

RESOLUCIÓN (Expte. A 325/02, Contratos BP Oil España)

Pleno

Excmos. Sres.:

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2005.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la presente Resolución en el expediente A 325/02 (2.349/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, el Servicio) de solicitud de autorización singular formulada por BP OIL ESPAÑA S.A. (en lo sucesivo, BP), al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), para veintidós contratos entre dicha compañía y veinticuatro estaciones de servicio, contratos que, bajo distintas formas jurídicas, obligan a los arrendatarios de estas últimas a adquirir en exclusiva a la citada operadora todos los carburantes que expendan.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 28 de diciembre de 2001 tuvo entrada en la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito de BP, solicitando autorización singular para veintidós contratos entre dicha empresa y veinticuatro estaciones de servicio (EESS), contratos que, bajo distintas formas jurídicas, obligan a los arrendatarios de estas últimas a adquirir en exclusiva a la citada operadora todos los carburantes que expendan.

Tal y como literalmente lo formula, *“Se solicita por BP Oil España S.A. exención singular para todos los contratos adjuntos a esta solicitud comprendidos en el Anexo II. Dicha exención consistiría en autorizar para*

todos y cada uno los acuerdos relacionados en el Anexo II, tanto la vigencia de los Acuerdos por todo el período de duración pactado y acordado por las partes, como las restricciones a que se hace referencia en el punto 6.2 de dicho Reglamento, en el bien entendido de que, de acuerdo con el Reglamento CE nº 2790/1999, 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, y mediante la adaptación efectuada por BP, los mismos ya se entenderían extendidos ipso iure hasta el 1 de enero de 2007 en virtud de lo dispuesto en el art. 12, en relación con el 5.a) de dicho Reglamento (en el lugar oportuno se hará mención a la entrada en vigor del citado Reglamento a efectos internos del Derecho español). Por Acuerdos ha de entenderse, tanto los títulos constitutivos de los derechos de superficie y usufructo, respectivamente, así como los consiguientes contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento.

Se hace constar que los Acuerdos, aun cuando no idénticos, obedecen todos ellos a una estructura contractual similar. Aquello en lo que puedan diferir en nada afecta a las eventuales restricciones de la competencia que dichos Acuerdos pudiesen contener y con respecto a las cuales se solicita la exención... autorización singular. Por otro lado, su notificación conjunta encuentra su base en el hecho de que esta parte entiende que los mismos han de ser considerados en su conjunto para que, tanto el Servicio como el Tribunal, puedan evaluar el eventual impacto en la competencia considerando, no sólo la estructura contractual, sino también eventuales restricciones, así como la cuota de mercado afectada.”

Los contratos, que adjunta y clasifica el solicitante en el Anexo II, los numera el Servicio de la siguiente forma:

A.- Derecho de Superficie y Arrendamiento de Industria:

- 1.- ES Suraméricas
- 2.- ES Güimar
- 3.- ES Guaza
- 4.- ES Garachico
- 5.- ES Calero
- 6.- ES Cabo Blanco
- 7.- ES Vecindario
- 8.- ES Sardina Sur
- 9.- ES Punt de Trovada
- 10.- ES Blanes
- 11.- ES Baleares
- 12.- ES Liria

- 13.- ES Campanar
- 14.- ES Berta
- 15.- ES Emiliana Benito
- 16.- ES Montserrat
- 17.- ES Cuatro Carreteras
- B.- Usufructo y Arrendamiento de Industria:
 - 18.- ES Mancha Real
- C.- Arrendamiento y Subarrendamiento:
 - 19.- ES Relámpago
 - 20.- ES Éfeso
 - 21.- ES Fuente La Reina
 - 22.- ES Vega Armilla

2. El Servicio llevó a cabo la tramitación correspondiente durante diez meses -con las suspensiones necesarias-, que concluyó con el Informe que figura en los folios 3.109 a 3.133 de su expediente y en el que, tras señalar *"la dificultad que ha supuesto llevar a cabo un examen exhaustivo de las relaciones tanto jurídicas como económicas existentes entre BP y los arrendatarios de las EESS, debido fundamentalmente a las lagunas, divergencias y contradicciones existentes en las informaciones remitidas por cada uno de ellos..."*, llegó, resumidamente, a las siguientes valoraciones:

