

RESOLUCIÓN (Expte. 420/97, Cepsa)

Pleno

Excmos. Sres.:

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

En Madrid, a 31 de mayo 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 420/97 (1227/95 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) iniciado de oficio contra la mercantil Compañía Española de Petróleos S.A. (en adelante, CEPSA) por suscribir contratos con algunas estaciones de servicio que supuestamente infringen el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente se incoó para el análisis de cinco contratos suscritos por CEPSA que fueron aportados por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio para el expediente número 1103/94 y que, por no constituir objeto directo de la denuncia y presumiblemente incluir alguna cláusula restrictiva de la competencia, fueron elevados al Director General de Defensa de la Competencia el 10 de abril de 1995.

Los contratos son los siguientes:

- 1.- CEPSA/J. M. Sánchez Cabezudo de la Estación de Servicio de Pueblanueva (Toledo) suscrito el 5 de octubre de 1989 (inscripción provisional 10.706).
- 2.- CEPSA/PASARON S.L. de la Estación de Servicio de la carretera de

Mérida km. 214 (Cáceres) suscrito el 10 de enero de 1990 (concesión 5.537).

3.- CEPSA/BERNARD-RAMOS de la Estación de la carretera Fraga-Huesca km. 16,8 Ballobar (Huesca) suscrito el 4 de noviembre de 1991 (concesión 7.007).

4.- CEPSA/Eutimia Valbuena de la Estación de Servicio de Becilla de Valderaduey (Valladolid) suscrito el 15 de julio de 1991 (concesión 7.092).

5.- ERTOIL/Pérez Díaz-Guerra de la Estación de Servicio de Yuncos (Toledo) suscrito el 1 de julio de 1991 (concesión 1.802).

2. Por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 24 de octubre de 1995 y de conformidad con el artículo 36.3 LDC se llevó a cabo la incoación de oficio del expediente, dando traslado de la citada Providencia a CEPSA.
3. Tras el análisis de los contratos y de la información aportada tanto por CEPSA como por los titulares de las estaciones de servicio, se formuló Pliego de Concreción de Hechos contra CEPSA el 30 de agosto de 1996, por considerar el Instructor que los contratos antes señalados contenían determinadas cláusulas restrictivas de la competencia, con la excepción del primero de ellos, relativo a la estación de servicio de Pueblanueva (Toledo), por no encontrarse en vigor, al haber sido rescindido unilateralmente el 13 de octubre de 1994 haciendo uso de la cláusula octava del mismo.
4. A la vista de las alegaciones al Pliego presentadas por CEPSA, así como de las actuaciones llevadas a cabo por la citada entidad, con fecha 21 de julio de 1997 el Instructor propuso el sobreseimiento parcial del expediente del que se dio traslado a CEPSA para que formulara alegaciones y, cumplido el trámite anterior, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó, el 5 de noviembre de 1997, el sobreseimiento parcial del expediente por quedar acreditado que: a) las estaciones de servicio cuyos contratos se han numerado como 2, 4 y 5 en el Antecedente de Hecho 1 actúan en régimen de comisión de venta en garantía, por lo que el hecho de que CEPSA les imponga el precio de venta al público de carburantes y combustibles no supone infracción del art. 1.1 LDC; b) el contenido de la cláusula de publicidad del contrato 5 (concesión 1.802) ha sido subsanado el 17 de enero de 1997, por lo que se considera que ha existido infracción hasta el momento en que CEPSA envió dicha carta, y c) CEPSA, siguiendo las directrices de la DG-IV de la Comisión Europea, envió una carta por conducto notarial a las cuatro gasolineras objeto del expediente en las que les daba la posibilidad de anticipar la fecha de vencimiento del contrato si ellas, a su vez, manifestaban ese deseo con al menos un año de anticipación, no procediendo

declarar la existencia de infracción del art. 1.1 LDC, por una duración excesiva del contrato.

