

RESOLUCIÓN (Expte. R 644/05, Estaciones de Servicio)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

Madrid, a 19 de mayo de 2005

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 644/05 (2496/03 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC), incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Juan Miguel Prats Cuevas, en calidad de Presidente y en representación de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) contra el Acuerdo del Servicio de 14 de enero de 2005 por el que se sobreseyó una denuncia del recurrente contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (REPSOL), Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA) y BP Oil España, S.A. (BP) por supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en otorgar mejores condiciones económicas a los distribuidores intermedios y titulares de estaciones fijas que a las estaciones de servicio con las que tienen suscritos contratos de compra exclusiva.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 27 de mayo de 1994, se recibió en el SDC denuncia de CEEES contra REPSOL, BP y CEPSA por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en que las denunciadas supuestamente otorgaban mejores condiciones económicas a los distribuidores intermedios y a los titulares de estaciones fijas que a las estaciones de servicio con las que tienen suscritos contratos de compra en exclusiva del producto.

2. Antes de la disolución en 1992 del Monopolio de Petróleos de España, los denunciados habían suscrito con muchas estaciones de servicio contratos de compra en exclusiva, con larga duración (10 ó 25 años) y cláusula de oferta del mejor precio del mercado o de la media de los mejores precios (independientemente que el régimen de la gasolinera fuera de comisión o de reventa).
3. Después de la ruptura del Monopolio y la publicación de la Ley de Ordenación del Sector Petrolero (Ley 34/1992), los operadores petrolíferos intervinieron directamente en el mercado mediante suministros directos a través de grandes consumidores que disponen de instalaciones fijas y a través de distribuidores intermedios.

Las gasolineras que tenían contratos de compra exclusiva, como consecuencia de estos contratos, se consideraban limitadas en su capacidad de actuación comercial, lo que implicaba la pérdida de parte de su clientela, sobre todo en el ámbito de los consumos de gasóleo A y del agrícola o B, y perjuicios porque los operadores extranjeros ofrecían a otras gasolineras comisiones y márgenes más competitivos. Por ello, consideraban que las actuaciones de las entidades denunciadas eran contrarias a los artículos 1.1.e) y 6.2.e) de la LDC y de los artículos 5 y 16.2 de la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991).

4. Con fecha 31 de marzo de 1995, tras las oportunas indagaciones, el SDC acordó el archivo de las actuaciones. Las razones para el archivo eran, por una parte, que no puede considerarse que existiera trato discriminatorio porque fueran diferentes las condiciones económicas ofrecidas a quienes no pueden revender sus productos o vender al público (respectivamente, el caso de los propietarios de instalaciones fijas y de los distribuidores intermedios) que las ofrecidas a las estaciones de servicio. Por otra parte, porque no puede considerarse que haya discriminación en tanto se trata de tres situaciones distintas que requieren un tratamiento económico diferenciado (los contratos en exclusiva dan ventajas importantes a las estaciones de servicio que no tienen los otros: sumas a fondo perdido o préstamos en condiciones ventajosas, concesión de un terreno o local para la explotación del negocio y la puesta a disposición de instalaciones técnicas u otros equipamientos), aparte que de los datos obrantes en el expediente no puede inferirse ni la existencia de colusión entre las denunciadas ni abuso de posición dominante.
5. El Acuerdo de Archivo fue recurrido por CEEES el 25 de abril de 1995, siendo desestimado el recurso por el TDC por Resolución de fecha 22

de noviembre de 1995 (Expediente r 118/95). Para el Tribunal, la decisión de archivo era ajustada a derecho, ya que: a) no se aprecia colusión entre las tres empresas denunciadas, por lo que las conductas denunciadas no suponen infracción del artículo 1 de la LDC, y b) el incumplimiento de las condiciones pactadas en los contratos de compra exclusiva tanto en márgenes y comisiones como en lo que se refiere a las ventas directas, no puede calificarse como competencia desleal, por lo que no puede imputarse a las denunciadas infracción del artículo 7 de la LDC.

