

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/018/19, GM FUEL TANK

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a Maria Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà y Vallvé

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/DC/018/19, GM FUEL TANK, tramitado ante la denuncia formulada por la empresa GM FUEL TANK, S.L. (en adelante, FUEL TANK) contra el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), por supuestas actuaciones contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

Contenido

I.	ANTECEDENTES DE HECHO	3
II.	LAS PARTES	3
1.	GM FUEL TANK S.L. (denunciante)	3
2.	Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT	4
III.	MERCADO AFECTADO	4
1.	Marco normativo	4
2.	Mercado de producto	5
3.	Mercado geográfico	6
IV.	HECHOS	6
1.	Hechos denunciados	6
2.	Contenido del acuerdo del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de 16 de octubre de 2018	7
V.	FUNDAMENTOS DE DERECHO	7
PRIMERO.	- Competencia para resolver	7
SEGUNDO.	- Objeto de la Resolución y propuesta del órgano instructor	8
TERCERO.	- Valoración de la Sala de Competencia	8
	HA RESUELTO	10

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 17 de diciembre de 2018, tuvo entrada en la CNMC escrito de denuncia presentado por FUEL TANK contra la AEAT por la denegación a esta empresa, mediante acuerdo del 16 de octubre de 2018, de la autorización del establecimiento de un depósito fiscal de hidrocarburos en las instalaciones de la empresa en Puerto Exterior de Huelva localizado en Palos de la Frontera. La denunciante considera que este acuerdo de la AEAT habría vulnerado el artículo 4.2 de la LDC (folios 1 a 224).
2. Con fecha 11 de junio de 2019, la Dirección de Competencia (en adelante, **DC**), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, dictó propuesta de no incoación de expediente sancionador y de archivo de la denuncia (folios 226 a 234).
3. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 19 de diciembre de 2019.

II. LAS PARTES

Son partes en este expediente:

1. GM FUEL TANK S.L. (denunciante)

GM FUEL TANK S.L. es una empresa constituida en 2011, con domicilio en Abrera (Barcelona). De acuerdo con sus estatutos, el objeto social es el comercio al por mayor, venta al detalle, distribución de carburantes, biocarburantes, lubricantes y de cualquier derivado del petróleo, incluyendo la explotación de centros de almacenamiento y distribución de hidrocarburos. De acuerdo con la denuncia, la actividad de GM FUEL TANK se centra en el almacenamiento de productos petrolíferos de terceros. Para realizar esta actividad la empresa señala que dispone, en régimen de arrendamiento, de tres establecimientos en Huelva, Barcelona y Bilbao.

GM FUEL TANK pertenece al grupo empresarial GM FUEL. Los productos que se almacenan son propiedad de GM FUEL SERVICE S.L., operador al por mayor de productos petrolíferos, y de GM FUEL ATLANTICA S.L. y GM FUEL IBERICA S.L., distribuidores minoristas. De acuerdo con la denuncia, el grupo GM FUEL actúa como almacenista y operador al por mayor de productos petrolíferos en el territorio nacional.

2. Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Agencia Tributaria o AEAT)

La Agencia Tributaria, creada por el artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, se constituyó de manera efectiva el 1 de enero de 1992. Se configura como una entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Hacienda. Como tal entidad de derecho público, cuenta con un régimen jurídico propio.

La Agencia Tributaria tiene encomendada la aplicación efectiva del sistema tributario estatal y aduanero, así como de aquellos recursos de otras Administraciones públicas nacionales o de la Unión Europea cuya gestión se le encomiende por ley o por convenio.

Dentro de la AEAT, el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales es competente para autorizar el establecimiento de depósitos fiscales en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 del Reglamento de los Impuestos Especiales y en el artículo 7.1 de la Orden de Presidencia 3581/2007, de 10 de diciembre.

III. MERCADO AFECTADO

Constituye la práctica denunciada la denegación, por parte del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT, de la concesión de una autorización de depósito fiscal de hidrocarburos. El sector afectado es por tanto el sector de hidrocarburos, en particular el mercado de servicios de almacenamiento de productos petrolíferos.

1. Marco normativo

El artículo 4.10 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos especiales (Ley de Impuestos Especiales) define los depósitos fiscales como *“el establecimiento o la red de oleoductos o gasoductos donde, en virtud de la autorización concedida y con cumplimiento de las condiciones y requisitos que se establezcan reglamentariamente, pueden almacenarse, recibirse, expedirse y, en su caso, transformarse, en régimen suspensivo, productos objeto de los impuestos especiales de fabricación.”*

El artículo 11 del Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, señala que el centro gestor podrá autorizar a las personas que lo soliciten, el establecimiento de depósitos fiscales, y que la autorización de estos depósitos quedará condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos que se detallan en el propio artículo.