5. Teniendo en cuenta la reciente doctrina del Tribunal de que se requiere un concurso de voluntades para que exista un acuerdo restrictivo de la competencia y que para mantener la existencia de una restricción a la competencia de las incluidas en el art. 1 LDC es preciso imputar dicha infracción a todas las partes participantes en el concurso de voluntades, el 8 de octubre de 1997 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la incoación de oficio de expediente contra los titulares de las estaciones de servicio nº 7.007, de Ballobar (Huesca) y nº 1.802, de Yuncos (Toledo), numeradas como 3 y 5 en el Antecedente de Hecho 1.
6. El 14 de octubre de 1997 fue formulado un Pliego de Concreción de Hechos complementario en el que se imputaban los cargos que no habían sido sobreseídos a los titulares de las estaciones de servicio nº 7.007 de Ballobar (Huesca) y nº 1.802 de Yuncos (Toledo).
7. Por Providencia de fecha 3 de diciembre de 1997 se acordó el cierre de las actuaciones y se procedió a redactar el informe previsto en el artículo 37.3 LDC. En dicho informe se proponía:

Primero.- Que, como consecuencia de la instrucción realizada, el Tribunal declare que:

1.- La prohibición de realizar publicidad de otros productos a excepción de la publicidad autorizada por el mayorista que se contenía en la cláusula primera del Contrato 5 (estación de Yuncos, concesión nº 1.802) constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1a) LDC.

2.- La imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes a la estación de servicio 7.007 de Ballobar (Huesca) constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1a) LDC.

Segundo.- Que se declare a CEPSA responsable de las citadas conductas prohibidas intimándose para su cese.

Tercero.- Que el Tribunal intime a CEPSA para que en lo sucesivo se abstenga de realizar estas prácticas, ordenándole que publique a su costa la parte dispositiva de la Resolución que se dicte, en un diario de tirada nacional y en el BOE y la difusión del texto completo de la misma entre todos sus minoristas.

8. Recibido el expediente en el Tribunal el 12 de diciembre de 1997, mediante

Providencia de 17 de diciembre, modificada por Providencia de corrección de errores de 14 de enero de 1998, se acordó, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 16/1989, admitir a trámite el expediente, así como nombrar Ponente y, de acuerdo con el art. 40.1 LDC, dar plazo para solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.

9. Los interesados en el expediente evacuaron el trámite, proponiendo la admisión y práctica de diversas pruebas.
10. Mediante Auto de fecha 9 de julio de 1998 el Tribunal acordó admitir y declarar pertinentes determinadas pruebas propuestas por las partes, denegar otras por considerarlas innecesarias, realizar la prueba de oficio consistente en el reconocimiento del funcionamiento del aparato "Verifone" y no considerar necesaria la celebración de vista que sería sustituida por el trámite de conclusiones.
11. Por Providencia de 6 de octubre de 1998 el Tribunal acordó, conforme al art. 40.3 LDC, poner de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre su alcance e importancia.
12. Mediante Providencia de 13 de noviembre de 1998 el Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.1 LDC, puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan conclusiones.
13. En su escrito CEPSA formuló, en esencia, las siguientes alegaciones:
 - En relación con el cargo primero, que CEPSA quedó subrogada en el contrato de suministro que la estación de servicio suscribió con ERTOIL, y que nunca impuso a la estación la publicidad en exclusiva de los productos de CEPSA, ni prohibido a la Estación el hacer publicidad de productos ajenos a CEPSA.
 - En relación con el segundo cargo, que ha quedado suficientemente acreditado que el Verifone utilizado por las estaciones de servicio de la red de CEPSA sirve como medio de comunicación de las estaciones con la central. Es un medio voluntario y a través del mismo se informa a las estaciones de los precios que deben poner si son comisionistas y del precio al que CEPSA va a vender a la estación.

Por su parte, los titulares de las estaciones de servicio objeto del expediente alegaron esencialmente que:

- Se trata de un contrato de adhesión aportado como prototipo por la

"Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio" como modelo tipo de otros muchos iguales firmados por otros tantos titulares de estaciones de servicio.

