

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 1475/2024, de 7 de noviembre de 2024 [ECLI:ES:TS:2024:5558]

CONTRATO DE ABANDERAMIENTO PARA LA DISTRIBUCIÓN DE CARBURANTES: FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA

1. ANTECEDENTES DE HECHO

Servicios Auxiliares Ríos S. L. (SAR) y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S. A. (Repsol) suscribieron un contrato el 1 de noviembre de 2017 para la venta en exclusiva de combustibles y carburantes y de arrendamiento de estación de servicio. Repsol actúa como proveedora del producto y como arrendadora del local desde donde se venderían a los clientes finales por la distribuidora SAR. El objeto del litigio que desembocó en la sentencia que ahora comentamos proviene de una demanda interpuesta por SAR solicitando la nulidad del acuerdo por incumplimiento de Repsol. Varios son los motivos que alega la demandante; sin embargo, nos centraremos únicamente en uno de ellos, pues el propio Tribunal Supremo manifiesta en varias ocasiones la existencia de importantes defectos en la redacción del recurso planteado, lo que desemboca en una ambigüedad difícil de resolver. En unos casos se manifiesta por no indicar adecuadamente el precepto infringido y en otros directamente por no señalarlo. Procede decir que la demanda y el posterior recurso de apelación de SAR fueron íntegramente desestimados por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Sevilla, así como por la Audiencia Provincial de la misma ciudad. La sentencia de casación determinó la misma suerte desestimadora de la recurrente.

Uno de los motivos del litigio, planteado también en la casación, reposa sobre la infracción de las normas de defensa de la competencia (nacional y europea) en materia de imposición de precios de reventa de los carburantes por parte de Repsol hacia SAR, cuestión que abordaremos en los epígrafes siguientes. No obstante, previamente hemos de abordar otra cuestión acerca de la naturaleza jurídica de la relación que vinculaba a las partes y de su incidencia para la normativa antitrust.

2. NATURALEZA DEL CONTRATO: AGENTE GENUINO VS. AGENTE NO GENUINO

Jurídicamente, la actividad de distribución entre dos operadores independientes puede articularse de varias maneras, según la parte que asume mayor parte del riesgo económico.

Por un lado, la distribución directa es aquella en la que el distribuidor actúa por cuenta del proveedor o fabricante (ajena), sin adquirir en firme la propiedad de los productos objeto del contrato [vid.: GALÁN CORONA, E. 2010: «Los contratos de distribución. Ideas generales». En M. J. Herrero García (dir.): *La contratación en el sector de la distribución comercial*. Cizur Menor: Aranzadi, 21-39, 23-25; y CARBAJO CASCÓN, F. 2015: «Mercado, sistemas y contratos de distribución comercial». En F. Carbajo Cascón (dir.): *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 35-49, 36]. Esta distribución es propia de los —ya clásicos— comisionistas, colaboradores que actúan por cuenta ajena, del comitente, con independencia de que formalicen operaciones con terceros en nombre propio o ajeno (arts. 244-247 CCom); si bien, la comisión es una forma de cooperación esporádica o puntual. Otro ejemplo de esta distribución son los agentes comerciales, figura diseñada para realizar una colaboración estable y regulada en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia (LCA), que incorpora a nuestro Derecho la Directiva 86/653, relativa a la coordinación de la regulación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Dispone el art. 1 LCA: «Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones».

Por otro lado, la distribución indirecta aparece para descargar ese riesgo económico del proveedor y transferirlo al distribuidor. Este último adquiere en firme las mercancías debiendo proceder a su reventa posterior (cuenta propia), obteniendo un lucro equivalente al margen de beneficio por la diferencia entre el precio de venta y el de suministro. Aquí el distribuidor asume el riesgo financiero de las operaciones, de modo que se produce su independencia, tanto jurídica como económica (MARTÍ MIRAVALLS, J. 2009: *El contrato de máster franquicia*. Cizur Menor: Aranzadi, 42-43); serían ejemplo de ello los contratos de suministro —con y sin exclusiva—, de concesión, distribución selectiva o franquicia, según concurra o no cierto grado de integración del revendedor en la red comercial del proveedor.

Desde la perspectiva de la legislación antitrust, a los distribuidores que no asumen riesgos económicos de las operaciones no se les aplica el art. 101.1 TFUE. Es lo que jurídicamente se conoce como «agentes genuinos» o verdaderos contratos de agencia. La razón de no aplicar tal normativa reside en que estos empresarios no actúan como operadores económicos independientes, pues no asumen ningún riesgo financiero o comercial importante en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal. Así lo dispone el apartado 3.2.1 de la Comunicación de la Comisión Europea de 30 de junio de 2022 por la que se publican las Directrices sobre restricciones verticales (DOUE 30/06/2022, C 248/1; en adelante: DIVER). Concretamente, exime al agente de la aplicación de las normas antitrust, entre otras razones, cuando no adquiere la propiedad de los bienes entregados para su venta, cuando no participa de los costes relacionados con el suministro o no asume responsabilidades por los incumplimientos contractuales de los clientes finales que adquieren productos del proveedor (Apartado

33 Directrices verticales) [vid., también: VICIANO PASTOR, J. y MARTÍ MIRAVALLES, J. 2011: «Derecho antitrust y contrato de agencia: los riesgos significativos e insignificantes del agente en las redes distribución de carburante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, 280: 237-255].

