

## RESOLUCIÓN (Expte. R 348/98 TOTAL España)

### 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  
Franch Menéu, Vocal  
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid a 23 de febrero de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 348/98 (nº 1325/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) de recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ABANDERADAS DE TOTAL ESPAÑA contra el Acuerdo de sobreseimiento del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 30 de noviembre de 1998, del expediente iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por la Asociación recurrente contra la empresa TOTAL ESPAÑA S.A por prácticas restrictivas de la competencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 26 de Diciembre de 1995 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de D. Jaime José Ávila López en nombre de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ABANDERADAS DE TOTAL ESPAÑA (en adelante ASOCIACIÓN) contra TOTAL ESPAÑA, S.A. (en adelante TOTAL), por supuestas infracciones de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC). La ASOCIACIÓN denunciaba que TOTAL había suscrito con las empresas pertenecientes a dicha ASOCIACION 13 contratos de abanderamiento y suministro en exclusiva. En opinión de la denunciante, TOTAL, " *con la colaboración de las otras grandes del sector, fijan los precios de venta al público de los carburantes, al mantener y fijar mutuamente entre todas ellas el denominado margen comercial*". En opinión de la ASOCIACIÓN esta

conducta constituía una infracción del artículo 1.1.a de la LDC. Manifestaba, por otra parte, el escrito de denuncia que los precios de venta de carburantes son prácticamente iguales en las abanderadas de las grandes compañías, en perjuicio del consumidor final. Exponía, además, que la competencia con las estaciones de servicio libres, es decir, aquellas que no son abanderadas de ninguna gran compañía, es prácticamente imposible porque el margen obtenido por los independientes duplicaba o triplicaba al de los abanderados.

También denunciaba un abuso de posición dominante por parte de TOTAL, así como una infracción del artículo 7 de la LDC, sin especificar los hechos que pudieran constituir estas infracciones.

2. A la vista de la denuncia, considerando que podría haber indicios de infracción de la LDC, por Providencia del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 21 de Febrero de 1996 se acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente al que correspondió el número 1325/95.
3. Tras realizar el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) las investigaciones que consideró oportunas, el 30 de noviembre de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento del expediente.
4. El 23 de diciembre de 1998 tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, en adelante) recurso de la ASOCIACION contra el mencionado Acuerdo de sobreseimiento.
5. Tras recibir del SDC, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, el informe correspondiente al recurso presentado y el Expediente 1325/95, el Tribunal, por Providencia de 14 de enero de 1999, designó Ponente y puso de manifiesto el expediente a los interesados para que pudieran formular las alegaciones pertinentes.
6. Los días 3 de febrero y 8 de febrero de 1999 se recibieron en el Tribunal las alegaciones de TOTAL y de la ASOCIACION.
7. Por Providencia de 7 de abril de 1999 se nombró nuevo Ponente al haber cesado el anteriormente designado.
8. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 15 de febrero de 2000, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

9. Son interesados:

- ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ABANDERADAS DE TOTAL ESPAÑA - TOTAL ESPAÑA S.A

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1) **De las siete conclusiones en las que se basaba el Servicio para proponer el sobreseimiento finalmente acordado, la ASOCIACION impugna, en su recurso ante el Tribunal, las cinco primeras (folio 734), que se transcriben a continuación.**

- “1.- En primer lugar hay que considerar que la ASOCIACIÓN denuncia exclusivamente a TOTAL por una infracción del artículo 1 de la LDC y para que exista la citada infracción debe haber pluralidad de partes.*
- 2.- En cuanto a la actuación concertada con otras petroleras, no ha habido ni denuncia explícita contra otros operadores, ni aportación de prueba de la concertación. Por otro lado, la cuota de mercado de TOTAL es tan pequeña que, de existir concertación, sería entre las tres grandes, que no son parte del expediente.*
- 3.- En cuanto al establecimiento de márgenes similares por todas las grandes compañías, como se ha visto en el análisis de los contratos, los propios titulares de las estaciones de servicio pertenecientes a la ASOCIACIÓN pactaron con TOTAL una cláusula en la que se les garantizaba que percibirían márgenes similares a los establecidos por las compañías líderes del sector que estuvieran situadas en la misma zona geográfica. De ello no se deduce que las grandes compañías hayan llegado a un acuerdo para satisfacer los mismos márgenes, antes bien, se trata de un acuerdo entre TOTAL y sus abanderadas con el fin de garantizarles unos ingresos en consonancia con los de la zona, de forma tal que, de producirse una guerra de precios, sea TOTAL quien actúe de colchón y no se produzca una pérdida económica para el titular que ponga en peligro su existencia en el mercado. Los denunciantes no pueden “venire contra factum proprium”.*
- 4.- Por lo que se refiere a que las estaciones libres tienen mayores márgenes que las que están abanderadas por TOTAL, ello se explica por motivos puramente económicos, ya que las citadas estaciones no reciben ninguna contraprestación de inversión ni pagos por*

