

RESOLUCIÓN (Expte. r 536/02, REPSOL/Estaciones de Servicio)

Pleno

Excmos. Sres.:

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 3 de noviembre de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 536/02 (2.346/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio, SDC), interpuesto por la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía y por la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de España (EESS, en adelante) contra el Acuerdo de la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 9 de julio de 2002 que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A. (REPSOL), por presuntas conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y por el artículo 81.1 T.U.E., consistentes en la modificación unilateral de contratos de compra exclusiva manteniendo condiciones no autorizadas por la nueva legislación de restricciones verticales, así como en el incumplimiento de la Resolución de 11 de julio de 2001 recaída en el expediente 490/00, REPSOL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de 11 de diciembre de 2001, las EESS formularon denuncia ante el Servicio contra REPSOL por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC consistentes en la modificación unilateral de contratos de compra exclusiva de carburantes manteniendo condiciones no autorizadas por la nueva legislación de restricciones verticales.

2. El 9 de julio de 2002, tras efectuar un requerimiento de subsanación a los denunciados, contestado por éstos el 8 de enero de 2002, el Servicio acordó el archivo de las actuaciones.
3. El 30 de julio de 2002 se recibió en el Tribunal recurso de las EESS contra el acuerdo de archivo del Servicio. El Tribunal solicitó, en cumplimiento del artículo 48.1 LDC, el informe del Servicio sobre el recurso y el expediente correspondiente.
4. El Tribunal, mediante Providencia de 4 de septiembre de 2002, puso de manifiesto el expediente a los interesados, concediéndoles plazo para la formulación de alegaciones.
5. El 20 de septiembre de 2002 se recibió el escrito de alegaciones de REPSOL.
6. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 22 de octubre de 2003, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
7. Son interesados:
 - Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía
 - Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de España
 - Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Dispone el artículo 36.1 LDC que el Servicio incoará expediente cuando observe indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC. Por tanto, en los recursos contra un archivo de las actuaciones realizado al amparo del artículo 36.2 LDC, el Tribunal ha de limitarse a decidir si los datos disponibles en la denuncia bastan para poder afirmar que no existen indicios racionales de tales conductas prohibidas.
2. La denuncia comprende los 24 primeros folios del expediente del Servicio e iba acompañada de numerosos documentos que se contienen en los 316 folios siguientes.

En respuesta de 8 de enero de 2002 (folio 343) a la solicitud de concreción de hechos y preceptos infringidos, realizada por el Servicio en requerimiento de subsanación de 11 de diciembre de 2001, las EESS denuncian la infracción por REPSOL de los artículos 1.1 y 81.1 TUE al pretender modificar los contratos de compra exclusiva con la red de EESS de tal forma que podrá:

- Continuar con la posibilidad de fijar tanto el precio de compra por las EESS como el precio de venta al público
 - Impedir que las EESS, a las que era necesario modificar sus contratos, puedan concurrir al mercado y así poder aceptar las ofertas de otros competidores de REPSOL.
 - Alargar, por un periodo muy superior al previsto en el nuevo Reglamento 2790/99, la exclusiva de compra de combustibles y carburantes.
 - No consta que Repsol haya solicitado autorización singular.
3. En el Acuerdo de archivo, el Servicio expone que el 20 diciembre 2001 REPSOL notificó a la Comisión, de conformidad con los artículos 2 y 4 del Reglamento 17, los acuerdos que definen las condiciones aplicadas a las EESS con el fin de adaptar el contenido de las relaciones contractuales a las orientaciones del Reglamento 2790/99 CE. El Servicio entiende que, conforme al principio de primacía del Derecho comunitario, el Derecho nacional de competencia no debe aplicarse hasta que la Comisión Europea no se pronuncie, evitando así perjudicar la aplicación uniforme de las normas comunitarias.

En cuanto a la forma unilateral de proceder de REPSOL, considera el Servicio que la opción elegida por REPSOL de adaptarse a las nuevas disposiciones reglamentarias, mediante un acto unilateral que libera a las EESS de todas las obligaciones que pudieran contravenir la nueva normativa, es una de las alternativas posibles.

Sobre el denunciado incumplimiento de la Resolución TDC 490/00, explica el Servicio que está siendo objeto de análisis en el correspondiente expediente de vigilancia que concluirá con el respectivo informe al Tribunal para que éste resuelva lo que proceda.

