

RESOLUCIÓN (Expte. R 691, DISA)

CONSEJO

Sres.:

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

En Madrid 27 de noviembre de 2007

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición arriba expresada y siendo ponente la Consejera Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la presente Resolución en el expediente R 691 DISA, de recurso interpuesto por las mercantiles VÁZQUEZ Y CASTRO S.L., E.S. EL MORO S.L., ESTAGAS, S.L., y CANOVEN S.L.; por FERNANDEZ VELARDO Y ASOCIADOS S.L., por PETROPUERTO S.L. y PETROGRADO S.L., por COSTA Y COSTA S.L. Y MARX ARRENDANMENTS S.L., por PEDELAPE S.L., por SERVICIO FUEL MARBELLA, S.L., por ÁREA DE SERVICIO SANTA ANA, S.L., por ESTACIÓN DE SERVICIO TALAVERA S.A., por INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L. y GRUPO ACRABA, S.L., por TRAMADI S.A. y LA POVEDILLA, por CALIXTO S.L. y por GROSSEN S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia el 17 de mayo de 2006 por el que se declaró el sobreseimiento del expediente 2608/06 incoado a consecuencia de la denuncia presentada por GROSSEN S.A. contra SHELL ESPAÑA S.A. (subrogada actualmente DISA PENÍNSULA S.L.U.) por desarrollar prácticas contrarias a la normativa de defensa de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 1 de diciembre de 2004 GROSSEN S.A., interpone denuncia contra SHELL ESPAÑA S.A. por entender que el contrato celebrado el 20 de enero de 1993 contiene cláusulas restrictivas de la competencia prohibidas por la normativa nacional y comunitaria de competencia. Dicho contrato

recoge, de un lado, el compromiso de GROSSEN de ceder a SHELL el derecho de superficie de dos parcelas de su propiedad sobre las que SHELL se obliga a construir una Estación de Servicio. De otro lado, el compromiso de SHELL de ceder a GROSSEN la explotación de la futura estación de servicio en régimen de arrendamiento de industria y con obligación de compra en exclusiva de los productos a SHELL en calidad de revendedor independiente. El derecho real de superficie y el arrendamiento de industria tienen una duración de 35 años. A su finalización revierten al nudo propietario (Grossen) los terrenos con todos los elementos constructivos de carácter permanente así como la inscripción del establecimiento en el Registro del MICyT. El denunciante considera que viene obligado a cumplir con una relación mercantil que no es conforme a la legalidad vigente dada la excesiva duración de la obligación de compra en exclusiva que el contrato contempla.

2. Los activos de SHELL ESPAÑA S.A. en la Península fueron objeto de compra por DISA PENÍNSULA S.L.U., operación que fue aprobada por el Consejo de Ministros de acuerdo con lo previsto en la Ley 16/1985 el 21 de enero de 2005. Ello supone que DISA se encuentra actualmente subrogada en las obligaciones de SHELL ESPAÑA S.A.
3. Mediante providencia de 30 de mayo de 2005 el Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio) admite a trámite la denuncia e incoa expediente por prácticas restrictivas de la competencia del artículo 1 de la Ley 16/1989 consistentes en el incumplimiento de los límites temporales establecidos para las cláusulas de no competencia. Posteriormente, mediante providencia de 20 de diciembre de 2005 el Servicio acuerda ampliar la incoación de oficio en relación con otras 37 estaciones de servicio con respecto a las cuáles existen contratos por los que presuntamente DISA mantiene acuerdos similares al denunciado. El Servicio decide también incoar no sólo por el artículo 1 de la Ley 16/1989 sino también por el artículo 81 del TCE.
4. Realizados los actos de instrucción pertinentes, el Servicio declaró mediante acuerdo de 17 de mayo de 2006 sobreseído el expediente por entender que no ha quedado acreditada la vulneración de la normativa de competencia por el acuerdo denunciado y por los instruidos de oficio.
5. El 1 de junio de 2006 tuvo entrada en el Tribunal recurso contra el acuerdo de sobreseimiento presentado por las mercantiles VÁZQUEZ Y CASTRO S.L., E.S. EL MORO S.L., ESTAGAS, S.L., y CANOVEN S.L.

