

RESOLUCIÓN DE INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL

(EXPTE. VTC/2697 CEPSA)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a M^a Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 29 de Marzo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera ponente D^a. María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución de incidente de ejecución de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2009, por la que se acordó la Terminación Convencional del expediente sancionador 2697/06, incoado contra Cepsa Estaciones de Servicio S.A. (CEPSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 29 de julio de 2009, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), acordó la Terminación Convencional del expediente sancionador 2697/06 incoado contra Cepsa Estaciones de Servicio, S.A. (CEPSA), subordinándola al cumplimiento de los compromisos propuestos por CEPSA (en adelante, los Compromisos).
2. El 22 de noviembre de 2010, tuvo entrada en la CNC denuncia de VIRGISA, S.A. (VIRGISA) contra CEPSA por incumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC por la que se acuerda la Terminación Convencional del expediente sancionador incoado contra CEPSA. De acuerdo con la denuncia, CEPSA se estaría negando a proceder con el rescate de la estación de servicio número 17.212-VIRGISA, pese a que dicha estación estaba listada en el anexo 1 de los Compromisos.
3. Con fecha 1 de diciembre de 2010, la Dirección de Investigación solicitó al Verificador designado en la vigilancia del Acuerdo de Terminación

Convencional de CEPESA (Frontier Economics) que, en cumplimiento de lo establecido en el punto 2.9 del capítulo IV del Acuerdo de compromisos, propusiera a la Dirección de Investigación solución de la controversia.

4. Con fecha 20 de diciembre de 2010, tuvo entrada en la CNC el informe elaborado por el Verificador “Propuesta de solución de la controversia a partir de la denuncia presentada por VIRGISA, S.A.”
5. De acuerdo con lo previsto en el artículo 42.3 c) del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, (RDC) la DI elaboró un informe de Vigilancia que notificó a los interesados para que formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente. En dicho informe la DI proponía el archivo de la denuncia presentada por VIRGISA y la exclusión de ésta del ámbito subjetivo de los compromisos adoptados en la Terminación Convencional objeto de la vigilancia.
6. Las alegaciones CEPESA tuvieron entrada en la CNC el 31 de enero de 2011, y en las mismas manifestaba su conformidad con las conclusiones alcanzadas en el documento.
7. Las alegaciones de VIRGISA, reiterándose en sus manifestaciones anteriores, tuvieron entrada en la CNC el 14 de febrero de 2011.
8. De acuerdo con lo previsto en el artículo 42.4 del RDC, el 26 de febrero de 2011 la Dirección de Investigación (DI) remitió al Consejo el “*Informe de Vigilancia en expediente Ref. VTC/2697 CEPESA*”, en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2009, por la que se acordó la Terminación Convencional del expediente sancionador 2697/06, (CEPSA).
9. El Consejo de la CNC ha deliberado y fallado la presente Resolución en su reunión del día 16 de marzo de 2011.
10. De acuerdo con el art. 71.4 del RDC es interesada en este expediente de vigilancia Cepsa Estaciones de Servicio S.A. (CEPSA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El artículo 41 de la Ley 15/2007, dispone en relación con la vigilancia del cumplimiento por los interesados de las obligaciones, resoluciones y acuerdos, lo siguiente, “1. *La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.*

Y en su artículo 34 dispone que el Consejo es el órgano competente para, a propuesta de la Dirección de Investigación, “e) *Resolver sobre el cumplimiento*

de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones”.

Y el artículo 35 de la Ley 15/2007 atribuye a la Dirección de Investigación la función de, “c) *Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.*”

SEGUNDO. Finamente el artículo 42 del RDC desarrolla las facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, dice en su apartado cuarto que la DI remitirá el informe de vigilancia al Consejo de la CNC a efectos de que este, “*declare el cumplimiento de las obligaciones impuestas o bien declare su incumplimiento*”. Los compromisos propuestos por CEPSA y que se recogen en la Resolución del Consejo de 29 de julio de 2009 de Terminación Convencional del expediente sancionador 2697/06, son los que, en forma resumida por la DI, se recogen a continuación:

“II. COMPROMISOS Y ÁMBITO SUBJETIVO

(5) *Los compromisos propuestos por CEPSA y aprobados por el Consejo de la CNC pueden resumirse como sigue:*

- 1. No celebrar en lo sucesivo nuevos acuerdos de suministro en exclusiva de combustibles y carburantes a Estaciones de Servicio, de una duración superior a cinco años.*
- 2. Otorgar a los propietarios de las Estaciones de Servicio con contratos CODO-Superficie/Arriendo una opción de rescate del derecho de superficie constituido a favor de CEPSA.*
- 3. Publicidad de los compromisos.*

(6) *De acuerdo con dicha Resolución, el ámbito subjetivo de los compromisos comprende (subrayado añadido):*

“1. Los compromisos objeto de la presente propuesta se refieren a las Estaciones de Servicio integradas en la red CEPSA mediante la modalidad denominada CODO Superficie/arriendo, es decir, aquellas en que Cepsa ostenta la propiedad superficiaria, o la titularidad de otro derecho real que otorgue el uso y disfrute, y se encuentran arrendadas, al tiempo de la terminación convencional, con exclusiva de suministro, por un plazo superior a cinco años, a personas físicas o jurídicas que coincidan con la del nudo propietario [...] siempre que la Estación de Servicio se estuviera suministrando efectivamente, de modo exclusivo, de los combustibles de Cepsa a 31 de diciembre de 2006, aunque no lo estuviera en la actualidad, salvo que en el contencioso planteado con ese motivo, hubiera recaído sentencia firme que decretara la resolución del contrato de arrendamiento.

