

# **LA FIJACIÓN DE PRECIOS EN LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE CARBURANTES (Algunas observaciones sobre la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia 493 (Expte. 493/00, CEPSA) de 30 de mayo de 2001.**

**M<sup>a</sup> Rocío Quintáns Eiras**

*Sumario: I.- ANTECEDENTES. II.- DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN. III.- COMENTARIO. 1.- Introducción. 2.- Marco Legislativo de las relaciones verticales. 4.- Criterios para determinar la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de precios en la distribución de carburantes. 4.1.- Características del mercado español de carburantes. 4.2.- Tipos de contratos utilizados para la distribución minorista de carburantes. 4.3.- ¿La fijación de precios como práctica inocua o anticompetitiva?. 4.4.- El riesgo comercial o financiero como factor decisivo. 4.5.- Adaptación de los contratos de distribución de carburantes a las Directrices sobre Restricciones verticales.*

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

La Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía (en adelante, La Asociación) formuló denuncia contra la Compañía Española de Petróleos, S.A. y CEPSA Estaciones de Servicio, S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias al art. 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC). Los hechos que eran objeto de denuncia consistían, básicamente, en que las denunciadas estaban produciendo una simulación contractual al alterar el nombre de una de las partes 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 denuncias estaban infringiendo el mencionado Reglamento mediante la fijación de precios de venta al público, fijación de márgenes comerciales y cláusulas de mejor precio.

## **II.- DOCTRINA DE LA SENTENCIA.**

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 de Defensa de Competencia (en adelante SDC) y que consiste en lo siguiente:

En primer lugar, el Servicio imputa a CEPSA la comisión de una infracción del art. 1 de la LDC y del artículo 81.1 del Tratado de la CE señalando, a tal efecto, que CEPSA 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”.

El SDC estima que dicha fijación de precios por parte de CEPSA 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.

Para poder determinar la naturaleza de la mayoría de los contratos utilizados por CEPSA hay que tener en cuenta según el Tribunal de Defensa de Competencia (en adelante TDC) 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 (fundamento 7):

- 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, él 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 al realmente vendido, y con independencia de que el mismo se venda o no (fundamento 7).

Es evidente que ante esta situación mal se pueden encuadrar los contratos examinados en la figura del contrato de comisión o de agencia, pese a que en ellos se haga expresa referencia a que se actúa “por cuenta de CEPSA”, 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 (fundamento 7).

Por tanto, 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 (fundamento 7).

En otro de los contratos analizados, si bien ya no se establece de manera tan clara, 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 CEPESA 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 “*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 (fundamento 7).

Por ello, el TDC estima que, al no tratarse de auténticos contratos de comisión o agencia, las relaciones contractuales de CEPESA 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 CEPESA 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” (fundamento 8).

La sanción por la única conducta probada, esto es, la infracción del art. 1.1 de la LDC al fijarse el precio de venta al público del combustible a los distribuidores que actúan bajo el régimen llamado de “comisión”, se impone a CEPESA y a su empresa matriz, la Compañía Petróleos S.A. y consiste en una multa de 200 millones de pesetas, así como en la publicación de la Resolución en el B.O.E. y en un diario de difusión nacional.

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 limita 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, CEPESA 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.

Finalmente, y 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 CEPESA.

### **III.- COMENTARIO**

#### **1.- Introducción.**

El comentario que a continuación realizamos se ceñirá a lo que es el objeto central de análisis de la Resolución del TDC, esto es: la fijación de precios en contratos de distribución minorista de carburantes.

El tema de la imposición directa o indirecta del precio de reventa de los carburantes, es de candente actualidad, pues ha sido objeto de examen por parte de las autoridades nacionales de la competencia, tras la constatación de que existen ciertos indicios que revelan una sospechosa homogeneidad de los precios de venta al público en la práctica totalidad de las estaciones de servicio que distribuyen una misma marca de combustibles.

Existen sobre esta materia varias resoluciones del TDC<sup>1</sup> que ponen de manifiesto, como lo hace la Resolución aquí comentada, que la fijación de precios está estrechamente ligada a la confusión creada entorno a la naturaleza jurídica de los contratos utilizados para distribuir carburantes. El problema escriba esencialmente en distinguir entre, lo que dentro del sector se califica como agentes o comisionistas y revendedores. La consecuencia inmediata es que, además de otorgarse un trato muy parecido a ambos, la comunicación entre estaciones de servicio de una misma marca, ya sean formalmente dependientes o independientes, resultan más que fluida, lo que permite a éstas últimas, entre otras cosas, llegar a conocer los precios destinados a los comisionistas y en caso de resultar conveniente, adecuar los suyos, lo que termina por demostrar que la competencia intramarca está muy restringida<sup>2</sup>.

Así pues, la razón de que sea fundamental determinar la verdadera naturaleza de la relación contractual existente entre CEPSA y sus distribuidores, se encuentra en que si se consideran verdaderos contratos de agencia o comisión, la imputación de fijación de precios efectuada por el SDC quedaría excluida del art. 1 de la LDC. Por el contrario, si, pese a su denominación de “agentes”, no cumplen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para merecer tal calificación, 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 LDC, deberían en todo caso sujetarse a las prescripciones contenidas en el Reglamento CEE

---

1 *Vid.* Resolución 490 (Expte. 490/00 REPSOL), de 11 de julio de 2001; Resolución 489 (Expte. r 489/01, Repsol/Cepsa/BP), de 23 de mayo de 2002; Resolución 420 (Expte. 420/97, CEPSA) de 31 de mayo 1999 y Resolución 428 (Expte. 428/98 (CEPSA 2), de 20 de abril de 1999.

2 La Resolución del TDC 420 (Expte. 420/97, CEPSA) de 30 de mayo de 1999, dictada en el expediente sancionador seguido contra CEPSA, pone de relieve la existencia de un sistema de comunicación (Veriphone) utilizado por la compañía y sus comisionistas, al que también tienen acceso las estaciones de servicio que actúan como revendedores, lo que permite a estas últimas conocer los precios de venta impuestos por CEPSA a los primeros. Si bien el TDC resuelve que no puede considerarse acreditada la infracción de la LDC, señala que es necesario resaltar que el uso de dicho aparato en la comunicación entre mayorista y revendedor podría tener efectos anticompetitivos, constituyendo por tanto una infracción de la LDC, si tuviese como resultado una concertación de precios entre CEPSA y las estaciones de servicio de su red gestionadas por empresarios independientes, lo que en este caso concreto no se ha acreditado. Especialmente significativo es el Voto Particular formulado por el Presidente Sr. Petitbó y los vocales Sres. Castañeda y Comenge, que discrepando de la opinión mayoritaria, entienden acreditada la existencia de una práctica absolutamente contraria a la competencia.

de la Comisión 1984/83, de 22 de junio de 1983, *relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva*<sup>3</sup>.

Este Reglamento declara no aplicable el art. 85 (actual 81)<sup>4</sup> 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, entre las cuales no figura la fijación de precios, por tanto, nunca puede el proveedor mayorista fijar el precio de venta al público.

Antes de analizar en concreto, los acuerdos de fijación de precios en la distribución vertical de carburantes, veamos con carácter general cuál es la regulación que en el Derecho de la competencia se prevé para este tipo de relaciones. Sin duda, esta visión general nos permitirá entender cuál es el tratamiento que se ha de dar desde el punto de vista de la competencia a prácticas tan habituales como la fijación de precios en el sector de carburantes. Además, los cambios operados con relación a las restricciones verticales en el Derecho de Competencia comunitario, serán claves para configurar de cara al futuro próximo este tipo de acuerdos.

## 2.- Marco legislativo de las relaciones verticales.

Acuerdos verticales son aquellos celebrados entre dos o más empresas situadas en diferentes fases o niveles de la cadena de producción o comercialización, que tienen por finalidad llevar a cabo la distribución de un producto o servicio<sup>5</sup>. Por tanto, estos acuerdos se celebran entre operadores económicos que raras veces entran en una competencia directa, porque su actividad característica se desarrolla en niveles diferentes del mismo proceso productivo.

Los acuerdos verticales responden normalmente al deseo de los productores o distribuidores de controlar el comportamiento económico de aquellas empresas que operan en un peldaño inferior en la cadena de distribución; es decir, más cerca del consumidor final. Dicho control puede dar lugar a restricciones a la libre competencia -en este caso, verticales- prohibidas en virtud del art. 81.1 del TCE y el art. 1.1 de la LDC española<sup>6</sup>. Por tanto, habría que partir de la premisa de que las restricciones verticales

3 DOCE, 30.5.1983. Hay que tener en cuenta que en virtud del art. 1.1 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la LDC, en materia de exenciones por categorías autorización singular y registro de defensa de la competencia, el Reglamento comunitario 1984/83, es aplicable a los acuerdos en que participen solamente dos empresas que, perteneciendo a alguna de las categorías a que dicho Reglamento se refiere y en cumplimiento de las condiciones establecidas en él, afecten únicamente al mercado nacional.

4 El art. 81.1 se corresponde con el antiguo art. 85.1 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 (en adelante TCE). Esta nueva numeración se debe a la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999, de forma general y para España, (B.O.E. nº 109, de 7 de mayo) del Tratado de Amsterdam -firmado el 2 de octubre de 1997- por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

5 Vid. NEVEN, D., PAPANDROPOULOS, P. y SEABRIGHT, P., *Trawling for Minnows. European Competition Policy an Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Londres, 1998, pág. 17, y ALONSO SOTO, R., "Distribución comercial y Derecho de la competencia", *D.C.*, nº 12, 1993, pág. 33.

6 Las restricciones verticales -que generalmente, pero no exclusivamente, aparecen en las relaciones entre productor y su red de distribución-, como su nombre indica restringen el conjunto de estrategias aplicables a una de las empresas y de este modo afectan a la cantidad o calidad de uno de los productos complementarios en virtud de los cuales las empresas están verticalmente relacionadas (*cfr.* NEVEN, D., PAPANDROPOULOS, P. y SEABRIGHT, P., *Trawling for Minnows*, págs. 17 y sigs.). Estas restricciones pueden ser de diversas clases, pero incluyen en términos generales, la imposición de los precios de venta de los productos o servicios, la limitación geográfica del territorio donde operan los distribuidores, la comercialización en exclusiva, la asignación de clientela y las ventas asociadas.

pretenden limitar, reducir o, incluso, eliminar la competencia entre los distribuidores de un producto o servicio (competencia *intra marca*)<sup>7</sup>. Así pues, el establecimiento mediante pacto o contrato de un sistema de distribución que limita el número de revendedores (distribución selectiva), que compartimenta el mercado en zonas (exclusiva territorial) o no permite la existencia de otros operadores que vendan el producto en una zona determinada (distribución exclusiva), son acuerdos que tienen cabida entre las prohibiciones del art. 1 de la LDC y en el art. 81.1 del TCE<sup>8</sup>.