6. El 2 de junio de 2006 tuvieron entrada en el Tribunal sendos recursos presentados contra el acuerdo de sobreseimiento por D. M.A. en nombre y representación de FERNANDEZ VELARDO Y ASOCIADOS S.L. (D. C.F.V. y Dña M.I.S.M.), por PETROPUERTO S.L. y PETROGRADO S.L., por COSTA Y COSTA S.L. Y MARX ARRENDANMENTS S.L., por PEDELAPE S.L., por SERVICIO FUEL MARBELLA, S.L., por ÁREA DE SERVICIO SANTA ANA, S.L., por ESTACIÓN DE SERVICIO TALAVERA S.A., por INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L. y GRUPO ACRABA, S.L., por TRAMADI S.A. y LA POVEDILLA y también tuvo entrada en esa misma fecha recurso presentado por CALIXTO S.L.

7. Posteriormente se recibió en el Servicio escrito de recurso contra el acuerdo de sobreseimiento interpuesto por GROSSEN S.A. que de acuerdo con la providencia del Tribunal de 13 de julio de 2006 no se admitió por extemporáneo, sin perjuicio de tener a esta parte como interesada en el expediente.

8. Mediante la citada providencia de 13 de julio de 2006 se asignó como ponente a D. Javier Huerta Troléz y se dio trámite de alegaciones. Los recurrentes han presentado alegaciones en este expediente de recurso. VÁZQUEZ Y CASTRO S.L., E.S. EL MORO S.L., ESTAGAS, S.L., y CANOVEN S.L. han presentado alegaciones el 7 de agosto de 2006, el 25 de junio de 2007 y el 23 de octubre de 2007. FERNANDEZ VELARDO Y ASOCIADOS S.L., por PETROPUERTO S.L. y PETROGRADO S.L., por COSTA Y COSTA S.L. Y MARX ARRENDANMENTS S.L., por PEDELAPE S.L., por SERVICIO FUEL MARBELLA, S.L., por ÁREA DE SERVICIO SANTA ANA, S.L., por ESTACIÓN DE SERVICIO TALAVERA S.A., por INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L. y GRUPO ACRABA, S.L., por TRAMADI S.A. y LA POVEDILLA presentaron alegaciones el 9 de agosto de 2006, al igual que CALIXTO S.L. GROSSEN S.A. presentó alegaciones el 18 de agosto de 2006. Por su parte, DISA ha presentado alegaciones el 22 de septiembre de 2006 y el 27 de julio de 2007.

9. El 12 de enero de 2007 tuvo entrada en el Tribunal escrito presentado por J&A CONTRERAS S.L. (estación de servicio Carranza) solicitando que se la tenga por personada en el expediente. Dado que en esa fecha el expediente de recurso ya había sido objeto del trámite de alegaciones, la personación solo da lugar a la notificación de la presente Resolución.

10. Mediante providencia de 13 de septiembre de 2007 se nombró Ponente a Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo en sustitución del anterior Ponente

Sr. Huerta Trolèz por haber cesado éste como Vocal del Tribunal en virtud del Real Decreto 1.158/07, de 31 de agosto de 2007.

11. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este recurso en la sesión de 7 de noviembre de 2007.

