

RESOLUCIÓN (Expte. 449/99 REPSOL/Estaciones de Servicio)

PLENO

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 3 de diciembre de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 449/99 (1731/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la denuncia de D. Fernando Lorente Hurtado, en nombre y representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. (en lo sucesivo, REPSOL), por el que formulaba denuncia contra la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (en lo sucesivo, la Confederación), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de Julio (B.O.E. del 18), de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 21 de Noviembre de 1997 tuvo entrada en el SDC escrito de D. Fernando Lorente Hurtado (folios 2 a 46), en nombre de REPSOL, por el que formulaba denuncia contra la Confederación, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de Julio (B.O.E. del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la adopción por la entidad denunciada de los siguientes acuerdos:

- a) rechazar las comisiones ofertadas por CEPSA y REPSOL.
- b) desorganizar la logística de las Compañías Petroleras acumulando pedidos en un sólo día.
- c) desorganizar los sistemas informáticos de las Compañías no abonando ningún suministro mientras la factura no obre en poder del empresario de

- la estación de servicio.
- d) enviar a las Compañías Petroleras cartas por conducto notarial con el texto acordado.

El denunciante solicitaba, asimismo, la adopción de medidas cautelares (fol. 7 a 10).

Habiendo observado el Servicio la falta de algunos datos, requirió al denunciante para que los aportara (fol. 47), facilitándole para ello un cuestionario normalizado (fol. 48 a 50).

Por Providencia de 9 de Marzo de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente con el número 1731/97, nombrándose Instructor y Secretaria de Instrucción y dando traslado a las partes interesadas y remitiendo copia de la denuncia al imputado. El Servicio consideró que no se daban las condiciones previstas en el artículo 45 de la LDC para proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia las medidas cautelares solicitadas por el denunciante (fol. 60 a 61).

La Confederación interpuso recurso ante el TDC contra la Providencia que acordaba la incoación (fol. 65 a 111). En el preceptivo informe del Servicio se hacía referencia al error habido en la notificación de dicha Providencia al indicar la posibilidad de recurrir dicho acto (fol. 63) y se manifestaba la improcedencia del recurso contra un acto no susceptible de ello (fol. 112).

El Tribunal desestimó el recurso en Resolución de 20 de Mayo de 1998, *“por haberse interpuesto contra un acto que no es recurrible”* (fol. 177 a 181).

Las conductas y efectos producidos, según podía deducirse de los datos contenidos en el expediente, se concretaron por el SDC en el Pliego de Concreción de Hechos, formulado con fecha 3 de Septiembre de 1998 (folios 182 a 183). Tras recibir y analizar las alegaciones de las partes, el Servicio remitió el expediente al Tribunal acompañado del informe preceptivo (artículo 37.3 LDC) con fecha 20 de enero de 1999.

Por Providencia de 14 de abril de 1999, el Tribunal admitió a trámite el expediente y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40.1 LDC lo puso de manifiesto a los interesados, concediéndoles plazo para solicitar vista y proponer pruebas.

En escrito de 7 de mayo de 1999, la Confederación solicita que se tengan por reproducidos todos los documentos presentados por dicha parte, que no se celebre vista y que el Tribunal declare caducado el procedimiento.

El 1 de julio de 1999, el Tribunal, mediante Providencia, consideró pertinente admitir las pruebas propuestas por la Confederación, conceder plazo a los interesados para valorarlas y para formular conclusiones, no celebrar vista y decidir sobre la caducidad en la Resolución definitiva.

La Confederación y REPSOL presentaron sus escritos de conclusiones los días 30 de junio y 9 de julio de 1999, respectivamente.

El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 16 de noviembre de 1999, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

Son interesados:

Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A
Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

La CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO está constituida por confederaciones regionales y asociaciones provinciales de empresarios que agrupan aproximadamente tres mil quinientas de las más de siete mil estaciones de servicio existentes en España en 1998.

