

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 15/12/2009
Fecha Sentencia: 18/12/2009
Núm. de Recurso: 0000449/2008
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 05667/2008
Materia Recurso: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Demandante: CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIOS
Procurador: D. DAVID GARCIA RIQUELME
Letrado:
Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado: TOTAL ESPAÑA, SAU

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000449/2008
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05667/2008
Demandante: CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIOS
Procurador: D. DAVID GARCIA RIQUELME

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado: TOTAL ESPAÑA, SAU
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios** y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o David García Riquelme, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de septiembre de 2008**,

relativa a archivo, siendo **Codemandada** Total España SAU y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº David García Riquelme, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de septiembre de 2008, solicitando a la Sala, declare que la codemandada incurrió en la conducta prevista en el artículo 1 de la LDC y artículo 81 TCE.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, unido el documento y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día quince de diciembre de dos mil nueve.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de septiembre de 2008, relativa a denuncia presentada por la hoy actora frente a la codemandada por entender que incurría en una conducta tipificada en el artículo 1 de la LDC y artículo 81 del TCE. Efectivamente, el 9 de mayo de 2006, la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO presenta denuncia contra CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., GALP ENERGIA S.A., AGIP ESPAÑA, S.A. y TOTAL ESPAÑA, S.A. por considerar que estas operadoras han articulado con terceros, ciertos acuerdos que constituyen negocios jurídicos complejos tendentes a prolongar la duración de las cláusulas de suministro exclusivo más allá de lo contemplado en la normativa, vulnerando con ello el artículo 81.1 del TCE y el artículo 1.1 de la Ley 16/1989.

La CNC, en la Resolución impugnada acuerda: “*Declarar que los contratos firmados por la empresa TOTAL a que se refiere la denuncia presentada por D. D.G.R. en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, dado su contexto jurídico y económico, no son aptos para afectar de manera significativa a la competencia, por lo que no les resulta de aplicación ni el artículo 1 de la Ley 15/2007 ni el artículo 81 del TCE en lo que a su duración respecta.*”

SEGUNDO: Los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, que la Sala acepta y no son discutidos, son los que siguen:

1.- Como consecuencia de la venta de estaciones de servicio a las operadoras AGIP ESPAÑA S.A. y PETROGAL ESPAÑOLA S.A. (hoy denominada GALP ENERGIA ESPAÑA, S.A.U.) en 2002, TOTAL se quedó en España con una red muy reducida de estaciones de servicio. Tras la posterior operación de venta de activos a DISA autorizada por la Comisión Nacional de la Competencia el 25 de octubre de 2007 (C-005/2007) la operadora ha cesado en sus actividades de comercio de carburantes en España, tanto en el canal Red como Extra Red.

2.- En el momento de la denuncia, previo a la venta de activos a DISA, 11 estaciones de servicio constituían la red TOTAL:

- Cuatro eran estaciones en las que tanto la propiedad como la gestión estaba en manos de TOTAL (*Company owned, company operated, COCOs*), que pasaron a ser propiedad de DISA tras la operación C-005/2007.

- En tres casos existían con el punto de suministro contratos que establecían pactos de suministro en exclusiva que se resolvieron anticipadamente antes de la operación con DISA.

- En los cuatro casos restantes, existen contratos de suministro en exclusiva de larga duración cuya resolución está pendiente y que no fueron objeto de traspaso a DISA.

a. Los Álamos es propiedad de un tercero que a su vez la gestiona (*Distributor owned, distributor operated, DODO*). La duración del contrato de exclusiva de suministro era de 10 años y vencía en 2009. En cualquier caso, el gestor de la estación de Los Álamos rescindió el contrato de forma unilateral en junio de 2003, fecha desde la cual no se suministra de TOTAL. Está pendiente el procedimiento de daños y perjuicios.

b. En tres casos E.S. Pedro IV, E.S. Santa Eulalia y E.S. Industria, que son precisamente a los que hace referencia la denuncia, existe una relación basada en lo que se denomina en la terminología del sector contratos cruzados, esto es, un derecho de superficie a favor de la operadora y un contrato de arrendamiento de industria con exclusiva de suministro a favor del distribuidor, por plazos superiores a 20 años. Las sociedades gestoras de estas estaciones de servicio han denunciado los contratos y solicitado su nulidad ante el juez. Hasta la fecha sólo se tiene constancia de que se haya resuelto el procedimiento que hace referencia a Pedro IV y la pretensión ha sido declarada improcedente. Actualmente, como se ha señalado, no se suministran de TOTAL.

