

RESOLUCIÓN
Expte. 2575/04, DISA CANARIAS

CONSEJO:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
E. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuervo Mir, Consejero
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
Dña. M^a Jesús González López, Consejera
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 19 de febrero de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de información reservada 2575/04, que trae causa de la denuncia presentada por la FEDERACIÓN CANARIA DE DETALLISTAS DE PRODUCTORES DERIVADOS DEL PETROLEO contra SHELL ESPAÑA SA por supuestas conductas restrictivas de la competencia no amparadas por el Reglamento CE 2790/1999, de exención de determinadas categorías de acuerdos verticales, y establecidas en las relaciones contractuales que vinculan a la denunciada con determinadas estaciones de servicios situadas en el territorio insular canario.

1

2

3 ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de noviembre de 2004 en el extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) la FEDERACION CANARIA DE DETALLISTAS DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL PETROLEO (la Federación) formuló denuncia contra SHELL ESPAÑA S.A, por supuestas conductas prohibidas por el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (actualmente, artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), consistentes en la vulneración de la normativa de competencia en cuanto a restricciones verticales establecida en el Reglamento CE 2790/99 en las relaciones contractuales que vinculan a la denunciada con determinadas estaciones de servicio situadas en territorio insular canario.
2. Puesto que los cuatro contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro de combustibles genéricamente mencionados en la denuncia se encontraban entre los afectados

por el Auto del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 15 de octubre de 2004, dictado en el marco de la solicitud de renovación de la autorización singular concedida por Resolución de 22 de abril de 1999 (expte. A 178/06 Shell España) para el contrato tipo de “Arrendamiento de Industria y Compra en Exclusiva” utilizado por la denunciada en el presente expediente, con fecha 9 de diciembre de 2004 el SDC comunicó a la Federación denunciante que su denuncia se acumularía al citado expediente de renovación de autorización singular, en el que se podría presentar como parte interesada (folio 120).

3. Shell España SA, mediante escritura de 29 de julio de 2004, se escindió en dos sociedades de nueva creación: Shell Peninsular SL y Shell Atlántica SL, pasando a ser ésta última titular de la rama de actividad de explotación y comercialización de estaciones de servicio así como de todas las actividades de negocio inherentes a dichos establecimientos en la España Insular Canaria, Ceuta y Melilla. El 22 de diciembre de 2004 Shell Peninsular pasó a denominarse Disa Península SLU, y desde el 1 de marzo de 2005 Shell Atlántica pasó a denominarse Disa Retail Atlántico SL (Disa Canarias).
4. En el marco del expediente 9917 VIG (expte. A 178/06 del TDC), con fecha 3 de marzo de 2006, el SDC se dirige a Disa Canarias indicándole la necesidad de presentar en forma una nueva solicitud de autorización singular, así como que “es importante que recuerde que algunos de sus contratos han sido denunciados ante este Servicio y están pendientes de tramitación” (folio 223). Con posterioridad, mediante escrito de 22 de marzo de 2006, Disa Canarias solicitó que se le tuviera como desistida en el mencionado procedimiento de autorización singular, al considerar que sus acuerdos de distribución no son restrictivos de la competencia o, en todo caso, pueden estar cubiertos por el RD 378/2003 y, por ende, por el Reglamento CE 2790/99 (folio 230).
5. Con fecha 29 de marzo de 2006 y con el objeto de conocer la realidad de los hechos denunciados por la Federación el 19 de enero de 2004, el SDC acordó llevar a cabo una información reservada, requiriendo de Disa Canarias información diversa sobre su cuota de mercado, extensión de su red de distribución de combustibles en el territorio canario, tipo de contratos de suministro utilizados, etc. (folios 238 a 240), así como a seis estaciones de servicio (folios 559 ss.). Aunque la denuncia hace mención expresa a cuatro concretas estaciones de servicio, en particular, LOS MAJUELOS, LA PERDOMA S.L, LOS BALDIOS y ARONA S.L, de su lectura la DI entendió que esta mención lo era únicamente a modo de ejemplo, por lo que además de investigar sobre las estaciones de servicio expresamente citadas, ha llevado a cabo un estudio sobre aquéllas cuyas relaciones contractuales son de las mismas características.
6. El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Defensa de la Competencia* (LDC), deroga la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa e la Competencia, crea la Comisión Nacional de la Competencia, y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.
7. Con fecha 26 de junio de 2009, la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, propone a este Consejo la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por la Federa Riquelme, en nombre y representación de la CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ESTACIONES DE

SERVICIO (CEES), por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley. A estos efectos, se remiten la denuncia y las actuaciones practicadas por esta Dirección.