- en los contratos de las EESS numerados como 1, 2, 3, 4, 5 y 13, el arrendatario es revendedor de los productos, según se desprende del análisis de su articulado;
- en los 6, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, se deduce que, siguiendo los criterios del TDC sobre asunción de riesgos, no puede considerarse que los arrendatarios actúen como agentes de BP, ya que pagan los productos al contado, se hacen responsables de ellos desde el momento de entrada en los tanques, contratan los seguros, pagan pérdidas y deterioros; en conclusión, asumen riesgos propios de un empresario independiente.
- *"A la luz de lo anterior podemos afirmar que, a los acuerdos notificados, les es de aplicación la legislación de Defensa de la Competencia y, por lo tanto, procede analizar, como contratos de suministro exclusivo que son, si les es de aplicación la exención del Reglamento 84/83."*
- En cuanto a la duración de los contratos, el Servicio llega a la conclusión de que los numerados como 1, 2, 5, 6, 14 y 15, no resulta

claro que exista una inversión que justifique la duración de los contratos de arrendamiento y que en los “3, 7, 8, 9 y 15, *está prevista la prórroga de los contratos de arrendamiento o la constitución de un nuevo derecho de superficie, lo que da carácter indefinido a los contratos de exclusiva y, por tanto, no sería susceptible de exención en virtud del Reglamento 1984/83*”.

- En ese sentido, se manifestó la Comisión C.E. en su carta a BP del 9 de julio de 1990, en la que señalaba claramente que *“el titular de una estación de servicio no puede quedar vinculado ni de forma indefinida con su proveedor, ni por un plazo superior a los diez años fijados en el Reglamento 84/83”*.

Por último, en lo relativo a la autorización solicitada, el Servicio concluyó su Informe señalando que los contratos no eran autorizables por las siguientes razones que se transcriben literalmente:

- *En su actual configuración no cumplen los supuestos previstos en el art. 3 de la LDC para su autorización singular. Si BP desea que los acuerdos para los que solicita autorización singular sean merecedores de la misma, deberá modificarlos en el sentido de suprimir las restricciones anteriormente expuestas, y definir claramente la relación jurídica que le une a sus arrendatarios.*
 - *En todo caso el SDC considera que la autorización que, en su caso y previa las modificaciones apuntadas, le sea concedida no deberá extenderse más allá de la fecha de entrada en vigor en España del nuevo Reglamento CE nº 2790/99, de la Comisión, fecha en la que se deberán adaptar todos los contratos a lo establecido en la nueva normativa.*
 - *El Servicio considera que la empresa notificante no ha aportado argumentos suficientes ni convincentes para considerar que el alargamiento de la duración de los acuerdos de suministro exclusivo más allá de lo establecido en el Reglamento CE nº 2790/99 sea merecedora de una autorización singular por parte de las Autoridades de Competencia.*
3. Recibido el expediente en el Tribunal el 29 de octubre de 2002, se admitió a trámite por Providencia del día 4 de noviembre de 2002.
 4. El 5 de noviembre de 2002 se recibió en el Tribunal un escrito de la ES La Planeta de Mancha Real (Jaén) por el que formula alegaciones, señalando

que son absolutamente falsos la mayor parte de los datos económicos aportados por BP referentes a las inversiones en la ES.