12. Son interesados en este expediente:

- VÁZQUEZ Y CASTRO S.L.,
- E.S. EL MORO S.L.,
- ESTAGAS, S.L.,
- CANOVEN S.L.,
- FERNANDEZ VELARDO Y ASOCIADOS S.L.,
- PETROPUERTO S.L. y PETROGRADO S.L.,
- COSTA Y COSTA S.L. Y MARX ARRENDANMENTS S.L.,
- PEDELAPE S.L.,
- SERVICIO FUEL MARBELLA, S.L.,
- ÁREA DE SERVICIO SANTA ANA, S.L.,
- ESTACIÓN DE SERVICIO TALAVERA S.A.,
- INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L. y GRUPO ACRABA, S.L.,
- TRAMADI S.A. y LA POVEDILLA
- CALIXTO S.L.
- GROSSEN S.A.
- DISA PENÍNSULA S.L.U.
- J&A CONTRERAS S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

Segundo.- Constituye el objeto de los recursos presentados la revocación de acuerdo de sobreseimiento del Servicio de fecha de 17 de mayo de 2006, en el expediente 2.639/06.

En su acuerdo de sobreseimiento el Servicio concluye que de los 38 contratos analizados 13 no requieren mayor análisis, bien por no serles de aplicación el artículo 1 de la Ley 16/1989 y 81 del TCE (es el caso de dos estaciones de servicio gestionadas por filiales de DISA), bien porque les resulta de aplicación el Reglamento CE 2.790/99 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. En particular, este es el caso de varios contratos cuya duración es inferior a cinco años tal y como contempla el artículo 5 del Reglamento CE 2.790/99. Estos contratos incluyen cláusulas de reconducción tácita que motivan que, aunque el plazo contractual no supere los cinco años, la relación se pueda prolongar. No obstante, el Servicio considera que esta cláusula no se debe equiparar a una duración indefinida en los términos a que se refiere el artículo 5 del Reglamento 2.790/99 puesto que el contrato sólo se renueva a voluntad de la estación de servicio, la renovación es por meses y el plazo de preaviso de 20 días naturales.

El Servicio considera que el resto de los 38 contratos analizados no caen bajo el Reglamento de exención, lo cual no quiere decir que sean ilegales, sino que requieren de un análisis individual. Manifiesta el acuerdo de sobreseimiento a este respecto que: *“Las cláusulas de no competencia contenidas en los acuerdos verticales objeto del expediente no pueden beneficiarse de la exención directa por aplicación del Reglamento 2.790/99, al no cumplir los requisitos temporales establecidos en su artículo 5. Sin embargo, esta duración por encima de la de cinco años establecida reglamentariamente encuentra su justificación en la ostentación por parte de la operadora de derechos reales legítimos a los que han sucedido inversiones ciertas y significativas, lo que excluye su carácter fraudulento.*

Además, no son susceptibles de afectar sustancialmente el mercado de distribución de carburantes para la automoción, por encontrarse la operadora DISA PENINSULA por debajo del 5% de cuota establecido en la Comunicación de mínimis de la Comisión Europea.

Por otra parte el número de contratos suscrito por DISA PENÍNSULA que contienen cláusulas inhibitorias de la competencia de duración superior a la

establecida no es susceptible de producir un efecto de cierre o bloqueo de mercado.

De ello resulta que los citados acuerdos no infringen la normativa de competencia en el sentido establecido en el artículo 81 del TCE y que, en consecuencia, no pueden infringirla en el sentido del artículo 1 LDC...”.

Los distintos escritos presentados ante este Consejo por las entidades recurrentes e interesados responden al acuerdo de sobreseimiento con los siguientes argumentos, en la mayoría de los casos comunes a todos ellos:

- Los contratos analizados no se benefician de la exención por categorías del artículo 81 del TCE. Ni siquiera, en contra de lo que afirma el Servicio, aquéllos en los que la obligación de compra en exclusiva tiene una duración inferior a cinco años y se han pactado cláusulas de reconducción tácita. En opinión del recurrente, este tipo de cláusulas son contrarias a lo dispuesto en el Reglamento CE 2.790/99 porque no exigen el consentimiento explícito de ambas partes, se trata de una renovación tácita y el comprador encuentra obstáculos para dar por concluida de modo efectivo la cláusula de no competencia al término de los cinco años.
- Tales acuerdos no han sido objeto de autorización singular y no coinciden con el contrato-tipo que en su día el Tribunal autorizó (Resolución de 22 de abril de 1999, A 178/96), autorización que no fue renovada por entender el Tribunal que no procedía autorizar sin más el contrato tipo dada la heterogeneidad de situaciones (Auto 15 de octubre de 2004).
- El entramado contractual analizado tiene como fin esencial extender la duración de los contratos más allá de lo permitido por la normativa. Se aportan diversos documentos (comunicaciones de la Comisión Europea, conclusiones de la Abogada General entre otros) en los que se expresa este argumento.
- No concurre en estos contratos la excepción a la duración de cinco años de la obligación de compra en exclusiva prevista en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento CE 2.790/99 y las inversiones no constituyen una justificación válida para una duración excepcionalmente prolongada. Esto es algo refrendado desde diversas instancias, incluidos el Tribunal

(A 325/02 Contratos BP Oil España) y la Comisión Europea (COMP/B-1 38.348- REPSOL CCP). En todo caso, el Servicio basa su conclusión de que el plazo está justificado en una información sobre inversiones aportada por DISA, pese a que manifiesta que no entra a contrastar tales informaciones sobre inversiones.

- No es aplicable la regla de minimis. El efecto acumulativo de redes paralelas de contratos y las características del mercado llevan a la inaplicabilidad de esta regla y citan jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (en adelante TJCE), en particular la sentencia Delimitis. Varios recurrentes consideran que SHELL ESPAÑA es responsable de la comisión de las prácticas denunciadas, puesto que fue quien diseñó y articuló los contratos y que habría que tener en cuenta su contribución al efecto acumulativo, dado que se trata de uno de los actores principales del mercado europeo.
- GROSSEN en particular alega que su recurso ha sido interpuesto en plazo. También alega que los contratos de arrendamiento de industria de DISA imponen el uso de la tarjeta de pago Euroshell, lo que unido a los precios y comisiones fijados hace que la estación pierda dinero en los litros pagados con tarjeta. El Servicio se pronuncia en el acuerdo de sobreseimiento sobre la conformidad a derecho del contrato de utilización de las tarjetas Euroshell. El recurrente considera que el Servicio se extralimita cuando se manifiesta sobre la conformidad a derecho del contrato de utilización de tarjetas Euroshell, porque no es esa la cuestión planteada.

DISA por su parte sostiene con carácter principal que a la vista de su cuota de mercado en la Península (3,5%) y de que los contratos analizados suponen un 15% del total de su red peninsular (0,5% del total de estaciones de la Península), la conducta que se analiza debe ser considerada en todo caso de minimis. Con carácter subsidiario afirma que:

- Carece de fundamento jurídico considerar a Shell corresponsable de las prácticas, como pretenden algunos recurrentes.
- El contrato tipo de Arrendamiento de industria y compra en exclusiva gozaba de autorización singular.
- El artículo 1 debe ser aplicado de conformidad con el 81 en virtud de artículo 3.2 del Reglamento comunitario 1/2003.

- De los 38 contratos: Dos han sido suscritos con una filial, luego no contravienen los artículos 1 de la Ley 16/1989 y 81 del TCE. 16 están cubiertos por el Reglamento de exención: 10 porque su duración es igual o inferior a 5 años y 6 porque aunque la duración es superior, el propietario del terreno no está vinculado al gestor de la EESS. En el resto de casos, las inversiones realizadas no permiten hablar de construcciones ilegales de propiedad.

Por todo ello, DISA solicita que se desestime los recursos interpuestos.