Las estaciones de servicio asociadas a las organizaciones regionales o provinciales que constituyen la Confederación presentan, en relación con las compañías petrolíferas (REPSOL, CEPSA, BP y otras), diferentes situaciones de dependencia, estimando la propia Confederación que, de ellas, más de dos mil quinientas son propiedad de dichas compañías petrolíferas, con gestión directa o mediante contratos de gestión. (folio 4 expediente TDC).

El 16 de septiembre de 1997 la Confederación celebró su Asamblea General Ordinaria.

En documento de fecha 19 de Septiembre de 1997, la Federación Regional de Castilla y León de Asociaciones de Estaciones de Servicio resume lo tratado en la citada Asamblea General refiriéndose a *“las medidas de presión que considera el Comité Ejecutivo que pueden tomarse, siendo las siguientes:*

*No firmar la aceptación de las comisiones ofertadas.
Desorganizar la logística de la petrolera.*

*Desorganizar la informática de la petrolera.
Remitir carta por conducto notarial, requiriendo a la petrolera, ...”*

con instrucciones sobre el contenido de las medidas de presión e indicándose al final que *“la carta a remitir por conducto notarial será redactada por la Asesoría Jurídica”* y que las medidas *“son aprobadas por todos los Presidentes”*. (folios 16-17 expediente SDC).

El 7 de octubre de 1997 el Secretario General de la Asociación Provincial de Estaciones de Servicio de Jaén dirige a sus asociados la siguiente carta circular:

“Adjunto te envío comunicación de la Confederación Nacional de Estaciones de Servicio”

La comunicación que se adjuntaba era un documento de fecha 1 de octubre de 1997, con membrete de la Confederación y con el siguiente texto:

“Estimado Presidente y amigo:

Las circunstancias verdaderamente angustiosas y preocupantes que nos atenazan en estos momentos, no pueden hacernos olvidar el quehacer diario en nuestras actividades.

En este sentido me permito recordarte los acuerdos adoptados en la Asamblea General celebrada el día 16 de septiembre en la que –en relación con el tema de las Comisiones- se adoptaron los siguientes acuerdos:

“1º.- Rechazar las comisiones ofertadas por CEPSA y REPSOL

2º.- Desorganizar la logística de las Compañías Petroleras sobre la base de acumular pedidos en un solo día, o por cualquier otro procedimiento. Esta iniciativa debe prepararse y organizarse a nivel provincial, en el seno de cada Asociación, ya que no es posible organizarlo a nivel nacional.

3º.- Desorganizar los sistemas informáticos de las Compañías Petrolíferas, sobre la base de no abonar ningún suministro mientras no obre en poder del Empresario de la Estación de Servicio la factura correspondiente (en la actualidad se pagan los suministros mucho antes de obrar la correspondiente factura en nuestro poder).

4º.-Que cada gasolinero envíe, sucesivamente, dos cartas por conducto notarial, cuyos modelos te adjunto.

El objeto de esta medida consiste en intentar, por todos los medios, que las

Compañías Petroleras reciban un número muy elevado de comunicaciones, que les produzca el natural nerviosismo y desconcierto.

Pero, además, dichos requerimientos notariales pueden constituir la base tanto para una posterior demanda contra las Compañías Petroleras (a las cuales y reiteradamente desde esta Confederación se ha insistido en que hay que perderles el miedo), como ante los Tribunales de la Comunidad Económica Europea.

Las cartas están estudiadas de tal forma que su redacción sirve lo mismo para los propietarios que para los gestores.

Tanto el Comité Ejecutivo como las Asesorías Jurídicas de la Confederación están a disposición de todos los gasolineros para resolverles cualquier duda al respecto.”

Consecuentemente con lo enunciado en el punto 4º de esta comunicación, se adjuntaban los modelos de carta que las estaciones de servicio debían remitir a las compañías petrolíferas (folios 20 -24 expediente SDC).