Sin embargo, por otro lado, los acuerdos verticales, y por ende las restricciones que éstos suelen contener, son instrumentos eficaces para liderar una integración de mercado y para propiciar el bienestar. Precisamente aquí reside la razón que explica la aparente paradoja de su tratamiento atenuado por el Derecho de la competencia, al que no escapa el hecho de que las restricciones verticales también producen efectos autorreguladores. Por ello, la Comisión es cautelosa ante el fenómeno de la integración vertical, del que preocupa fundamentalmente su capacidad para fomentar o, por el contrario, dificultar la integración efectiva de los mercados nacionales<sup>9</sup>.

De este modo, las restricciones verticales son centro de atención de la política de competencia comunitaria porque, por una parte -en su aspecto positivo- pueden fomentar la eficiencia y la integración del mercado y, por otra parte -en su aspecto negativo-, pueden dar lugar a un reparto de mercados y originar barreras de entrada de nuevos empresarios en el mercado<sup>10</sup>.

---

7 El grado de competencia «intra marca» en un determinado mercado es un elemento crucial a la hora de analizar el impacto de las restricciones verticales sobre la competencia: la probabilidad de que las restricciones verticales tengan un impacto negativo es menor cuanto más intensa sea la competencia «intra marca». Vid. WOODS, D. y FILIPPONI, M., “Vertical agreements”, en FAULL & NIKPAY, *The Ec Law of Competition*, Oxford University Press, 1999, pág. 560; GRIFFITHS, M., “A glorification of de minimis-The Regulation on Vertical Agreements”, *ECLR*, n° 21, 2000, pág. 245; FUENTES NÚÑEZ, L., “El futuro de la distribución comercial en Europa: el Libro Verde sobre Restricciones Verticales y el «nuevo enfoque de la Comisión»”, *D.N.*, n° 79, 1997, pág. 1, y CARLIN, F.M., “Vertical restraints: Time for a change?”, *ECLR*, n° 5, 1996, págs. 283.

8 En este sentido, vid. WOODS, D. y FILIPPONI, M., *The Ec Law of Competition*, pág. 432, y MARTÍNEZ SANZ, F., “Distribución a través de agentes y derecho de defensa de la competencia”, *R.D.M.*, n° 219, 1996, págs. 36 y sigs.. Con carácter general sobre las restricciones verticales de competencia, vid. PETITBO JUAN, A., “Las restricciones verticales de la competencia”, *Anuario de la Competencia 1997*, págs. 27 y sigs.; director Lluís Cases, ed. Marcial Pons, Fundación ICO, Madrid, 1998; KORAN, V. Y ROTHNIE, W.A., *Exclusive distribution and the EEC Competition Rules. Regulations 1983/83 & 1984/83*, Sweet & Maxwell, Londres, 1992, págs. 57 y sigs.; LUGARD, P., “Vertical Restraints under EC Competition Law: A Horizontal Approach?”, *ECLR*, n° 3, 1996, págs. 166 y sigs.; KELLAWAY, R., “Vertical restraints: wich option?”, *ECLR*, n° 6, 1997, págs. 387 y sigs.; PHEASANT, J. y WESTON, D., “Vertical restraints, foreclosure and article 85: developing an analytical framework”, *ECLR*, n° 5, 1997, págs. 323 y sigs., y VAN BAEL, I. y BELLIS, J.-F., *Droit de la Concurrence de la Communauté Economique Européenne*, ed. Bruylant, Bruselas, 1991, págs. 133 y sigs.

9 No debemos olvidar que la política de la competencia de la Unión Europea no sólo debe velar por la consecución de una competencia eficaz, sino también por lograr el objetivo de la integración del mercado (el *Libro Verde sobre Restricciones verticales a la política de competencia comunitaria*, en 1997 -COM (96) 721 final- recuerda esto en su Introducción inicial). Es, sin duda, este último rasgo el que dota de unas características especiales al Sistema Comunitario de la Competencia. Así, las restricciones verticales deben reputarse económicamente eficientes cuando permitan una mejor coordinación de las funciones de los operadores económicos que actúan en distintos niveles del canal de distribución y son beneficiosas para los consumidores. Vid. LEVER, J. Y NEUBAUER, S., “Vertical Restraints, their motivation and justification”, *ECLR*, n° 21, 2000, págs. 7 y sigs.; GRIFFITHS, M., *ECLR*, n° 21, 2000, pág. 241, y JIMÉNEZ LAIGLESIA, J.M., “Restricciones verticales: Algunas cuestiones y nuevos problemas”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 201, 1999, págs. 36.

10 Vid. TOBIO RIVAS, A.M., “Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿bases para un cambio?”, *A.D.I.*, t. XVIII, 1997, págs. 1036.

Cabe resaltar en este lugar que el Derecho de la competencia en materia de restricciones verticales ha sido objeto de reforma a través del Reglamento CE nº 2790/1999, *relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*<sup>11</sup>. Este Reglamento reemplaza, o mejor dicho deroga los regímenes relativos a la distribución exclusiva, compra exclusiva y franquicia<sup>12</sup>. Continúa vigente, sin embargo, El Reglamento relativo a la distribución selectiva de vehículos automóviles, si bien ya está en marcha la reforma de este sector<sup>13</sup>.

Precisamente uno de los Reglamentos derogados incluía una serie de Disposiciones aplicables para la exención de los acuerdos de estaciones de servicios. En efecto, el Reglamento 1984/83 dedicaba el título III a estos acuerdos, declarando inaplicable el art. 85.1 TCE (actual art. 81.1.) a aquellos «*acuerdos en los que solo participan dos empresas y en los cuales una de ellas, el revendedor, se comprometa con la otra, el proveedor, como contrapartida de la concesión de ventajas económicas o financieras, a comprarle únicamente a éste, a una empresa vinculada a él o a una empresa tercera a la que haya encargado de la distribución de sus productos, para su reventa en una estación de servicio designada en el acuerdo, determinados carburantes para vehículos de motor a base de productos petrolíferos o determinados carburantes para vehículos de motor y combustibles a base de productos petrolíferos especificados en el acuerdo*» (art. 10 Reglamento 1984/83). Este Reglamento todavía se aplica en el caso juzgado por el TDC en la Resolución aquí comentada, dado que las conductas se realizaron cuando todavía estaba vigente, de todos modos el TDC alude también al Reglamento 2790/1999.

Este nuevo Reglamento -que ha entrado en vigor el 1 de junio del 2000- resulta de aplicación, con carácter general, a los acuerdos verticales y en él ya no se recoge normas específicas para los contratos de distribución de carburantes. Este Reglamento 2790/1999, de exención por categorías plasma en un texto normativo único los principios que había anunciado la Comisión en anteriores ocasiones; fundamentalmente, la desaparición del rigor formalista y la consideración del poder de mercado. El criterio elegido por la Comisión para determinar si una empresa dispone de “cierto grado” de poder de mercado y, por tanto, si su participación en un acuerdo vertical es potencialmente peligrosa para la competencia, no es otro que la controvertida “cuota de mercado”<sup>14</sup>. Así, el Reglamento se basa en una presunción de legalidad respecto a acuerdos

11 DOCE nº L 336 de 29.12.1999.

12 Reglamento C.E. 1983/83 de 22.5.1983, Reglamento C.E. 1984/83, de 22.5.1983 -ambos publicados en el DOCE, 30.5.1983- y Reglamento C.E. 4087/88, 30.11.88 -DOCE 28.12.1988-, respectivamente.

13 Reglamento CE 1475/95, 28.5.95 -DOCE 29.5.1995-. La Comisión Europea en estos momentos está elaborando las nuevas reglas de competencia para el sector de vehículos de motor que se recogen en el Proyecto de Reglamento (CE) de la Comisión *relativo a la aplicación el apartado 3 del art. 81 del Tratado (CE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor* -D.O.C.E. C 67, 16-3-2002-.

14 No vamos a entrar a valorar en estas páginas el contenido del nuevo Reglamento 2790/1999, ya que dicha valoración sin duda merece un tratamiento individual, que excede con creces de las pretensiones de este trabajo. En todo caso, sobre este tema pueden consultarse, entre otros GRIFFIHS, M., *ECLR*, nº 21, 2000, págs. 241 y sigs.; SOLER MASOTA, P., “Libro verde sobre restricciones verticales en la política de competencia comunitaria”, *R.G.D.*, núms 658-659, 1999, págs. 8895, quien opina que este criterio de la cuota de mercado, válido y fácilmente aplicable en otros ámbitos (como el de las operaciones de concentración) resulta aquí insatisfactorio por reduccionista, ; BELLAMY, C. y CHILD, G. *European Community Law of competition*, 5ª edición, Sweet & Maxwell, Londres, 2001, págs.532 y sigs.; HUGHES, M, FOSS, C. y ROSS, K., “The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law”, *E.CLR*, 2001, págs. 421 y sigs.; MARTÍNEZ LAGE, S. y BROKELMANN, H., “El nuevo tratamiento de las restricciones verticales en el Derecho de la competencia comunitario: el Reglamento (CE) nº

verticales suscritos entre empresas cuya cuota de mercado sea inferior al 30% , siempre y cuando, además, no contengan ninguna de las cláusulas de la lista negra<sup>15</sup>. Por encima de este umbral, los acuerdos no estarán cubiertos por el Reglamento de exención por categorías, pero tampoco pesará sobre ellos la presunción de ilegalidad, sino que será necesario un examen individual a la luz del art. 81 del TCE.

Por otro lado, cabe resaltar que la Comisión siguiendo el criterio que hasta ahora venía manteniendo en la Comunicación de 24 de diciembre de 1962, relativa a los contratos de distribución en exclusiva realizados con agentes comerciales<sup>16</sup>, ha decidido que los contratos de agencia no entren en el ámbito de aplicación del Reglamento 2970/1999. En efecto, en esta Comunicación la Comisión aclaró que el art. 81.1 del TCEE no es aplicable a un acuerdo entre principal y agente, en el que este último se obligue, en relación con una parte específica del Mercado Común, a obtener negocios o a otorgar contratos en nombre y por cuenta del principal<sup>17</sup>.

Así pues, para este tipo concreto de acuerdo vertical que es la Agencia, la Política comunitaria de la competencia decide apartarse, precisamente, de uno de los objetivos que ha orientado su revisión en materia de distribución, cual es el de intentar allanar las divergencias que existen entre los criterios de enjuiciamiento antitrust prevalentes en las distintas categorías de acuerdos (distribución exclusiva, compra exclusiva, franquicia y distribución selectiva). Esto último se ha materializado en la elaboración de un Reglamento único de exención en bloque, concebido para poseer un ámbito de aplicación general<sup>18</sup>, del cual una vez mas queda fuera la figura del contrato de agencia<sup>19</sup>.