6. La CEEES presentó recurso ante la Audiencia Nacional (AN) contra la Resolución del TDC. Con fecha 28 de mayo de 1998, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la AN estimó el recurso, anulando la Resolución del TDC y ordenando el desarchivo de la denuncia origen del expediente, así como el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, por considerar que las premisas fácticas que fundamentan la indicada Resolución *“precisan de un desarrollo probatorio más esmerado”*.
7. Las empresas denunciadas y el Estado interpusieron recursos de casación de la anterior Sentencia, que se desestimaron con fecha 7 de julio de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo (TS). En su fundamento de derecho 2º recoge que el TDC tiene como cierto la existencia de diferencias entre los márgenes o comisiones otorgados por los operadores petrolíferos a cada uno de los tres tipos de distribución, así como que la distribución al por mayor, la distribución a instalaciones fijas y la venta al por menor en estaciones de servicio son canales comerciales que compiten entre sí. El TS, en su fundamento de derecho 3º comparte la afirmación de la AN de la necesidad de un desarrollo probatorio más esmerado, *“no tanto en cuanto a la totalidad de los extremos o particulares que la Sala de instancia señala a continuación como necesitados de una mayor investigación (algunos de ellos innecesarios, en efecto), pero sí en cuanto a la necesidad de ésta, pues, sin ánimo de ser exhaustivo (imposible, además, en este momento, si parece necesario concretar con mayor precisión: 1) cuál es el mercado relevante; 2) cuál es la posición en él, dominante o no, de las empresas denunciadas; 3) cuál es el efecto que la conducta de éstas produce en las empresas ligadas a ellas por contratos de compra en exclusiva; 4) cuál es el que produce sobre la competencia en aquel mercado; 5) cuál es el que produce sobre los consumidores; 6) cuáles son las circunstancias económicas, detalladas y analizadas en lo necesario, de las que quepa deducir si aquella conducta está o no justificada; 7) cuál es la incidencia en aquel mercado, en aquella posición y en los efectos citados de la entrada en*

el mercado nacional de nuevos operadores petrolíferos extranjeros, 8) cuál es la incidencia en todo ello del modo en que se esté desarrollando el cumplimiento del contenido obligacional de aquellos contratos en exclusiva, etc.

Es así, porque una mayor precisión en esos extremos permitirá decidir con fundamento si la conducta imputada –además de otras posibles calificaciones o valoraciones jurídicas- se subsume o no en la prohibición de abuso de posición de dominio...”.

8. Con fecha 19 de diciembre de 2003, el TDC adoptó una Resolución por la que se ordenaba al SDC la continuación del procedimiento iniciado por la denuncia de CEEES.
9. El SDC con fecha 22 de enero de 2004, acordó la admisión a trámite y la incoación de expediente sancionador con el número 2496/03. Posteriormente, realizó requerimientos de información a los interesados, así como a la Dirección General de Política Energética y Minas y tras el procedimiento pertinente, con fecha 14 de enero de 2005, acordó el Sobreseimiento del expediente. Para el SDC las sentencias adoptadas en los recursos en vía contencioso-administrativa *“dan por buenas las valoraciones relativas a los artículos 1 (colusión) y 7 (competencia desleal con efectos importantes en la competencia en el mercado) de la LDC y dictan que la valoración de que no había indicios de competencia abusiva se había adoptado en base a dos premisas que el TDC da por ciertas y que precisan de un desarrollo probatorio mas esmerado”* (que hay diferencias entre los márgenes y comisiones otorgados a cada uno de los canales de distribución y que los tres canales de distribución compiten entre sí). Para el SDC, la primera premisa se confirma por las pruebas recogidas en el procedimiento; la segunda está directamente relacionada con la definición de los mercados de referencia, que el Servicio considera son el mercado de la venta al por mayor (extra-red) de gasóleo y el mercado de venta al por menor de carburantes en estaciones de servicio.
10. El 1 de febrero de 2005, se recibe en el Tribunal recurso de CEEES contra el Acuerdo de Sobreseimiento del expediente.
11. El 1 de febrero de 2005, el Tribunal solicitó del SDC el informe requerido por el artículo 48.1 de la LDC y el expediente seguido en el Servicio.