El Real Decreto 1512/2018, de 28 de diciembre, modificó el artículo 11 del Reglamento de Impuestos especiales¹, señalando que los depósitos fiscales deberán ubicarse en instalaciones independientes de aquellas en las que se ejerza cualquier actividad que, por razones de seguridad o de control fiscal, no sea compatible con la que determine la autorización del depósito, como el suministro de carburantes al público. No obstante, la oficina gestora podrá autorizar que una zona delimitada del local en que se encuentre instalado el depósito se considere fuera del mismo a efectos fiscales.

Los depósitos fiscales en los que se introduzcan graneles líquidos deberán disponer de tanques en los que se almacenarán los productos, dotados, en el conjunto del establecimiento de la capacidad mínima de almacenamiento que se exija por la oficina gestora en relación con el volumen de entradas de producto en el establecimiento. Dichos tanques deberán estar numerados y dotados de los correspondientes elementos de medición.

2. Mercado de producto

La denunciante se dedica exclusivamente a la gestión logística y almacenamiento de productos petrolíferos de terceros. El mercado de almacenamiento de productos petrolíferos comprende la prestación de servicios de recepción, almacenamiento operativo, control de cantidad y calidad y expedición del producto almacenado por parte de las compañías titulares de los depósitos, parques o tanques de almacenamiento. Estos servicios se completan con los de almacenamiento de existencias de seguridad o la aditivación de los productos almacenados².

Las instalaciones ubicadas en los aeropuertos y dedicadas al almacenamiento de querosenos para las aeronaves han sido tradicionalmente consideradas, por su ubicación y uso, suficientemente diferentes como para ser consideradas un mercado de producto separado, frente al mercado del resto de almacenamientos de productos petrolíferos³.

Para el caso concreto de las Islas Canarias, la extinta CNC consideró que en el mercado amplio de almacenamiento de productos petrolíferos, que incluiría tanto

¹ Real Decreto 1512/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio.

² Véase en este sentido, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de 20 de diciembre de 2004, C-86/04 DISA/SHELL.

³ Informe del TDC C-86/04 DISA/SHELL.

los almacenamientos de importación como los almacenamientos secundarios y costeros, era necesario hacer una diferenciación atendiendo al tipo de producto (gasolinas, gasóleos y fuelóleos), debido a los diversos condicionantes técnicos⁴.

En el presente caso, el mercado de producto relevante lo conforma el almacenamiento de productos petrolíferos (distintos del combustible de aviación), sin que sea necesario en este expediente llevar a cabo otra segmentación por tipo de producto.

3. Mercado geográfico

Se ha considerado, tanto a nivel nacional como comunitario, que el mercado de almacenamiento de productos petrolíferos tiene carácter regional, que estaría determinado por las áreas de influencia de cada depósito, definidas por los costes de transporte hasta el punto de destino. Si bien, en el ámbito nacional no se ha excluido la posibilidad de un mercado peninsular o de dimensión insular⁵.

Para el análisis de la presente denuncia puede considerarse que el mercado geográfico es de carácter regional de acuerdo con precedentes, si bien no resulta necesaria una definición exacta de la dimensión geográfica del mercado afectado a efectos de la adopción de la presente resolución.

IV. HECHOS

1. Hechos denunciados

La denuncia presentada por FUEL TANK se refiere al Acuerdo de 16 de octubre de 2018 dictado por la Directora del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT, que le deniega la constitución de depósito fiscal de hidrocarburos en Palos de la Frontera, Huelva, a la empresa FUEL TANK.

Esta denegación supone que la denunciante no puede acceder al régimen fiscal suspensivo de impuestos especiales y exención de IVA que rige en la circulación de hidrocarburos entre depósitos fiscales.

De acuerdo con la denuncia, el Acuerdo vulnera la libre competencia en el mercado, lo cual considera contrario al artículo 4.2 de la LDC y considera que tiene carácter arbitrario y contrario a derecho al poseer la denunciante la

⁴ Véase el informe propuesta de la Resolución de la CNC de la operación C/0366/11 CEPSA/CHESA.

⁵ Existen precedentes que han manifestado que, debido a la existencia de una red de poliductos que ponen en contacto distintos puntos de almacenamiento con los centros de consumo final, cabría la posibilidad de definir un mercado peninsular (COMP/M.1628 TotalFina/Elf y a nivel nacional C-86/04 DISA/SHELL). Además, se ha definido también un mercado geográfico de dimensión insular, cuya extensión abarcaba el archipiélago canario en su totalidad, en lugar de un mercado geográfico por cada isla (C/0366/11 CEPSA/CHESA).

autorización de depósito fiscal en sus establecimientos de Barcelona y Bilbao, generando una barrera de entrada en el mercado que perpetúa el oligopolio natural existente.