Tercero.- Procede primeramente determinar el marco normativo que afecta a las cláusulas de obligación de compra en exclusiva sobre las que versa el presente recurso. El contrato que da origen a la denuncia, como el resto de los analizados de oficio en el expediente 2.608/06 del Servicio, se firma estando en vigor el Reglamento CE 1.984/1983, que en el apartado 2 de su artículo 12 establecía una excepción a la duración máxima de 10 años de las obligaciones de compra en exclusiva cuando el proveedor fuera el propietario de la estación del servicio y se la arrendara al gestor. Los pronunciamientos del Tribunal a que hacen referencia el Servicio en su acuerdo de sobreseimiento y DISA en las alegaciones ante el Tribunal se refieren a asuntos analizados bajo este marco normativo.

El 1 de enero de 2000 entró en vigor el Reglamento (CEE) 2.790/1999 cuyo artículo 5 establece que:

“La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales:

- a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios 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”.*

Luego el nuevo Reglamento reduce a cinco años la duración máxima de las cláusulas de compra en exclusiva sujetas a exención. La propia letra a) recoge no obstante una excepción a esta norma. Cuando el operador es propietario de la estación de servicio y del terreno en el que ésta se asienta y arrienda su gestión a un tercero a quien provee, entonces la duración del acuerdo de compra en exclusiva puede ser igual al arrendamiento de la gestión. Las Directrices sobre restricciones verticales aclaran esta excepción: *“La razón para la existencia de esta excepción reside en que, por lo general, no resulta razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad”*. Añaden las Directrices: *“No pueden acogerse a esta excepción las construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años”* (párrafo 59 de las Directrices).

Por su parte, el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia prevé en su Disposición Transitoria Única un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto (el 16 de abril de 2003), para adaptar los acuerdos ya vigentes a las nuevas condiciones de exención por categorías que se derivan de la normativa, en este caso, la establecida por el Reglamento CE 2.790/1999. Dicho plazo, en consecuencia, ya ha vencido. El presente expediente ha sido incoado con posterioridad y procede por tanto analizar los contratos de acuerdo con la normativa vigente y la doctrina acorde con ella.

Cuarto.- Visto el marco normativo y la doctrina aplicable, el Consejo no comparte el examen individual que el Servicio hace de los contratos de arrendamiento de industria y compra en exclusiva. En primer lugar, el Consejo considera que en los términos y circunstancias en que están redactadas las cláusulas de reconducción que figuran en los contratos analizados dan lugar con alta probabilidad a una prolongación del plazo de duración de los contratos más allá de cinco años. En tales cláusulas de reconducción, expirado el plazo de cinco o menos años previsto, no se exige el reconocimiento expreso de ambas partes para la renovación, sino que ésta se produce de forma tácita. Por otra parte, habida cuenta de que persiste el derecho de superficie y queda pendiente la cesión de la titularidad de la estación de servicio, por la que el distribuidor viene pagando un canon, no parece verosímil afirmar que éste pueda dar por concluido el arrendamiento de industria y compra en exclusiva sin obstáculos. Esto supone que, en línea con lo que se dice en el párrafo 58 de las Directrices de la Comisión Europea sobre Restricciones Verticales, no deberían presumirse amparados por el Reglamento de Exención por Categorías los contratos analizados por el

Servicio de duración era inferior a 5 años pero con cláusula de reconducción de las características descritas.

En segundo lugar, la exención no puede deducirse mediante una interpretación extensiva de los Reglamentos. El apartado 2 del artículo 5 del Reglamento CE 2.790/99 prevé que la duración de la obligación de compra en exclusiva se pueda extender cuando el negocio que se arrienda (terrenos y locales) sea propiedad del proveedor o éste se lo haya arrendado a un tercero no vinculado con el comprador. La prolongación de la obligación de compra en exclusiva se justifica en casos en que el proveedor es el propietario único del punto de venta, el cual en ningún caso va a quedar abierto a la entrada de terceros. Cuando no se cumple en términos estrictos este requisito aumenta la probabilidad de que se articulen mecanismos para amparar cláusulas no cubiertas por el Reglamento y, en particular, para extender la duración de la obligación de compra, por lo que tales contratos se excluyen de la exención y quedan sometidos al análisis individual.