8. La Propuesta de Archivo de la DI considera como Hechos Acreditados los siguientes:

“- La red de estaciones de servicio de las Islas Canarias

- (1) *El número total de puntos de venta de gasolina en Canarias es de 409 estaciones de servicio (EESS). Dichas estaciones de servicio son abastecidas de carburante por los operadores petrolíferos mayoristas (suministradores o proveedores), como Disa Canarias.*
- (2) *Atendiendo a las relaciones contractuales de propiedad y gestión entre mayoristas y minoristas, las EESS se suelen encontrar en una de las siguientes situaciones:*
 - *COCO (“company owned-company operated”): EESS en las que el operador mayorista, directamente o a través de filiales, es, a la vez, propietario de los terrenos y las instalaciones y gestor de la estación.*
 - *DOCO (“dealer owned-company operated”): EESS propiedad de terceros que las tienen arrendadas a un operador mayorista que las gestiona.*
 - *DODO (“dealer owned-dealer operated”): EESS cuya propiedad y gestión corresponde a un operador minorista y son suministradas en exclusiva por un operador mayorista que las abandera.*
 - *CODO (“company owned-dealer operated”): EESS cuya propiedad plena o superficiaria corresponde a un operador mayorista que las tiene arrendadas a un tercero que las gestiona bajo el abanderamiento del mayorista.*
 - *Libres: EESS cuya propiedad y gestión corresponde a un operador minorista y no tienen abanderamiento de un operador mayorista.*
- (3) *De las 409 EESS canarias, 183 son estaciones DODO y libres en sentido de la terminología anterior. Ello supone un 44,74% del mercado canario de distribución minorista de carburante para automoción.*

- La red de estaciones de servicio de Disa Canarias

- (4) *Disa Canarias suministra carburantes a 196 EESS de las 409 existentes en Canarias. Por tanto, su cuota en cuanto a número de estaciones de EESS es, aproximadamente, del 47%. En cuanto a volumen de ventas, su cuota asciende, aproximadamente, al 42%.*
- (5) *Disa Canarias tiene dos redes de Estaciones de Servicio en territorio canario, que operan bajo marcas distintas: por un lado, la anterior red de Shell y, por el otro, la red oficial de Disa.*
- (6) *Atendiendo a la propiedad y a la gestión de las estaciones de servicio, la red actual de estaciones de servicio de Disa Canarias (incluyendo ambas marcas) se puede clasificar como sigue:*
 - *Estaciones gestionadas por Disa Canarias: 38 estaciones COCO ó DOCO.*
 - *Estaciones no gestionadas por Disa Canarias: 63 estaciones DODO y 95 estaciones CODO.*

- (7) *Las cifras aportadas permiten deducir que la operadora analizada ostenta una cuota vinculada [...] significativa, toda vez que sobre un total de 409 EESS en el mercado insular canario, el número de estaciones DISA CANARIAS que, por distintas circunstancias (propiedad y gestión de la propia operadora -estaciones COCO ó DOCO- (en número de 38) y propiedad de la operadora y gestión de tercero -estaciones CODO- (en número de 95), no son susceptibles de abrirse a este mercado es de 133. El porcentaje resultante entre ambas cifras ofrece una cuota vinculada del 32%.*
- (8) *Respecto a las estaciones no gestionadas por Disa Canarias, cabe señalar que en todos los casos el régimen económico de suministro es el de venta en firme del combustible para su posterior reventa (es decir, la red Disa Canarias no contempla en ninguno de los casos el suministro en régimen de comisión).*
- (9) *De las 63 EESS del tipo DODO, 58 están sujetas al contrato tipo de “Abanderamiento y Compra exclusiva”, mientras que las 5 restantes no están sujetas a ningún tipo de contrato escrito, pero mantienen con Disa una relación mercantil verbal continuada y estable. En el caso de las 58 EESS del tipo DODO sujetas al contrato de “Abanderamiento y Compra exclusiva”, las duraciones de las exclusivas de suministro no son, en ningún caso, superiores a 5 años, y no existen cláusulas de reconducción tácita o automática.*
- (10) *De las 95 EESS del tipo CODO, se pueden distinguir tres situaciones contractuales:*
- *CODO-Superficie Plena: EESS sobre las que Disa dispone de la plena propiedad de las instalaciones y los terrenos sobre los que se asientan y cuya gestión ha cedido a terceros mediante los correspondientes contratos de “Arrendamiento de industria y compra exclusiva”. Son 86 EESS las que están en esta situación.*
 - *CODO-Superficie Terceros: EESS cuya nuda propiedad es de terceros ajenos a Disa Canarias, que han constituido a favor de ésta un derecho de superficie o equivalente y cuya gestión Disa Canarias ha cedido, a su vez, a terceros no vinculados con los nudos propietarios mediante los correspondientes contratos de “Arrendamiento de industria y compra exclusiva”. Son 3 EESS las que están en esta situación.*
 - *CODO-Superficie/Arriendo: EESS cuya nuda propiedad es de terceros ajenos a Disa Canarias, que han constituido a favor de ésta un derecho de superficie o equivalente y cuya gestión Disa Canarias ha cedido, a su vez, a terceros vinculados con los nudos propietarios mediante los correspondientes contratos de “Arrendamiento de industria y compra exclusiva”. Son 6 EESS las que están en esta situación.*
- (11) *La situación contractual original de las 6 EESS del tipo CODO-Superficie/Arriendo se describe en la siguiente tabla:*

SITUACIÓN CONTRACTUAL ORIGINAL DE LAS EESS CODO-SUPERFICIE /ARRIENDO DE DISA CANARIAS				
Estación de Servicio	Duración derecho real (años)	Duración suministro (años)	Año de apertura	Inversión (€)
EESS DE LA ANTERIOR RED DE DISA				
LLANO AZUL	20	20	1995	844.377
EESS DE LA ANTERIOR RED DE SHELL				

