestos (art. 2 R.D. 157/1992).

El mecanismo establecido por el legislador para la autorización individual es diferente. Aquí no existe una exención de carácter general, sino que el art. 3 LDC permite que el Tribunal de Defensa de la Competencia autorice excepcionalmente y de forma individual un acuerdo, decisión,

recomendación o práctica prohibidos por el art. 1 de la propia Ley, si concurren las circunstancias que enumera el art. 3 La autorización viene configurada como excepcional, lo que determina que por el Tribunal se analicen cuidadosamente las características del supuesto concreto para determinar si concurren las circunstancias que justifiquen que un acuerdo contrario a la competencia sea autorizado.

De lo hasta aquí señalado cabe finalmente deducir que no es atendible la petición del solicitante de que se clarifique por el Tribunal si es o no autorizable un acuerdo marco de referencia colectivo entre las asociaciones de gasolineras y las compañías petroleras acerca de la actualización de sus condiciones y prestaciones contractuales. Sólo el caso concreto con sus propios matices y circunstancias, para el que debe solicitarse autorización singular, permitirá al examinarse por este Tribunal, comprobar si concurren las condiciones que señala el citado art. 3 LDC y, en definitiva, si la práctica o el acuerdo permite sacrificar la competencia en aras del logro de una mayor eficiencia en el mercado. La decisión de negociar colectivamente condiciones generales en interés de los asociados, es una práctica prohibida por el art. 1 LDC (Resolución de 30 de julio de 1992).

5. Por lo que respecta al "acuerdo marco" concreto para el que se pide autorización en este expediente, bueno es recordar que como ya tiene establecido este Tribunal en su Resolución de 28 de junio de 1995 (Tocoginecólogos España), en régimen de economía de mercado, el juego de la competencia en que reposa el sistema exige que los oferentes de servicios decidan y contraten autónomamente, sin ningún tipo de acuerdo para actuar de manera igual o conjunta, ya se tome el acuerdo directamente por los oferentes entre sí, ya se utilice para ello una asociación en la que estén integrados (art. 1 LDC). Tales conductas son lícitas únicamente cuando una norma de suficiente rango legal así lo disponga (art. 2.1.) o cuando el Tribunal conceda una autorización individual (art. 4 LDC). Esta doctrina ha sido reiterada en la más reciente Resolución de 4 de junio de 1996 (Vendedores de Prensa de Santander). Así, habría que comprobar, pues, si concurren los requisitos que establece el art. 3 LDC para posibilitar tal excepcional autorización.

En su solicitud Repsol afirma que *"el acuerdo puede contribuir a mejorar la comercialización de gasolineras y el progreso económico en la medida en que permite una referencia objetiva para la retribución o comisión de los explotadores de puntos de venta por cuenta ajena, eliminando las inconvenientes prácticas de una negociación independiente con cada explotador"* (folio 5 del expte. del SDC). De esta afirmación no está convencida ni la propia Repsol, al anteponer el verbo *"puede"*. Será, en su

caso, más conveniente para Repsol sin que, por ello, derive contribución alguna a la mejora de la comercialización y al progreso económico, lo que no demuestra la solicitante.

Tampoco va a permitir participar a los consumidores en ventaja alguna, pues no se deriva del acuerdo y lo afirmado al respecto por Repsol (folio 6 expte. del SDC), "*que facilita una ordenada continuidad en el funcionamiento de los puntos de venta*" y que "*los costes en concepto de comisión tenga un fundamento objetivo y razonable*" carece de toda justificación.

En definitiva, la discrecionalidad que el legislador otorga al Tribunal de Defensa de la Competencia para las autorizaciones singulares, requiere que se acrediten la concurrencia de los requisitos que establece el art. 3 LDC, lo que no acontece en este expediente.

Si, además, se tiene en cuenta el hecho concreto de que existe un número indeterminado de contratos no escritos, con pactos desconocidos a los que también afectará el "acuerdo" debe, sin duda, concluirse que el mismo no resulta autorizable.

6. La indefinición que en algunas cláusulas se mantiene, la posible contradicción de algunos de los pactos y la existencia de contratos no escritos en condiciones que se desconocen, determina a este Tribunal a instar del Servicio de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.6 LDC la instrucción del correspondiente expediente para clarificar todos los contratos que tenga acordados Repsol para la comercialización y/o distribución de productos combustibles y carburantes, así como grasas, aceites y otros productos, y comprobar si los mismos infringen las normas de la libre competencia, formulando, en su caso, la correspondiente acusación.

VISTOS los preceptos legales y demás de pertinente aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

- Primero:** Denegar la autorización singular solicitada por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. para proceder a la puesta en práctica de un acuerdo marco consensuado con la Asociación Nacional de Expendedores de Productos Petrolíferos en Surtidores en Vía Pública, prohibiendo, en consecuencia, su puesta en práctica.

Segundo: Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que instruya el correspondiente expediente que permita la clarificación de los contratos que Repsol tenga pactados para la comercialización y/o distribución de sus productos y comprobar si los mismos infringen las normas de competencia y formule, en su caso, la correspondiente acusación.

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 ser impugnada a través de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en plazo de dos meses a contar desde su notificación.