- El único beneficiario de la inclusión de las cláusulas limitativas impuestas es el operador, en cuanto suponen una restricción de los derechos que le corresponden al titular de la estación de servicio.
 - Durante la efectividad del contrato y en relación con las cláusulas objeto del expediente, el titular de la estación de servicio ha actuado autónomamente, haciendo en cada momento lo que ha creído conveniente.
14. El Pleno del Tribunal deliberó sobre este expediente en su sesión de 13 de abril y deliberó y falló en la de 18 de mayo de 1999, encargando al Vocal Ponente la redacción de la correspondiente Resolución.
15. Son interesados:
- Compañía Española de Petróleos S.A. (CEPSA).
 - Estación de Servicio Yuncos S.A. (concesión 1.802).
 - Bernard-Ramos, Sociedad Civil (Estación de Servicio nº 7.007, de Ballobar).

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos que son admitidos por las partes:

1. El 1 de julio de 1991, el Sr. Pérez Díaz-Guerra, representante legal de la Estación de Servicio Yuncos S.A. (concesión nº 1.802), y ERTOIL (en cuya posición se subrogó posteriormente CEPSA) firmaron un contrato que contenía la siguiente cláusula:

"La exhibición por el TITULAR de cualquier otra publicidad o producto ... necesitará como obligación grave e ineludible del TITULAR, de la previa autorización expresa y escrita de ERTOIL".
2. CEPSA, en fecha 17 de enero de 1997, envió por conducto notarial a las estaciones de servicio que tenían contratos firmados con ERTOIL, como es el caso de la concesión nº 1.802, una carta en la que informan que en relación con el contenido de la cláusula primera, referida a publicidad de otros productos distintos de los que son objeto de exclusividad, y al amparo de lo establecido en el Reglamento CEE 1984/83, podrán instalar o distribuir en la

estación de servicio material de publicidad de productos entregados por empresas terceras, en la proporción a la parte que representen tales productos en el volumen de facturación total de la estación de servicio.

3. La estación de servicio Yuncos S.A. (concesión nº 1.802) ha mostrado publicidad distinta de la de CEPSA sin que ésta haya realizado objeción alguna.
4. El 4 de noviembre de 1991, "Bernard-Ramos, Sociedad Civil", titular de la estación de servicio nº 7.007, sita en la localidad de Ballobar (Huesca) y CEPSA firmaron un contrato de compra exclusiva de combustibles y carburantes para su reventa en la estación de servicio.
5. Las estaciones de servicio abanderadas por CEPSA, sean comisionistas o revendedoras, disponen de un aparato denominado "Verifone" a través del cual CEPSA, vía telefónica, se comunica con las mismas, intercambiándose diversas informaciones, incluidos el precio al que CEPSA va a venderle y el precio de venta al público de combustibles y carburantes que han de aplicar si son comisionistas, y se recomienda si se trata de revendedores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Dos son las conductas examinadas en este expediente. La primera se refiere a la prohibición de realizar publicidad de otros productos a excepción de la publicidad autorizada por el mayorista que se contenía en la cláusula primera del Contrato con la Estación de Yuncos (concesión nº 1.802), que el Servicio considera que constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1a) LDC, y la segunda la imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes a la estación de servicio 7.007 de Ballobar (Huesca), que le merece idéntica calificación.

En relación con la primera conducta, CEPSA alega que se subrogó en el contrato de suministro que la estación de servicio tenía suscrito con ERTOIL, no exigió a la estación la publicidad en exclusiva de los productos de CEPSA, ni le prohibió el hacer publicidad de productos ajenos a CEPSA, así como que el principio de culpabilidad supone que nadie puede ser sancionado por una acción o una omisión sin que concurran el dolo o la culpa.