5. Mediante Providencia de 25 de noviembre de 2002 el Tribunal acordó abrir la tramitación contradictoria del expediente, poniéndolo de manifiesto para la proposición de las pruebas necesarias y la posibilidad de celebrar Vista.
6. Con fecha 17 de diciembre de 2002 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de alegaciones de BP, de fecha 12 de dichos mes y año, en el que difiere de la valoración casi exclusivamente económica que hace el Servicio -que soslaya la Ley del Contrato de Agencia y las comunicaciones y directrices de la Comisión C.E.- y no propone prueba alguna ni solicita la celebración de Vista oral por considerar innecesarios estos trámites tras haber aportado los datos de las inversiones realizadas en las EESS debidamente acreditados (folios 35 a 76 del Tribunal).
7. El 24 de enero de 2003 se recibió en el Tribunal el escrito de la ES Fuente La Reina (contrato nº 21) por el que presenta alegaciones oponiéndose a la autorización solicitada teniendo en cuenta que la integración vertical existente en el mercado, debida a las relaciones de suministro y compra exclusiva, se erige en la principal barrera de entrada al mismo y que la fijación por BP de los precios de reventa de los combustibles no puede ser declarada exenta ni autorizarse por más de cinco años a contar desde el 1 de junio de 2000 (folios 77 a 210 del Tribunal).
8. Dicha ES presentó otro escrito el 13 de octubre de 2003 alegando que BP pretende la modificación unilateral del contrato, según carta de la misma que acompaña, a lo que se opuso según carta que también adjunta de la misma fecha (folios 211 a 221 del Tribunal).
9. El 29 de diciembre de 2003 tuvo entrada en el Tribunal escrito de Emiliana Benito S.L. por el que aporta copia de su reciente correspondencia con BP (folios 228 a 233 del Tribunal).
10. El 22 de septiembre de 2004 la ES La Dehesa S.A. se interesó por el estado de las actuaciones en este expediente.
11. El Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión plenaria de 16 de marzo de 2005.
12. Son interesados:
 - BP OIL ESPAÑA S.A.

- ES Suraméricas S.A., Playa de las Américas-Adeje (Sta. Cruz de Tenerife)
- ES Güimar (Sta. Cruz de Tenerife)
- ES Guaza, Arona-Guaza (Sta. Cruz de Tenerife)
- ES Garachico S.A., La Caleta Garachico (Sta. Cruz de Tenerife)
- ES El Calero, Telde (Las Palmas de Gran Canaria)
- ES Cabo Blanco, Arona (Sta. Cruz de Tenerife)
- ES Vecindario, Sta. Lucía (Las Palmas de Gran Canaria)
- ES Sardina Sur, Sta. Lucía de Tirajana (Las Palmas de Gran Canaria)
- ES Punt de Trovada, Sabadell (Barcelona)
- ES Blanes y ES Castañar S.L. (Barcelona)
- ES Baleares, Palma de Mallorca
- ES Liria (Valencia)
- ES Campanar (Valencia)
- ES Berta, Alberique (Valencia)
- ES Emiliana Benito, Avda. de la Albufera (Madrid)
- ES Montserrat (Almería)
- ES Cuatro Carreteras, Tona (Barcelona)
- ES La Planeta de Mancha Real (Jaén)
- ES Relámpago, Majadahonda (Madrid)
- ES Éfeso (Sevilla)
- ES Fuente La Reina, Aranjuez (Madrid)
- ES Vega Armilla
- ES Olímpica (Madrid)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Como señala el Servicio, para el solicitante, todos y cada uno de los contratos para los que solicita autorización singular se encuentran amparados en el Reglamento (CEE), número 1984 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (en adelante, Reglamento 1984/83). Su duración, superior en todos los casos al máximo de diez años, de acuerdo con el artículo 12.1.c), está amparada también por lo dispuesto en el párrafo 2 del mismo precepto.

Sin embargo, añade el Servicio que la entrada en vigor el 1 de enero de 2000 del nuevo Reglamento (CE) 2790/99, de la Comisión, de Restricciones Verticales, plantea la duda al solicitante acerca de si los contratos seguirían amparados por el Reglamento 1984/83 o si, por el contrario, los mismos se verían ya directamente afectados por el nuevo Reglamento 2790/99 con la consecuente necesidad de proceder bien a su

adaptación, bien a su notificación con objeto de obtener una autorización singular.

En efecto, el nuevo Reglamento 2790/99, en su artículo 5, permite cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia que no exceda de cinco años, si bien este límite temporal 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 competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador”* (énfasis del Servicio).