4. En el escrito de recurso contra el Acuerdo de archivo, los denunciantes alegan que no puede invocarse el principio de supremacía del Derecho comunitario cuando no ha habido inicio formal de procedimiento en la Comisión. El mero acuse de recibo de una notificación o solicitud de declaración negativa no se considera incoación de procedimiento.

En todo caso, lo que procedería si hubiera un inicio de procedimiento comunitario, según la Comunicación 97/C 313/03 de la Comisión, sería la suspensión de la decisión por las autoridades nacionales hasta que se resuelva el procedimiento pendiente ante la Comisión.

Los recurrentes encuentran *llamativo* que el Servicio, autoridad que vela por la competencia en el mercado, admita como posible la imposición

unilateral por la parte fuerte del contrato de nuevos aspectos sustanciales, cuando tal imposición vulnera los principios de bilateralidad y consensualidad que rigen en las relaciones contractuales.

En las cartas que REPSOL dirige tanto a abanderados como a arrendatarios se ofrece a los minoristas la posibilidad de *repartir su comisión con los clientes*, con lo que, según los recurrentes, se trata de imponer precios máximos en contra de lo dispuesto en la Resolución TDC 490/00.

Por último, los recurrentes estiman que no se puede aceptar el argumento del Servicio según el cual procede el archivo por estar siendo investigado el cumplimiento de la Resolución TDC 490/00 en el correspondiente expediente de vigilancia, porque lo que se denuncia son prácticas de REPSOL para un periodo distinto del analizado en la Resolución del Tribunal y en un contexto normativo diferente.

5. REPSOL expresa en sus alegaciones su conformidad con las consideraciones del Servicio en el Acuerdo de archivo y en el informe al Tribunal sobre el recurso, tanto en lo relativo a la primacía del derecho comunitario como en lo relativo a la improcedencia de debatir la ejecución de Resoluciones dictadas en otros expedientes cuya vigilancia corresponde al Servicio. Por otra parte, realiza una serie de alegaciones destinadas a mostrar que no concurre ningún elemento, siquiera indiciario, de infracción del Derecho de competencia.

REPSOL alega que en los nuevos contratos trata de adaptar sus relaciones contractuales con las EESS a los criterios del Reglamento 2790/99/CE y de las Directrices de octubre de 2000 con respeto absoluto al Derecho civil y al Derecho de competencia. REPSOL se limita a renunciar a su propio derecho de exigir restricciones a la competencia contenidas en los contratos preexistentes y distintas a la exclusiva de suministro y al respeto de la marca en su caso implantada en la ES.

Según REPSOL, como todos los derechos, incluidos los contractuales, son renunciables, y como no se impone ningún tipo de nueva obligación, tal renuncia no requiere el consentimiento de la contraparte y produce por sí misma un efecto novatorio modificativo sobre la relación contractual preexistente.

Alega también REPSOL que por lo que se refiere a la exclusiva de suministro, única restricción a la competencia que subsiste en los nuevos contratos, aunque por su cuota en el mercado español no le es aplicable a REPSOL la exención por categorías del Reglamento 2790/99/CE, se

entiende que es pacíficamente aceptado que merece el amparo de la exención por el artículo 81.3 del Tratado por ser necesaria para el funcionamiento de las redes de distribución de combustibles en EESS, en beneficio de los propios consumidores. En todo caso, aunque tras la reforma del Reglamento 17/62 la notificación no se precisa para beneficiarse de la exención, los nuevos contratos se han notificado a las autoridades comunitarias. Por ello, los modelos de contrato y su utilización en el mercado deben considerarse plenamente amparados por el Derecho Comunitario.

Según REPSOL, el único reproche de la denuncia con respecto al contenido de los contratos es el relativo a la libertad de los agentes comisionistas para repartir su comisión con los clientes, aspecto que es una estricta traslación del apartado 48 de la Directrices CE de octubre de 200 sobre restricciones verticales.

Por último, alega REPSOL que la renuncia a la exigencia de restricciones de la competencia mediante acto unilateral está expresamente prevista en el punto 66 de la Comunicación CEE publicada en el DOCE de 13 abril de 1984, así como que las relaciones de exclusiva con arrendatarios de EESS en los casos en que REPSOL no tiene la nuda propiedad del suelo en que se asientan han sido también notificadas, sin que fuera necesario para ser amparados por la exención individual, con los efectos de indemnidad que a dicho planteamiento le son propios.