---

2790/1999”, en *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia. Descentralización, análisis económico y cooperación internacional*”, director J.M. Beneyto, ed. Bosch, Barcelona, 2002, págs. 69 y sigs., y FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., “El nuevo régimen comunitario sobre restricciones verticales: algunos aspectos jurídicos de interés”, en *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia. Descentralización, análisis económico y cooperación internacional*”, director J.M. Beneyto, ed. Bosch, Barcelona, 2002, págs.101 y sigs.

15 Este espacio protegido por debajo del umbral del 30% da a las empresas libertad para celebrar los acuerdos de suministro y distribución más apropiados para sus intereses comerciales y adaptarse a la evolución económica. Hay quien considera que el Reglamento se convierte en un de *minimis* reforzado al crear un recinto protegido dentro del cual las empresas no deben de preocuparse de los efectos que sus acuerdos verticales tienen sobre la competencia (*vid.* GRIFFITHS, M., *ECLR*, n° 21, 2000, pág. 241).

16 DOCE n° 139, de 24 de diciembre de 1962, págs. 2921 y 2922.

17 Esta es la posición mantenida en diversas Sentencias del TJCE, entre las cuales podemos citar la de 16 de diciembre de 1975, caso *Suiker Unie c. Comisión*, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73 (Rec. págs. 1663 y sigs.), en la que el Tribunal sostuvo que el art. 81.1 del TCEE no era de aplicación a las cláusulas de prohibición de competencia o a las de exclusiva territorial, así como a otras cláusulas restrictivas, entre empresario principal y agente, ya que en tales circunstancias el agente debe ser considerado como un órgano auxiliar integrante de la empresa de su mandante: mandante y agente constituyen conjuntamente una única unidad económica.

18 *Cfr.* SOLER MASOTA, P., *R.G.D.*, núms 658-659, 1999, págs. 8889, refiriéndose al Libro Verde valora positivamente la intención de unificar posiciones bajo un único reglamento de exención, máxime cuando además se constata una inquietante disparidad entre las decisiones de la Comisión y la doctrina -ocasionalmente más permisiva- evacuada por los tribunales comunitarios, a la par que cierta volubilidad en la posición de la Comisión ante los acuerdos de distribución selectiva simple.

19 En efecto, ya en el Libro Verde se omite el tratamiento de los acuerdos de agencia, a pesar de que éstos responden a la estructura de los acuerdos verticales clásicos. Sin duda, ésta hubiera sido una buena oportunidad para intentar clarificar la confusa situación que reina, en orden a la aplicación del art. 81.1 del TCE a este tipo de contratos. Son varios los autores que manifestaron en su día que la publicación del Libro Verde hubiese sido una buena oportunidad para estudiar la aplicación de las normas de competencia a ese tipo de acuerdos. En este sentido, *vid.* FUENTES NÚÑEZ, L., *D.N.*, n° 79, 1997, pág. 8, y TOBIO RIVAS, A.M., *A.D.I.*, t. XVIII, 1997, págs. 1031 y sigs. En general sobre el contenido del Libro Verde, además de los autores citados *vid.* GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “Libro Verde sobre restricciones verticales y la política de la competencia comunitaria” (noticia), *A.D.I.*, t. XVII, 1996, págs. 1148 y 1149; PETITBO JUAN, A., *Anuario de la Competencia 1997*, págs. 29 y sigs.; GINER PARREÑO, C.A. y TOBIO RIVAS, A.,

Como veremos, la Comisión ha optado por tratar los acuerdos de agencia de una manera no vinculante a través de una Comunicación que contiene las Directrices relativas a las restricciones verticales, que acompaña al Reglamento de exención por categorías (en adelante, las Directrices)<sup>20</sup>. En efecto, el párrafo 12 de estas Directrices, dispone expresamente que “*los apartados 12 a 20 sustituyen la Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales de 1962*”<sup>21</sup>.

Las Directrices parten de una definición de los acuerdos de agencia, mucho más adecuada y concreta que la que indirectamente ofrecía la Comunicación de 1962, probablemente porque ya tienen en cuenta la regulación sustantiva del contrato de agencia, en particular la Directiva 86/653/CEE, del Consejo sobre agentes comerciales<sup>22</sup>. En efecto, se considera que son acuerdos de agencia “*aquellos en virtud de los cuales una persona física o jurídica (el agente) dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la compra de bienes o servicios por parte del principal, o venta de bienes o servicios suministrados por el principal*” (párrafo 12)<sup>23</sup>.

---

“Distribución selectiva de vehículos automóviles”, *D.N.*, nº 79, 1997, págs. 70 y sigs.; CONTRERAS YNZENGA, E. y FORTÚN COSTEA, A., “Los Acuerdos de distribución en la política comunitaria de la competencia”, *Instructa*, nº 3, 1997, págs. 7 y sigs.; CARLIN, F.M., “Vertical restraints: Time for a change?”, *ECLR*, nº 5, 1996, págs. 283 y sigs.; PEEPERKORN, L., “Commission adopts Green Paper on vertical restraints in EU competition policy”, *Competition Policy Newsletter*, nº 3, 1996, págs. 10 y 11; O'TOOLE, F., “The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: Option IV Defenden”, *ECLR*, nº 20, 1999, págs. 5 y sigs., y SCHROEDER, D., “The Green Paper on vertical restraints: beware of market share thresholds”, *ECLR*, nº 7, 1997, págs. 430 y sigs.. Posteriormente la Comisión ha emitido una Comunicación del 30 de septiembre de 1998, sobre la aplicación de las reglas de competencia comunitarias a las restricciones verticales (seguimiento del Libro Verde sobre restricciones verticales) -DOCE C 365, de 26 de noviembre de 1998-. Sobre el contenido de esta Comunicación *vid.* NAZERALI, J. y COWAN, D., “The Commission’s Draft Communication on Distribution Agreements- Market Shares are Predictably Back on the Table”, *ECLR*, nº 19, 1998, págs. 409 y sigs.; *Idem.*, “Reforming E.U. Distribution Rules-Has the Commission Found Vertical Reality?”, *ECLR*, nº 20, 1999, págs. 159 y sigs., y PEEPERKORN, L. y WOODS, D., “Communication of the Commission on the application of the EC competition rules to vertical restraints-follow up to the Green Paper on Vertical Restraints”, *Competition Policy Newsletter*, nº 3, 1998, pág. 6.

20 Estas Directrices, han sido definitivamente aprobadas y hechas públicas a través de una Comunicación de la Comisión Europea el pasado 24 de mayo de 2000, mediante una Nota de Prensa, y su versión definitiva y traducida a los diversos idiomas oficiales, se publicó en el DOCE C 291, de 13 de octubre de 2000. En estas Directrices una de las novedades principales es el hecho de incluir una referencia expresa a los acuerdos de agencia, que viene a sustituir a la Comunicación de 1962.

21 Para una visión general del contenido de las Directrices en lo que se refiere al contrato de agencia, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., “Acuerdos de agencia y Derecho de la competencia: nuevo régimen de las restricciones verticales”, de próxima publicación en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 34, 2001, págs. 67 y sigs..

22 *Cfr.* Párrafo 12 de las Directrices, donde dice que “*Debe leerse (entendemos que los párrafos de las presentes Directrices dedicados a la agencia) en relación con la Directiva 86/653/CEE del Consejo*”. Esta Directiva 86/653 del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, *para la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a agentes comerciales independientes* (D.O.C.E. nº 382, de 31 de diciembre de 1986, págs. 17 y sigs.) ha sido adaptada por todos los países miembros de la UE.

23 Sin embargo, probablemente el hecho de que la Comisión se haya guiado por la definición dada en la Directiva sobre agentes comerciales, plantea un primer e importante problema, pues la Comisión acude para definir este contrato a una concepción limitativa de la actividad a realizar por el agente. En efecto, el texto de las Directrices solo se refiere a los contratos de agencia de compra o venta de mercancías o servicios, cuando estos sólo son una modalidad o tipo de los contratos de agencia. Así pues, quedan al margen de este texto un gran número de contratos de agencia, ya que la obligación del agente puede tener como objeto cualquier acto o negocio jurídico: compraventa, transporte, leasing, suministro, seguro, etc. y estos negocios pueden tener como objeto mercancías, servicios, valores etc., dependiendo de los intereses del principal. Por el contrario, las Directrices poseen la virtud de ampliar el ámbito objetivo de actuación del agente al incluir a aquellos que negocien o concluyan “servicios”, y no solamente como ocurría anteriormente a los que promocionen mercancías. Esta definición posee también la virtud de haber omitido toda alusión -como hacia la Comunicación de 1962-, a una cuestión que podía plantear problemas a tenor de las regulaciones

## 4.- Criterios para determinar la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de precios en la distribución de carburantes.

### 4.1.- Características del mercado español de distribución de carburantes.

El mercado español presenta una serie de particularidades que lo distinguen sustancialmente del panorama general conformado por el resto de países europeos. Pese a que la entrada de España en la Comunidad Europea ha obligado a adoptar medidas para eliminar el monopolio legal en este sector, lo cierto es que este mercado presenta actualmente un alto grado de concentración.

En efecto, el mercado de la distribución de carburantes posee una estructura oligopolística, dado que se reparte esencialmente entre tres grandes empresas y una de ellas domina claramente el mercado, alcanzando una cuota muy cercana al 50%. En concreto, REPSOL abarca alrededor del 45% del mercado, CEPESA-ELF tiene una cuota aproximadamente del 23%, BP MOBIL, el 12% y SHELL, sobre el 5%<sup>24</sup>.

Esta concentración se aprecia también en el transporte, ya que el mismo y la actividad logística del producto están en manos de una sola empresa, CLH, la cual se encuentra participada en su totalidad por los tres mayores operadores antes mencionados.

En este sector existe además, un alto grado de integración vertical, pues, por norma general, las compañías no sólo producen, refinan, transportan y distribuyen al por mayor, sino que lo hacen también en calidad de minoristas.

Por lo que se refiere a este último sistema que es el que constituye el objeto de análisis de la Resolución aquí comentada, cabe señalar que la distribución minorista de combustibles y carburantes se articula, tanto en el mercado europeo en general, como en España en particular, a través de estaciones de servicio.

Para gestionar estas estaciones de servicio básicamente se utilizan tres formulas:

- algunas estaciones son propiedad de la propia compañía, que además asume la gestión, de tal forma que en este caso existe una integración vertical total o formal en las diversas fases del proceso de la cadena de distribución<sup>25</sup>.

---

que sobre el contrato de agencia existen en los países miembros de la UE: la referencia a la exclusiva territorial. En efecto, la Comunicación de 1962 era aplicable sólo a los contratos suscritos con agentes comerciales que se comprometían para “una parte determinada del territorio del mercado”; siendo ésta una limitación injustificada, pues la exclusividad territorial con carácter casi general no es un elemento esencial, ni natural del contrato de agencia. Con lo cual, limitar la aplicación de la Comunicación a los supuestos de agencia con pacto de exclusividad territorial, podría dejar al margen otros acuerdos de agencia que si bien no contienen este pacto si podrían contener otros igualmente peligrosos o, en su caso, beneficiosos para la libre competencia.