Los acuerdos de cesión del derecho de superficie y arrendamiento de industria con compra en exclusiva constituyen un entramado contractual complejo que vincula a un distribuidor, potencialmente independiente, con un determinado operador por un periodo más extenso de lo que la norma considera neutro desde la perspectiva de competencia, incrementando con ello el riesgo de cierre de mercado. Recordemos en este sentido que estamos ante contratos que duran en muchos casos entre 20 y 30 años y algunos 35 años. La realización de inversiones, aunque sean sustanciales, no justifica automáticamente la posibilidad de prolongar la obligación de compra en exclusiva, cuando ello implique un riesgo para el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado. Esto es algo que las Directrices sobre restricciones verticales nos recuerdan de cara al análisis individual de los contratos:

141) ...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 de entre 1 y 5 años de duración acordadas entre 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 (...).

La Comisión Europea se ha manifestado en esta misma línea en diversas Comunicaciones en asuntos varios citados en el expediente (Folio 5845 y ss). También el Tribunal (DISARED 520/01): *"En definitiva, lo relevante es la relación de base que subyace entre distribuidor y proveedor. Si los terrenos o las instalaciones son inicialmente del distribuidor independientemente de las inversiones o relaciones jurídicas que las unan, el distribuidor debe tener la libertad, transcurrido como máximo diez años, de cambiar de proveedor, "de volver a salir al mercado"*.

Luego, sean cuáles sean las inversiones del proveedor en el negocio, será necesario valorar si los contratos que contienen cláusulas de compra en exclusiva pueden tener por efecto un deterioro de la competencia. De aquí que ni el Tribunal ni la Comisión Europea en los asuntos más recientes referidos a este mismo mercado y tipo de contratos hayan considerado que las inversiones en activos que revertirán en el gestor de la estación de servicio justifiquen una duración extensa de la obligación de compra en exclusiva (Resolución del Tribunal de 30 de marzo en el asunto A325/02 BP Oil España y Comunicación de la Comisión europea en el asunto COMP/B-1 38.348- REPSOL CCP).

Quinto.- La cuestión estriba por tanto en si la duración de las obligaciones de compra en exclusiva de los contratos de DISA analizados tiene o puede tener como efecto una restricción de la competencia. Aquí procede referirse a la jurisprudencia del TJCE que ha sido reiteradamente referida por las partes en el presente expediente (Sentencia del TJCE 28 de febrero de 1991, Stergios Delimitis/Henninger Braü AG, Asunto C-234/89, Sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2000, Neste Markkinointi Oy/Yötuuli Ky y otros Asunto C-214/99). La jurisprudencia del TJCE, en particular su sentencia Delimitis, contempla a este respecto dos requisitos cumulativos para determinar los efectos de un acuerdo de compra en exclusiva.

Primero, habrá que analizar si el mercado es difícilmente accesible para competidores que podrían instalarse o ampliar su cuota habida cuenta del contexto económico y jurídico de los contratos de este tipo. Con este fin habrá que tener en cuenta la estructura de la oferta en el mercado, el peso de la integración vertical de los operadores, el efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales (cláusulas de exclusividad presente en los contratos de los otros operadores), las dificultades para establecer una red alternativa y las otras condiciones de competencia (principalmente la saturación del mercado, la escala eficiente para operar, la naturaleza del producto...). De las alegaciones de los recurrentes y de los precedentes

analizados se deriva que el mercado peninsular español de la distribución de combustibles cumple esta característica.

