

AUDIENCIA NACIONAL

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

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 30/11/2010
Fecha Sentencia: 02/12/2010
Núm. de Recurso: 0000035/2008
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 00470/2008
Materia Recurso: CONDUCTAS PROHIBIDAS
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Demandante: VAZQUEZ Y CASTRO S.L., INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L., GRUPO ACRABA S.L., E.S. EL MORO S.L., ESTAGAS S.L. Y GROSSEN S.A.
Procurador: SR. GARCÍA RIQUELME
Letrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: DISA PENINSULA S.L.U.

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Archivo de denuncia por conductas prohibidas.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000035/2008
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00470/2008
Demandante: VAZQUEZ Y CASTRO S.L., INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L., GRUPO ACRABA S.L., E.S. EL MORO S.L, ESTAGAS S.L. Y GROSSEN S.A.

Procurador: SR. GARCÍA RIQUELME

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: DISA PENINSULA S.L.U.
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

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
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a dos de diciembre de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 35/08 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido **VAZQUEZ Y CASTRO S.L., INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L., GRUPO ACRABA S.L., E.S. EL MORO S.L, ESTAGAS S.L. y GROSSEN S.A.** representadas por el Procurador Sr. García Riquelme frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el

Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de fecha 27 de noviembre de 2007, relativa a archivo de denuncia por **conductas prohibidas** siendo codemandado **DISA PENINSULA S.L.U.** representada por la Procuradora Sra. De las Alas Pumariño. Ha sido Ponente la Magistrado **D^a Mercedes Pedraz Calvo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2008. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO- En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada *“dictando otra que acoja las alegaciones efectuadas por esta parte, declarando la infracción tanto del art. 1 LDC como del art. 81 Tratado CE por los acuerdos analizados”*..

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada presentó escrito de contestación a la demanda en el cual, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que deja expuestos solicitó la desestimación del recurso.

CUARTO- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora y de la codemandada, con el resultado obrante en autos.

QUINTO- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 30 de noviembre de 2.010 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 27 de noviembre de 2007 en el Expediente 691DISA por la que la misma resuelve desestimar los recursos interpuestos, entre otras por VAZQUEZ Y CASTRO S.L., INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L., GRUPO ACRABA S.L., E.S. EL MORO S.L., ESTAGAS S.L. y GROSSEN S.A. hoy actoras, contra la resolución del Servicio de Defensa de la Competencia de 17 de mayo de 2006 por el que se declaró el sobreseimiento del expediente 2608/06 incoado como consecuencia de la denuncia presentada por GROSSEN S.A. contra SHELL ESPAÑA S.A. (subrogada por DISA PENINSULA S.L.U.) por entender que las obligaciones de compra en exclusiva contenidas en determinados contratos pudieran contravenir el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 81 TCE.

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- La autoridad de Defensa de la Competencia analiza dos tipos de contratos, los que se consideraban incluidos directamente en la exención prevista en el art. 5 del Reglamento CE num. 2790/99 y los que requieren un análisis más detallado.

- Analiza la jurisprudencia comunitaria en materia de regla de minimis, y específicamente las sentencias Delimitis y Neste Markkinointi.

- Considera que la jurisprudencia comunitaria no ha sido interpretada o aplicada correctamente por la Administración y concluye que el mercado español de los hidrocarburos es un mercado cerrado, difícilmente accesible y que en esta situación la aplicación de la regla de mínimis nunca conllevaría aceptar como válidas duraciones manifiestamente excesivas en contratos de suministro en exclusiva de operadores con cuotas inferiores al 5% porque para que la contribución al efecto acumulativo sea insignificante no basta una cuota pequeña sino que la duración no sea manifiestamente excesiva. A su juicio la duración es considerada por el Tribunal Europeo como el aspecto determinante para la valoración del efecto nocivo para la competencia en el mercado de estaciones de la cláusula de suministro en exclusiva.

Igualmente sostiene que el efecto acumulativo debe tenerse en cuenta en un contexto económico y jurídico que resultaría del Informe Propuesta de la Dirección de Investigación de 1 de agosto de 2008. Alega que según este informe la posición de DISA en el mercado es que detenta un 5,3% del mercado de referencia, extremo que *“de por sí determinaría la participación significativa al cierre de mercado de los acuerdos analizados”*.

Por lo tanto, siendo ilegales las cláusulas examinadas, y no siendo de aplicación la regla de mínimis, debe estimarse el recurso y declararse la infracción del artículo 1 LDC y del art. 81 del Tratado CE.