2. Las Estaciones de Servicio comprendidas en este momento en el ámbito definido en el párrafo anterior son, salvo error u omisión, las que se relacionan, identificando la persona jurídica nuda propietaria y la del arrendatario explotador y numerándolas, del 1 al 90, por orden de menor duración restante al derecho de superficie y explicitando la misma, en el Anexo acompañado como Documento nº 1. Cualquier titular de la explotación de una Estación de Servicio que considere que se encuentra incluido en el ámbito de la presente Propuesta definido en el punto 1 anterior, y que no lo esté en la lista del Anexo acompañado como Documento nº 1, podrá dirigirse al Verificador para solicitar su inclusión [...].”

La Resolución incluye como anexo un listado de las Estaciones de Servicio comprendidas en el ámbito subjetivo de los compromisos. VIRGISA (estación núm. 17.220) figura en dicha lista con el número 80.

Por tanto los compromisos de la Terminación Convencional aprobada por Resolución del Consejo el 29 de julio de 2009 propuestos por CEPSA, le obligan a dar a los propietarios de las Estaciones de Servicio con contratos CODO-Superficie/Arriendo, una opción de rescate del derecho de superficie constituido a favor de CEPSA, siempre que en el momento de hacer uso del rescate estuviera vigente el contrato de arrendamiento. Además la Resolución recogía en anexo un listado de Estaciones de Servicio que a la fecha de la resolución, *salvo error u omisión*, tenían ese derecho a la opción del rescate.

La Estación de servicio VIRGISA presentó una denuncia porque quiso ejercer la opción de rescate el 4 de octubre de 2010 y CEPSA se la negó por considerar que ya no era titular de dicha opción.

VIRGISA es una de las Estaciones de Servicio incluidas en el ámbito subjetivo de los compromisos y está también en el listado del anexo de la Resolución de Terminación Convencional.

VIRGISA, previamente a la Resolución sobre el Acuerdo de Terminación Convencional, ya estaba en distintos litigios en relación con el contrato de arrendamiento y de cesión de derechos que tenía con CEPSA y que según describe la DI siguieron los siguientes cauces:

1 El 14 de abril de 2006, VIRGISA interpuso una demanda contra CEPSA, ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, solicitando la nulidad del contrato de arrendamiento y la cesión de derecho de superficie por su incompatibilidad con las normas europeas de competencia. Este procedimiento se encuentra actualmente pendiente de resolución.

2 El 21 de marzo de 2007, CEPSA presentó una solicitud de arbitraje ante la Corte Española de Arbitraje, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento por su incumplimiento por parte de VIRGISA (ruptura exclusiva y retirada de imagen de marca). El Laudo Arbitral, de 24 de abril de 2008, declaró resuelto el contrato de arrendamiento, condenando a

VIRGISA a hacer entrega a CEPSA de la Estación de Servicio, en el plazo de dos meses.

3 El 31 de julio de 2008, VIRGISA interpuso demanda de anulación ante Audiencia Provincial de Madrid, solicitando la anulación del Laudo Arbitral. La demanda fue desestimada el 22 de septiembre de 2010, y el laudo devino firme.

Es a partir de ese momento, una vez firme el laudo, cuando VIRGISA se propone hacer uso del derecho de rescate contemplado en el Acuerdo de Terminación Convencional que CEPSA le niega.

TERCERO. Por tanto la cuestión que se plantea al Consejo es, si en el momento en que VIRGISA solicitó el rescate el 4 de octubre de 2010, era titular de ese derecho en los términos establecidos los Compromisos. O si por el contrario, una vez que existe un Laudo firme que ha decretado la extinción del contrato de arrendamiento de industria, por el que CEPSA arrendaba la explotación de la estación de servicio a VIRGISA, y, por tanto, VIRGISA ya no explota la estación en calidad de arrendatario de CEPSA, ese derecho ha desaparecido.

Como dice la DI no se plantea controversia entre VIRGISA y CEPSA en cuanto a si VIRGISA cumplía los requisitos para su inclusión en el ámbito subjetivo de los Compromisos en el momento de la Terminación Convencional, cuestión que ambas partes aceptan, pero sí en lo relativo a si esa condición para el rescate la cumplía cuando la ejerció.

La DI, analizada la denuncia de VIRGISA, las alegaciones de CEPSA y la respuesta del verificador a su solicitud de propuestas para la solución de la controversia, concluye lo siguiente:

- (20) *VIRGISA sostiene no sólo que sigue cumpliendo el ámbito subjetivo de los Compromisos, sino que en todo caso al cumplirlos en el momento del Acuerdo de Terminación Convencional, se le otorgó, como nudo propietario de la estación, un derecho para rescatar la plena propiedad de ésta cuyo carácter era “efectivo e irrevocable”, y por tanto no habría dejado de subsistir por haber cesado una parte de la relación contractual entre CEPSA y ella.*
- (21) *La resolución del conflicto planteado tiene, por tanto, una doble dimensión. Una primera parte del problema es determinar si VIRGISA cumple actualmente los criterios para estar en el ámbito subjetivo de los Compromisos. La segunda parte, que a efectos prácticos sólo procedería examinar si la respuesta a la primera cuestión fuera negativa, es si por haber estado incluida en el ámbito subjetivo con anterioridad, CEPSA otorgó a VIRGISA un derecho que ésta todavía conserva y que podría ejercer en el momento actual.*