24 Datos obtenidos del Periódico CINCO DIAS, de 3 de abril del 2000 y de 6 de junio de 2001. Según un Informe de 1998 elaborado por el Banco de España, sólo entre Repsol, Cepsa y BP concentraban el 80% de la distribución de carburantes. Por otro lado conviene resaltar que muchas marcas se distribuyen por un mismo operador, por ejemplo REPSOL, distribuye el carburante además de bajo esta marca, con las marcas CAMP-SA y PETRONOR.

25 Esta integración también llamada corporativa representa el grado máximo de control, ya que implica una relación de propiedad. Sobre las diversas formas de distribución *vid.*, entre otros, SANTINI, G., *El comercio. Ensayo de economía del Derecho*, traducción de Juana Bignozzi, ed. Ariel, Barcelona, 1988, págs. 79 y sigs.; LAMBIN, J.J., *Marketing Estratégico*, traducción Alejandro Molla Descals y Salvador Miguel Peris, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1990, págs. 246 y sigs.; CRUZ ROCHE, I., *Fundamentos de marketing*, ed. Ariel Economía, Barcelona, 1990, págs. 247 y sigs.; SABBADIN, E., “Evoluzione dei rapporti industria-distribuzione e sviluppo dei sistemi di franchising”, en *I contratti della distribuzione commerciale*, ed. EGEA, Milano, 1993, págs. 178 y sigs., y VÁZQUEZ CASIELLES, R. y TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, J.A., *Distribución comercial: estrategias de fabricantes y detallistas*, ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 73 y sigs.

- Otras estaciones pese a ser propiedad también de la productora, la gestión se cede a otra empresa.
- Y por último, cabe también que la estación de servicio pertenezca al distribuidor, quien además explota y gestiona la misma.<sup>26</sup>

La primera forma de organizar la red de distribución de carburantes al suponer una integración vertical de todas las fases de la cadena, no planteará ningún problema desde el punto de vista de una análisis vertical por lo que al Derecho de la competencia se refiere. En efecto, quedaría, sin duda, fuera del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE, porque falta una de las condiciones para que pueda existir la prohibición, cual es el acuerdo de voluntades entre dos o más operadores.

El segundo y tercer supuesto si pueden plantear mayores problemas como se aprecia en la Resolución objeto de análisis. En principio, el segundo caso, no debería ofrecer demasiadas dudas, pues lo lógico es que no siendo el distribuidor propietario de la estación, su margen de actuación respecto a la compañía petrolera sea limitado, utilizando contratos de distribución, en que el distribuidor actúe en nombre y por cuenta del principal. Sin embargo, como vemos en el caso objeto de análisis la confusión en torno a la verdadera naturaleza jurídica de estos contratos plantea problemas, que finalmente repercuten en el Derecho de la competencia.

Más conflictiva resulta todavía la última de las figuras utilizadas, pues podrá o no quedar incluida dentro de la prohibición del ar. 1 de la LDC o del art. 81 del TCE, en función de cuáles sean los términos que hayan de regir las relaciones entre las partes.

#### **4.2.- Tipos de contratos utilizados para la distribución minorista de carburantes.**

En la práctica coexiste el sistema de venta a través de agentes comerciales y de revendedores. Se utilizan básicamente, por tanto, contratos de concesión mercantil y contratos de agencia. Si bien, como se puede apreciar en la Resolución estos últimos aparecen tanto bajo la denominación de agencia y, como de comisión. Sin embargo, como el propio TDC reconoce, se trata de dos contratos claramente distintos. En nuestra opinión, ni siquiera se podría hablar de comisión, pues este es un contrato no apto para ser utilizado en la distribución de productos o servicios, entre otras cosas por la ausencia de una relación duradera, lo cual lo convierte en inviable para llevar a cabo la distribución de un producto o servicio. En efecto, si bien el contrato de comisión, en determinados casos se utiliza como instrumento jurídico al servicio de la distribución, su función genérica, no es la de distribuir, esto es, la de ubicarse con carácter estable en la cadena de distribución de un productor o empresario principal. Por tanto, el contrato de comisión y la regulación del mismo en el Código de comercio, se revelan, cuando menos, insuficientes para hacer frente a una categoría de los contratos de colaboración, que se caracterizan por estar insertos en el fenómeno de la distribución; unos contratos que surgen como consecuencia de necesidades económicas nuevas no previstas en la época en que se reguló el contrato de comisión<sup>27</sup>.

---

26 Vid. IOP OROZ, S., “El mercado de la distribución de combustibles y carburantes a la luz de la nueva normativa comunitaria en materia de acuerdos verticales. Reglamento 1984/1983 versus Reglamento 2790/1999”, en *Derecho de la Competencia Europeo y Español, Curso de Iniciación*, vol. III, ed. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 46, quien señala que este esquema se repite como norma general, en todo los países de Europa, variando únicamente la proporción en que se manifiesta cada modalidad, y FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, t. II, págs. 921 y sigs..

27 Sin embargo, algunos autores como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (“Comentario a la sentencia del T.S. de 8 de noviembre de 1995”, *C.C.J.C.*, nº 41, 1996, pág. 533); BADENAS CARPIO (*Comentario a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, pág. 403); BORTOLOTTI (“La nuova legislazione sul contratto di agenzia: prime considerazioni sul Decreto nº 303 del 10 settembre 1991”, en *I*

Sin embargo, en la práctica la denominación de la mayoría de los contratos –como ocurre con los suscritos por CEPSA– continua siendo la de comisión, aunque la realidad que recogen sus cláusulas sea otra. En todo caso como pone de manifiesto el TDC en los fundamentos jurídicos de esta Resolución, lo determinante no es la denominación del contrato, sino la realidad de su contenido.

Como apuntábamos al comenzar este trabajo la naturaleza jurídica del contrato suscrito con el distribuidor es fundamental para determinar si existe una vulneración del Derecho de la competencia. La razón de ello es que los agentes no asumen riesgos, mientras que otros distribuidores se someten a un régimen de compra en firme, asumiendo por tanto el riesgo de la venta. Cabe señalar que en la práctica, hay una tendencia generalizada a asimilar ambas situaciones, de forma que muchas veces es únicamente el régimen de compra lo que varía, pues el resto de las obligaciones contractuales es análogo en ambos casos. No resulta fácil, en todo caso, ahondar en este problema, pues la información sobre la exacta configuración de estas relaciones es escasa y, por lo general, bastante confusa, lo que permite ocultar, en algunos casos, prácticas poco acordes con el espíritu de la exención, o claramente afectadas por la prohibición general del art. 81.1 TCE y del art. 1 LDC.

Existen varias resoluciones del TDC que analizan la naturaleza de los contratos habitualmente utilizados por las compañías y las estaciones de servicio<sup>28</sup>. Por lo que se refiere a la Resolución aquí comentada, se señala que básicamente CEPSA concluye con sus distribuidores dos tipos de contratos: de reventa o de comisión. Pero los que llama distribuidores comisionistas constituyen el 96% de su red.

Según los hechos declarados probados 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 servicios: el 51% pertenecen a empresarios independientes (unos 664) y el 49% (unos 634) pertenecen a CEPSA o le han sido arrendadas.

Por otro lado, al margen de la propiedad de las estaciones, los contratos de suministro en exclusiva concluidos por CEPSA se dividen en: el 96,1% en régimen de comisión de venta en garantía, según denominación de la propia CEPSA (1247 contratos), y un 4% en régimen de reventa (51 contratos)

Los distribuidores de CEPSA tienen un 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 pueden considerarse como parte integrante de CEPSA.

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

---

*Contratti della Distribuzione Commerciale. La disciplina comunitaria. L'ordinamento interno*, ed. EGEA, Milano, 1993, págs. 566, 567 y sigs.) y DU JARDIN (*Le droit belge de la distribution commerciale. Les aspects juridiques de la stratégie de distribution*, ed. Maison Larcier, Bruselas, 1992, págs. 17 y sigs.) van mas lejos incluyendo, en el concepto amplio de distribución, también contratos como la comisión o la mediación o corretaje. Para BALDASSARI (“I contratti di distribuzione: agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising”, en *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da Francesco Galgano, t. III, ed. UTET, Torino, reimpresión 1995, pág. 2100) y CANARIS (*Handelsrecht*, 22<sup>o</sup> edición, ed. C.H.Beck, München, 1995, pág. 230) el contrato de comisión es un contrato de distribución. PARDOLESI (*I contratti di distribuzione*, Editore Jovene, Napoli, 1979, pág. 2) incluye a la comisión entre este tipo de contratos, si bien bajo el presupuesto de que ésta adopte una forma diferente de aquélla que le es propia en la tradición histórica.

<sup>28</sup> En este sentido resultan interesantes, entre otras, la Resolución 299 (Expte. r 299/98, CEPSA 20/10/98) de 20 de octubre de 1998 o la Resolución 490 (Expte. 490/00 REPSOL) de 11 de julio de 2001.

- En casi todos ellos se establece que el precio será el fijado por CEPSA y que los titulares actúan por cuenta de CEPSA en régimen de “*comisión en venta de garantía*”. Los carburantes y combustibles serán siempre suministrados por CEPSA o la sociedad que ésta designe, en régimen de depósito.

- El minorista ha de tener la Estación de Servicio permanentemente surtida.

- 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 traspasen 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, se establece que el 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. Cualquiera que sea la modalidad de pago, siempre se efectúa en relación con el producto suministrado, pedido o entregado en la Estación de Servicio.

- 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, serán abonadas a los nueve días del suministro realizado, previa presentación por el Titular de la oportuna factura.

A la vista de este clausulado, sin duda contradictorio, cabe concluir que la naturaleza jurídica de los contratos mayoritariamente empleados por CEPSA, no es la de un verdadero contrato de agencia de garantía. En efecto, parece que el distribuidor adquiere el carburante para luego distribuirlo, mientras que en un contrato de agencia tal como lo define la Ley 12/92, de 27 de mayo, sobre Contrato de agencia (en adelante LCA), el agente promueve o promueve y concluye actos u operaciones de comercio en nombre y por cuenta ajena, por tanto, a diferencia de contratos como la concesión o la franquicia no adquiere la mercancía -en este caso los carburantes-, para luego revenderlos, como ocurre en los contratos concluidos por CEPSA. Así pues, CEPSA vende los combustibles al distribuidor, quien le paga ya al contado, ya a plazo, y asume cualquier posible pérdida, deterioro o riesgo derivado de los mismos.

Por otro lado, cabe señalar que tampoco existe un verdadero pacto de garantía. En efecto, se confunde el pacto de *star del credere*, con la adquisición para su reventa de las mercancías por el agente.