<i>FLICK ARRECIFE</i>	20	20	1995	758.896
<i>JANDIA</i>	30	25	1994	988.963
<i>CHILE</i>	30	30	1999	536.551
<i>EL PASO</i>	30	30	1991	490.947
<i>ARINAGA</i>	20	20	1992	766.130

- (12) *El 20 de noviembre de 2006, se firmó un nuevo contrato entre Disa Canarias y la estación de ARINAGA que reduce a 5 años la duración de la exclusividad del suministro de Disa Canarias.*
- (13) *Respecto a las otras cinco EESS del tipo CODO-Superficie/Arriendo, el 25 de abril de 2007 Disa Canarias se dirigió a los gestores de las mismas, ofreciéndoles la reducción de mutuo acuerdo del plazo temporal establecido en los contratos de Arrendamiento de industria y compra exclusiva, que quedaría limitado a 5 años a contar desde el 25 de abril de 2007 (finalizando, así, el 25 de abril de 2012), y quedando inalterados sus demás términos y condiciones. La propuesta se completaba con la posibilidad de optar, al término de los 5 años, entre rescatar de forma anticipada el derecho real de superficie existente sobre la estación de servicio, mediante el pago de la compensación que resultase de la negociación entre las partes (lo que conllevaría, asimismo, la resolución del acuerdo de compra en exclusiva), o prorrogar el contrato por otros 5 años. En concreto, el tenor literal de la oferta de Disa Canarias es el siguiente:*

“Nos dirigimos a Vds. en relación con los acuerdos vigentes relativos a la Estación de Servicio sita en [ubicación de la estación concreta], integrados por un derecho real de superficie constituido a favor de esta sociedad durante un plazo de [duración particular] años y un contrato de de arrendamiento de industria y compra en exclusiva de combustibles y carburantes por idéntico plazo para la gestión y explotación de la Estación de Servicio.

Les ofrecemos que el vigente acuerdo de arrendamiento de industria y compra en exclusiva quede limitado a un periodo de 5 años desde esta fecha de forma que a su terminación, Vds. puedan elegir libremente, prorrogarlo por otros 5 años o extinguirlo. En este último caso, las partes negociarían la compensación a que tiene derecho esta compañía por el rescate anticipado del derecho de superficie.

Les rogamos que, de merecer conformidad la presente propuesta, firmen un duplicado de la presente carta, en señal de conformidad y aceptación.”

- (14) *Las respuestas de las EESS afectadas a la propuesta de Disa fueron las siguientes:*
- *La estación FLICK ARRECIFE no contestó en ningún sentido a la propuesta. Las relaciones continúan desde entonces de forma pacífica. Disa Canarias, de hecho, gestiona directamente otras dos EESS propiedad de la misma mercantil.*
 - *La estación LLANO AZUL llegó a un acuerdo con Disa Canarias con fecha 2 de julio de 2008. Según el mismo, el periodo de duración de la exclusiva de suministro permanece inalterado pero, a cambio, Disa Canarias ha atendido las demandas de nuevas inversiones económicas a realizar en la estación.*
 - *La estación JANDIA dio su conformidad a la propuesta de Disa Canarias (lo que implica que en 2012 optará por una de las alternativas propuestas).*

- *La estación EL PASO, tras una oposición inicial a la propuesta de la operadora, ha llegado a un acuerdo verbal con la misma para continuar las relaciones en los términos contractuales originales.*
 - *La estación CHILE manifestó su disconformidad con la propuesta, toda vez que su aceptación supondría bien pagar una compensación por la rescisión anticipada del derecho de superficie, bien extender la exclusiva de suministro hasta el año 2017 (dada la prórroga de cinco años mencionada en la propuesta para el supuesto de no hacerse efectiva la rescisión anticipada), cuando el acuerdo vigente caduca el 2016. Por ello, las relaciones actuales permanecen en los términos contractuales originales.*
- (15) *Por tanto, de las 6 EESS del tipo CODO-Superficie/Arriendo de Disa Canarias, actualmente 5 tienen exclusivas de suministro de carburantes por duraciones superiores a 5 años, y la estación restante (ARINAGA) tiene un contrato de 5 años de duración.*
- (16) *Por otra parte, de las 5 EESS del tipo CODO-Superficie/Arriendo con exclusivas de suministro de carburantes por duraciones superiores a 5 años, al menos una de ellas (JANDIA) ya ha manifestado expresamente que ejercerá en el año 2012 la opción al rescate de la estación de servicio ofertada por la operadora.*

- Referencia a las estaciones de servicio expresamente mencionadas en la denuncia