- (22) *La Resolución establece que el ámbito subjetivo de los Compromisos se refiere a estaciones de servicio:*
- 1. Sobre las que Cepsa ostenta la propiedad superficiaria, o la titularidad de otro derecho real que otorgue el uso y disfrute.*
 - 2. Que se encuentren arrendadas, al tiempo de la terminación convencional, con exclusiva de suministro, por un plazo superior a cinco años, a personas físicas o jurídicas que coincidan o estén vinculadas al nudo propietario.*
 - 3. Que se estuvieran suministrando efectivamente, de modo exclusivo, de los combustibles de Cepsa a 31 de diciembre de 2006, “...aunque no lo estuviera[n] en la actualidad, salvo que en el contencioso planteado con ese motivo, hubiera recaído sentencia firme que decretara la resolución del contrato de arrendamiento”.*
- (23) *VIRGISA satisface sin género de dudas los primeros dos requisitos, y se suministraba efectivamente, de modo exclusivo, de los combustibles de Cepsa a 31 de diciembre de 2006, aunque ya no lo hacía al tiempo de la Resolución, si bien entonces no había recaído sentencia firme que decretara la resolución del contrato de arrendamiento y ahora sí. El problema estriba, por tanto, en cómo se interpreta el segundo elemento del tercer requisito: cuándo se requiere que no haya recaído sentencia firme, en el momento de la terminación convencional o en el momento del efectivo rescate.*
- (24) *VIRGISA sostiene que el tiempo verbal elegido en el texto de los Compromisos (“...hubiera recaído...”) se refiere a un momento anterior a la aprobación de los Compromisos. Según su argumentación, si la Resolución hubiera querido situar tal eventualidad en un momento futuro, habría utilizado el futuro del subjuntivo: “hubiere recaído”. Por tanto, este segundo elemento del tercer requisito, entendido por VIRGISA, es que no exista sentencia firme fechada en cualquier momento anterior al momento del Acuerdo de la Terminación Convencional.*
- (25) *El argumento de VIRGISA es, a juicio de esta Dirección de Investigación, ciertamente rebatible. Primero, porque si la intención al tiempo de la Terminación Convencional del sub-requisito controvertido era condicionar la posibilidad del rescate a la existencia de sentencia firme en un tiempo anterior, en lugar de “hubiera recaído sentencia firme” podría haberse utilizado un tiempo verbal mucho más claro: “haya recaído sentencia firme”.*

- (26) Además, de la literalidad de este segundo elemento del requisito se desprende que la sentencia firme como condición sólo aplica cuando la estación de servicio no se está suministrando efectivamente, de modo exclusivo, de los combustibles de CEPSA “en la actualidad”. Así que la clave puede estar en valorar a qué momento se refiere la expresión “en la actualidad”: al momento de adopción de la terminación convencional o al momento del rescate. En opinión de esta Dirección de Investigación, el hecho de que en el mismo párrafo haya una referencia indubitada “al tiempo de la terminación convencional” inclina la balanza a favor de que “en la actualidad” se refiera a un momento temporal futuro al de la Terminación Convencional.
- (27) Esta última interpretación, además, es la que resulta sin lugar a dudas de la finalidad pretendida por los Compromisos y del alcance que tiene la adopción de compromisos por la CNC, como se verá a continuación.
- (28) En primer lugar, es manifiesta la relación jurídica compleja que vincula a CEPSA y a las estaciones de servicio delimitadas en el expediente 2697/06, que deriva fundamentalmente de la existencia de un entramado de acuerdos cruzados. La vinculación entre la petrolera y las estaciones mencionadas está compuesta, en realidad, por una tríada de relaciones contractuales fuertemente interconectadas: i) Relación contractual sobre el uso del derecho de superficie, por la cual el propietario del terreno permite al arrendatario la utilización del suelo para la construcción de una estación de servicio; ii) Relación contractual sobre la explotación de la estación de servicio, por la cual el titular del derecho de superficie y del derecho de uso del inmueble enajena el derecho de llevar a cabo la explotación comercial de la estación; iii) Relación contractual sobre el suministro de combustibles para la distribución minorista, por la cual la titular del derecho superficiario establece una exclusiva de suministro con el gestor de la estación de servicio. La duración de dichos contratos, que normalmente va ligada, es superior a cinco años.
- (29) Es sólo en estos supuestos específicos, de contratos definidos por la constitución de un derecho real de superficie a favor de Cepsa y un derecho de arrendamiento de industria a favor del nudo propietario, donde se centra el problema de competencia que se pretendía resolver mediante los Compromisos, pues se entendía que dichos supuestos podían contribuir al potencial efecto de cierre del mercado para terceros suministradores, en un mercado en el que la mayoría de las estaciones de servicio están ligadas a los suministradores tradicionales, y una parte significativa de ellas lo están por contratos de muy largo plazo. Se dejan,

por tanto, expresa y deliberadamente, fuera del alcance de los Compromisos otros supuestos contractuales existentes en el mercado de distribución de carburantes, tales como aquéllos en los que la nuda propiedad del terreno corresponde a CEPSA, o aquellos casos en los que el arrendamiento de industria por parte de CEPSA se realiza a favor de un tercero independiente y sin vinculación con el nudo propietario del terreno.