La Federación Regional de Castilla y León de Asociaciones de Estaciones de Servicio, con fecha 2 de Octubre de 1997, dirige a sus asociados una carta (folio 18 expediente SDC) en la que les comunica que *“para llevar a cabo uno de los acuerdos adoptados en la Asamblea General celebrada el pasado 16 de septiembre, necesitamos de tu colaboración (...). Adjunto, te remito dos modelos de cartas, las cuales han de ser enviadas, sucesivamente, por conducto notarial, caso de que sea necesario. El objeto de esta medida consiste en intentar, por todos los medios, que las Compañías Petroleras reciban un número muy elevado de comunicaciones, que les produzca el natural nerviosismo y desconcierto”*

Entre el 20 de octubre de 1977 y el 30 de diciembre de 1999, ocho estaciones de servicio de las provincias de Alicante, Jaén, Córdoba, Sevilla remitieron cartas a REPSOL con un texto exactamente igual al del primer modelo distribuido por la Confederación. Cinco de estas estaciones remitieron sus cartas por vía notarial y sólo una de ellas remitió, además, el segundo modelo de carta distribuido. Con fecha 26 de enero de 1999, una estación de servicio de Zamora remitió, por conducto notarial, una carta a REPSOL con un texto diferente al de los modelos distribuidos por la Confederación aunque con párrafos coincidentes (folios 254-282 expediente SDC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En su escrito de conclusiones, la Confederación solicita que se declare la caducidad del expediente, que ya había solicitado en el escrito de 7 de mayo de 1999 citado en el AH 8, alegando que, al no establecer la LDC el tiempo máximo de duración de un expediente, resulta de aplicación el R.D. 1398/1993, que aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. El expediente habría caducado al haberse excedido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento que establece dicho Reglamento.

Esta alegación no puede ser tenida en cuenta porque ignora el hecho de que el artículo 100 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social introdujo una modificación en la LDC consistente en añadir el artículo 56, en el que se señala que el plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador ante el Servicio será de dieciocho meses a contar desde la incoación del mismo, así como que el Tribunal dictará resolución en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente.

El expediente fue incoado por Providencia de 9 de Marzo de 1998, tal como se señala en el AH 3, el Servicio remitió el expediente al Tribunal con fecha 20 de enero de 1999, acreditándose así que ni Servicio ni Tribunal han excedido los plazos máximos que el artículo 56 LDC establece.

La principal consecuencia de la Asamblea General Ordinaria de la Confederación, celebrada el 16 de septiembre de 1997, fue la remisión, con fecha 1 de octubre de 1997, de una circular dirigida por la Confederación a las asociaciones provinciales y federaciones regionales confederadas y redactada en los términos que se transcriben en el AH 4, constando en el expediente que dicha circular fue trasladada a las estaciones de servicio asociadas ya que varias de éstas, desde distintas provincias, dirigieron a REPSOL cartas redactadas exactamente en los términos recomendados por la Confederación.

Esta circular de la Confederación de 1 de octubre de 1997, transcrita en el AH 4, contiene una recomendación a las estaciones de servicio para que rechacen las comisiones ofrecidas por las empresas petrolíferas (acuerdo 1º de la circular) y exijan mediante carta notarial una nueva negociación de dichas comisiones (acuerdo 4º de la circular).

La circular propone, además, con inusual crudeza, acciones colectivas para desorganizar la logística y los sistemas informáticos de las empresas petrolíferas (acuerdos 2º y 3º de la circular), acciones entre el boicot y el sabotaje que no tendrían fácil encaje entre las conductas prohibidas por la LDC salvo por formar parte de la circular en la que se contienen las recomendaciones descritas en el párrafo anterior a las que, sin duda, contribuyen a reforzar.

Al recomendar a las estaciones de servicio, cuyas estructuras y grados de dependencia de las empresas petrolíferas son muy diferentes, una reacción unánime de rechazo de las condiciones de venta que les habían sido propuestas, la circular transcrita en el AH 4 constituye una recomendación colectiva que tiene por objeto y puede tener por efecto restringir la competencia infringiendo, por tanto, el artículo 1 de la LDC.