- (17) *En cuanto a las EESS expresamente mencionadas por la FEDERACION CANARIA DE DETALLISTAS DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL PETROLEO en su denuncia, cabe señalar lo siguiente:*
- (18) *Respecto de la estación LOS MAJUELOS, Disa Canarias ha indicado que alcanzó un acuerdo con el gestor de la misma, mediante el cual se ha extinguido anticipadamente el contrato de arrendamiento de industria y compra exclusiva y se ha modificado parcialmente el derecho de superficie, de forma que desde el 30 de noviembre de 2006 la mencionada estación está siendo gestionada directamente por la propia operadora. Es decir, en la terminología utilizada, la estación es actualmente COCO.*
- (19) *Respecto a la estación LA PERDOMA, desde el 1 de abril de 2007 el contrato que une a la operadora con el gestor de la citada estación es de “abanderamiento y compra exclusiva”, con una duración de cinco años. Es decir, la estación ha pasado a ser DODO.*
- (20) *Respecto a la estación LOS BALDÍOS, con fecha 30 de noviembre de 2004 Disa Canarias formalizó un preacuerdo con el gestor de la mencionada estación de servicio para la extinción anticipada del derecho de superficie y la formalización de un contrato de “abanderamiento y compra exclusiva” por cinco años. Dicho contrato fue efectivamente formalizado en fecha 1 de enero de 2006. Es decir, la estación ha pasado a ser DODO.*
- (21) *Finalmente, respecto a la estación ARONA, desde el día 1 de junio de 2006 y con fecha de terminación 31 de julio de 2010 está en vigor un contrato de “arrendamiento de industria” por el que el propietario de la estación ha cedido a Disa Canarias la gestión de la misma. Es decir, la estación ha pasado a ser DOCO.”*

9. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia terminó de deliberar y fallar esta Resolución en su reunión del 10 de febrero de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El número 3 del artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la LDC. Añade el artículo 25.5 del RD 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) que el acuerdo del Consejo de no iniciación del procedimiento sancionador deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento sancionador.

La DI propone al Consejo la no incoación de procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por la Federación Canaria de Detallistas de Productos Derivados del Petróleo (la Federación), por considerar que se satisfacen los requisitos para que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 3.1 del RDC, por cuanto el problema de competencia que se plantea en este expediente se limita a 5 concretos contratos CODO-Superficie/Arriendo, y situados éstos en su contexto jurídico y económico, concluye que resulta muy improbable que contribuyan de forma significativa al cierre de mercado producido por un conjunto de contratos similares.

Segundo.- El problema de competencia que se plantea en este expediente es similar al tratado en otros precedentes nacionales (Expte. R 691, *DISA*; expte. 2740/06 *TOTAL*; Expte. 2739/06 *AGIP*; Expte. 2697/06 *CEPSA*) y comunitarios (Decisión de la Comisión de 12/042006, As. COMP/B-1/38.348 – *REPSOL*), y tiene que ver con los efectos restrictivos –en la forma de erección de barreras de entrada o de exclusión de los competidores– derivados de las exclusivas de suministro de productos petrolíferos a Estaciones de Servicio (EESS) de larga duración vinculadas a construcciones complejas de propiedad de las EESS, en un contexto en el que una parte sustancial del mercado minorista de venta de carburantes para automoción en EESS está cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales en exclusiva de efectos similares.

Este análisis de competencia es el que subyace en el art. 5.a) del Reglamento CE 2790/99, que excluye del beneficio de la exención por categorías, cualquiera que sea la cuota de mercado del proveedor, las cláusulas contractuales, directa o indirectamente, de no competencia (y una obligación de compra exclusiva sobre el distribuidor equivale a estos efectos a una obligación de no competencia con el proveedor) de duración indefinida o que exceda de los cinco años, “*salvo cuando los bienes 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 período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador”.

En este mismo sentido, en las Directrices sobre las restricciones verticales, la Comisión Europea recuerda que de cara al análisis individual de los contratos de distribución “*no sólo es importante la posición de mercado del proveedor, sino también el alcance y la duración de la obligación de no competencia*”, y que “*En general, no se considera que las obligaciones de no competencia de duración inferior a un año acordadas por empresas no dominantes den lugar a efectos anticompetitivos apreciables o a efectos negativos netos. Las obligaciones entre 1 y 5 años de duración acordadas entre las empresas no dominantes requieren por lo general sopesar cuidadosamente los efectos favorables y los perjudiciales; en cambio, las obligaciones de no competencia de duración superior a cinco años, para la mayoría de los tipos de inversiones, no se consideran necesarias para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión que producen. Las empresas dominantes no pueden imponer obligaciones de no competencia salvo en el supuesto de que puedan justificar objetivamente tal práctica comercial en el contexto del artículo 82.*” (párrafo 141).

Por ello el Consejo comparte la valoración jurídica que hace la DI de las exclusivas de suministro de duración no superiores a 5 años, en el sentido de que cuando las duraciones de las exclusivas son inferiores o iguales a 5 años, en principio, es posible que se produzca una competencia entre proveedores por el suministro a las estaciones, y que de ello resulte una mayor competencia en el mercado descendente, un menor nivel de precios o un mayor grado de inversión e innovación. Por el contrario, cuando las exclusivas superan los 5 años no se puede asegurar que sean necesarias para conseguir tales beneficios, y mayor resulta el efecto de cierre del mercado para terceros.

Partiendo de este análisis, por tanto, el Consejo debe observar si, como concluye y propone la DI, no existen indicios de que los acuerdos de compra exclusiva de larga duración que vinculan a Disa Canarias con revendedores independientes de productos petrolíferos no implican un riesgo para el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado de la distribución minorista de carburantes en las Islas Canarias, lo que podría constituir una infracción del artículo 1 de la LDC y del actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 81 del Tratado CE).