Además, sostiene igualmente la denunciante que el citado acuerdo le causa un perjuicio económico efectivo ya que le obliga, a soportar la repercusión del impuesto antes de la venta del producto, a avalar el impuesto especial al titular del depósito fiscal de origen y a asumir la inversión realizada en base a criterios de buena fe y principio de confianza legítima.

2. Contenido del acuerdo del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de 16 de octubre de 2018

El acuerdo (folios provisionales 98 a 111), según se desarrolla en el apartado sobre *valoración de la solicitud*, deniega la autorización de establecimiento de depósito fiscal de hidrocarburos por no cumplirse los requisitos a cuyo cumplimiento queda condicionada la misma, en particular por motivos relacionados con la instalación y con la actividad que se pretende llevar a cabo en el establecimiento.

En concreto, el Acuerdo señala que *“la instalación incumple lo dispuesto en la letra d) del apartado 2 del citado artículo [artículo 11 del Reglamento de Impuestos Especiales] por no disponer de capacidad de almacenamiento adecuada, proporcional al volumen de gasóleo A según las previsiones de movimientos declaradas por la empresa”* (folio provisional 104).

Y señala igualmente que *“la actividad que se planea llevar a cabo en el establecimiento, no justifica la autorización de un depósito fiscal, ya que no se ajusta a la finalidad prevista en la normativa reguladora de los impuestos especiales para los depósitos fiscales y el régimen suspensivo”*, de acuerdo con consulta vinculante previa de la Dirección General de Tributos (folios provisionales 104 y 105).

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia para resolver

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, compete a la CNMC *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Asimismo, el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *“La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley*

15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. - Objeto de la Resolución y propuesta del órgano instructor

Esta Sala debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción para acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

Resulta por tanto necesario valorar la ausencia de indicios de la conducta de la AEAT, tal y como propone la Dirección de Competencia, o si, por el contrario, en dichas actuaciones pudieran apreciarse indicios de infracción del artículo 1 de la LDC, que motiven la incoación del expediente sancionador.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, estipula que: “1. *Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [actual Dirección de Competencia] le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo”.*

En su informe de 11 de junio de 2019, la DC propuso a esta Sala la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, por cuanto considera que, en relación con los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción de la LDC.

TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia

En la presente resolución, como se ha indicado previamente, esta Sala debe valorar si, como propone la DC, la ausencia de indicios de infracción de la LDC motiva la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones.

Las conductas prohibidas por la normativa de competencia se encuentran recogidas en los artículos 1 a 3 de la LDC, que se refieren, respectivamente, a acuerdos colusorios, abuso de la posición de dominio de una o varias empresas y actos de competencia desleal que, por falsear la competencia, afecten al interés público.

Tales conductas pueden no ser susceptibles de infringir la normativa de competencia cuando se realicen como consecuencia de la aplicación de una ley. Así, el artículo 4 de la LDC, al que alude la denuncia, señala que:

“1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o de las empresas públicas sin dicho amparo legal.”

El Tribunal Supremo ha señalado que el objetivo de este artículo es sustraer del ámbito de la normativa de competencia aquellas conductas que una ley autorice con la específica finalidad de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones de la propia LDC⁶. En ausencia de una exclusión específica, para la aplicación de tal precepto, deben cumplirse en todo caso los elementos del tipo de las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la LDC.

E De la documentación que obra en el expediente, no se derivan indicios de vulneración del derecho de la competencia en el presente caso.. De una parte, el acuerdo de denegación de 16 de octubre no puede considerarse un acuerdo colusorio prohibido, ya que se trata de un acto unilateral de la AEAT, por lo que no existe el elemento de multilateralidad o, al menos, bilateralidad que requiere el tipo previsto en el citado precepto para una concordancia de voluntades anticompetitiva; tampoco esta decisión de la AEAT puede considerarse una actuación material facilitadora o instigadora de un acuerdo colusorio. Igualmente, al actuar la AEAT en ejercicio de sus propias competencias como autoridad encargada de otorgar la autorización para el depósito fiscal de hidrocarburos, y no ser operador económico en el mercado afectado ni detentar una posición de dominio en el mismo, no se observan tampoco indicios de la posible existencia de conductas prohibidas por los artículos 2 y 3 de la LDC. De acuerdo con todo ello, esta Sala considera que no se dan los requisitos previos necesarios para que el artículo 4.2 pueda ser de aplicación en el presente caso.

Como consecuencia de todo lo expuesto, esta Sala considera que no existen indicios de infracción de la LDC por parte de la AEAT, por lo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, procede la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada.

⁶ Por todas, la STS 3525/2016, de 18 de julio de 2016.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por considerar que en este expediente no hay indicios de infracción de la LDC.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de 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 contar desde el día siguiente al de su notificación.