- (30) *En el momento de adoptarse los Compromisos, la relación contractual entre VIRGISA y CEPSA entraba dentro de la problemática que los Compromisos pretendían hacer desaparecer, y consecuentemente VIRGISA entraba dentro del ámbito subjetivo de los compromisos, y así estaba incluida en la lista que como anexo se incorpora a la Resolución.*
- (31) *Ahora bien, lo cierto es que en este momento, la relación contractual entre CEPSA y VIRGISA ya no es potencialmente problemática para la competencia desde el punto de vista –expreso y deliberado- identificado en los Compromisos, puesto que ya no se trata de un punto de venta que tiene imposibilitada, por la vía de un entramado contractual complejo, la posibilidad de ser abastecido de carburante por un suministrador alternativo a CEPSA; ahora existe una sentencia firme en virtud de la cual la explotación del punto de venta pertenece en exclusiva a CEPSA, y no hay entramado contractual complejo que limite la posibilidad de que el suministro de carburante se realice por un tercero ajeno a CEPSA. Desde una óptica finalista, por tanto, la relación actual entre CEPSA y VIRGISA no sería hoy objeto de los Compromisos ni de investigación en el expediente 2697/06 CEPSA.*
- (32) *En segundo lugar, de acuerdo al principio de proporcionalidad, los Compromisos no pueden referirse a situaciones que caen fuera del ámbito de investigación. La Terminación Convencional constituye un modo de terminación excepcional, utilizada en este caso para solventar los problemas de competencia presentes en supuestos fácticos muy específicos que afectaban a determinadas estaciones de servicio delimitadas en la Resolución, quedando fuera de dicho ámbito las restantes que no cumplieran las condiciones estipuladas. Por tanto, desde esta perspectiva, no cabe duda de que la pretensión de la Resolución no era otra que facilitar la ruptura del tipo de situaciones planteadas en la problemática de competencia estudiada, ni más ni menos.*
- (33) *Esto no supone entrar a valorar ahora si existe infracción de la normativa de competencia cuando no se llegó a tal conclusión en la Resolución, proceder al que se opone VIRGISA en sus alegaciones. Efectivamente, no se puede condicionar ahora el rescate a que haya infracción de las*

normas de competencia cuando en la Resolución no se hizo, pero el respeto por el Compromiso del principio de proporcionalidad no supone más que mantener la aplicación de los mismos criterios finalistas de la Resolución en cuanto a las relaciones contractuales actuales entre VIRGISA y CEPSA: ni entonces –en la Resolución- ni ahora se determina si dichas relaciones infringen o no la LDC, el principio de proporcionalidad tan sólo exige valorar si potencialmente producen los mismos problemas sobre la competencia efectiva, cuestión que la Resolución liga a la existencia de un entamado contractual complejo de ciertas características, y no a otro tipo de situaciones.

- (34) *En definitiva, los compromisos adoptados tienen una destacada vocación práctica, lo que significa que deben resolver verdaderamente la potencial situación anticompetitiva detectada y no deben interpretarse de forma tan rígida que menoscaben el fin último para el que fueron adoptados, que no es otro sino la apertura del mercado y el fomento de la competencia intermarca, mediante la reducción de la duración de la vinculación contractual en exclusiva de las EESS a CEPSA. Diversos apartados de la Resolución avalan expresamente, y sin género de dudas, esta interpretación. Así, en palabras del propio Consejo, se consideró que la propuesta de Compromisos “...garantiza de forma suficiente las condiciones necesarias para la eficacia práctica de los mismos y soluciona razonablemente el potencial efecto de cierre en el mercado de la distribución de combustibles y carburantes derivado de la duración actual de las exclusivas de suministro de los contratos investigados en el presente expediente”.*
- (35) *Así, se consideró adecuado con vistas a solventar estos problemas específicos de competencia, de una parte, vincular en estos casos la nuda propiedad con la explotación, de tal manera que las estaciones de servicios afectadas recuperaran el pleno dominio mediante la opción de rescate anticipado, lo que conllevaría a la terminación de las exclusivas de suministro de carburante, y de otra, reducir las duraciones de la vinculación contractual en exclusiva de las EESS a Cepsa, imponiéndole a ésta la obligación de no suscribir nuevos contratos del tipo CODO-Superficie/Arriendo de duración superior a cinco años.*
- (36) *Por todo lo anterior, esta Dirección de Investigación entiende que VIRGISA dejó de estar en el ámbito subjetivo de los Compromisos desde el momento en el que recayó sentencia firme decretando la resolución del contrato de arrendamiento.*

- (37) *Adicionalmente, de la propia Resolución se pueden extraer algunas consideraciones que llevan a entender, sin posibilidad de error, que la opción de rescate queda vinculada a la existencia, incluso con posterioridad a la comunicación del ejercicio de la opción y hasta el otorgamiento de la escritura pública, de esa situación jurídica compleja tal y como ha sido explicitada anteriormente.*
- (38) *Así, y en clara referencia a aquellas estaciones de servicio que mantuvieran el abastecimiento en exclusiva de CEPSA en el momento de la opción de rescate, en su apartado 5 in fine, se establece que “hasta el otorgamiento de la escritura pública de adquisición, se mantendrá el cumplimiento de la exclusiva de suministro a favor de Cepsa en la Estación de Servicio. Su incumplimiento extinguirá en los términos previstos en el presente compromiso, el derecho de opción y legitimará a Cepsa para el ejercicio de las acciones judiciales que procedan”. Es decir, que es condición para el ejercicio efectivo del rescate mantener las tres relaciones (nuda propiedad, arrendamiento y exclusiva de suministro) para ejercitar el rescate como se tenían en el momento de acordarse el rescate.*
- (39) *Igualmente en el mismo apartado señalado, párrafo tercero, se especifica que: “El arrendatario deberá concurrir al otorgamiento de la escritura para otorgar su conformidad a la liberación de Cepsa de cualesquiera obligaciones frente a él derivadas del contrato de arrendamiento”. Así pues, esta determinación dejaría de tener sentido si, con posterioridad a la Terminación Convencional y como consecuencia de la modificación de la situación contractual, por ejemplo, CEPSA se hubiera convertido en el arrendatario titular del derecho de explotación y no prestara dicha conformidad en el momento del otorgamiento de la escritura pública.*
- (40) *El Informe remitido por el Verificador parece ir en este mismo sentido, al entender que la Resolución fijó una metodología para valorar el derecho de superficie pero no una metodología para valorar el derecho de explotación. Ello no es sino una muestra más de que situaciones como la de la estación de VIRGISA en la actualidad no fueron contempladas ni quedaban amparadas por los compromisos adoptados.*
- (41) *El derecho de opción será por tanto efectivo e irrevocable solamente en las anteriores condiciones, esto es, cuando los requisitos subjetivos establecidos se mantengan en el momento del ejercicio de la opción de rescate. El ejercicio de la opción de rescate tiene lugar una vez que el mismo es comunicado al nudo propietario de la estación de rescate. Ahora bien, el rescate en sí no se perfeccionará hasta el otorgamiento de*