Tercero.- Como resulta de los antecedentes citados y hemos resaltado en el párrafo precedente, las exclusivas de suministro pueden estar justificadas por razones de eficiencia, en tanto que promueven la estabilidad de las relaciones contractuales y con ello la realización de inversiones que mejoren la red de distribución por los operadores que de otro modo no se producirían. Sin embargo, cuanto mayor sea la duración de las exclusivas más probable resulta que domine el efecto pernicioso sobre la competencia, y menos probable es que la exclusiva sea necesaria para el fomento de las inversiones específicas en los puntos de venta.

Esta problemática de la duración de las exclusivas de suministro de productos petrolíferos se circunscribe a aquellas EESS en las que, en ausencia de las relaciones contractuales de exclusividad entre Disa Canarias y los gestores/distribuidores minoristas, podrían ser suministradas por operadores competidores de Disa Canarias. De acuerdo con la información aportada por Disa Canarias y recogida en el Antecedente de Hecho (AH) 8 de esta Resolución, la

actual red de EESS de Disa Canarias (bien bajo la bandera Cepsa o la bandera Shell) está integrada por 196 EESS, de las cuales 38 son tipo COCO ó DOCO, 95 tipo CODO y 63 tipo DODO.

Conforme a lo antes señalado, del análisis de competencia que debe hacer este Consejo para resolver la Propuesta que le formula la DI hay que excluir, en primer lugar, las 38 EESS que son propiedad o bien están arrendadas como industria a Disa Canarias, que las gestiona y suministra. Las 158 EESS restantes no están gestionadas por Disa Canarias, y en relación con ellas la DI señala que en todos los casos el régimen económico de suministro es el de venta en firme del combustible para su posterior reventa, por cuenta y riesgo del tercero gestor/distribuidor. Por tanto, la red de EESS de Disa Canarias no incluye ninguna gasolinera suministrada en exclusiva en régimen de comisión. Ya se ha dicho que de las 158 EESS no gestionadas por Disa Canarias, 63 son EESS tipo DODO. Pues bien, 5 de estas EESS tipo DODO están vinculadas a la red de Disa Canarias mediante una relación verbal de carácter continuada y estable. Las 58 EESS tipo DODO restantes se integran en la red de Disa Canarias mediante contratos que se denominan de “abanderamiento y compra exclusiva”, en los que la duración de la obligación del gestor de la estación de servicio de suministrarse en exclusiva de Disa Canarias no es, en ningún caso, superior a los 5 años, sin que tampoco existan cláusulas de reconducción tácita o automática (FD 4º de la Resolución de 27/11/2007, Expte. R 691, DISA). En consecuencia, y de acuerdo con lo expresado en el fundamento anterior, resulta procedente afirmar que estos 63 contratos tipo DODO no plantean un problema relevante de competencia, en tanto en cuanto la relación de exclusiva es expugnable por los competidores de Disa Canarias.

Resta por analizar la situación de las 95 EESS tipo CODO integradas en la red de distribución minorista de carburantes de Disa Canarias. Según la información que consta en el AH 8 de esta Resolución, 86 de esas EESS son CODO Superficie Plena y 3 EESS son CODO Superficie Terceros. La situación jurídica de estas últimas 71 EESS es asimilable, desde la perspectiva de la normativa de defensa de la competencia, a la de las EESS tipo COCO ó DOCO, pues siendo Disa Canarias la propietaria o titular de un derecho real de superficie o similar sobre la EESS que arrienda a un tercero (en el segundo de los supuestos, no vinculado con el nudo propietario), no es razonable esperar, ni en Derecho es posible exigir, que este tipo de estaciones de servicio puedan ser suministradas por un competidor de Disa Canarias; es decir, que salgan al mercado en tanto se mantenga esa estructura de la propiedad del suelo y de las instalaciones.

En definitiva, 6 son el número de EESS integradas en la red de Disa Canarias y pertenecientes al tipo CODO Superficie/Arriendo, en las que el gestor vinculado al proveedor mediante contrato de “arrendamiento de industria y compra exclusiva” es un tercero vinculado con el nudo propietario. Disa Canarias y el gestor de una de esas EESS CODO Superficie/Arriendo (la ES Arinaga), el 20 de noviembre de 2006, firmaron un nuevo contrato en virtud del cual la obligación de compra en exclusiva se redujo a 5 años. Por consiguiente, esta estación de servicio no se puede considerar que contribuya al efecto de cierre de mercado, pues en la actualidad resulta expugnable en un plazo razonable por los competidores actuales o potenciales de Disa Canarias.

La situación contractual original de las 5 restantes EESS tipo CODO Superficie/Arriendo de Disa Canarias es la que se observa en la tabla siguiente:

SITUACIÓN CONTRACTUAL ORIGINAL DE LAS EESS CODO-SUPERFICIE /ARRIENDO DE DISA CANARIAS				
Estación de Servicio	Duración derecho real (años)	Duración suministro (años)	Año de apertura	Finalización
EESS DE LA ANTERIOR RED DE DISA (abandera como CEPSA)				
LLANO AZUL	20	20	1995	2015
EESS DE LA ANTERIOR RED DE SHELL				
FLICK ARRECIFE	20	20	1995	2015
JANDIA	30	25	1994	2019
CHILE	30	30	1999	2029
ELPASO	30	30	1991	2021

La larga duración de la obligación de compra exclusiva que pesa sobre el gestor de estas 5 EESS –que es un tercero vinculado con el nudo propietario de los terrenos sobre los que se asienta la estación de servicio, cuya titularidad plena (del suelo y de la instalación) recupera al término de la compleja estructura contractual existente entre las partes–, constituye objetivamente una barrera de entrada para los competidores que, a diferencia de lo que sucede con las dos restantes categorías de EESS tipo CODO, no se justifica en la estructura de propiedad existente.