Por lo que se refiere a esta última afirmación conviene precisar que la LDC establece unos tipos objetivos, por lo que la infracción se comete por el mero hecho de realizar la conducta prohibida. En particular, el artículo 1 LDC prohíbe todo acuerdo o práctica concertada que produzca o pueda producir un resultado anticompetitivo, sin que se necesite la existencia de una

intencionalidad específica. El elemento subjetivo (culpabilidad del agente) debe examinarse tan solo para la imposición de la sanción sin que, como se ha indicado, constituya parte integrante del tipo.

Ahora bien, en este caso aun cuando en el contrato de suministro que Yuncos y ERTOIL suscribieron la publicidad era impuesta en exclusiva por ERTOIL, desde que CEPSA se subrogó en el mismo no existen pruebas de que exigiese a la Estación el cumplimiento de esa cláusula, más bien al contrario, en el expediente, a través de las pruebas practicadas, reportaje fotográfico y confesión de las partes, ha quedado acreditado que CEPSA no ha prohibido la realización de publicidad de productos distintos a la marca del mayorista en la Estación de Servicio Yuncos. Además, CEPSA, en enero de 1997 remitió carta por correo certificado a la Estación de Servicio, y a todas aquéllas que traían causa de ERTOIL, para significarles la inoperancia de la cláusula contractual objeto de revisión. Por ello, no cabe apreciar infracción de la LDC.

2. En relación con el segundo cargo, es decir, la imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes a la estación de servicio 7.007 de Ballobar (Huesca), la presunta infracción no ha quedado acreditada. El aparato denominado "Verifone" utilizado por las estaciones de servicio de la red CEPSA es un medio de comunicación, vía telefónica, de la central con las estaciones a través del cual se transmiten diversas informaciones, incluido el precio al que CEPSA les vende los combustibles y carburantes o el precio de venta al público que los comisionistas de la red deben aplicar. El acceso a dicho aparato por parte de los revendedores es voluntario, no existiendo obligación de aplicar los precios que en él se muestran.

El único indicio existente en el expediente para respaldar este cargo es una respuesta de D. Miguel Bernard Pérez, representante de la estación de servicio Ballobar, que, a un requerimiento de información del Servicio, responde: *"el método utilizado por CEPSA para comunicar el precio de venta de los combustibles y carburantes es a través del aparato Verifone (T.P.V. vía Telefónica). El precio de compra, por la Estación de Servicio, es el precio de venta, menos una comisión que anualmente establece CEPSA, de una forma arbitraria. Sin que haya ningún tipo de negociación entre las dos partes del contrato."* Sin embargo, con posterioridad ha alegado repetidas veces ante el Tribunal que durante la efectividad del contrato ha fijado los precios de venta al público que ha tenido por convenientes. Por tanto, la infracción no puede considerarse acreditada.

No obstante lo anterior, es necesario resaltar que el uso de dicho aparato en la comunicación entre mayorista y revendedor podría tener efectos anticompetitivos, constituyendo por tanto una infracción de la LDC, si tuviese como resultado una concertación de precios entre CEPSA y las estaciones de

servicio de su red gestionadas por empresarios independientes, lo que en este caso concreto no se ha acreditado.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, con el voto en contra del Presidente, Sr. Petitbò Juan y los Vocales Sres. Castañeda Boniche y Comenge Puig,

RESUELVE

Declarar que en el presente expediente no se ha acreditado la realización de ninguna de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el art. 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, imputadas a la Compañía Española de Petróleos S.A. (CEPSA).

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR DE LOS SRES. PETITBÒ JUAN, CASTAÑEDA BONICHE Y COMENGE PUIG

Lamentamos discrepar de la mayoría del Tribunal por considerar que existen pruebas en el expediente que acreditan la existencia de acuerdos y prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y que el Tribunal debería declararlo así en la Resolución.

La primera estipulación del contrato de 1991 entre ERTOIL y la Estación de Servicio de Yuncos (en el que posteriormente se subrogó CEPSA) establece que constituye obligación grave e ineludible del titular de la estación la autorización expresa y escrita de ERTOIL para la exhibición de cualquier publicidad de productos distintos a los que ERTOIL distribuye. En nuestra opinión, la existencia de esta cláusula constituye una infracción del artículo 1 de la LDC al tener por objeto una restricción de la competencia no eximida por el Reglamento CEE 1984/83.