*exclusividad, que sí reciben, en cambio, las estaciones abanderadas. Por este motivo si las estaciones “libres” fuesen suministradas por TOTAL, aunque las condiciones de suministro no fueran las mismas que para las abanderadas, no existiría discriminación.*

5.- *La condición imprescindible para que pueda imputarse una infracción del artículo 6 de la LDC es que exista posición de dominio. De los datos que figuran en el expediente se desprende que TOTAL no ostenta posición de dominio, por lo que no procede calificar ninguna conducta de TOTAL como abuso de posición dominante. “*

2) El recurrente, ante la primera conclusión del Informe del SDC, alega que “existe pluralidad de partes al colaborar TOTAL con otras grandes del sector fijando de forma directa los precios de venta al público de los carburantes al mantener y fijar mutuamente entre todas ellas el margen comercial”.

El denunciante no presenta en el expediente ninguna prueba sobre la citada colaboración de TOTAL con *otras grandes del sector* para fijar de forma directa los precios de venta al público de los carburantes. Se apoya únicamente en la cláusula existente en los contratos de TOTAL con las estaciones de servicio abanderadas, según la cual se garantiza a éstas la percepción de márgenes equivalentes a los ofrecidos por los tres operadores con mayor significación en la misma zona geográfica. (el margen se define como la diferencia entre el precio recomendado de reventa y el precio a que TOTAL vende a la estación).

**A este respecto, TOTAL ha explicado (folio 260), sin que el recurrente lo haya discutido, que esta garantía de márgenes equivalentes a los ofrecidos por otras petroleras nació del deseo de las propias estaciones de servicio de asegurarse un margen comercial equivalente al que en su momento se atribuía a las estaciones de servicio concesionarias del Monopolio, así como a su preocupación ante el hecho de que, al ser variable el precio de venta que cada estación debe establecer según la competencia existente en su entorno, no quede anulado su margen ante las fluctuaciones de precio del producto suministrado por TOTAL.**

Si se tiene en cuenta, por otra parte, que TOTAL sólo mantiene relaciones de abanderamiento con 26 de las más de 6.000 estaciones de servicio existentes en España (folio 261) resultaría temerario deducir la colusión horizontal entre petroleras de la simple existencia de una cláusula contractual existente en tan pequeño número de contratos verticales, de cuya lectura, además, no se deduce que la similitud de márgenes se obtenga por acuerdo entre las petroleras.

- 3) La ASOCIACION objeta la segunda conclusión del informe del Servicio por considerar que “la denunciada actúa de transportista siendo el suministrador BP Oil España, tal como se deduce de los documentos de acompañamiento comercial y albaranes aportados (folios 211-225) junto a la denuncia.

TOTAL explica en sus alegaciones ante el Tribunal que adquiere los carburantes de la refinería del grupo sita en Marsella, distribuyéndolos a través de las infraestructuras logísticas de CAPESA en el puerto de Barcelona y de PETROVAL (filial 100% de TOTAL) en el puerto de Valencia y no contrata con CLH. Ocasionalmente ha adquirido carburantes a operadoras participantes en CLH antes de la salida del depósito fiscal y de la liquidación del impuesto especial, siendo necesario en tales casos que en el Documento de Acompañamiento figure el titular originario del producto, en cumplimiento de los artículos 20, 22 y 24 del Reglamento de Impuestos Especiales.

Los documentos aportados por la ASOCIACION denunciante no prueban, entonces, otra cosa que la adquisición por TOTAL de carburantes a otras petroleras que operan en España y, como las meras transacciones comerciales entre las empresas petroleras no constituyen indicio de acuerdo colusivo entre ellas, la alegación del recurrente debe ser desestimada.

- 4) Objeta también la Asociación la tercera conclusión del Servicio alegando que resulta “ *innegable la existencia de márgenes similares para todas las grandes compañías respecto de los denominados ‘libres’*’.

Esta alegación reitera el argumento de la *similitud* de márgenes, referido ahora a la diferencia existente entre los aplicados a estaciones que mantienen distintas situaciones contractuales con las petroleras. Sobre tal similitud se alega que es innegable, sin aportar ningún dato concreto, por lo que la simple enunciación no puede admitirse como prueba de ningún tipo de infracción.

