

RESOLUCIÓN (Expt. 2740/06, TOTAL)

Consejo:

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

Madrid, a 23 de Septiembre de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^{ña}. Inmaculada Gutiérrez Carrizo ha dictado la siguiente resolución en el expediente 2740/06 TOTAL, abierto por la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) a consecuencia de la denuncia presentada por la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO por considerar que determinados contratos infringen el artículo 81.1 del TCE y el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 debido a que su duración contribuye al cierre del mercado.

ANTECEDENTES

1. El 9 de mayo de 2006, D. D.G.R. en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO presenta denuncia contra CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., GALP ENERGIA S.A., AGIP ESPAÑA, S.A. y TOTAL ESPAÑA, S.A. por considerar que estas operadoras han articulado con terceros, ciertos acuerdos que constituyen negocios jurídicos complejos tendentes a prolongar la duración de las cláusulas de suministro exclusivo más allá de lo contemplado en la normativa, vulnerando con ello el artículo 81.1 del TCE y el artículo 1.1 de la Ley 16/1989.

2. El entonces Servicio de Defensa de la Competencia asignó a esta denuncia el número 2697/2006. Posteriormente, el 20 de septiembre de 2006 procedió desglosar dicho expediente en cuatro, uno por cada una de las operadoras denunciadas, correspondiendo a TOTAL ESPAÑA, S.A. (TOTAL) el número 2740/2006.
3. El 25 de septiembre de 2006 el Servicio requirió información a la operadora TOTAL, cuya respuesta se recibió el 19 de octubre de 2006.
4. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, asumiendo el Consejo y la Dirección de Investigación de la CNC, respectivamente, las funciones de aquéllos.
5. El 1 de agosto de 2008 la Dirección de Investigación remitió al Consejo Propuesta de Resolución en el sentido de *“no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por D. D.G.R. en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley.”*
6. La información que obra en el expediente ha permitido considerar a la Dirección de Investigación como hechos acreditados los siguientes:
 - Como consecuencia de la venta de estaciones de servicio a las operadoras AGIP ESPAÑA S.A. y PETROGAL ESPAÑOLA S.A. (hoy denominada GALP ENERGIA ESPAÑA, S.A.U.) en 2002, TOTAL se quedó en España con una red muy reducida de estaciones de servicio. Tras la posterior operación de venta de activos a DISA autorizada por la Comisión Nacional de la Competencia el 25 de octubre de 2007 (C-005/2007) la operadora ha cesado en sus actividades de comercio de carburantes en España, tanto en el canal Red como Extra Red.

- En el momento de la denuncia, previo a la venta de activos a DISA, 11 estaciones de servicio constituían la red TOTAL:
 - Cuatro eran estaciones en las que tanto la propiedad como la gestión estaba en manos de TOTAL (*Company owned, company operated, COCOs*), que pasaron a ser propiedad de DISA tras la operación C-005/2007.
 - En tres casos existían con el punto de suministro contratos que establecían pactos de suministro en exclusiva que se resolvieron anticipadamente antes de la operación con DISA.
 - En los cuatro casos restantes, existen contratos de suministro en exclusiva de larga duración cuya resolución está pendiente y que no fueron objeto de traspaso a DISA.
 - a. Los Álamos es propiedad de un tercero que a su vez la gestiona (*Distributor owned, distributor operated, DODO*). La duración del contrato de exclusiva de suministro era de 10 años y vencía en 2009. En cualquier caso, el gestor de la estación de Los Álamos rescindió el contrato de forma unilateral en junio de 2003, fecha desde la cual no se suministra de TOTAL. Está pendiente el procedimiento de daños y perjuicios.
 - b. En tres casos E.S. Pedro IV, E.S. Santa Eulalia y E.S. Industria, que son precisamente a los que hace referencia la denuncia, existe una relación basada en lo que se denomina en la terminología del sector contratos cruzados, esto es, un derecho de superficie a favor de la operadora y un contrato de arrendamiento de industria con exclusiva de suministro a favor del distribuidor, por plazos superiores a 20 años. Las sociedades gestoras de estas estaciones de servicio han denunciado los contratos y solicitado su nulidad ante el juez. Hasta la fecha sólo se tiene constancia de que se haya resuelto el procedimiento que hace referencia a Pedro IV y la pretensión ha sido declarada improcedente. Actualmente, como se ha señalado, no se suministran de TOTAL.

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

7. El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 17 de septiembre de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Como este Consejo ya ha tenido oportunidad de manifestar (Resolución R691 DISA, de 27 de noviembre de 2007), los acuerdos de cesión de derecho de superficie y arrendamiento de industria con compra exclusiva constituyen un negocio jurídico complejo que a menudo vincula a un distribuidor, potencialmente independiente, con un operador petrolífero por un periodo habitualmente más extenso que el amparado por el Reglamento de Exención por Categorías (Reglamento CEE 2.790/1999).

En el mercado español de distribución minorista de carburantes más de un 50% de la oferta se realiza por puntos de venta vinculados a redes paralelas de acuerdos verticales. El Reglamento de Defensa de la Competencia (artículo 2.4 del Real Decreto 261/2008) excluye del concepto de menor importancia aquellas conductas desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes en los que más del 50% está cubierto por redes paralelas.

Procede por tanto el análisis de los contratos para valorar en qué medida contribuyen al efecto cumulativo producido por el conjunto de contratos similares. Siguiendo la doctrina de este Consejo, que a su vez hace propia la

del TJCE (Sentencia de 28 de febrero de 1991, Stergios Delimitis/Henninger Braü AG, Asunto C-234/89), para ello debe tomarse en cuenta la posición de las partes en el mercado, el número de puntos de venta vinculados y la duración de los acuerdos.

En el presente caso no cabe considerar que los contratos analizados, pese a su larga duración, contribuyan a reforzar la inexpugnabilidad del mercado. En el momento de la denuncia TOTAL se encontraba en proceso de abandonar el mercado español, cosa que a día de hoy se ha materializado, los contratos analizados representan una parte ínfima del mercado y afectan a estaciones de servicio relativamente dispersas geográficamente.

Segundo.- El artículo 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia (Real Decreto 261/2008) establece que el Consejo de Defensa de la Competencia podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia. En el presente caso, dadas las circunstancias descritas en el Fundamento anterior, resulta de aplicación el referido artículo 3 del Reglamento.

Tercero.- En todo caso, la Comunicación de la Comisión Europea sobre acuerdos de menor importancia establece una exención de prohibición para aquellos operadores con una cuota inferior al 5% en el caso de mercados cubiertos por redes paralelas de acuerdos verticales. Este sería el caso de TOTAL en el momento de presentación de la denuncia.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar que los contratos firmados por la empresa TOTAL a que se refiere la denuncia presentada por D. D.G.R. en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, dado su contexto jurídico y económico, no son aptos para afectar de manera

significativa a la competencia, por lo que no les resulta de aplicación ni el artículo 1 de la Ley 15/2007 ni el artículo 81 del TCE en lo que a su duración respecta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a TOTAL ESPAÑA, S.A y a la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.