Segundo, la sentencia Delimitis indica que si el examen revela que el mercado en cuestión es difícilmente accesible, hay que valorar en qué medida los contratos celebrados por el operador interesado contribuyen al efecto acumulativo producido por el conjunto de los contratos similares observados en este mercado. En efecto, según la sentencia, 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 por el apartado 1 del artículo 81. La sentencia no implica una norma “*de minimis*” en realidad, ya que no indica límite máximo cuantitativo de lo que sería una contribución “poco importante”. La sentencia se limita a indicar 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. La cuota vinculada nos da una idea de cómo contribuye al cierre del mercado el operador en cuestión, esto es, qué porcentaje del mercado representan las estaciones de servicio que son de su propiedad, independientemente de quién las gestione, así como aquéllas sobre las que existen contratos como los analizados de cesión del derecho de superficie y arrendamiento de industria con compra en exclusiva.

Los datos que obran en el expediente apuntan a que los contratos analizados no contribuyen de manera significativa al cierre del mercado peninsular español de la distribución de combustibles, que es el considerado relevante a los efectos de la presente operación de acuerdo con los precedentes existentes. DISA es un operador totalmente independiente de SHELL, que no ha sido considerado por la Comisión Nacional de la Energía operador principal. Su participación en el referido mercado es inferior al 5% y su cuota de mercado vinculada se presume poco significativa. Con carácter adicional, el volumen de contratos analizados no presupone una contribución relevante al efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales en el mercado por parte de este operador. Consecuentemente, no debe considerarse que a los contratos analizados les sea de aplicación la prohibición del artículo 81.1 del TCE.

En concordancia con ello y en aplicación del artículo 3.2 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, tampoco se considera que haya infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989.

Sexto.- Por último, sobre la alegación de GROSSEN relativa a los contratos de la tarjeta Euroshell procede hacer las siguientes consideraciones. El pronunciamiento realizado por el Servicio de Defensa de la Competencia en relación con estos contratos sólo tiene valor en cuanto incide en el análisis del pretendido efecto anticompetitivo de los contratos que dieron lugar a este expediente. En efecto, la incoación, la instrucción y el sobreseimiento del expediente alcanza exclusivamente a ciertas cláusulas de determinados contratos de arrendamiento de industria firmados por DISA, en concreto, a la duración de las cláusulas de compra en exclusiva. Por tanto, el sobreseimiento cuyo recurso ahora se resuelve no supone un juicio definitivo sobre si los contratos de la tarjeta Euroshell contravienen o no la Ley de Defensa de la Competencia; ese juicio requeriría de otro expediente cuyo objeto fuese esos contratos. En consecuencia, sin necesidad de declarar la nulidad de pleno derecho de ese extremo del acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, como pretende GROSSEN, se puede afirmar que con la decisión de sobreseimiento objeto de este recurso no se ha cerrado la posibilidad de analizar, en otro expediente, la compatibilidad de esos contratos con la ley de Defensa de la Competencia.

Visto cuanto antecede, por mayoría, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

Desestimar todos y cada uno de los recursos interpuestos por VÁZQUEZ Y CASTRO S.L., E.S. EL MORO S.L., ESTAGAS, S.L., y CANOVEN S.L., FERNANDEZ VELARDO Y ASOCIADOS S.L., PETROPUERTO S.L. y PETROGRADO S.L., COSTA Y COSTA S.L. y MARX ARRENDANMENTS S.L., PEDELAPE S.L., SERVICIO FUEL MARBELLA, S.L., ÁREA DE SERVICIO SANTA ANA, S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO TALAVERA S.A., INMOBILIARIA ALOZAIMA S.L. y GRUPO ACRABA, S.L., TRAMADI S.A. y LA POVEDILLA y CALIXTO S.L. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia del 17 de mayo de 2006 por el que se declaró el sobreseimiento del expediente 2608/06 incoado a consecuencia de la denuncia presentada por GROSSEN S.A. contra SHELL ESPAÑA S.A. (subrogada actualmente DISA PENÍNSULA S.L.U.) por entender que las obligaciones de compra en exclusiva contenidas en determinados contratos pudieran contravenir el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 81 del TCE.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que ésta no agota la vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, contra la Resolución que en su día se dicte y ponga fin al expediente administrativo.