En el AH 8 de la Resolución se reproduce la carta que el 25 de abril de 2007 Disa Canarias realizó a los gestores de estas 5 CODO Superficie/Arriendo, en la que se les ofrecía la reducción de mutuo acuerdo del plazo de duración del contrato de “arrendamiento de industria y compra exclusiva”, que quedaría limitado a 5 años a contar desde la fecha de la carta. Al término de este nuevo plazo de vigencia de los contratos (el 25 de abril de 2012), el gestor tendría la opción de rescatar onerosamente de forma anticipada el derecho real de superficie existente sobre la estación de servicio o prorrogar el contrato de arrendamiento de industria y compra exclusiva otros 5 años. Las distintas respuestas a esta oferta de Disa Canarias también constan en el AH 8, cabiendo destacar que sólo una de ellas (Jandia) ha contestado positivamente y, por tanto, en el año 2012 ejercerá la opción ofertada de rescatar el derecho real de superficie o prorrogar el contrato 5 años más, lo que supondrá que esta estación dejará de pertenecer a la red de Disa Canarias o bien reconducirá su obligación de compra exclusiva a los límites temporales del Reglamento CE 2790/99.

Cuarto.- Al tiempo en que Disa Canarias suministró la información requerida por la DI, en el mercado minorista canario de venta de carburantes para automoción existían 409 EESS, de las cuales 196 pertenecían a la red de distribución de Disa Canarias. Con una cuota por ventas del 42% y del 47% por número de EESS, Disa Canarias tiene una posición de mercado que, en todo caso, le excluye de la aplicación del Reglamento CE 2790/99, aplicable sólo a los acuerdos verticales en los que el proveedor no tenga una cuota de mercado superior al 30%.

Pero incluso si la cuota de mercado de Disa Canarias fuese inferior al 30%, las obligaciones de compra exclusiva de larga duración que contienen los 5 contratos de “abanderamiento y compra exclusiva” relacionados en la tabla del anterior fundamento, no quedarían cubiertos por el citado Reglamento de restricciones verticales, por lo que en todo caso sería necesario un análisis de competencia individual de los mismos al objeto de determinar su contribución al cierre del mercado. Y al realizar este análisis hay que partir del relevante hecho de que el porcentaje de la oferta del mercado canario de venta minorista de carburantes en EESS que se realiza por puntos

de venta vinculados a redes paralelas de acuerdos verticales es sensiblemente inferior al existente en el mercado peninsular. En efecto, frente a una cuota vinculada total o absoluta (COCO + CODO PROPIEDAD + CODO D° REAL SUPERFICIE / N° TOTAL DE EESS DEL MERCADO) del 80% en la Península (Expte. 2740/06 TOTAL), en Canarias la cuota vinculada es del 55,26%. Es decir, si en la península tan sólo el 20% de las EESS son libres, en el sentido de atacables por un operador mayorista distinto del que la gestiona/suministra en exclusiva a la estación de servicio, en Canarias el porcentaje de EESS expugnables por la competencia es significativamente superior: del 44,74% (183 EESS del total del 409 EESS en Canarias).

Tanto porque la cuota de mercado de Disa Canarias es del 47%, como también por el hecho de que la cuota vinculada en Canarias es superior al 30% del mercado, los citados 5 contratos tipo CODO Superficie/arriendo con una obligación de compra en exclusiva de larga duración tampoco pueden acogerse a la regla de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado. En efecto, tanto la Comunicación de menor importancia de la Comisión Europea (párr. 7.b) como el art. 1.b) del RDC excluyen del concepto de conductas de menor importancia medido por la cuota de mercado, a los acuerdos verticales cuando la cuota de alguna de las partes excede del 15% en alguno de los mercados relevantes. Un umbral de cuota de mercado que, conforme al párrafo 8 de la Comunicación de la Comisión y al art. 1.d) del RDC, se reduce al 5% cuando en el mercado de referencia la competencia esté restringida por los efectos acumulativos de exclusión producidos por redes paralelas de acuerdos concluidos entre proveedores o distribuidores diferentes pero de efectos sobre la competencia similares. Aclarando, ambas disposiciones, que no se apreciará la existencia de un efecto acumulativo de exclusión de competidores si menos del 30% del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos de consecuencias similares. A ello añade el art. 2.4.b) del RDC que no se entenderán de menor importancia las conductas desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes en los que más del 50% esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales cuyas consecuencias sean similares.

Quinto.- Por último, para pronunciarse sobre la propuesta de archivo que formula la DI, al Consejo le resta analizar si los referenciados 5 contratos tipo CODO Superficie/arriendo se pueden calificar de menor importancia, en la medida en que siendo muy pocas las EESS afectadas y atendiendo “a su contexto jurídico y económico” las obligaciones de compra exclusiva de larga duración que contienen no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia (al efecto acumulativo de exclusión derivado de la existencia de redes paralelas de acuerdos verticales de efectos similares) y, por ello, excluidos del ámbito de aplicación de los arts. 101.1 del TFU (STPI de 8/06/1995, As. T-7/93 *Langnese Iglo*) y del art. 1.1 LDC.