La Confederación, en su escrito de conclusiones, considera procedente que se declare la nulidad de lo actuado por haberse producido indefensión *"en un trámite de información reservada de carácter contradictorio"* previo a la apertura de expediente sancionador por el Servicio.

El Tribunal ha expuesto en repetidas ocasiones (ver, por todas, la resolución r 218/97, Petróleos Canarias) que la información reservada prevista en el artículo 36.2 LDC constituye un procedimiento no contradictorio en el que el Servicio no tiene obligación de realizar todas las pesquisas, siendo bastante que únicamente indague los elementos idóneos para fundar el acuerdo de incoar el expediente o archivar la denuncia.. En el presente caso, a mayor abundamiento, no existió información reservada propiamente dicha, por lo que la alegación de indefensión es inaceptable.

La Confederación alega también en su escrito de conclusiones que los acuerdos tomados en la Asamblea de 16 de septiembre de 1997 no fueron los que se detallan en la circular de 1 de Octubre de 1997, sino los que se relacionan en el acta correspondiente, de la que aporta una transcripción certificada (folios 213 a 215 del expediente del SDC), y que la Confederación y sus máximos responsables no tienen responsabilidad alguna en la difusión de dicha circular por tratarse de un escrito sin firma que dice no conservar en sus archivos.

El Tribunal no puede admitir estas alegaciones a la vista de los hechos probados que anteriormente se han relacionado, no negados por la parte denunciada, y que no dejan dudas sobre el contenido, la autoría y la difusión de la referida circular, en particular, el hecho de que, tres días después de la Asamblea, la Federación de Castilla y León resumiera los acuerdos adoptados en los mismos términos que posteriormente contendría la circular difundida, así como el hecho de que la Asociación Provincial de Estaciones de Servicio de Jaén difundiera esta circular señalando que procedía de la Confederación, el hecho de que la misma Federación de Castilla y León difundiera los modelos de carta indicando que trataban de llevar a cabo uno de los acuerdos de la Asamblea General y el hecho de que el denunciante aportara (folios 12-13 expediente SDC) una copia de dicha circular que, si bien carece de firma, está redactada en papel de la Confederación, con constancia de salida del fax de dicha organización empresarial. Ante estos hechos resulta indiferente la forma en que la Confederación decidiera redactar el acta de la Asamblea General.

Considera la Confederación en su escrito de conclusiones que la Asamblea de 16 de septiembre de 1997 debe enmarcarse en el contexto de una situación crítica para el sector con proyectos de modificaciones normativas, medidas de liberalización de la comercialización de carburantes y combustibles petrolíferos y situación de oligopolio del mercado español de combustibles, controlado por REPSOL (50%) y CEPSA (35%), que justificaría la formación de un *cartel* defensivo.

Por lo que se refiere al llamado *cartel* defensivo, al igual que sucede con el *cartel* de crisis, el Tribunal recuerda que no puede tener otro amparo legal que el que pudiera ofrecerle el artículo 3 LDC, en el caso en que cumpliera los requisitos que dicho artículo establece y siempre que obtuviera la autorización correspondiente de acuerdo con el artículo 4 LDC.

En todo caso, el Tribunal no puede aceptar que infracciones de la LDC se justifiquen por el contexto de crispación en que se celebra una reunión de empresarios ni por la asimetría en el tamaño de empresas situadas en diferentes escalones de distribución, pero considera que tales circunstancias, en este caso, pueden ser tenidas en cuenta para atenuar la sanción.

Por lo que respecta al grado de oligopolio del mercado español de combustibles, el Tribunal debe recordar que se trata de una situación estructural que no constituye en sí misma una violación de la LDC. Pero aún si la Confederación observase en los integrantes de dicho oligopolio una conducta prohibida por la LDC, *“la respuesta a una conducta infractora de la Ley 16/1989 no es la comisión de otra infracción sino la denuncia al Servicio del obrar anticompetitivo para que proceda a su persecución”*, según reiterada doctrina de este Tribunal (ver, por todas, la Resolución Ipar-Vendedores de Prensa de 7 de enero de 1993).