12. El 3 de febrero de 2005, se recibe en el Tribunal el informe del Servicio. En él consta que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido por el artículo 47 de la LDC, que el recurrente tiene acreditada ante el Servicio la representación de CEEES, y que las alegaciones expuestas por la recurrente no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo de Sobreseimiento, dado que argumenta lo mismo que en el escrito de alegaciones a la propuesta de sobreseimiento.
13. El 10 de febrero de 2005, el Tribunal puso de manifiesto el expediente a los interesados concediéndoles plazo para la formulación de alegaciones, recibándose las de REPSOL y BP el 2 de marzo de 2005, y las de CEPSA el 7 de marzo de 2005. Dentro del plazo fijado no se recibieron alegaciones de CEEES.
14. El Vocal D. Antonio Castañeda Boniche, antes del inicio de la deliberación del expediente, presenta escrito de fecha 4 de mayo de 2005, en el que se contiene los motivos por los que se abstiene de intervenir en este asunto.
15. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 5 de mayo de 2005, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
16. Son interesados:
 - Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio CEEES)
 - Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (REPSOL)
 - Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA)
 - BP Oil España, S.A. (BP)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Corresponde al Tribunal decidir si el acuerdo por el que el Servicio ha dispuesto el sobreseimiento del expediente que se recurre es ajustado a Derecho o no, siendo referencia obligada el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003 (en relación con la Resolución del TDC en el expediente r 118/95) en la que se requiere un desarrollo probatorio más esmerado sobre diversos extremos detallados en el Antecedente de Hecho 7.

2. El TDC, a la vista de los datos aportados por el SDC, considera probada la existencia, en el período investigado, de diferencias entre los descuentos o márgenes otorgados por los operadores petrolíferos a los tres distintos tipos de distribución de productos petrolíferos considerados (estaciones de servicio, clientes directos con instalaciones fijas, y distribuidores intermedios). De esta manera, particularmente en suministros de Gasóleo A y Gasóleo B, los descuentos, comisiones o márgenes ofrecidos a los dos últimos tipos de clientes mencionados resultaban superiores a los que estos últimos operadores ofrecían a los gestores de las estaciones de servicio con los que habían suscrito contratos de compra en exclusiva.
3. Siendo esto así, procede analizar si la conducta denunciada es conforme o no con las normas de competencia nacional y comunitaria, especialmente, en este caso, en lo que se refiere:
- al artículo 1 de la LDC, que prohíbe “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional”. En particular, el artículo 1.1.d. prohíbe “la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”.
 - al artículo 6 de la LDC, que prohíbe “la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional o de la situación de dependencia económica en las que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad”. En particular, el artículo 6.2.d. menciona que el abuso podrá consistir, en “la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”.
 - al artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, que considera “incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo”, y, en su apartado c), se refiere a “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales

para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.

4. Dilucidado que las condiciones contractuales eran desiguales, es necesario analizar si las prestaciones fueron o no equivalentes, y si existen circunstancias objetivas que justifiquen la existencia de diferencias, ya que en este caso no habría un abuso de posición de dominio. Por el contrario, si existiese equivalencia en las prestaciones, debería analizarse si dichas empresas son competidoras y, en este último supuesto, si dicha conducta colocó a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. De esta forma podrá examinarse si se produjeron las conductas empresariales tipificadas que, en su caso, constituyesen un abuso de posición dominante por parte de alguna de ellas.
5. El Tribunal, en el Fundamento de Derecho 4 de la Resolución del expediente r 118/95, estimó que en el mercado de combustibles la distribución al por mayor, la distribución a instalaciones fijas y la venta al por menor en estaciones de servicio son canales comerciales que compiten entre sí, pues todos luchan en el mercado para captar clientes. En este mercado si las prestaciones a las estaciones de servicio con contrato en exclusiva estuvieran justificadas objetivamente, aunque hubiera posición de dominio por parte de los operadores petrolíferos, no podría concluirse que se ha producido un abuso de dicha posición.

Por lo expuesto, el Tribunal no comparte la definición de los mercados de referencia que realiza CEEES (mercado de comisionistas y mercado de compradores en firme atendiendo a la relación contractual entre operadores y minoristas; y mercado de gasolinas y gasóleos para turismos y mercado de gasóleo de automoción para transportes y flotas atendiendo a los productos).