La regla de menor importancia que contiene este precepto reglamentario ya ha sido aplicada por el Consejo de la CNC en tres de los expedientes arriba citados: Expte. R 691, *DISA*; Expte. 2740/06 *TOTAL*; y Expte. 2739/06 *AGIP*. En el primero de ellos, el Consejo se remite a determinada jurisprudencia comunitaria y, en particular a la sentencia *Delimitis*, que interpreta en el sentido de que para determinar si la duración de las obligaciones de compra en exclusiva (cláusula de no competencia) de un contrato de distribución de carburante tienen o pueden tener como efecto una restricción significativa a la competencia hay que analizar dos requisitos cumulativos: 1º) si el mercado considerado es o no difícilmente accesible para los competidores. 2º) y en qué medida los contratos analizados contribuyen al efecto acumulativo producido por el conjunto de los contratos similares, añadiendo que “*la responsabilidad de este efecto de cierre del mercado debe imputarse a las empresas que contribuyen de manera significativa al mismo.*”

En cambio, los contratos celebrados por operadores cuya contribución al efecto acumulativo es poco importante no deben considerarse prohibidos...”. En definitiva, el Consejo afirma, citando al TJ, “que la importancia de la contribución del contrato individual depende de la posición de las partes contratantes en el mercado en cuestión, de la cuota vinculada y de la duración del contrato.”

Pues bien, volviendo al expediente que es objeto de esta Resolución, el Consejo aprecia, en relación con el primero de esos requisitos, que frente al carácter altamente inexpugnable del mercado peninsular de venta minorista de carburantes para automóviles derivado del hecho de que el 80% de las EESS están vinculadas a un operador, prácticamente la mitad de las EESS del mercado canario (el 45%) son libres en el sentido de expugnables por la competencia. Y en cuanto al segundo requisito (en qué medida los 5 contratos analizados contribuyen al efecto acumulativo producido por las redes de contratos de compra en exclusiva) también se podría concluir que su contribución es mínima o inapreciable, pues en la hipótesis de que los gestores de esas 5 EESS (vinculados al nudo propietario) decidiesen rescatar la plena propiedad (lo que podría ser mucho suponer teniendo en cuenta la respuesta que sus gestores dieron a la oferta de pseudo terminación convencional realizada por Disa Canarias en 2007), la cuota atacable en Canarias pasaría del 45% al 46%, con un incremento en términos absolutos del 1% y del 2,6% en términos relativos.

Que la contribución de estos 5 contratos al efecto de bloqueo acumulativo del mercado canario es mínima se revela igualmente si se compara con el que se producía tanto en el expediente comunitario de terminación convencional *Repsol*, donde la cuota del mercado peninsular atacable (si las 900 EESS afectadas decidiesen rescatar anticipadamente el derecho real de superficie) pasaría del 20% al 26% (con un incremento en términos absolutos del 6% y del 33% en términos relativos), como también en relación con el expediente de terminación convencional 2697/06 *Cepsa*, en el que de quedar liberadas las 90 EESS comprendidas dentro de ámbito subjetivo de aplicación del acuerdo, la cuota del mercado peninsular atacable pasaría del 20% al 21%, con un incremento en términos absolutos del 1% y del 6% en relativos. Por el contrario, el Consejo considera que la contribución de los mencionados 5 contratos de Disa Canarias al cierre de mercado es equiparable al que se producía en los expedientes en los que la CNC ya aplicó el art. 3.1 RDC.

En el Expte. R 691 *DISA*, atendiendo a que la cuota de mercado de DISA PENINSULA era inferior al 5%, a que su cuota de mercado vinculada se presumía poco significativa, y a que el número de los contratos analizados (con obligación de compra excluida superior a 5 años) era poco significativo (el 15% de su red y el 0,5% del total de EESS de la península), el Consejo consideró que su contribución al efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales en el mercado por ese operador no era relevante.

En el Expte. 2740/06, *TOTAL* el Consejo, una vez comprobado que no resultaba de aplicación la regla de menor importancia por cuotas del art. 1 del RDC conforme al art. 2.4.b) de este Reglamento, procedió a valorar en qué medida los contratos de compra exclusiva de larga duración analizados (en número de 3) contribuían al efecto acumulativo producido por la red paralela de acuerdos de compra exclusiva de carburantes para automóviles existente en el mercado peninsular, concluyendo que no contribuían a reforzar la expugnabilidad del mercado: 1) porque *TOTAL* se encontraba en proceso de abandonar el mercado; 2) los contratos

analizados (11 contratos) representan una parte ínfima del mercado; y 3) afectan a EESS dispersas geográficamente. Este análisis de la CNC ha sido recientemente confirmado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15/12/2009, en la que la Sala juzgadora afirma que, incluso considerando relevante el hecho de que Total España ostente el 48% de las acciones de Cepsa, y ésta el 100% de las acciones de Cepsa Estaciones de Servicio SA, y que, por tanto, pudiese existir unidad de decisión entre esas compañías (Total España y Cepsa), *“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 acumulativo puedan afectar la libre competencia en el mercado de modo significativo”*.