En el mercado operan un total de 8.638 EESS, de las cuáles pueden considerarse no vinculadas con un operador (DODOs o independientes) unas 1.500. Esto es, más del 80% de las EESS del mercado se encuentran vinculadas.

TERCERO: La denuncia se refiere al carácter anticompetitivo de los denominados contratos cruzados, que en el caso de TOTAL serían los celebrados con las sociedades gestoras de las estaciones de servicio referidas en el antecedente 6.b (E.S. Pedro IV, E.S. Santa Eulalia y E.S. Industria).

Con este planteamiento la CNC llega a la conclusión de que los acuerdos de cesión de derecho de superficie y arrendamiento de industria con compra exclusiva constituyen un negocio jurídico complejo que a menudo vincula a un distribuidor, potencialmente independiente, con un operador petrolífero por un periodo habitualmente más extenso que el amparado por el Reglamento de Exención por Categorías (Reglamento CEE 2.790/1999). Y, a continuación, afirma que en el mercado español de distribución minorista de carburantes más de un 50% de la oferta se realiza por puntos de venta vinculados a redes paralelas de acuerdos verticales, lo que impide apreciar la regla de conducta de menor importancia ya que artículo 2.4 del Real Decreto 261/2008 excluye de tal concepto aquellas conductas desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes en los que más del 50% está cubierto por redes paralelas.

La cuestión se centra en valorar el efecto cumulativo de contratos similares.

Para ello, y siguiendo la doctrina de la Sentencia del TJC de 28 de febrero de 1991, Stergios Delimitis/Henninger Braü AG, Asunto C-234/89, la CNC toma en cuenta la posición de las partes en el mercado, el número de puntos de venta vinculados y la duración de los acuerdos, llegando a la conclusión de que el efecto cumulativo es irrelevante por tres razones:

- 1.- en el momento de la denuncia TOTAL se encontraba en proceso de abandonar el mercado español, cosa que a día de hoy se ha materializado,
- 2.- los contratos analizados representan una parte ínfima del mercado, y
- 3.- afectan a estaciones de servicio relativamente dispersas geográficamente.

El artículo 3 del Real Decreto 261/2008 establece:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia.”

La discusión se centra por ello en la afectación del mercado por la conducta denunciada y su aptitud para producir la inexpugnabilidad del mismo. La tesis central de la actora para sostener tal afectación se centra en que Total España se integra en un grupo empresarial ya que ostenta el 48% de las acciones de Cepsa, y ésta, a su vez, ostenta el 100% de Cepsa Estaciones de Servicio S.A.

Pero, aunque ello es así, y pueden aceptarse las tesis de la actora en cuanto existe unidad de decisión entre las señaladas compañías, no podemos concluir que los contratos celebrados por la entidad codemandada y que la propia CNC acepta que vulneran la libre competencia, en su efecto cumulativo puedan afectar la libre competencia en el mercado de modo significativo.

Efectivamente, por más que pueda existir unidad de decisión, los contratos celebrados por Total España S.A. representan un número tan escaso que no es relevante en el grupo empresarial, y, por otra parte, Cepsa Estaciones de Servicio S.A. ha sido denunciada igualmente, como parte contratante en los contratos a los

que se imputa la vulneración de la libre competencia, y respecto de ella no se ha declarado la conducta de menor importancia.

Por tanto la acción de Total, aún admitiendo la existencia de grupo empresarial, no es relevante dentro de dicho grupo, y respecto de la conducta que nos ocupa, para determinar un efecto sobre la libre competencia.

De ahí que debamos concluir que la decisión de la CNC es ajustada a derecho en cuanto el marco económico y jurídico que analizamos impide a la conducta imputada tener un efecto significativo en el mercado, aunque el efecto significativo pueda reconocerse del comportamiento de otras entidades del grupo.

CUARTO: De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por promovido **Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios** y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o David García Riquelme, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de septiembre de 2008**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.