6. El Tribunal constata que las relaciones jurídicas y económicas entre el suministrador y el suministrado en los diversos canales son distintas. Así, en el caso de las estaciones de servicio con contrato en exclusiva, el suministrador se configura como un “operador en red”. El análisis global de diversos elementos jurídicos como pueden ser la propiedad de la estación por parte del operador de red, la exclusividad en el suministro o el abanderamiento, configuran una pluralidad de vínculos mediante los cuales, sin prejuzgar las características jurídicas de dichos vínculos, un operador integra a una estación de servicio en su red.

7. El contenido jurídico-económico del vínculo existente entre el operador de red y las estaciones de servicio de la misma es distinto de aquél presente entre los suministradores y los clientes directos en el mercado extra red. En las primeras, el descuento, comisión o margen ofrecido por el operador de red, en su caso, a la estación de servicio es una condición económica más de entre un conjunto de ventajas económicas y financieras, entre las cuales, con independencia de la valoración jurídica de la forma contractual, podrían darse el abanderamiento, el pago de sumas a fondo perdido o la concesión de préstamos en condiciones ventajosas, la concesión de un terreno o locales para la explotación de la estación, la puesta a disposición de instalaciones técnicas u otros equipamientos, o la formación técnica para desempeñar el servicio (Véanse entre otras, las Resoluciones del Tribunal R 197/97, Shell España, de 12 de septiembre de 1997; 493/00, CEPSA, de 30 de mayo de 2001; 490/00, REPSOL, de 11 de julio de 2001; y 523/01, Repsol Baleares, de 16 de julio de 2002). Algunas de las mencionadas condiciones, si bien no acumulativamente, aparecen como contrapartida a la obligación de compra en exclusiva a que las estaciones de servicio se sujetan respecto del operador de red, complementando el contenido económico del vínculo entre ambos. Esto no ocurre en el mercado extra red.

8. Al no poder homologarse el contenido económico de los vínculos en los mercados de distribución de combustible en red y extra red, debe colegirse que las conductas denunciadas no suponen infracción de acuerdo con las normas de la competencia, por las siguientes razones:
 - a) Las prestaciones, en uno y otro caso, no son equivalentes, por lo anteriormente expuesto, ya que en el canal de distribución en red el operador tiene que incluir ciertos costes que no asume el canal extra-red. Entre los costes que deben considerarse, aparte de la cotización internacional del combustible, están los costes de refino o importación y de la logística primaria, los costes de la logística capilar, la remuneración del capital empleado en la instalación minorista, y los costes operativos del punto de venta. Las empresas petrolíferas al servir a las estaciones de servicio de su red incurren en todos los costes enumerados, aunque en el caso de los costes operativos puede que sólo sea de forma parcial, mientras que en el servicio al resto de los demandantes de combustibles al por mayor se comprenden los correspondientes a la logística primaria y capilar, pero no el resto.

 - b) De los datos obrantes en el expediente no puede inferirse en este caso específico la existencia de colusión entre las empresas denunciadas.

c) En relación a la cuota de mercado de REPSOL en la distribución en red en aquella época, siendo cierto que, entre otros, podría ser un aviso de posible posición de dominio, no se puede colegir de ello que su conducta sea abusiva (sobre todo porque las prestaciones que se comparan no son equivalentes al ser los costes subyacentes diferentes en los distintos canales), al existir circunstancias objetivas que desvirtúan la posibilidad de que exista un abuso de su posición de dominio.

Por lo anterior, se discrepa de la afirmación del denunciante de que se ha producido un abuso de posición de dominio.

9. En distintos momentos de la tramitación del expediente se señala el supuesto incumplimiento de la cláusula de mejor precio en el suministro de combustible, recogida en los contratos suscritos entre las operadoras denunciadas y las estaciones de servicio. Sin embargo, este posible incumplimiento no puede ser analizado en sede de competencia, al no tener la consideración de un acto tipificado en la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, conforme a la prohibición del artículo 7 de la LDC. Por consiguiente, correspondería, en su caso, a la jurisdicción ordinaria dilucidar posibles incumplimientos contractuales.

Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que no está acreditado que se haya producido infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC y 82 del TCE, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia.

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

HA RESUELTO

- Único.-** Desestimar el recurso interpuesto por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 14 de enero de 2005.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma agota la vía administrativa y contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la presente Resolución.