Por último, sobre la posición de este Tribunal con respecto a las posibilidades de negociación colectiva entre productores y distribuidores y ante la insuficiente comprensión que muestra REPSOL en el párrafo tercero de su denuncia (*“REPSOL se ha limitado a reiterar a las entidades asociativas- especialmente una vez rechazada por el TDC, en resolución de 12 de febrero de 1997, la posibilidad ni siquiera de acuerdos marco de referencia en el sector”* folios 3-4 expediente SDC), el TDC considera necesario insistir en que, como se señala en el fundamento jurídico 4 de la resolución A 179/96, a la que se refiere REPSOL, los acuerdos prohibidos por el artículo 1 de la LDC pueden ser autorizados por el TDC siempre que concurren los supuestos del artículo 3 de la propia Ley.

El hecho de que se denegara en aquella ocasión la autorización singular a un acuerdo concreto no implica, como parece haber deducido REPSOL en su escrito de denuncia, que el TDC rechace la posibilidad de autorización de acuerdos que cumplan los requisitos que la ley establece.

El artículo 10.1 de la LDC establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal en 150 millones de pesetas o hasta el 10% del volumen de ventas. Como la organización empresarial imputada en este expediente no tiene cifra de negocios, la máxima sanción a aplicar, en este caso, sería una multa de 150 millones de pesetas.

Por otra parte, el artículo 10.2 de la LDC señala que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo que se tendrá en cuenta la modalidad y alcance de la restricción, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado, los efectos sobre los competidores, consumidores y usuarios, la duración y la reiteración de la infracción.

Aunque la circular conteniendo la recomendación colectiva tuvo la amplia difusión que se indica en el AH 6, hecho probado número 6, su seguimiento fue muy escaso (diez estaciones de servicio de un total de tres mil quinientas agrupadas en la Confederación) y los efectos en el mercado fueron nulos.

Atendiendo a estas circunstancias y a lo expuesto en el FD 5, el Tribunal ha considerado que se debe imponer a la Confederación la multa de tres millones de pesetas

El Tribunal estima que es preciso dar a la presente Resolución una amplia difusión. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 LDC, ordena la publicación de su parte dispositiva en el B.O.E. y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de máxima circulación nacional. Asimismo, considera que las organizaciones confederadas y sus asociados deben conocer el contenido de esta Resolución, por lo que debe ordenar a la Confederación que la transmita a las federaciones y asociaciones que la integran, para que éstas la difundan entre las estaciones de servicio asociadas.

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

HA RESUELTO

Primero.- Declarar acreditada la realización por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en la elaboración y difusión de una recomendación colectiva a las estaciones de servicio para que éstas adoptasen unánimemente una postura de rechazo a las comisiones propuestas por las empresas petrolíferas, exigiendo una nueva negociación y proponiendo medidas colectivas de presión.

Segundo.- Imponer a la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, responsable como autora de esta conducta prohibida, la multa de tres millones de pesetas.

Tercero.- Intimar a la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO para que se abstenga en el futuro de realizar la conducta que se ha declarado prohibida.

Cuarto.- Ordenar a la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO que, en el plazo de un mes, a contar desde la notificación de esta Resolución, dé traslado de la misma a las federaciones y asociaciones que la integran para que éstas la difundan entre sus asociados. En caso de incumplimiento, se les impondrá una multa coercitiva de 50.000 pesetas por cada día de retraso en el envío.

Quinto.- Ordenar a la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO la publicación a su costa, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional, debiendo dar cuenta de dicha publicación al Servicio de Defensa de la Competencia. En caso de incumplimiento, se le impondrá una multa coercitiva de 50.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, 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 el día siguiente al de su notificación.