Si bien, la no asunción del riesgo o ventura por el agente, es elemento natural del negocio de agencia, es perfectamente posible que a través del llamado “pacto de garantía”, el agente pueda asumir la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los terceros, en virtud de los contratos concluidos en el marco de

la relación de agencia (arts. 1, párrafo final y 19 de la LCA). Nos encontramos aquí ante un pacto accesorio, verdadero elemento accidental de los contratos de agencia, que constituye una posibilidad admisible desde un punto de vista legal.

Sin embargo, debemos puntualizar que la obligación asumida por el agente con el pacto de garantía no supone, ni mucho menos, que el agente haya de comprar la mercancía para revenderla, por el contrario se refiere solamente al caso en que éste asegure frente al empresario el cumplimiento de la obligación que incumbe al tercero<sup>29</sup>.

Por tanto, al declararse probado que los distribuidores han de adquirir pagando al contado o mediante financiación los carburantes a CEPSA, podemos afirmar claramente que no nos encontramos ante un contrato de agencia.

De todos modos, aun en el hipotético caso, de que efectivamente como alega CEPSA nos encontrásemos ante una agencia con pacto de garantía, este hecho desde el punto de vista del Derecho de la competencia sería intranscendente a efectos de juzgar su licitud antitrust. En efecto, hay que tener en cuenta que el Derecho de la competencia considera que con este pacto se elimina una parte importante del riesgo y la ventura que asume el empresario principal, al establecerse una responsabilidad personal a cargo del agente, con relación al cumplimiento por parte del tercero de sus obligaciones. Por lo que el agente queda obligado a responder ante el empresario principal, del cumplimiento por el tercero de las obligaciones surgidas de los negocios de ejecución, y ello en los mismos plazos pactados con el tercero (art. 272 del C. de c.).

Este desplazamiento del riesgo de la operación al agente, a través de la cláusula *star del credere*, conduce –como veremos a continuación– directamente a aplicar el Derecho de la competencia por considerar que la asunción del riesgo por el agente sitúa el contrato en el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE y del art. 1.1 LDC. Dicho de otro modo para el Derecho de la competencia no estaríamos ante un verdadero contrato de agencia, aunque desde un punto de vista jurídico-privado lo sea, por lo que habría que analizar la trascendencia antitrust de los acuerdos de fijación de precios que se imponen a los distribuidores-agentes.

Por último, es interesante, el voto particular formulado por Sr. Pascual y Vicente que pone de manifiesto que en el expediente examinado, la figura 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<sup>30</sup>.

Ciertamente no es infrecuente que el agente se obligue a almacenar determinadas mercancías, para su posterior entrega a los clientes. De este modo, la obligación de entregar las mercancías en ejecución de los negocios de realización promovidos por el agente, tendrá como consecuencia la necesidad de que el agente disponga de almacenes para la guarda de dichas mercancías hasta el momento de su entrega. Se convierte, así,

---

29 Vid. KÜSTNER, W. y MANTEUFFEL, K., *Handbuch des gesamten Außendienstrechts*, vol. I: *Das Recht der Handelsvertreter*, 2ª edición, ed. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1992, pág. 215, y MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 232.

30 En opinión de este ponente hay, además, 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 el 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 de 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 agente en custodio o guardador de mercancías ajenas y con ello se evitan los retrasos en la entrega a la clientela, ya que el agente tiene en su poder una cierta cantidad de mercancías proporcionada a sus actividades y este *stock* se renueva periódicamente<sup>31</sup>.

Lo cierto, es que, *a priori*, en aquellos contratos en los que se pacte el pago aplazado de las mercancías podría efectivamente llegar a pensarse que estamos ante una agencia con depósito. Precisamente una de las alegaciones que formula CEPSA es 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 manera que, cuando el “agente” abona el combustible suministrado, ya lo ha vendido (fundamento 7). 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 CEPSA, lo está haciendo con el dinero que hace 6-7 días obtuvo al haber vendido todo el combustible.

Sin embargo, aunque se admitiera que dicha situación se produce 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 a la luz del contrato es clara el distribuidor 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 considerar como “agente” a quien tiene 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? (fundamento 7).

Además, la existencia de una venta y no de un simple depósito se comprueba por el hecho de que en los contratos se establece “*que el titular asume el riesgo de los productos de la exclusiva desde el momento en que los recibe de CEPSA y los mismos traspasan la brida de conexión de los depósitos...*”. Por tanto, el distribuidor de combustibles no se limita a tener en depósito el combustible y posteriormente venderlo en nombre de CEPSA, sino que revende dicho combustible en nombre propio.

En conclusión, en nuestra opinión no se trata pues de un contrato de agencia, porque se revenden los combustibles en nombre y por cuenta propia, por tanto su naturaleza jurídica se acerca más a la de un contrato de concesión. Partiendo de esta conclusión a continuación examinaremos el eje del problema: ¿si la fijación de precios constituye una práctica anticompetitiva o no?

### 4.3.- ¿La fijación de precios como práctica inocua o anticompetitiva?

Tanto el derogado Reglamento 1984/83<sup>32</sup>, como el nuevo Reglamento 2970/99 consideran como una restricción especialmente grave la fijación del precio en la venta

31 Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. I: *Obligaciones y contratos mercantiles*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 547; MEYER SWANTEE, K., *Les obligations de l'agent*”, en *Le contrat d'agence commerciale internationale*, Journée d'études organisée par L'Université de Liege, vendredi 24 novembre 1995, ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Liege, 1997, pág. 118, y QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 180 y sigs., quien analiza la problemática acerca de la normativa que ha de aplicarse a estas prestaciones accesorias a las que se obliga el agente. En algunas ocasiones, cuando el agente distribuye directamente al consumidor final, puede ocurrir que se obligue a mantener un determinado establecimiento que permita una publicidad adecuada de los productos y el despacho directo al público, un ejemplo de esta situación la vemos por ejemplo en el caso de los agentes de automóviles. El depósito se convierte así en una prestación accesorio que va unida al contrato de agencia

32 En efecto, los derogados Reglamentos de la CEE 83/83 y 84/83 establecían en sus considerandos 8 que no quedan eximidas de prohibición en virtud de estos Reglamentos, en particular «*las disposiciones restrictivas de la competencia que limiten la libertad del concesionario exclusivo de fijar los precios o las con-*

o reventa de mercancías y servicios. En concreto, el nuevo Reglamento incluye en su lista de cláusulas negras o duras, y por tanto no exentas, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que ha de ajustarse el comprador. La Directrices (apartado 46) aclaran que se trata de fijaciones de precios tanto directas, como indirectas<sup>33</sup>. En efecto, no solo han de entenderse incluidos en el Reglamento 2790/99 los supuestos de cláusulas contractuales o de prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa, sino también aquellos que logran dicha fijación con medios indirectos, por ejemplo a través de acuerdos por los que se fija el margen de distribución o el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios, etc.

Además, los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar a los distribuidores que rebajan los precios, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado.

La novedad del Reglamento 2790/99 es que permite que el proveedor imponga precios de venta máximos o que los recomiende, siempre y cuando esto no equivalga a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes<sup>34</sup>.

---

*diciones de reventa o de elegir a sus clientes*». En parecidos términos se expresa también el Reglamento 1475/95 (considerando 25 y art. 6, apartado 1.6). Así pues, la política de Defensa de la competencia imperante hasta ahora en nuestro Derecho y en el Comunitario, consideraba que la libertad de precios es esencial para la competencia y no se puede coartar ni limitar la libertad de decisión del distribuidor en esta materia [vid. entre otras las Resoluciones del T.D.C. de 15 de marzo de 1974, sobre Cervezas (Jurisprudencia T.D.C., 1971-1975, págs. 787 y sigs.); 30 de marzo de 1974, caso perfumes Rochas; 21 de febrero de 1980, caso de electrodomésticos (Jurisprudencia T.D.C., 1976-1980, t. I, págs. 1123 y sigs.); 28 de mayo de 1990, caso Terumo (Jurisprudencia T.D.C. 1986-1990, t. II, págs. 1269 y sigs.); 6 de junio de 1990, caso Ibercarretillas (Jurisprudencia T.D.C., 1986-1990, t. II, págs. 1304 y sigs.), 31 de enero de 1991, caso Wilkham (Jurisprudencia T.D.C. 1991, págs. 129 y sigs.)]. Asimismo, el T.D.C. también consideraba anticompetitivas las cláusulas que prohíben la realización de descuentos por los distribuidores [vid. Resolución de 16 de abril de 1988, caso Amstrad (Jurisprudencia T.D.C. 1986-1990, t. I, págs. 404 y sigs.)]. Sobre esta materia vid. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, S., “La licitud antitrust de los acuerdos de distribución selectiva (Comentario a la Decisión de la Comisión de 16 de diciembre de 1991 -Yves Saint Laurent Parfums-)”, *R.G.D.*, n° 576, 1992, págs. 8507 y sigs., y SOLER MASOTA, P., “Sobre acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)”, *R.G.D.*, n° 618, 1996, págs. 2226 y sigs.

33 Para una visión general sobre el contenido de estas Directrices, vid. QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las Directrices sobre restricciones verticales, complementarias del Reglamento 2790/99*, *A.D.I.*, t. XXI, 2000, págs. 1297 y sigs.

34 En efecto, como aclaran las Directrices, la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como la posibilidad de que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido. Los mismos medios indirectos y las medidas de -acompañamiento- pueden emplearse para lograr que los precios máximos funcionen como mantenimiento del precio de reventa. En efecto, el riesgo anticompetitivo de la fijación de precios máximos es muy tenue y, sin embargo, es útil para evitar el problema del doble margen cuando el distribuidor tiene poder de mercado.

De todos modos, pese a que la fijación de precios continua siendo, en líneas generales, un tabú para el derecho de la competencia, debemos tener en cuenta que la fijación de precios de reventa puede ser eficiente con relación a determinados productos (por ejemplo productos de lujo) o, al menos, puede ser eficiente en algunos casos si se limita temporalmente, por ejemplo con relación a la entrada en el mercado de determinado producto o servicio<sup>35</sup>.

Sin embargo, pese a que los cárteles de fijación de precios constituyen el prototipo histórico de practicas colusorias, la fijación de los mismos en un contrato de agencia no se considera, en principio, contraria a las normas de Defensa de la competencia, porque los actos u operaciones de comercio que promueve o concluye el agente, son realizados en nombre y por cuenta del empresario principal. Por tanto, desde un punto de vista económico, no se considera que haya dualidad de partes en el mercado, ni por ende efectos limitativos de la competencia. De este modo, en buena lógica, al no adquirir el agente la propiedad de los productos, será el empresario principal el que fije el precio y las demás condiciones comerciales del producto, lo cual no obsta a, que recurra, para ello, a los conocimientos e información que sobre el mercado le puede proporcionar el agente. Por ello, una de las instrucciones que suele contenerse entre el clausulado de los contratos de agencia es la imposición de los precios de venta y otras condiciones comerciales, a las que el agente ha de ofertar o, en su caso, contratar el servicio o producto del empresario principal<sup>36</sup>.