El Tribunal debería haberlo declarado así, con independencia del comportamiento que las empresas hayan podido tener tras la firma del contrato, pues la no aplicación de esta parte del contrato desde la subrogación por CEPSA y la remisión en 1997 de una carta a la Estación de Servicio de Yuncos adaptando la cláusula en cuestión a lo establecido en el Reglamento CEE 1984/83, son circunstancias que podrían tenerse en cuenta a la hora de atemperar la sanción que pudieran corresponder, pero no

para dejar de señalar la infracción.

Por lo que respecta a la imposición de precios de reventa de combustibles, que son los productos de mayor venta en las estaciones de servicio, tanto CEPSA como la Estación de Servicio de Ballobar han mantenido posiciones cambiantes a lo largo de la tramitación del expediente.

Ante el Servicio, CEPSA sostuvo en su primer escrito que el régimen de su relación con todas las estaciones de servicio afectadas por el expediente era el de comisión de venta en garantía (folio 178), régimen que éstas habían aceptado de forma tácita, por lo que era lógico que CEPSA impusiera a todas ellas el precio de venta al público.

En un escrito posterior (folios 269-270), CEPSA admitió que con la Estación de Servicio de Ballobar mantenía un contrato de reventa y que, si bien ésta tenía acceso -a través del sistema *Veriphone*- a los precios de venta al público que, legítimamente, imponía CEPSA a las estaciones de servicio en régimen de comisión, no estaba obligada a aplicarlos.

Por último, alegó ante el Tribunal que el sistema *Veriphone* transmitía, no sólo los precios de venta al público aplicables por los comisionistas, sino también los precios de venta en firme a los que podía adquirir la Estación de Servicio el combustible para su reventa.

Por su parte, el representante de la Estación de Servicio de Ballobar manifestó durante la fase de instrucción (folios 341-342) que estaba obligada a vender al público al precio que le indicaba CEPSA a través del *Veriphone* y, sin embargo, ante el Tribunal testificó en sentido contrario, sin que conste en el expediente explicación alguna sobre este cambio radical de apreciación de un aspecto tan importante de su propia actividad empresarial.

Sin embargo, por encima de estas contradicciones, queda acreditado en el expediente, y es reconocido por los interesados, que la Estación de Servicio de Ballobar (folios 328-330) tiene acceso a los precios de venta al público que CEPSA impone a los comisionistas.

Considerando que cuando un revendedor compra en firme se convierte en un competidor más de la red de estaciones de servicio de CEPSA, puesto que adquiere tanto el riesgo de pérdida como la oportunidad de decidir sobre el beneficio que desea obtener, cualquier intercambio de información *a priori* sobre precios finales, como el que se establece con el sistema *Veriphone*, constituye una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC al poder tener el efecto de falsear la competencia por fijación de precios.

Hay que añadir que al carácter interactivo, la eficacia y la comodidad propios de los modernos sistemas de transmisión de datos, se une una gran versatilidad en su utilización, permitiendo que a ciertas informaciones sólo puedan acceder determinadas usuarios, quedando *oscurecida* la red para el resto. Por ello, nada impide que estos medios de transmisión de datos, puedan ser usados con discreción, sin convertirse en vehículo de intercambios de información que siempre han estado prohibidos mediante los sistemas de transmisión hasta ahora habituales.

Como el Tribunal siempre ha considerado que el acuerdo horizontal de precios constituye una de las más graves infracciones contra la libre competencia y dado que el intercambio de información entre competidores está suficientemente acreditado en el expediente, creemos que el Tribunal debería haberlo declarado así, intimando a CEPSA para que modificase el sistema *Veriphone* de forma que se suprimiera la posibilidad que hoy existe de imposición por parte de CEPSA de los precios de venta al público a las estaciones de servicio que mantienen con ella un contrato de reventa.