Por su parte tanto el Abogado del Estado como la codemandada se oponen a la estimación del recurso y alegan, resumidamente lo siguiente:

- Son hechos relevantes los siguientes: el mercado relevante es el territorio español peninsular; la cuota de mercado de DISA es del 3,5%; de las 8.600 estaciones de servicio existentes en el territorio español solo 264 pertenecen a DISA; de ellas solo 36 tienen contratos de larga duración; las referidas 36 EESS suponen menos del 0,5% del territorio peninsular español.

TERCERO.- El punto de partida sobre los hechos a valorar es muy diferente según las distintas apreciaciones de las partes.

En primer lugar el Servicio de Defensa de la Competencia ha establecido, y así ha sido aceptado por la Comisión Nacional de la Competencia que:

- a) De los 38 contratos analizados, 13 no deben ser analizados bien porque no les es de aplicación el art. 1 de la LDC y 81 TCE (dos estaciones de servicio gestionadas por filiales de DISA) bien porque les resulta de aplicación el Reglamento CE 2790/99 de la Comisión (relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales (caso de contratos con duración inferior a 5 años como establece el art. 5 del Reglamento CE 2790/99).

- b) Contratos que tienen cláusula de tácita reconducción, el SCD considera que esta cláusula no se debe equiparar a una duración indefinida en los términos del citado art. 5 del Reglamento porque el contrato solo se renueva si lo quieren las EESS, la renovación es por meses y el plazo de preaviso de 20 días naturales.

- c) El resto de los contratos (serían 25) no están ubicados en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención pero no son ilegales per se y deben en consecuencia ser analizados individualmente. Resulta claro que a juicio del SDC la duración encuentra su justificación en el hecho de que la operadora ostente derechos reales legítimos a los que han sucedido inversiones ciertas y significativas, lo que excluye su carácter fraudulento.

Concluyó por tanto el SDC que los contratos examinados no eran susceptibles de afectar sustancialmente el mercado de distribución de carburantes para la automoción porque DISA está por debajo del 5% de cuota establecido en la Comunicación de minimis de la Comisión.

Finalmente, el número de contratos en los que DISA ha introducido la cláusula inhibitoria de la competencia por duración superior a la establecida no es susceptible de producir un efecto de cierre o bloqueo del mercado.

Los titulares de las Estaciones de Servicio opusieron los siguientes argumentos:

- Los contratos no se benefician de la exención por categorías ni siquiera los que tienen duración inferior a 5 años y tienen cláusulas de reconducción tácita por las características de esta.

- Los acuerdos no han sido objeto de autorización singular ni coinciden con el contrato-tipo autorizado en su día por el TDC, autorización que por otra parte no fue renovada.

- El entramado contractual tiene la finalidad de extender la duración de los contratos más allá de lo permitido por la normativa

- Las inversiones no constituyen una justificación válida para una duración excepcionalmente prolongada.

- No es aplicable la regla de minimis: el efecto acumulativo de redes paralelas de contratos y las características del mercado llevan a la inaplicabilidad de esta regla según la doctrina establecida en la sentencia Delimitis.

Por su parte DISA opuso que:

- Su cuota de mercado en la península es del 3,5%

- Los contratos analizados suponen un 15% del total de su red peninsular y el 0,5% del total de estaciones de la Península

En el acto administrativo impugnado la CNC al resolver el recurso contra el acuerdo de sobreseimiento recordó que el marco normativo está constituido por el Reglamento 2790/99 que en su artículo 5 establece:

“La exención prevista en el art. 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales:

a) Cualquier cláusula directa o indirecta de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un periodo de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del periodo de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador” .

Entiende por tanto la CNC que la duración máxima de las cláusulas de compra en exclusiva sujetas a exención es de 5 años, con la especialidad acogida por la reproducida letra a) para el caso de que la compañía suministradora sea dueña de las instalaciones y el terreno. Puntualiza que las Directrices sobre restricciones verticales aclaran esta excepción señalando que su razón de ser es que en general no es razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad, pero *“no pueden acogerse a esta excepción las construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años.”*

La CNC se aparta de alguna de las conclusiones del Servicio:

- La redacción de las cláusulas de reconducción tácita da lugar *“con alta probabilidad”* a una prolongación del plazo de duración de los contratos más allá de cinco años, por las circunstancias en que tiene lugar. Esto supone que no deberían presumirse amparados por el Reglamento de Exención por categorías los contratos analizados de duración inferior a cinco años pero con cláusulas de reconducción tácita.

- No puede deducirse la exención interpretando de forma extensiva los Reglamentos. Solo considera que está justificada la prolongación de la obligación de compra en exclusiva cuando el proveedor es el propietario único del punto de venta, el cual no va a quedar nunca abierto a la entrada de terceros.

Concluye que sean cuales sean las inversiones del proveedor del negocio será necesario valorar si los contratos que contienen cláusulas de compra en exclusiva pueden tener por efecto un deterioro de la competencia.