En definitiva, las instrucciones relativas a precios u otras condiciones de venta o intermediación, presentes en un acuerdo de agencia tienen efectos *antitrust* neutrales, pues son parte del contenido del negocio que el agente, en cuanto tal, promociona o concluye por cuenta de su empresario, y no afectan al mercado donde se prestan los servicios de intermediación<sup>37</sup>.

Esta diferencia de tratamiento competencial entre la agencia y otros contratos de distribución en que se revende la mercancía, es lo da lugar, como ya señalamos, a que la verdadera naturaleza jurídica de los contratos utilizados para la distribución de carburantes sea fundamental.

35 De hecho, alguna Resolución del T.D.C., en una línea progresiva, ha admitido la determinación por el fabricante de unos umbrales de precios de venta al público cuando se busca mantener la categoría de artículo de lujo de un determinado producto, lo que generalmente implica un precio elevado, fijo y estable (en esta línea *vid.* la Resolución del T.D.C. de 27 de mayo de 1977, exp. 133/76, caso Burberrys (en Jurisprudencia del T.D.C., 1985, págs. 576 y sigs.). Algunos autores abogan por una mayor permisividad, así GINER PARREÑO (*Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*, ed. Montecorvo, Madrid, 1994, págs. 483 y sigs.) considera que sería más conveniente introducir en nuestro Derecho el debate sobre la posibilidad de interpretar el art. 1 de la L.D.C. conforme al modelo anglosajón de las *rule of reason*, pues la aplicación de una presunción *iuris tantum* de legalidad de los acuerdos de distribución sobre precios, facilitaría y agilizaría una realidad económica tan difundida como este tipo de técnica de distribución. Existe un cierto trato discriminatorio hacia la política empresarial que incorpora en sus contratos de distribución cláusulas de fijación de precios a los distribuidores, mientras que las mismas estrategias no son cuestionadas si se aplican en el seno de la misma empresa.

36 *Vid.* Resolución del T.D.C. de 30 de marzo de 1974, caso Rochas, en concreto, los considerandos 4 y 5, donde se señala que sólo cuando se trate de venta directa por el fabricante o empresario principal o de venta a través de agentes, podrá el fabricante establecer los precios finales de venta. Este tipo de cláusulas tienen su cobertura dentro del derecho del principal a impartir instrucciones "razonables", que el agente debe acatar, siempre y cuando no afecten a su independencia (art. 9.2.c) LCA. Estas instrucciones pueden impartirse bien sea en el momento de concluir el contrato -con la posibilidad de que puedan variarse a voluntad del principal- o bien con posterioridad, remitiéndose a precios de catálogo, que podrán variar, según las distintas entregas de mercancías.

37 *Vid.* SOLER MASOTA, P., "Los acuerdos de agencia y el derecho de la competencia", *R.G.D.*, n° 608, 1995, pág. 5327, y MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª edición, ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 50 y sigs.

Por ello, CEPESA en sus alegaciones trata de demostrar que tiene un complejo sistema de fijación de precios a los distribuidores, a través del denominado sistema veriphone, fija los precios a los que deben vender los comisionistas y recomienda un precio para los revendedores. En cuanto a la fijación de precios a estos últimos que actúan bajo el régimen de venta en firme, CEPESA 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.

Sin embargo, el TDC considera que 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 de la LDC y 81.1 del TCE.

Como veremos a continuación la clave para determinar si estamos ante un contrato de agencia al que no ha de aplicarse el Derecho de la competencia, es analizar los riesgos que asume el agente. Esto hace posible que contratos de agencia que incluyen pactos ajustados a las normas jurídico privadas que los regulan, sean considerados susceptibles de vulnerar las normas de competencia, mientras que, por el contrario, desde el punto de vista del Derecho de la competencia se consideran como contratos de agencia a los que no se les aplica este Derecho, acuerdos que no pueden ser calificados como tales desde un punto de vista jurídico privado

#### **4.4.- El riesgo comercial o financiero como factor decisivo.**

El criterio adoptado por los órganos comunitarios de competencia y seguido por el nuestro TDC consiste en señalar que los acuerdos de agencia quedan excluidos del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE y del art. 1.1 LDC, 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 la consideración de 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. En la situación inversa, es decir, en aquella en 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<sup>38</sup>.

Así las cosas, en la Comunicación de 1962 la Comisión recurrió como criterio esencial para distinguir el contrato de agencia respecto de otros contratos de distribución, al de la asunción del riesgo empresarial, ya que el agente, al margen del riesgo que pueda implicar la agencia de garantía, no asume ningún otro riesgo relevante. Así, esta Comunicación contrapone los contratos celebrados con agentes comerciales a los celebrados con comerciantes independientes, a los que califica por el dato de la asunción de riesgos financieros ligados a la venta y ejecución del contrato<sup>39</sup>.

---

38 *Vid.* Fundamento 8 de la Resolución aquí comentada.

39 Como consecuencia de esto, a los efectos de aplicar el Derecho de la competencia, una parte de la doctrina llegó a considerar al agente no como un empresario independiente, sino como parte del sistema de distribución directa organizado por el empresario principal, teniendo por tanto su actividad la misma consideración que la realizada por un trabajador dependiente del principal, si bien desde un punto de vista jurídico-mercantil su carácter de empresario independiente es incuestionable. De esta opinión, si bien con matices, son: GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 248 y 162 y sigs; Ídem., “La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia”, *A.D.I.*, t. II, 1975, págs. 314-316; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE”, en *Tratado de Derecho comunitario (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, dirigido por García de Enterría/González Campos/Muñoz Machado, t. II, ed. Civitas, Madrid,

Con posterioridad, el TJCE ha ido apartándose del criterio de naturaleza jurídico-funcional basado en la división de riesgos, para inclinarse en diversos pronunciamientos, por el dato de la **integración económica** del agente en el canal distributivo del empresario principal, como criterio delimitador de la aplicabilidad, o no, del art. 81.1 del TCEE. Según este criterio en aquellos supuestos en los que el agente constituya una unidad económica con el principal, no serán de aplicación las normas *antitrust*, debido a que no existe dualidad de empresarios cuando el agente se integra en la estructura del principal y por ello no se puede, sobre la base del art. 81.1 del TCEE, entrar a juzgar la organización interna del empresario<sup>40</sup>. Por el contrario, no se considerará que hay integración cuando el agente actúe simultáneamente, bien para diversos empresarios o bien como comerciante independiente<sup>41</sup>. El criterio expuesto no ha dejado de plantear problemas, ya que sustenta la aplicación de la normativa de defensa de la competencia sobre circunstancias difícilmente objetivables, como es la determinación de una efectiva integración económica, criterio por otro lado carente de una regulación sustantiva. Además, esta integración no es típica para el agente en todo contrato de agencia. A esto se añade el hecho de que en otros contratos de distribución, como por ejemplo en el de concesión, se produce una efectiva integración económica del concesionario en la

---

1986, pág. 350; VÁZQUEZ ORGAZ, J., "El Derecho comunitario de la competencia y los acuerdos de compra exclusiva (I y II)", *La Ley*, n° 4388, 1997, pág. 4; BELLAMY, C. y CHILD, G., *Derecho de la competencia en el Mercado común*, ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 75, y VAN HOUTTE, B., "Les contrats d'agence au regard de l'article 85 CEE: agir pour le compte d'autrui et integration dans son entreprise", *CDE*, 1989, pág. 365. Sin embargo, en opinión de otra parte de la doctrina la calificación del agente como empresa en el plano jurídico-sustantivo ha de llevar aparejada su consideración como empresa a los efectos del Derecho de defensa de la competencia (*vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., *R.D.M.*, n° 219, 1996, pág. 62.; WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 818, y KOCH, N. y MARENCO, G., "L'article 85 du Traite CEE et les contrats d'agence", *CDE*, 1987, págs. 604 y sigs. Lo cierto es que, partiendo de la noción amplia de empresa que existe en el Derecho de la competencia, como "toda persona que produce u ofrece bienes o servicios para el mercado", no parece que existan dificultades para incluir en el mismo al agente, como oferente de servicios de intermediación.

40 Siguiendo esta línea se elaboró un Anteproyecto de Comunicación, que pretendía reemplazar al texto de 1962. Este Anteproyecto, que fue sometido a la consideración de los Estados miembros en 1990, establecía la distinción entre "agentes integrados" y "no integrados", actuando los primeros por cuenta, básicamente de un sólo empresario y los no integrados, o bien lo hacen por cuenta de diversos empresarios o actúan simultáneamente como agentes y como comerciantes independientes. Sin embargo, se amplía la noción de integración, dando cabida no sólo a los agentes que operan en exclusiva para una sola casa; siempre que estas actividades complementarias no representen más de dos terceras partes de la actividad total del agente y además no entren en conflicto con el deber de fidelidad que le deben al empresario principal. Sobre este Anteproyecto, *vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., *R.D.M.*, n° 219, 1996, pág. 70; Ídem., *La indemnización por clientela*, pág. 49, y SOLER MASOTA, P., *R.G.D.*, n° 608, 1995, págs. 5325.

41 *Vid.* Sentencias del TJCE de 13 de julio de 1966, asunto 56 y 58-64, caso *Grunging/Costen* (Rec. págs. 430 y sigs.) en la cual de manera tangencial se afirma que los agentes constituirán el prototipo de distribuidor integrado, por lo que no se les puede considerar como empresarios independientes, distintos del empresario principal. En esta línea la Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1975, caso *Suiker Unie c. Comisión*, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73 (Rec. págs. 1663 y sigs.), si bien aclara que esa "integración" sólo es posible apreciarla con plena nitidez en el agente al servicio de una sola firma. En parecidos términos también se expresa la STJCE de 1 de octubre de 1987, asunto 311/85, caso conocido como "Agencias de viajes" (Rec. págs. 3801 y sigs.). De esta última sentencia se desprende que la actuación por cuenta de varios empresarios anula o, cuando menos, difumina el dato de la integración, que constituye, a juicio del TJCE, el argumento básico para excluir la aplicación del art. 85.1 TCEE. De todos modos, en esta última sentencia el Tribunal modifica un poco el criterio que venía manteniendo, al apreciar el carácter de vendedores intermediarios independientes, en lugar del de "auxiliares integrados".