- 5) Por lo que respecta a la cuarta conclusión del Servicio sobre la diferencia entre los márgenes de las estaciones abanderadas y el de las llamadas *libres*, el recurrente considera que se está ante una infracción del artículo 1.1.d LDC ya que las compañías petroleras aplican condiciones desiguales a prestaciones equivalentes.

Considera, sin embargo, el Tribunal, en consonancia con la conclusión del Servicio, que no se puede atender esta alegación por cuanto que lo que sería

realmente discriminatorio es la aplicación de iguales márgenes a las estaciones *libres* que a las abanderadas, pues éstas han recibido o reciben otro tipo de compensaciones económicas.

Este asunto ha sido tratado por el Tribunal en diversas resoluciones. La Resolución del Expediente r 118/95. REPSOL/BP/CEPSA de 22 de noviembre de 1995, por ejemplo, dice:

*“En efecto, no cabe hablar de discriminación en materia de precios y comisiones por cuanto no se puede afirmar que se aplique un tratamiento desigual a situaciones idénticas. En este caso, las condiciones económicas aplicadas a las estaciones de servicio son diferentes a las aplicadas a los mayoristas y a los suministradores de instalaciones fijas y las comisiones pagadas a estos últimos superiores a las establecidas para aquéllas; pero estas diferencias se justifican porque las inversiones que los operadores petrolíferos realizan en las estaciones de servicio son muy elevadas y no tienen correspondencia con los otros sistemas de distribución.”*

*“La citada relación ha de encuadrarse, desde un punto de vista jurídico, entre aquellos contratos denominados de compra en exclusiva, es decir, acuerdos voluntarios entre empresarios en los que, a cambio de una serie de contraprestaciones comerciales (abanderamiento), económicas (comisiones o márgenes) o financieras (créditos para la construcción mejora o equipamiento de la instalación), el titular de la estación de servicio se compromete a suministrarse en exclusiva de un determinado operador petrolífero durante un número de años.”*

- 6) Impugna también la ASOCIACION la quinta conclusión del Servicio por considerar que *“hay posición dominante de TOTAL por la imposición de precio de venta al usuario o precio recomendado y la obligación de compra en exclusiva que imposibilita jugar con el margen comercial”*

En realidad, los datos del expediente muestran que TOTAL no tiene posición dominante ni en la importación ni en la producción ni en la distribución de carburantes en el mercado nacional. Por lo que respecta a la relación entre TOTAL y sus empresas abanderadas, se trata de una relación vertical que debe ajustarse a lo dispuesto por las normas que regulan la compra en exclusiva tanto en la UE como en España. Estas normas permiten el compromiso de compra en exclusiva siempre que TOTAL no imponga los precios de venta al público.

La recomendación de precios no equivale a imposición de precios y no supone una infracción de las normas, ya que deja en libertad a las estaciones

de servicio para fijar el precio de venta al público que deseen por encima o por debajo del nivel recomendado. Será decisión de cada estación elegir el precio de venta, y en consecuencia el margen real recibido, en función de las variables que determinan la demanda de cada punto de venta. Este es el momento en que las estaciones se diferencian de los meros comisionistas o de las pertenecientes al productor pues, tal como se especifica en los contratos entre TOTAL y las estaciones abanderadas, *el suministro de los productos se efectuará mediante la venta en firme de los mismos al titular, el cual se encargará de revenderlos a sus clientes por su propia cuenta y riesgo.*

- 7) Por último, en el escrito de alegaciones citado en el AH 6, la ASOCIACION alega que, pese a lo dispuesto en el Reglamento 1984/83, de la Comisión, no hay beneficio para los consumidores puesto que la calidad de todas las gasolineras es la misma, las petroleras compran a otras el combustible para servirlo luego bajo su marca y las gasolineras no pueden fijar ni bajar precios dado lo estrecho del margen que reciben.

El Reglamento 1984/83, de exención de determinados acuerdos de compra exclusiva, sostiene en su séptimo considerando que, en general, estos acuerdos contribuyen a reservar a los usuarios una parte equitativa de la ventaja resultante, ya que se benefician de un suministro regular y pueden procurarse más rápida y fácilmente los productos. Precisamente por esta y otras consideraciones se concede la exención para estos acuerdos que, de otra manera, estarían prohibidos.

Las razones que alega el recurrente no contradicen las ventajas para el usuario que el citado séptimo considerando atribuye a los contratos de compra exclusiva, sino que reiteran los mismos argumentos que el Tribunal ha desestimado en los fundamentos de derecho anteriores.

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

### **HA RESUELTO**

**Único:** Desestimar el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ABANDERADAS DE TOTAL ESPAÑA contra el Acuerdo de sobreseimiento del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 30 de noviembre de 1998, del expediente iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por la Asociación recurrente contra la empresa TOTAL ESPAÑA S.A.

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