6. El Tribunal no encuentra fundado que el Servicio utilice la supremacía del derecho comunitario como argumento para acordar el archivo de las actuaciones. Desde la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Wilhelm c. Bundeskartellamt* (1969) resulta claro que la supremacía del derecho comunitario, es decir, la primacía de las normas comunitarias con *efecto directo* sobre el derecho interno de los países miembros, no impide a las autoridades nacionales la investigación de conductas que pudieran infringir el ordenamiento interno, ni siquiera cuando la Comisión tenga abierto un procedimiento sobre las mismas conductas.

Además, en el presente expediente, aunque constan las notificaciones de REPSOL a la Comisión en solicitud de declaración negativa y de la exención individual prevista en el artículo 81.3 TUE, no consta ningún *acto de autoridad de la Comisión en que manifieste su voluntad de proceder*, es decir, no consta la apertura de procedimiento por la Comisión, circunstancia necesaria para que el Tribunal pudiera considerar conveniente la suspensión del procedimiento nacional en virtud del artículo 44 LDC.

7. Por lo que se refiere al fondo del asunto, el Tribunal considera que las autoridades de competencia española deben seguir con el mayor interés la adaptación de los acuerdos de REPSOL con las EESS, anteriormente amparados por normas comunitarias y nacionales que han dejado de tener vigencia, al nuevo marco legislativo, referente a exenciones de acuerdos verticales restrictivos de la competencia, determinado en el ámbito comunitario por el Reglamento CE 2790/99 y, en España, por el R.D. 378/2003.

El nuevo Reglamento de exención por categorías deja sin la protección que antes otorgaba el Reglamento 84/83 a los acuerdos entre Repsol y las EESS ya que la actual exención por categorías expresamente excluye a empresas que, como REPSOL, cuentan con cuotas de mercado superiores al 30% del respectivo mercado de referencia.

El Tribunal no comparte el convencimiento alegado por REPSOL de que la única restricción a la competencia que subsiste en los contratos, la exclusiva de suministro, merezca, sin mayor análisis *el amparo de la exención por el artículo 81.3 del Tratado por ser necesaria para el funcionamiento de las redes de distribución de combustibles en EES, en beneficio de los propios consumidores.*

Por el contrario, el Tribunal estima, en concordancia con el noveno considerando del Reglamento CE 2790/99, que *“por encima del límite de la cuota de mercado del 30 %, no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 generarán con carácter general ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan a la competencia”*, de forma que no cabe aceptación pacífica de una cláusula de exclusiva en favor de empresas con posible posición dominante sino que se precisaría, en todo caso, el examen de su legalidad y, en su caso, el análisis de cumplimiento de las condiciones exigidas por el artículo 3 LDC y 81.3 TUE.

Las cartas remitidas por REPSOL a las diferentes EESS, de texto distinto según el tipo de relación que las une, contienen el mantenimiento de la exclusiva de suministro por REPSOL y establecen otros aspectos relativos, por ejemplo, al reparto de la comisión del agente con el cliente, a la duración de los contratos en los casos en que REPSOL no tiene la nuda propiedad del suelo en que se asientan las EESS y a la fórmula de reembolso de las inversiones realizadas en caso de no renovación del contrato.

Tampoco puede el Tribunal aceptar la alegación de REPSOL de que la adaptación de los contratos a la nueva normativa comunitaria mediante un acto unilateral goza de la cobertura del apartado 66 de la Comunicación relativa a los Reglamentos 1983/83 y 1984/83 (DOCE 13/4/84) porque tal apartado no se refiere a una situación como la que se da en este caso, en la que los contratos de REPSOL pasan de estar amparados por un Reglamento a estar explícitamente excluidos en el Reglamento de exención por categorías que sustituye al anterior.

En definitiva, procede revocar el acuerdo de archivo e instar al Servicio para que continúe el procedimiento entrando en el fondo del asunto y comprobando, con independencia de la notificación de los acuerdos de Repsol a la Comisión Europea, si el mantenimiento de la exclusiva de suministro por Repsol a las EESS y si los extremos que denuncian las EESS constituyen infracción de la LDC.