Con esta consideración a la vista, aborda la cuestión desde el punto de vista del posible efecto restrictivo de la competencia de estos contratos y expone que hay dos requisitos cumulativos para determinar los efectos de un acuerdo de compra en exclusiva:

El primero, que el mercado sea difícilmente accesible para competidores que podrían instalarse o ampliar su cuota habida cuenta del contexto económico y jurídico de los contratos de este tipo. Concluye que el mercado español es difícilmente accesible para los competidores.

El segundo, que los contratos contribuyan al efecto cumulativo, y en este caso, considera que los contratos analizados no contribuyen de manera significativa al cierre del mercado peninsular español de la distribución de combustibles que es el considerado relevante a los efectos de la operación litigiosa.

CUARTO- La cuestión litigiosa queda por tanto reducida, a juicio de esta Sala, y vistas las consideraciones expuestas por el acto administrativo impugnado en determinar si es o no conforme a derecho la conclusión obtenida por la CNC cuando a la vista de las pruebas practicadas concluye que los contratos litigioso no contribuyen de manera significativa al cierre del mercado peninsular español de la distribución de combustibles.

Los motivos por los que alcanza tal conclusión son que DISA es un operador independiente de SHELL; que no ha sido considerada por la Comisión Nacional de la Energía operador principal, que participa en el mercado con una cuota inferior al 5% y la cuota vinculada se presume poco significativa. Además, el volumen de los contratos analizados no presupone una contribución relevante al efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales en el mercado por parte de este operador.

La actora considera que no es correcta la interpretación llevada a cabo de la sentencia Delimitis, y que el efecto acumulativo no es tan importante como la excesiva duración de los contratos.

En primer lugar debe establecerse como punto de partida el hecho de que en periodo probatorio han quedado establecidos los elementos fácticos tenidos en cuenta por la CNC específicamente el relativo a la cuota de mercado de DISA inferior al 5% (la certificación de la UPI no deja lugar a dudas).

El artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia regula las “*Conductas de menor importancia*” en los siguientes términos:

“Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se

determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado.”

La normativa comunitaria y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de la U.E. en interpretación de la misma atribuyen un valor esencial a este dato de la cuota de mercado: en el apartado 8 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible (de 22 de diciembre de 2001) se establece la reducción al 5% de la cuota de mercado a tener en cuenta para la aplicación de o valoración de la restricción de la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 *“cuando en un mercado de referencia la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes... En general se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 15% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado”*.

Siendo así que a esta circunstancia no se suma ninguna otra de las que la Comisión en el apartado 11 de dicha Comunicación indica como impeditivas o excluyentes de la aplicación de la regla de minimis; que los contratos analizados suponen un 15% del total de la red peninsular y el 0,5% del total de estaciones de la Península de una empresa con una cuota de mercado de esas características; que no se ha practicado prueba alguna por la recurrente a quién le incumbe la carga de acreditar lo que sostiene que acredite que en tales circunstancias los contratos litigiosos tienen algo más que una contribución insignificante al efecto cumulativo debatido; con todas estas consideraciones a la vista esta Sala concluye, con la Administración, que el solo hecho de la duración de los contratos no es en la situación descrita suficiente para declarar contrarios a los artículos 1 LDC y 81 del Tratado CE los contratos litigiosos.

Tal conclusión encuentra su fundamento en las consideraciones efectuadas por el TJCE en la sentencia citada por la parte actora Neste Markkinointy Oy de 7 de diciembre de 2000, que dictó el siguiente fallo:

“La prohibición establecida en el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1) no es de aplicación al acuerdo de compra exclusiva celebrado por un proveedor de carburantes que puede ser denunciado en cualquier momento por el revendedor mediante preaviso de un año, cuando todos los acuerdos de compra exclusiva de dicho proveedor, considerados bien por separado o bien globalmente, en relación con la red de acuerdos similares del conjunto de proveedores, tienen un efecto importante en el cierre del mercado, pero cuando los acuerdos de análoga duración al controvertido en el procedimiento principal representan tan solo una parte muy reducida de todos los acuerdos de compra exclusiva del mismo proveedor, la mayoría de los cuales son contratos de duración determinada celebrados por un período superior a un año”.

Por lo tanto, incluso en un supuesto en el que se produzca *“un efecto importante en el cierre del mercado”* no se aplicará la prohibición del art. 81 del Tratado (ni del artículo 1 LDC) cuando los acuerdos representan, como es el caso, una parte muy reducida del total.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

QUINTO- 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 debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **VAZQUEZ Y CASTRO S.L., INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L., GRUPO ACRABA S.L., E.S. EL MORO S.L., ESTAGAS S.L. y GROSSEN S.A.** contra el Acuerdo dictado el día 27 de noviembre de 2007 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.



PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltra. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.