Esta postura también ha sido seguida por nuestro T.D.C.. Así, entre otras *vid.* las siguientes Resoluciones del T.D.C.: de 30 de marzo de 1974, exp. 104/73, caso ROCHAS (en Jurisprudencia del T.D.C., editada por el Ministerio de Comercio, Madrid, 1976, págs. 817 a 839); 25 de junio de 1990, expediente 9/90, caso FINA IBERICA, S.A. (en R.G.D., n° 558, 1991, págs. 1503 y sigs.); de 25 de junio de 1990, caso Software AG España, S.A., expediente 12/90 (en R.G.D., n° 558, 1991, págs. 1503 y sigs.) y de 13 de enero de 1997, caso B.P. Oil España, expediente 172/96 (Resoluciones del T.D.C., editadas por el Ministerio de Economía y Hacienda, págs. 60 a 63).

empresa del concedente, sin que pueda defenderse -para este caso- la no aplicación del art. 81.1 del TCE bajo los mismos presupuestos que en el caso del contrato de agencia. La Comisión ha considerado que en estos supuestos puede aplicarse el art. 81.1 del TCE, lo cual conduce a una contradicción fundamental en el sistema, porque las circunstancias económicas serían casi análogas a las que concurren en el contrato de agencia. Así pues, este criterio tampoco ofrecía una solución al problema.

Finalmente, este proceso ha culminado con la adopción de un único Reglamento 2790/1999 que revoluciona al Derecho *antitrusts* comunitario en la materia y en el cual no se ha incluido el tratamiento de los contratos de agencia<sup>42</sup>, los cuales han sido tratados en las Directrices que desarrollan este Reglamento.

La gran novedad que introducen las Directrices estriba, por una lado, en la diferenciación entre dos tipos de acuerdos de agencia “los genuinos” y los “no genuinos”, quedando los primeros excluidos del ámbito de aplicación del art. 81 del TCE. Y, por otro lado, se contempla un desdoblamiento del concepto “riesgo financiero” en dos tipos o modalidades distintas.

Según la Comisión, por acuerdos de agencia “genuinos”, han de entenderse aquellos en que el agente “*no asume riesgo alguno, o éste es insignificante, en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad*”.

En cambio, por acuerdo de agencia “no genuino”, ha de entenderse aquel en el que “*el agente asume dichos riesgos y será tratado como un distribuidor independiente que ha de mantener su libertad a la hora de determinar su estrategia de mercadotecnia para poder recuperar sus inversiones relativas al contrato o específicamente destinadas al mercado*”.

En nuestra opinión, la diferenciación no puede ser más confusa: ante todo se trata de un criterio de todo punto artificioso, pues el acuerdo de agencia o es o no es tal, pero no tiene sentido hacer una distinción como la planteada por la Comisión, cuando, además, desde un punto de vista sustantivo ninguna de las normas que regula la agencia hace una separación semejante. Pues bien, para definir en qué casos estamos ante un contrato de agencia genuino o no genuino, tendremos que aplicar el viejo criterio del riesgo empresarial, aunque modernizado por la doble clasificación del riesgo, a la que hemos hecho referencia.

Así pues, para determinar si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE las Directrices siguen considerando que el factor determinante a tener en cuenta es el “*riesgo financiero y comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal*” (párrafo 13)<sup>43</sup>. A este respecto, la Comisión aclara que “*no es pertinente para la evaluación si el*

---

42 En efecto, el ámbito de aplicación de este Reglamento se limita a «... *los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios (acuerdos verticales)*».

*Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado. 1, art. 81 del Tratado (restricciones verticales)*» (art. 2.1 del Reglamento 2790/99).

Como ya sabemos la distribución que lleva a cabo el agente, no supone que éste “adquiera, venda o revenda”, bienes o servicios, sino que actúa en nombre y por cuenta del principal, que es quien “adquiere, vende o revende” dichos bienes o servicios.

43 Recordemos que la Comunicación de 1962 expresamente señalaba que “*la Comisión considera como criterio determinante para distinguir al agente comercial del comerciante independiente, el acuerdo expreso o tácito, relativo a la asunción de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución del*

*agente actúa en nombre de uno o más principales*”. Con estas últimas palabras, las Directrices parecen dejar claro que ya no va a tener en cuenta el viejo criterio de la integración económica del agente en la empresa del principal, que tomaba como punto de referencia la circunstancia de que dicho agente actuase en la práctica de forma exclusiva para un sólo principal

Por lo que se refiere al caso concreto analizado por el TDC en esta Resolución, se considera probado que en la red de contratación utilizada por CEPESA, que responde prácticamente a las mismas características y estructura, los distribuidores soportan el riesgo financiero de las operaciones de venta minorista de carburantes, independientemente de su naturaleza de revendedor o comisionista. En efecto, aunque 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, por ejemplo determinados clientes (taxi, transporte, etc.) cuya deuda se liquida periódicamente, sobre todo mensualmente. Además, 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. Por tanto, cabe afirmar que el distribuidor asume el riesgo financiero<sup>44</sup>

Además, 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.

#### **4.5.- Adaptación de los contratos de distribución de carburantes a las Directrices sobre Restricciones verticales.**

Por último nos gustaría hacer una pequeña reflexión sobre como afectan las nuevas Directrices sobre restricciones verticales en la configuración de los contratos de agencia que se utilizan para organizar la distribución minorista de carburantes. En nuestra opinión si se pretende que los acuerdos de distribución queden al margen del Derecho de la competencia a través de la utilización de contratos de agencia que encajen en las nuevas Directrices, es necesario que modifiquen los actuales contratos, pues la mayoría de ellos son agencias “no genuinas”.

En efecto, los dos tipos de riesgo comercial o financiero que se han de tener en cuenta según estas Directrices para evaluar si un acuerdo de agencia debe ser valorado o no de acuerdo con el art. 81.1. del TCE, están presentes en la mayor parte de los contratos de distribución de carburantes. Según las Directrices el agente genuino no puede asumir ninguno de estos dos tipos de riesgo:

a) los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos y/o negociados por el agente por cuenta del principal, tales como la financiación de existencias. Se

---

*contrato .... Con excepción de la garantía usual dada para el cumplimiento del contrato, el agente comercial no debe, por su función, asumir riesgo alguno proveniente de la transacción. Si los asumiera, su función se aproximaría económicamente a la del comerciante independiente, y debería por tanto ser tratado como tal en relación con la legislación en materia de competencia”.*

44 En concreto, el TDC señala que si el distribuidor 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 tanto, deberá financiar dicho pago, pudiendo incurrir en una insuficiencia de los activos circunlantes y tener que costearse dicha financiación. Por otro lado, 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.

trataría, pues, del riesgo específico y directamente relacionado con la actividad del principal y no el riesgo relacionado con la prestación de servicios de agencia en general.

b) los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. En este caso, las Directrices aclaran que se trata de inversiones necesarias específicamente para el tipo de actividad para la que el principal ha designado al agente, es decir necesarias para que éste pueda celebrar y/o negociar este tipo de contratos. Estas inversiones suelen ser a fondo perdido, si tras abandonar tal ámbito específico de actividad, la inversión no puede emplearse para otras actividades o venderse, como no sea con pérdidas cuantiosas (apartado 14).

Esta última modalidad de riesgo parece pues englobar a aquellos supuestos en que el agente deba acondicionar su propia empresa, para poder llevar a cabo la distribución del producto o servicio en cuestión, de tal modo que, si esta inversión no es útil para que el agente realice otras actividades, dicho riesgo convertiría este contrato de agencia en “no genuino”.

Sin duda esto conducirá a que los contratos realizados en el sector de la distribución de carburantes se replanteen si quieren quedar excluidos de ámbito de aplicación del Derecho de la competencia, pues como se aprecia en la Resolución comentada los distribuidores de combustibles asumen ambos tipos de riesgos. En efecto, en primer lugar, han de realizar grandes inversiones para montar la gasolinera a partir de la cual distribuyen el carburante y en segundo lugar, asumen claramente riesgos relacionados con la actividad del principal.

La propia Comisión en las Directrices concreta todavía más este tipo de riesgos, y hace una referencia expresa a la distribución de carburantes, en su apartado 16, que contiene una especie de lista negra, incluye entre las actividades que no puede realizar el agente, a efectos de que no le sea aplicable el Derecho comunitario de la competencia: las «*inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación del personal, tales como el depósito de gasolina en el caso de comercio minorista de gasolina, o ...*».

Así pues, la Comisión considera que si el agente tiene que realizar unas inversiones que no sean las habituales, para llevar a cabo la distribución encomendada, sino que se trate de inversiones específicas para colocar un determinado producto o servicio en el mercado, la asunción de este riesgo tendría que ser valorada a la luz de las normas de competencia comunitarias. De modo que *a priori*, este acuerdo de agencia podría ser considerado restrictivo de la competencia, siendo preciso, por consiguiente, posteriormente analizar si encaja en el marco del Reglamento 2790/1999 de exención por categorías. Parece pues, que por el hecho de asumir un riesgo de este tipo la Comisión sitúa al agente como competidor en el mercado de productos o servicios, lo mismo que si asumiese la reventa de estos productos o servicios. Incluso podría pensarse que la asunción de este tipo de riesgos por un agente, podría dar lugar a situaciones anticompetitivas en el mercado de servicios de intermediación, si para la misma actividad unos agentes asumen este tipo de riesgos, mientras en el caso de otros es el principal quien los asume.

Las consideraciones precedentes contrastan con la regulación sustantiva de este contrato, pues, por ejemplo, la LCA parece presuponer que dichas inversiones las realiza el agente, como una parte de su actividad empresarial de prestación de servicios<sup>45</sup>.

---

45 El art. 18 de la LCA dispone que el agente no tiene derecho al reembolso de los gastos originados en el ejercicio de su actividad, salvo pacto en contrario. Esto, seguramente es debido al hecho de que, en la retribución del agente, se han tenido ya en cuenta los gastos habituales de explotación. En el caso de que existiesen gastos extraordinarios en la realización de este contrato, las partes deberán pactar expresamente si corren a cargo del empresario o bien a cargo del agente, siendo frecuente que en este último caso, el agente reciba una remuneración más cuantiosa, por razón de la asunción de dichos gastos. Esta norma parece presuponer que al ser la agencia un contrato de tracto sucesivo, el agente tiene oportunidad de repercutir los

También se pueden producir situaciones confusas en relación con una práctica usual en el mercado, como es la cesión por el agente a sus clientes, de parte o de la totalidad de las comisiones que le correspondería percibir por la realización de su actividad de promoción o conclusión de contratos. Este tipo de descuentos en el precio -denominados por la doctrina “retrocesión parcial de la comisión”- evidentemente dan lugar a que el agente asuma un mayor riesgo; en cierto modo asumirá un riesgo propio, similar al de un concesionario que fija el precio de reventa según las circunstancias<sup>46</sup>.