escritura pública, por lo que determinadas vicisitudes desde el momento de la comunicación al otorgamiento pueden extinguir tal derecho, tales como las expresamente determinadas en el apartado 2 del compromiso segundo de la Resolución.

- (42) Aunque indudablemente la casuística que puede acaecer en estos supuestos puede ser prolija y sometida a diversas matizaciones y consideraciones, la finalidad última de la terminación convencional, que no es otra que reducir las duraciones de la vinculación contractual en exclusiva de los gestores de las EESS con Cepsa, se vería irrazonablemente mermada si se aceptara el otorgamiento del derecho de opción a aquellos que en el momento de ejercitarlo ya no cumplen alguna de las condiciones estipuladas en la misma.*
- (43) De conformidad con lo expuesto, los contratos de arrendamiento que hayan sido resueltos por sentencia firme con posterioridad a la adopción de los compromisos determinarán la exclusión del ámbito subjetivo de los mismos y por lo tanto del otorgamiento del derecho de opción.*
- (44) Lo contrario llevaría a una distinción injusta entre dos situaciones fácticas muy similares y desde la perspectiva del fondo de la cuestión aquí analizada, idénticas, como el caso de una estación de servicio que haya visto resuelto su contrato de arrendamiento el 28 de julio de 2009 –y por tanto excluida pacíficamente del ámbito subjetivo de la Resolución- de otra cuya relación contractual sea resuelta por sentencia firme con fecha 30 de julio de 2009. En definitiva, sería contrario a la finalidad última del procedimiento de terminación convencional llevado a cabo que, como se ha indicado, es dar solución a los problemas de competencia detectados en supuestos muy específicos definidos por la existencia de una tríada de relaciones jurídicas, como son aquéllos en que la nuda propiedad estaba vinculada a la explotación de la estación a través de un pacto de suministro exclusivo de larga duración.*
- (45) En este caso, además, existe un Laudo arbitral, que ya el 28 de abril de 2008 declara resuelto el contrato de arrendamiento de servicios, Laudo contra el que VIRGISA interpuso recurso de anulación, que ha sido desestimado mediante sentencia firme de la AP de Madrid, con fecha 22 de septiembre de 2010. Por ello, en la fecha de solicitud de ejercicio de tal derecho por parte de VIRGISA, 4 de octubre de 2010, varios días después de la SAP mencionada, esta Dirección entiende que es improcedente el ejercicio del mismo por no cumplir las condiciones exigidas para ello. VIRGISA habría ostentado durante más de un año tal posibilidad, sin haber hecho ejercicio de la misma, y no sería ajustado a*

derecho otorgar tal opción en la actualidad, tras la SAP firme, pues sería contraria a lo declarado en un pronunciamiento jurisdiccional firme y a la finalidad última por la que fueron redactados los compromisos adoptados.

Conclusiones

(46) *A la vista de todo lo anterior, esta Dirección de Investigación considera que:*

- 1. Las condiciones establecidas en la Resolución han de ser detentadas y mantenidas por los beneficiarios de la opción de rescate hasta el otorgamiento de la escritura pública.*
- 2. Cualquier modificación contractual con posterioridad a la adopción de los compromisos con efectos sobre la tríada obligacional que vincula a las partes, deberá determinar, con carácter general, la exclusión del ámbito subjetivo de los compromisos y de la opción de rescate prevista en los mismos.*
- 3. La resolución del contrato de arrendamiento de VIRGISA debe determinar su exclusión del ámbito subjetivo de los compromisos y, por tanto, del derecho de opción de rescate.*
- 4. No se aprecia incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Resolución del Consejo de la CNC, de fecha 29 de julio de 2009, por parte de CEPSA en su actuación en el conflicto denunciado por VIRGISA.*

En base a las anteriores conclusiones, la DI se propone el archivo de la denuncia presentada por VIRGISA contra CEPSA, por incumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC, de fecha 29 de julio de 2009, lo que en cumplimiento del artículo 42.3 del RDC notifica a las partes para alegaciones.