Ahora bien, cuando el distribuidor, aún incluso denominado como «agente», asuma los riesgos financieros de las operaciones, se le considerará como «agente no genuino» y, por tanto, le serán aplicables las normas del derecho de defensa de la competencia. Aunque no figura expresamente en la resolución comentada, se infiere de su lectura que el contrato para la distribución de hidrocarburos que mantenían SAR y Repsol era de distribución indirecta (agencia no genuina), donde se producía el suministro en firme de los combustibles al objeto de que la distribuidora procediera a su reventa en el mercado. La STJUE de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05-Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio versus Cepsa) vino a confirmar la aplicabilidad de la normativa de competencia a las relaciones contractuales entre los operadores petroleros y las estaciones de servicio cuando estos últimos asumen riesgos significativos en relación con la distribución minorista de carburantes, con independencia de la denominación de agencia o comisión que se confiera al contrato [también: SSTJUE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/2007); y de 11 de septiembre de 2008 (asunto C-279/2006)].

Por tanto, procede concluir que SAR era un distribuidor indirecto y abanderado de Repsol, con independencia jurídica y económica respecto de este. Adoptando uno la posición de proveedor y el otro la de revendedor, nos hallamos ante un acuerdo vertical, al operar ambos empresarios en distintas posiciones de la cadena de distribución. En este contexto, resulta de aplicación el art. 101.1 TFUE y el Reglamento de exención (UE) 2022/720, de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (RECAV).

3. LA FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA EN LA DISTRIBUCIÓN INDIRECTA

Una de las controversias del procedimiento examinado por la sentencia es relativa a la imposición de precios por el proveedor al revendedor. Una práctica prohibida por el art. 101.1 TFUE y relativizada por el RECAV. Concretamente, el art. 4 a) RECAV prohíbe «la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a establecer un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes». La salvedad que concede el derecho antitrust en esta sede reposa en permitir precios recomendados o máximos, de manera que el distribuidor goza de cierto margen de libertad para determinar el precio final del producto. Esencialmente porque los precios recomendados constituyen una mera sugerencia, sin valor vinculante alguno;

y, por otro lado, los precios máximos, en la práctica, provocan que la negociación se realice a la baja, lo que repercute positivamente sobre los consumidores.

No obstante, procede aplicar cierta cautela con estas prácticas, que en ocasiones arrojan una apariencia de legalidad, pero, en el fondo, esconden una práctica anti-competitiva cuando el proveedor provoca fuertes incentivos para que el distribuidor venda en una cantidad fija (imposición indirecta de precios). Esto sucede, por ejemplo, cuando el proveedor reembolsa los costes promocionales en los que el comprador ha incurrido con la condición de que el comprador no se desvíe del precio de reventa máximo o recomendado. Un ejemplo de desincentivo para bajar el precio de venta sería cuando el proveedor amenaza con cortar nuevos suministros en respuesta a una desviación del precio de reventa máximo o recomendado por parte del comprador (ap. 188 DIVER). Igualmente, los precios máximos o recomendados encubren precios fijos cuando el proveedor tienen un elevado poder de mercado y el distribuidor carece de alternativas más allá que la de ofrecer el producto al importe que desea la otra parte [ANTÓN JUÁREZ, I. 2023: «Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, 1: 24-62, p. 41, nota al pie 71].

Respecto del control de los precios, en la práctica resulta más fácil aplicar un sistema de fiscalización en las redes comerciales de ventas *online*. El control de precios en estos casos se realiza mediante programas informáticos donde el proveedor puede efectuar un seguimiento eficaz de los precios de reventa en su red de distribución; también permite a los minoristas seguir los precios de sus competidores. La práctica de seguimiento y notificación de los precios no constituye una imposición de precios de reventa (ap. 191 DIVER); máxime, permite lograr, a veces, una mayor transparencia en el mercado de productos y servicios, y los oferentes pueden reaccionar más rápido y mejor a las nuevas políticas que observen desde fuera, adoptando las medidas oportunas para lograr una mayor competitividad (por ejemplo, reduciendo el precio con el fin de lograr una mayor cantidad de clientes).

En el caso comentado, la distribuidora SAR argumentaba que Repsol le impedía una posibilidad real de fijar el precio del combustible por la demandante, puesto que, además de la dificultad logística y efectiva de llevar a cabo dichos descuentos, el beneficio obtenido por la petrolera es inalterable, produciéndose así un perjuicio económico únicamente en el titular de la estación de servicio ante la posición dominante ejercida por la petrolera. Sin embargo, el Tribunal Supremo, de igual modo que la sentencia de apelación, afirma no solo que existía esa posibilidad real, sino que la demandante fijó efectivamente el precio de venta al público pues aplicó descuentos respecto del precio máximo fijado por la demandada. Por tanto, no impidió la rentabilidad y la viabilidad de la estación de servicio explotada por SAR.

Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
martingorus@usal.es