A tenor de lo hasta aquí expuesto se nos plantea la siguiente cuestión: si el agente que ha asumido este riesgo extraordinario y específico de realizar unas inversiones concretas para distribuir un determinado producto o servicio, ha previsto con su principal amortizar dichas inversiones -ya sea a lo largo de la vida del contrato, o bien al finalizar éste-, ¿tendríamos que considerar igualmente este acuerdo de agencia como potencialmente restrictivo de la competencia?. En nuestra opinión, en este caso realmente el agente no está asumiendo un riesgo, pues sabe que -salvo que incumpla el contrato- recuperará su inversión. Por tanto, y esto es lo complicado, habría que analizar realmente en qué casos el agente cuando realiza una inversión para poner en marcha la distribución de un producto o servicio está asumiendo dicho riesgo, y en qué casos no, lo cual en la práctica no resultará fácil.

La Comisión parece distinguir, aunque no lo diga claramente- entre dos riesgos: **el riesgo de la operación**, que el agente no puede asumir, según la Comisión, para que sean aplicables estas Directrices y **el riesgo de la actividad** que éste realiza, que el agente -como empresario que es- ha de asumir siempre<sup>47</sup>. Precisamente las Directrices al definir lo que se entiende por acuerdos de agencia “no genuinos” señalan que “no se consideran pertinentes a efectos de esta evaluación los riesgos relacionados con la prestación de servicios de agencia, en general, tales como el riesgo de que los ingresos del agente dependan de su éxito en el ejercicio de su función o de inversiones generales en locales o personal, por ejemplo” (apartado 15). En definitiva, no se tienen en cuenta para una valoración *antitrust* los riesgos vinculados a la prestación de servicios del agente en general, esto es, los riesgos ligados a la propia actividad empresarial del

---

gastos iniciales a lo largo de la duración de la relación contractual. Semejante opinión viene avalada por el hecho de que el art. 29 de la LCA, bajo la rúbrica de “*indemnización de daños y perjuicios*”, regula la obligación de pagar al agente los gastos e inversiones iniciales que haya debido realizar, siempre y cuando se haya producido una extinción anticipada del contrato y éste no haya durado un período de tiempo suficiente como para amortizar dichos gastos. En realidad, este art. 29, más que una indemnización de daños y perjuicios que presupondría un incumplimiento, contiene exclusivamente una obligación de resarcimiento de gastos o “inversiones”. Sobre este precepto, *vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela*, págs. 275 y sigs., e Ídem., “Comentarios a los artículos 23 a 31, Disposición Adicional y Disposición Transitoria”, en MARTÍNEZ SANZ, MONTEAGUDO y PALAU RAMÍREZ, *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 489 y sigs.

46 *Cf.*: MARTÍNEZ SANZ, F., *R.D.M.*, nº 219, 1996, págs. 50-52, quien pone de manifiesto que en estas situaciones el agente suele renunciar de forma parcial a su comisión a favor de los adquirentes porque necesita adquirir clientes o no perderlos, por ejemplo en situaciones de recesión económica. Es una situación que plantea no sólo problemas competenciales, sino también desde el punto de vista del derecho privado, porque el principal puede prohibir estos descuentos, además en caso de que lo haga el agente estará realmente incumpliendo una instrucción de su principal; al margen de que estos descuentos pueden resultar anticompetitivos en relación con los demás agentes de ese mercado.

47 Más acertada y precisa es la afirmación que realiza la Comisión a continuación al señalar que “el principal asume los riesgos financieros y comerciales correspondientes y el agente no ejerce ninguna actividad económica independiente en relación con las actividades para las que ha sido designado como tal por el principal”. *Vid.* SORIA FERRANDO, J.V., “El agente y el viajante de comercio: su delimitación en el Derecho Español”, en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, t. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 3666, e Ídem., *El agente de comercio*, pág. 60. También en la doctrina alemana HOPT (*Handelsvertreterrecht*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992pág. 26) señala que el agente sólo asume el riesgo de la actividad.

agente. Los mencionados riesgos no son otros que los derivados de que el agente no consiga distribuir el producto o servicio que le ha encomendado el principal, lo que implica que no percibirá las correspondientes retribuciones, o aquellos gastos derivados de las inversiones normales -ya hemos visto que las extraordinarias, no se incluyen aquí- que conlleve su propia organización empresarial.

Sin embargo, -de forma similar a lo que ocurría en la Comunicación anterior- siguen quedando al margen de las nuevas Directrices los acuerdos de agencia en que el agente asuma el riesgo y ventura de la operación, lo cual es admitido por la mayoría de las legislaciones comunitarias vigentes<sup>48</sup>. En efecto, las nuevas Directrices, excluyen expresamente de su ámbito a aquellos agentes que asuman “responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes, a excepción de la pérdida de la comisión del agente, a menos que éste sea responsable por negligencia al efecto”<sup>49</sup>.

Por tanto, si bien desde un punto de vista jurídico-privado la llamada “agencia de garantía” resulta totalmente lícita y es incluso frecuente, en el Derecho comunitario de la competencia se podría llegar a la conclusión de que si se desplaza el riesgo de la operación al agente, a través de la cláusula *star del credere*, estos contratos no pueden ser considerados como contratos de agencia y, por tanto, tales acuerdos entrarían en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81, siéndoles aplicable el Reglamento 2790/1999 (párrafo 13 de las Directrices).

Nuevamente el sector de distribución de carburantes tendrá que replantearse las cláusulas habituales en sus contratos de agencia, pues las agencias de garantía son prácticas con trascendencia desde el punto de vista del Derecho de la competencia y que por tanto deberán de ser analizadas a la luz del nuevo REC.

De todos modos, pese a que las Directrices siguen utilizando el viejo criterio del riesgo empresarial, matizan que la cuestión del riesgo ha de evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta el contexto económico de la operación y no la forma jurídica del acuerdo<sup>50</sup>. Sea como fuere, la Comisión ha preferido mencionar expresamente en estas Directrices algunos de los acuerdos que siendo habituales en el contrato de agencia -y que, por tanto, podrían incitar a dudas sobre su carácter anticompetencial-, se considera que no entran en el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE. Entre ellos se mencionan expresamente las cláusulas de fijación de precios y condiciones a las que el agente ha de vender o comprar bienes o servicios<sup>51</sup>.

---

48 La Directa 86/653/CEE no regula esta cuestión porque las divergencias entre las legislaciones nacionales impidieron alcanzar el consenso necesario para el desarrollo de una norma que armonizase la agencia de garantía, pero lo cierto es que un buen número de disposiciones comunitarias regulan esta modalidad de agencia. Así, por ejemplo, el art. 1 de la LCA regula como elemento natural de este contrato la no asunción por el agente del riesgo o ventura de las operaciones que promueva o concluya, si bien especifica que puede pactarse lo contrario. Además la propia LCA especifica los requisitos que ha de reunir este pacto en el art. 19, bajo el título de «*garantía de las operaciones a cargo del agente*». En general sobre la cláusula de garantía en los contratos de colaboración, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., “La cláusula de garantía en los contratos de colaboración [A propósito de la sentencia de la AP. de Granada de 19 de marzo de 1997 (AC. 558/97)], *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, n° 2, 1998, págs. 693 y sigs.

49 Cfr. Párrafo 16 de las Directrices, que además incluyen un ejemplo de posibles negligencias: “*al no cumplir unas medidas razonables de seguridad o antirrobo o al no cumplir unas medidas razonables a la hora de dar parte de robos al principal o la policía o de comunicar al principal toda la información necesaria a su disposición sobre la fiabilidad financiera de los clientes*”.

50 Cfr. Párrafo 16 de las Directrices, el cual aclara que “*... por lo general, el apartado 1 del art. 81 no será aplicable a las obligaciones impuestas al agente por lo que se refiere a los contratos negociados y/o celebrados por cuenta del principal cuando la propiedad de los bienes objeto del contrato comprados o vendidos no le sea conferida al agente o éste no preste directamente los servicios objeto del contrato*”.

51 Cfr. Párrafo 18 de las Directrices.

La razón de que estas obligaciones sean inocuas para el Derecho de la competencia reside esencialmente en que “*se refieren a la facultad del principal de fijar el ámbito de actividad del agente en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, que es esencial si el primero ha de asumir todos los riesgos y, por tanto, de poder determinar la estrategia comercial*”<sup>52</sup>.

También aprovecha la Comisión para enunciar en estas Directrices, una serie de actividades o funciones que, de ser llevadas a cabo por el agente -especialmente si son más de una-, conllevan normalmente que el acuerdo se incluya dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 del TCE. Se trata, pues, de una especie de “lista negra”, la cual básicamente gira en torno a actividades -algunas ya mencionadas- que suponen que el agente adquiera algún tipo de riesgo en relación con la actividad que realiza. Así entre las funciones que enumeran las Directrices cabe destacar: la contribución a los costes relacionados con el suministro de los bienes o servicios, el mantenimiento bajo riesgo propio de existencias, inversión en promoción de ventas o la responsabilidad frente a terceros por daños causados por el producto<sup>53</sup>. Pese a que esta lista no es exhaustiva, las Directrices se encargan de aclarar que si el agente ejerce una o varias de las actividades señaladas, en principio puede aplicarse el apartado 1 del art. 81 como en el caso de cualquier otro tipo de acuerdo vertical<sup>54</sup>. Como hemos visto muchas de estas restricciones están presentes en los contratos de distribución de carburantes, por lo cual entrarían de lleno en el ámbito de aplicación del Reglamento 2790/1999, pues realmente se trata de actividades que en otros contratos de distribución resultan habituales. Este es el caso por citar algún ejemplo, del mantenimiento bajo el propio riesgo de las existencias: es algo normal en este tipo de contratos ya que un concesionario o un franquiciado adquieren las mercancías para revenderlas; así también es frecuente que estos distribuidores realicen y asuman los costes publicitarios del producto o servicio, etc.

Por tanto, muchos de estos supuestos que se citan en las Directrices realmente desvirtuarían la verdadera naturaleza del contrato de agencia, tal y como se conoce en el entorno comunitario, pues en este contrato el agente actúa por cuenta ajena o en nombre y por cuenta ajena, y las Directrices en la mayoría de los casos que se citan en el apartado 16, se refieren a situaciones en las que se actúa en nombre propio. Así ocurre por ejemplo cuando el distribuidor contribuya a sufragar los costes relacionados con el suministro o adquisición de bienes o servicios o cuando se encargue del mantenimiento de las existencias de bienes cubiertos por el contrato, careciendo de posibilidad de devolver al principal, sin recargo, los productos no vendidos. Sin embargo, otras de estas cláusulas forman parte del contenido habitual de un contrato de agencia, este es el caso, ya comentado de la agencia de garantía.

Por último, cabe señalar que estas Directrices introducen una novedad trascendental en materia de análisis antitrust de los acuerdos de agencia. En efecto, la Comisión dispone que aún cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales, cabe la posibilidad de que las cláusulas de un acuerdo de agencia entren en el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE si facilitan la colusión.

---

52 Cfr. Párrafo 18 de las Directrices.

53 En concreto *vid.* el párrafo 16 de las Directrices..

54 *Vid.* párrafo 17 de las Directrices.