En sus alegaciones CEPSA se muestra conforme con las conclusiones y la propuesta de la DI, en tanto que VIRGISA reitera su posición y alega que su situación jurídica es idéntica a la del momento en que se produjo la Resolución del Consejo, porque dice que: a) a fecha de la Resolución el laudo podía considerarse igual de definitivo que ahora porque en aquel momento se había despachado ejecución forzosa y ahora sigue pendiente de un Incidente Excepcional de Nulidad de Actuaciones, por lo que si entonces tenía derecho de rescate, ahora también, y b) *la relación de VIRGISA y CEPSA sigue suponiendo un problema para el cierre de mercado, al continuar VIRGISA siendo un punto de venta “cautivo”, puesto que el suministro en exclusiva por CEPSA pervive por 25 años, aún cuando no es la propietaria de la estación de servicio*

La DI mantiene su propuesta, que eleva al Consejo, de considerar que no existe incumplimiento por parte de CEPSA al negar el rescate a VIRGISA a cuyas alegaciones responde lo siguiente:

4. *Las manifestaciones realizadas por VIRGISA en su escrito de denuncia, sobre las que VIRGISA se reitera, ya están contestadas en la Propuesta de Informe, y esta Dirección de Investigación se ratifica en todo lo dicho en la citada Propuesta, sin que sean necesarias consideraciones adicionales.*
5. *En cuanto a las nuevas alegaciones de VIRGISA, esta Dirección de Investigación considera que las mismas no desvirtúan las conclusiones de su Propuesta de Informe, por los motivos que se exponen a continuación.*

Sobre la situación jurídica de la E.S. VIRGISA

6. *VIRGISA sostiene que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de septiembre de 2010 (en adelante, “la SAPM”) no modifica la firmeza de la situación jurídica de VIRGISA como arrendatario de la explotación de la E.S. Virgisa.*
7. *A este respecto, VIRGISA sostiene que el Laudo Arbitral de la Corte Española de Arbitraje, de 24 de abril de 2008, que decretó la terminación del arrendamiento de la explotación de la E.S. y la expulsión de VIRGISA como explotador de la misma, era ejecutable desde el mismo momento de producirse el Laudo, de acuerdo con el artículo 45 de la Ley 60/2003, de Arbitraje. De hecho, continúa VIRGISA, CEPSA había instado a la ejecución definitiva del Laudo el 1 de julio de 2008 y el Juzgado de Primera Instancia nº 84 de Madrid había concedido la Ejecución Forzosa del Laudo por Auto de 25 de septiembre de 2008. Todo ello antes de que se adoptara la Terminación Convencional del expediente (julio de 2009). Por tanto, siempre según VIRGISA, el carácter definitivo del contenido del Laudo, es decir, la expulsión de VIRGISA de la E.S. controvertida, era ya aplicable desde antes de la Terminación Convencional y no habría cambiado con la SAPM.*
8. *Por otra parte, VIRGISA señala que con fecha 13 de octubre de 2010 ha interpuesto Incidente Excepcional de Nulidad de Actuaciones contra la SAPM, e incluso cabría posteriormente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por tanto, para VIRGISA el Laudo que resuelve su expulsión de la E.S. es ahora (el 4 de octubre de 2010, cuando solicitó a CEPSA el rescate) tan reversible como lo era en el momento de la Terminación Convencional.*
9. *Por tanto, concluye VIRGISA, el hecho de que CEPSA incluyera a VIRGISA en el listado de Estaciones de Servicio susceptibles de ser rescatadas en su Propuesta de Terminación Convencional, siendo consciente de su situación jurídica, es un reconocimiento a la*

posibilidad de rescate de esta Estación de acuerdo con el Ámbito Subjetivo de los Compromisos, antes (en el momento de adoptarse la TC) y ahora.

10. *De acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, “Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación”, por lo que no puede entenderse que un laudo arbitral sea firme mientras que, como ha ocurrido en este caso, se encuentre pendiente acción de anulación ante la Audiencia Provincial, ya que, en caso de ser estimado, el laudo quedaría sin efecto. Por el mismo motivo, la ejecución del laudo no puede ser definitiva mientras esté amenazada de revocación por decisión judicial.*
11. *La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid es, sin embargo, firme ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de dicha Ley “Frente a la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno”. La propia sentencia recoge este extremo, cuando establece: “Así por esta nuestra sentencia, que no es susceptible de recurso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.”*
12. *VIRGISA alega, sin embargo, que no puede considerarse definitiva ya que ha interpuesto incidente excepcional de nulidad de actuaciones, con fecha 13 de octubre de 2010, y recuerda que también tienen la posibilidad de presentar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.*
13. *Efectivamente, el artículo 43 de la Ley 60/2003 establece la posibilidad de revisión del laudo, aunque, tal como puede apreciarse a continuación (énfasis añadido), se refiere explícitamente al laudo firme: “El **laudo firme** produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.”*
14. *En el mismo sentido se pronuncia el artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en referencia a los incidentes de nulidad de actuaciones (énfasis añadido): “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer **resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.**”*
15. *Por tanto, resulta indiscutible que, al tiempo de dictarse la Resolución, el laudo no era firme, mientras que, al tiempo de solicitar el ejercicio del derecho de opción, su relación de servicios con el operador había sido resuelta por sentencia firme, por lo que, siguiendo el criterio*

mantenido en la Propuesta de Informe, debe considerarse que ha quedado excluido del ámbito subjetivo de los compromisos.