8. No cabe recurso alguno contra la presente Resolución, ya que ni produce indefensión ni determina el fin del procedimiento, ni produce perjuicios irreparables a intereses legítimos.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría, y con el voto particular discrepante del Vocal Sr. Franch Menéu,

HA RESUELTO

Primero.- Estimar el recurso interpuesto por la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía y la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de España contra el Acuerdo de la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 9 de julio de 2002 que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.

Segundo.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia a la continuación del procedimiento, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de las cuestiones que se expresan en el séptimo Fundamento de Derecho.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia con devolución de su expediente, conservando copia simple del mismo y remitiendo copia compulsada del tramitado en el Tribunal y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno y

que, en su caso, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución definitiva que dicte este Tribunal.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL JOSÉ JUAN FRANCH MENÉU A LA RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE NÚM. r 536/02, REPSOL/ESTACIONES DE SERVICIO.

Siento disentir de la opinión de la mayoría que ha decidido estimar este recurso que está directamente relacionado con la Resolución de 11 de julio de 2001 del expediente 490/00 Repsol. En mi opinión, el Servicio ha actuado correcta y prudentemente en este caso. Téngase en cuenta que la denuncia es de carácter global y general sin la aportación de hechos concretos y que una vez que Repsol presentó el 20 de diciembre de 2001 -de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 4 del Reglamento 17- notificación de los acuerdos que definen las condiciones aplicadas por ésta a las Estaciones de Servicio, la actitud más adecuada aconseja prudencia a la espera de las decisiones de la Comisión Europea. Esa conveniencia de la espera prudente se acrecienta si tenemos en cuenta que dicha Resolución del Expte. 490/00 Repsol está recurrida ante la Audiencia Nacional tanto por parte de Repsol como por parte de la Asociación de propietarios de estaciones de servicio. Mi posición -en coherencia con el voto particular que formulé ya en aquel sancionador y al que me remito ahora en su integridad- es que en este caso se debería haber desestimado el recurso.

La decisión tomada ahora por la mayoría puede añadir un cierto desconcierto en los operadores. Como ya dejé escrito en aquella ocasión considero que se va a crear cierto confusiónismo respecto a la postura del Tribunal en asuntos de tanto calado y repercusión sobre la situación de la competencia en un sector básico tan relevante como es el de los productos petrolíferos, así como en lo relativo a las cláusulas que se consideran necesarias y pertinentes para que un contrato de Agencia o Comisión sea considerado como tal por el Tribunal y, por lo tanto, sea Repsol quien, lógicamente y en base al respeto a tales relaciones contractuales, fije el precio máximo de las gasolinas a los clientes finales.

En mi opinión, se puede añadir ahora mayor confusión y, por lo tanto, inseguridad jurídica a los distintos operadores. Ya resalté entonces que *firmando el contrato de intercambio se supone que ambas partes han internalizado todos los efectos secundarios positivos y negativos y la suma definitiva es siempre positiva. La clarificación de los derechos de propiedad, es decir, de los deberes y derechos de cada una de las partes firmantes de un contrato en cualquier ámbito de la vida económica, es perentorio para que pueda surgir en los operadores una tensión responsable continua de cumplir lo pactado y que se instaure un procedimiento de descubrimiento que hace*

posible que cada uno pueda actuar y decidir a partir de un conjunto de informaciones y de conocimientos, a menudo tácitos e inenunciables, de los que difícilmente se podría disponer si no fuera por la presencia de una red de intercambios libres y competitivos que se basan en el doble principio de la libertad de disposición sobre lo propio y de la libertad contractual. Sin esa claridad sobre los deberes y derechos de cada cual, no pueden fijarse los precios de los distintos bienes y servicios. Tal cuestión es muy relevante porque es precisamente mediante la estructuración de los sistemas de precios, que son símbolos de las valoraciones individuales subjetivas de miles de personas físicas o jurídicas, como las sociedades humanas gozan de sistemas de información, comunicación y coordinación para la complementación de sus distintas actividades de producción o distribución.

El conjunto de reglas y mecanismos de intervención del sistema jurídico en la vida contractual intenta, en definitiva, reducir los costes de transacción y asegurar el cumplimiento de determinadas circunstancias. Quizás queriendo atajar un problema se acabe provocando otro más grave que repercute sobre principios básicos del derecho y el buen orden económico.

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

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

Madrid, 3 de noviembre de 2003