En el Expte. 2739/06 *AGIP* este proveedor contaba con una cuota de mercado del 3,5%, tenía una cuota vinculada del 37%, y la existencia de cláusulas de prohibición de competencia de larga duración afectaba a 4 contratos CODO superficie/arriendo. En estas condiciones el Consejo también concluyó que esos contratos no contribuían a reforzar la expugnabilidad del mercado y por ello archivó el expediente en aplicación del art. 3.1 del RDC.

El Consejo considera que la conclusión alcanzada en esos tres expedientes –las obligaciones de compra en exclusiva de larga duración analizadas no contribuyen a incrementar de forma significativa el efecto acumulativo de exclusión derivado de la existencia de redes paralelas de acuerdos verticales de efectos similares– es también la que resulta del análisis de competencia realizado en este expediente. Pues si bien es cierto que Disa Canarias tiene una cuota de mercado (47%) y una cuota vinculada total (32%) relevantes y muy superiores a los que existían en los tres expedientes citados en los que se aplicó el art. 3.1 del RDC, a ello hay que enfrentar dos hechos igual o más relevantes: primero, que el mercado canario es bastante más expugnable por la competencia que el peninsular (45% frente al 20%), y segundo que el número reducido de los contratos controvertidos en este expediente solo suponen el 2,6% de las EESS de DISA Canarias (5 de 196) y el 1,2% del total de EESS del mercado canario (5 de 409). Un porcentaje de EESS liberables comparable al que se producía en los precedentes en los que se aplicó la norma del art. 3.1 del RDC (0,2% en *AGIP* y 1,9% en *DISA*), y al tiempo muy inferiores a los que se podían alcanzar en los expedientes de terminación convencional *Repsol* y *Cepsa* (33% y 6%) en un mercado peninsular mucho menos expugnable por la competencia que el mercado insular canario.

En definitiva, se puede concluir que, dado este contexto jurídico y económico del mercado canario de venta minorista de combustibles para la automoción, la apertura de un expediente sancionador que concluyese bien con la prohibición por contraria a las normas de competencia de la actual obligación de compra exclusiva de larga duración o bien mediante un acuerdo de terminación convencional similar al de los expedientes *Repsol* y *Cepsa* citados, y que permitiese “liberar” las 5 EESS controvertidas (lo que podría estimarse poco probable a la vista del éxito alcanzado por la oferta realizada por Disa Canarias en 2007) no se justifica en términos de defensa del interés público; es decir, de contribución de esos contratos al efecto de acumulativo de exclusión derivado del conjunto de contratos de efectos similares (STJ NESTE de 7/12/2000, As. C-214/99) y, por tanto, de la eventual obtención de una mejora apreciable de la estructura competitiva del mercado canario (en términos relativos bastante más competitiva que la existente en el territorio peninsular), sino que, por el contrario, resulta conforme a Derecho el archivo de este expediente de información reservada según dispone el art. 49.3 de la LDC y en aplicación del art. 3.1 del RDC.

Sexto.- Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo considera oportuno poner de manifiesto que en el Informe del expediente de concentración C 86/04, DISA/SHELL de 20 de diciembre de 2004, el TDC entendió que, pese a que la concentración reforzaba su posición en el mercado considerado, no se podía concluir que Disa dispusiese de la independencia de comportamiento (y de forma particular respecto de Cepsa) que caracteriza la posición de dominio, y ello por la concurrencia de determinados factores, como la carencia de una bandera o imagen propia con la que abanderar las EESS que suministra carburantes en exclusiva. Por ello, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 (ACM), siguiendo el Dictamen del TDC, aprobó subordinar la concentración al cumplimiento de una serie de condiciones. Entre ellas, la Tercera dispone que “Disa deberá desarrollar una bandera propia para su red de estaciones de servicio en la Comunidad Canaria”, en tanto que la Quinta obliga a Disa a presentar al Servicio de Defensa de la Competencia un plan detallado de actuaciones que, en particular, debería contener “la forma y el plazo para el desarrollo e implantación de una bandera propia en la Comunidad de Canarias”.

Del estudio de este expediente de información reservada se parece deducir que ese plan de implantación de una bandera propia de Disa en la Comunidad Canaria, que al igual que otras condiciones del ACM tenía por objeto reducir el grado de dependencia de Disa respecto de Cepsa, de haberse aprobado todavía no se habría implantado. El TDC en su Informe también advertía que la operación de concentración notificada originaba “claros incentivos a la concertación, cuando menos tácita, entre DISA y CEPSA” pudiendo obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva.

De acuerdo con lo dispuesto en el propio ACM, y en los artículos 41 de la LDC y 71 del RDC, corresponde a la DI de la CNC la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones impuestas por aquél, y al Consejo de la CNC resolver las cuestiones que puedan suscitarse en el expediente de vigilancia así como acordar su cierre. Por tanto, es en dicho expediente de vigilancia y no en el presente expediente donde tendrá el Consejo oportunidad de pronunciarse sobre tales cuestiones a la vista del informe que eleve la DI.

En consecuencia, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por la FEDERACIÓN CANARIA DE DETALLISTAS DE PRODUCTORES DERIVADOS DEL PETROLEO contra SHELL ESPAÑA SA (actualmente, Disa Canarias o Disa Retail Atlántico SL), por aplicación del artículo 49.3 de la LDC en relación con el artículo 3.1 del RDC..

- 4 Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a la denunciante y a la denunciada, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.