16. *En cualquier caso, incluso en el caso de que se considerase que el laudo tenía carácter firme al tiempo de dictarse la Resolución del Consejo de la CNC, la consecuencia no habría sido otra que la indebida inclusión de VIRGISA en el ámbito de aplicación de la misma, por lo que el sentido de la propuesta no variaría.*
17. *Así, de acuerdo con la Resolución (énfasis añadido), “Las Estaciones de Servicio comprendidas en este momento en el ámbito definido en el párrafo anterior son, **salvo error u omisión**, las que se relacionan (...)”. Por tanto, en este supuesto, se consideraría que la inclusión de VIRGISA en el ámbito subjetivo de los compromisos habría sido fruto de un error, por lo que, de acuerdo con lo anterior, no debería formar parte del mismo y, por tanto, tampoco tendría derecho a rescate.*

Sobre el alcance de la terminación convencional

18. *En segundo lugar, VIRGISA alega que la Propuesta de Informe de Vigilancia incurre en manifiesta contradicción, al entrar a valorar el carácter anticompetitivo de la relación contractual que une a CEPSA con VIRGISA en la E.S. controvertida para concluir que no procede su inclusión en el ámbito subjetivo de los Compromisos, cuando la Terminación Convencional fue adoptada con el fin de no entrar en la calificación jurídica concreta de dicha relación contractual desde la perspectiva del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.*
19. *VIRGISA sostiene que los “pasos” seguidos por la Dirección de Investigación para verificar si la relación jurídica entre CEPSA y VIRGISA puede acogerse a los Compromisos calcan los “pasos” indicados por el TJUE en su Sentencia de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07) para el análisis de un acuerdo vertical no exento por no satisfacer los criterios del artículo 5 del Reglamento CE 2790/1999. Por tanto, de acuerdo con VIRGISA, la Dirección de Investigación estaría ahora verificando el carácter anticompetitivo de la relación contractual para determinar si cabe acogerse a los Compromisos.*
20. *Según VIRGISA, lo anterior sería incorrecto porque supondría bien que no debió adoptarse la Terminación Convencional del expediente en su momento, sino que habría tenido que sancionarse la situación jurídica por anticompetitiva, bien que los requisitos que ahora impone la Dirección de Investigación para verificar el ámbito subjetivo son distintos de los que se siguieron en su momento. VIRGISA entiende que no se está en el primer supuesto, sino en el segundo, porque la Resolución de Terminación Convencional no tomó como situación de hecho potencialmente anticompetitiva las relaciones contractuales complejas a largo plazo, sino los cierres de mercado producidos por*

derechos reales de larga duración sobre las estaciones de servicio constituidos a favor de las operadoras. De ahí concluye VIRGISA que, subsistiendo tal situación en la E.S. Virgisa (esto es, un derecho de superficie de larga duración sobre la E.S. otorgado por VIRGISA a favor de CEPSA), sea incorrecto excluirla del ámbito subjetivo de los Compromisos.

- 21. En suma, lo que sostiene VIRGISA es que si en el momento de adoptarse la TC no se analizó el carácter anticompetitivo de los contratos (lo que no se hizo porque si se hubiera hecho no habría habido más remedio que sancionar) no se puede realizar dicho análisis ahora para excluir a VIRGISA del ámbito subjetivo de los Compromisos.*
- 22. La alegación de VIRGISA no es correcta porque aunque, efectivamente, tenga razón en que en el momento de adoptarse la TC no se llegó a conclusiones definitivas sobre el carácter anticompetitivo de los contratos, no es cierto que ahora, al concluir que VIRGISA no entra dentro del ámbito subjetivo de los Compromisos, la Dirección de Investigación esté realizando dicho análisis.*
- 23. VIRGISA parte del presupuesto de que el análisis que realiza esta Dirección de Investigación en la Propuesta de Informe de Vigilancia es el análisis bajo la óptica del artículo 101 del Tratado, y fundamenta esta tesis en la Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07). Pero VIRGISA malinterpreta los “pasos” señalados por el TJUE en la citada Sentencia, ya que se refieren a la interpretación del artículo 5 del Reglamento de exención de Acuerdos Verticales, y no a bajo qué condiciones un acuerdo vertical es anticompetitivo.*
- 24. Y es que el hecho de que determinados acuerdos no puedan acogerse a las exenciones previstas en el Reglamento, exenciones cuyo alcance analizan los párrafos citados por VIRGISA de la Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009, no implica que, automáticamente, tales acuerdos sean contrarios a las normas del Tratado, sino que deben aplicarse las normas ordinarias de competencia, lo que significa que habrán de ser analizados individualmente.*
- 25. En dicho análisis individual puede tenerse en cuenta, sin ánimo de exhaustividad, la duración de los acuerdos, la cuota de mercado del proveedor, la cuota de mercado del comprador, el número de acuerdos de las mismas características, la existencia de acuerdos similares concluidos por otros operadores que contribuyan al mismo efecto, la existencia de barreras de entrada, el tipo de producto, la transparencia del mercado, etc. Ninguna de estas cuestiones (o, al menos, sus implicaciones en el sentido del artículo 101 del TFUE) ha sido analizada en la Propuesta de Informe de Vigilancia, por lo que no puede concluirse que esta Dirección de Investigación haya valorado la*

ausencia de juricidad de la relación contractual entre CEPSA y VIRGISA a la luz del artículo 101 del TFUE como requisito para entrar en el ámbito subjetivo de los Compromisos.

- 26. De hecho, en lo que se refiere a la aplicación del artículo 101 del TFUE, el Auto del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, al que hace referencia la propia VIRGISA en sus alegaciones, establece que un contrato de este tipo “no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE [actual artículo 101 del TFUE], apartado 1, siempre que no pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y que no tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia”, y por tanto que no todo acuerdo no exento bajo el artículo 5 del Reglamento de exención de Acuerdos Verticales infringe el artículo 101(1).*
- 27. Pero es que, además, aun si los acuerdos que fueron objeto de investigación en el expediente 2697/06, en el que se adoptó la Terminación Convencional, hubieran infringido la prohibición establecida en el artículo 101(1) del TFUE, habría debido examinarse si dichos acuerdos podían ser objeto de una exención individual, de acuerdo con el artículo 101(3) del TFUE. De hecho, como bien sabe VIRGISA, esa fue una de las alegaciones de CEPSA a lo largo del procedimiento sancionador que concluyó con la Terminación Convencional.*
- 28. Y la Resolución del Consejo no supone una declaración de infracción de la normativa de competencia de ninguno de los contratos investigados, en el sentido de concluir que tienen por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común, sino, tan sólo, un reconocimiento de potencial infracción de tales normas por el efecto de cierre de mercado a terceros operadores –en el marco de un mercado con redes de acuerdos similares a los investigados- que puede ser mitigada mediante el otorgamiento de un derecho de rescate a los propietarios de los terrenos sobre los que se asientan las estaciones de servicio, que conllevaría la terminación de las exclusivas de suministro de carburante.*
- 29. De la misma forma, en la Propuesta de Informe de Vigilancia no se ha entrado a valorar la existencia de una infracción de la norma de competencia, tal como alega VIRGISA en su escrito.*
- 30. En definitiva, la terminación convencional no trata de revisar las situaciones de hecho producidas en momentos anteriores al actual, ni de enjuiciar, por tanto, su ajuste a la normativa de competencia, sino sólo de incentivar la terminación de una situación que, en el momento actual, no gozando de la exención del Reglamento CE, podría contribuir a dificultar la entrada en el mercado o la expansión de competidores, reales o potenciales, de Cepsa.*

31. *VIRGISA alega que sigue permaneciendo en una situación que contribuye al cierre de mercado y que, por ello, debe mantenerse el derecho de rescate. Este asunto ya fue ampliamente analizado en la Propuesta de Informe, donde se indica la existencia de supuestos contractuales que, expresa y deliberadamente, quedaron fuera del alcance de los Compromisos, haciendo referencia expresa a aquellos casos en los que el arrendamiento de industria por parte de CEPSA se realiza a favor de un tercero independiente y sin vinculación con el nudo propietario del terreno, que es precisamente el caso en el que se encuentra actualmente la estación de servicio.*
32. *Entiende esta Dirección de Investigación que VIRGISA es plenamente consciente de que las situaciones jurídicas que se examinaron en el expediente 2697/06 CEPSA no fueron las relativas a la constitución de derechos reales a favor de CEPSA, sino las relativas a entramados contractuales complejos con exclusivas de suministro de largo plazo. Así lo denunciaba el escrito de la Confederación Española de Estaciones de Servicio que dio inicio al expediente 2697/06 CEPSA, así lo recogía el acuerdo de incoación del expediente sancionador 2697/06 CEPSA de 21 de noviembre de 2007 y así se indicaba por esta Dirección de Investigación en la Propuesta de Terminación Convencional aceptada por el Consejo de la CNC en su Resolución de 29 de julio de 2009 (ver Antecedentes de Hecho Primero, Tercero y Undécimo). En efecto, la citada Resolución recogía la conclusión de la Dirección de Investigación de que la Propuesta de Compromisos presentada por CEPSA “...soluciona razonablemente el potencial efecto de cierre en el mercado de la distribución de combustibles y carburantes derivado de la duración actual de las exclusivas de suministro de los contratos investigados en el presente expediente...”. No se puede ser más claro: el alcance de la Terminación Convencional se limitaba a la duración de las exclusivas de suministro (y no de los derechos reales) de los contratos investigados en el expediente, que eran los que derivaban de un entramado contractual complejo (derecho de superficie, y arrendamiento de explotación con exclusiva de suministro constituidos entre CEPSA y personas vinculadas entre sí).*

CUARTO. Analizado el Informe de Vigilancia en relación con el incidente planteado por VIRGISA, que en sus aspectos fundamentales se recoge en el Fundamento anterior, y vista la propuesta de la DI en el sentido de que no aprecia incumplimiento de la Resolución del Consejo de fecha 29 de julio de 2009, el Consejo tiene que concluir, como lo hace la DI, que no hay incumplimiento por parte de CEPSA. El hecho de que una estación de servicio se encuentre incluida en el listado anexo a la Resolución mencionada no significa que se le reconozca el derecho de opción del rescate de modo incondicional, sino que tiene que mantener los requisitos establecidos en el ATC al tiempo de ejercitar la opción de rescate. Ello no sucede en el caso de

VIRGISA desde el momento en que la resolución de su contrato de arrendamiento con CEPSA, adquirió firmeza tras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de septiembre de 2010. Este hecho impide el ejercicio del derecho de opción de rescate y determina la exclusión de VIRGISA del ámbito de aplicación subjetivo de los compromisos del Acuerdo de Terminación Convencional adoptado por Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2009. En vista de ello, la negativa de CEPSA a conceder a VIRGISA la opción de rescate no puede interpretarse como un incumplimiento de la Resolución.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Consejo

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar que no aprecia incumplimiento de la Resolución de fecha 29 de julio de 2009, por la que se acuerda la Terminación Convencional del expediente sancionador incoado contra CEPSA, en la negativa de ésta a conceder a VIRGISA la opción de rescate.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a CEPSA Estaciones de Servicio S.A. y a VIRGISA, S.A., haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.