Lo que lleva a concluir al solicitante que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 5 y 12 de dicho Reglamento, la duración de la exclusiva de suministro finalizaría el 1 de enero de 2007, con el consiguiente perjuicio económico a BP por las cantidades abonadas al inicio de los contratos en concepto de cánones u otros, así como por las cantidades invertidas en la construcción de las EESS no amortizadas a dicha fecha, en los casos de derechos de superficie.

Así pues, el solicitante parte de la premisa de que los contratos, con la formulación que acompaña, están exentos en virtud del Reglamento 1984/83 y que tan sólo la duración de los mismos podría suponer un problema en el supuesto de que les fuera de aplicación el Reglamento 2790/99. No obstante, solicita autorización para los mismos y los somete al análisis del Servicio y del Tribunal.

Por otra parte, como se resume en el Antecedente de Hecho 2, el Servicio analizó detalladamente en su Informe la solicitud de BP en cuanto a los requisitos establecidos por el Reglamento 1984/83 y por el art. 3 LDC, llegando, en síntesis, a las siguientes conclusiones:

- en varios contratos el arrendatario es revendedor de los productos y en otros muchos no puede considerarse que actúen como agentes de BP por la política de fijación de precios y por la asunción que realizan los arrendatarios de determinados riesgos propios de empresarios independientes;
- en numerosos contratos existen problemas debidos a su excesiva duración, posibilidad de prórroga del arrendamiento o de constitución de un nuevo derecho de superficie; por todo ello, entiende que los contratos no son susceptibles de exención en virtud del Reglamento 1984/83;

- en cuanto a la autorización solicitada, consideró que no era posible otorgarla mientras subsistieran las anteriores restricciones y no se definiera claramente la relación jurídica que une a BP con los arrendatarios y que aquélla no había aportado argumentos suficientes ni convincentes para justificar el alargamiento de los contratos más allá de lo establecido en el Reglamento 2790/99.

Por todo ello, entendió el Servicio que los contratos de BP no podían considerarse exentos en virtud del Reglamento 1984/83, no siendo autorizables las mencionadas restricciones que deberían modificarse para su exención.

2. El régimen jurídico bajo el cual se rigen en la actualidad los comportamientos anticompetitivos de tipo colusorio debe atender a la doble realidad, comunitaria y nacional, del ordenamiento español:

A.- En el ordenamiento jurídico español para que un acuerdo prohibido por el art. 1 LDC tenga efectividad jurídica debe estar amparado por las exenciones previstas en la LDC o resultar de la aplicación de otra norma de igual o superior rango. La LDC contempla:

a) Exenciones por categorías: autorizaciones por el Gobierno mediante reglamentos de exención informados preceptivamente por el Tribunal y restringidos en sujeto y objeto a las especificaciones del art. 5 LDC.

b) Autorización singular: las autorizaciones singulares permiten al Tribunal, con base en el art. 4 LDC, autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas del art. 1, en los supuestos y con los requisitos previstos en el art. 3, distinguiendo entre los supuestos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico (art. 3.1) y aquéllos que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público (art. 3.2).

Asimismo, el desarrollo reglamentario actual se encuentra en el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, que deroga el Real Decreto 157/1992, de 17 de julio, sobre la misma materia.

B.- En el ordenamiento comunitario las normas relevantes son las siguientes:

1. Artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE y, en particular, sus puntos 1 y 3).
 - Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
 - Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Esta norma deroga el anterior Reglamento 1984/1983 sobre la misma materia.
 - Sin tener la consideración de norma jurídica, es también de relevancia la Comunicación de la Comisión Europea 2000/C 291/01: Directrices relativas a las restricciones verticales.
3. Procede, por tanto, analizar si los acuerdos en cuestión son susceptibles de disfrutar de alguna de estas dos posibilidades, pretensión no totalmente clara a tenor de la solicitud de BP quien, dando por sentado que dichos acuerdos se encuentran exentos por serles aún de aplicación el Reglamento comunitario 1984/1983 (ya derogado y concluidos los períodos transitorios establecidos en el art. 12 del Reglamento (CE) 2790/1999) solicita, no obstante, autorización singular para los mismos. Dicho artículo establece lo siguiente:
 1. *Las exenciones establecidas en los Reglamentos de la Comisión (CEE) 1983/83, 1984/83 y 4087/88 seguirán aplicándose hasta el 31 de mayo de 2000.*
 2. *La prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará, durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001, respecto de los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplan las condiciones de exención previstas en el presente Reglamento, pero que cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos (CEE) 1983/83, 1984/83 o 4087/88.*
4. Además de la diversidad normativa, el momento en que se inicia el procedimiento administrativo aconseja clarificar el régimen jurídico a cuya luz deben examinarse los mencionados acuerdos:

- a) Ante todo, el Tribunal ha de dejar claro que las normas comunitarias en la materia son de total y directa aplicabilidad en España, sin necesidad de actos de transposición, al tener las normas relevantes el rango jurídico de Reglamentos.
- b) Además, las conductas cuya autorización se pretende pueden encuadrarse dentro del ámbito material del art. 81 TCE, en cuanto que acuerdos “que pueden afectar al comercio entre los Estados Miembros”. Varias razones conducen a dicha conclusión:
- En primer lugar, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de junio de 2000, ha considerado que, en el ámbito de distribución de combustibles, un único acuerdo puede quedar dentro tanto de la aplicación del Tratado TCE como de la LDC, incluso cuando se trata de empresas de un mismo Estado y en un ámbito geográfico localizado, debido al poder de los acuerdos de compra exclusiva como barrera de entrada de nuevos proveedores, tanto más si el mercado de referencia presenta una clara tendencia al oligopolio.
 - En segundo lugar, precedentes anteriores han puesto de manifiesto que las operaciones protagonizadas por operadores como BP -primera operadora global en los mercados de hidrocarburos a nivel comunitario (segunda a nivel mundial), presente en casi todos los Estados Miembros con un considerable peso específico- afectan al comercio intracomunitario. Además, estas conductas pueden operar como barreras de entrada al comercio en un Estado Miembro, siendo igualmente aplicable el art. 81.1 TCE.
 - Finalmente, hay que subrayar el potencial efecto sobre el comercio intracomunitario de otros mercados relacionados con la distribución minorista de combustibles en estaciones de servicio, como el turismo o el sector de logística y distribución, que potencialmente afectan, desde el punto de vista de la demanda, a consumidores de todos los Estados Miembros.
5. Si se considera, como afirma el Tribunal, que estos acuerdos están sujetos a la aplicación del art. 81 TCE, que en su punto 3 permite ciertas condiciones de inaplicación de la prohibición del punto 1 del artículo en cuestión, podría colegirse que, incluso en orden a obtener una autorización singular de un órgano de competencia estatal, la dimensión comunitaria de los acuerdos obliga a tener en cuenta el Derecho comunitario relevante en la materia.

Por otra parte, la aplicabilidad del art. 81 TCE implica, asimismo, la de la normativa comunitaria de desarrollo de dicho artículo, concretamente, la relativa a la exención o autorización de conductas configuradas como restricciones verticales, recogida en los Reglamentos mencionados anteriormente, según el principio de la aplicabilidad directa del art. 249 TCE.

6. Una vez clarificada la aplicabilidad del ordenamiento jurídico comunitario, podría suscitarse la cuestión de qué Reglamento aplicar, si el 2790/99 o su antecesor el 1984/83, en tanto que el Real Decreto 157/1992, vigente al momento de iniciarse el procedimiento, se remitía a este último para supuestos como el presente. En este sentido, el Tribunal ha de afirmar la vigencia del Reglamento 2790/1999, por las siguientes razones:

- El Reglamento 2790/1999 ya se encontraba vigente en el momento de iniciación del procedimiento: la entrada de la solicitud de BP en la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia tiene lugar el 28 de diciembre de 2001, puesto que, según el artículo 13 del Reglamento, éste entró en vigor el 1 de enero de 2000, siendo aplicable desde el 1 de junio de 2000. Bien es cierto que el art. 12 determina que a los acuerdos en vigor que cumplan las condiciones de exención establecidas en el Reglamento 1984/83 (entre otros), no se les aplicará el nuevo régimen durante un período transitorio, pero dicho período terminó el 31 de diciembre de 2001.
- En ningún caso puede soslayarse la aplicación de este Reglamento 2790/1999 por la remisión que efectúa el Real Decreto 157/1992 al antiguo Reglamento comunitario en la materia, el 1984/1983. El Reglamento vigente es directamente aplicable sin acto de transposición, estando las autoridades nacionales de competencia obligadas a su aplicación.
- El Real Decreto 157/1992 era una norma que pretendía adaptar el ordenamiento nacional al comunitario, incluso para los casos en que este último no era de aplicación. No procede, por consiguiente, interpretar dicho Real Decreto en conflicto con el ordenamiento jurídico comunitario ya que, aunque no se indique expresamente, la recepción por el Derecho nacional de las modificaciones o sustituciones que experimenten los Reglamentos comunitarios a los que se remite es automática.
- En este sentido, el propio TDC ya ha entendido anteriormente que el espíritu del Real Decreto 157/1992 es homologar el ordenamiento

español a los Reglamentos comunitarios vigentes en cada momento, independientemente de la remisión expresa a Reglamentos determinados. Así, en el Expediente “La Casera”, citado por el Servicio en su Informe, se alude a que, para analizar la autorización, en tanto no se produzca la modificación normativa necesaria, el Tribunal exigirá que se cumplan los requisitos “[...] contenidos en los Reglamentos que sustituyan a los enumerados en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992”.

- El pretendido conflicto entre las referidas normas estatal y comunitaria no existe. Sin embargo, incluso si hipotéticamente se entendiere que dicha colisión existiese, la norma comunitaria prevalecería sobre la nacional en todo aquello que sea objeto de contradicción entre ambas, merced al principio de primacía del Derecho comunitario, igualmente aseverado en las jurisprudencias estatal y comunitaria.

En definitiva, los acuerdos de BP con las estaciones de servicio de su red de distribución minorista deben ajustarse al Reglamento 2790/1999, no sólo debido a su aplicabilidad directa sino también en función a la remisión al mismo que, debe entenderse, efectúa el entonces vigente Real Decreto 157/1992, en su art.1.1.b) y en congruencia con el art. 2.1.a) del vigente Real Decreto 378/2003.

7. Para considerar la adecuación al Reglamento 2790/1999 de los acuerdos cuya autorización se solicita, debe partirse de la superación temporal del período transitorio que, como se ha reseñado, el propio Reglamento marca.
 - Como se ha señalado en el Fundamento de Derecho 3, en el art. 12.2 del mismo Reglamento se establece un período transitorio, hasta el 31 de diciembre de 2001, en el que los acuerdos en vigor que cumplan las condiciones establecidas en el Reglamento 1984/83, pero no las del nuevo Reglamento de 2790/99, gozarían de esa exención hasta la mencionada fecha límite. Se entiende, por tanto, que, de no adaptarse esos acuerdos a la nueva normativa, pasaría a aplicárseles la prohibición del art. 81.1 TCE (esto es, dejarían de tener la posibilidad de ser declarados exentos).
 - A partir de esta fecha, los acuerdos analizados no disfrutarían de esa posibilidad (y, por tanto, no serían automáticamente prorrogables conforme al anterior Reglamento 1984/83), a no ser que se adecuaran al nuevo Reglamento.

8. Por consiguiente, procede analizar si esa adaptación se ha producido y si, en su caso, es ésta suficiente para que pueda disfrutarse de la exención por categorías que el Reglamento ofrece.

Los acuerdos sometidos a examen, los cuales tienen en común el obligar al comprador del suministro a adquirir en exclusiva todos los carburantes que se expendan en las respectivas estaciones de servicio, se engloban bajo la definición de cláusulas de “no competencia” (en la línea de lo que el antiguo Real Decreto 157/1992 consideraba como acuerdos de “compra exclusiva”) que se contiene en el art.1 del Reglamento, que concreta determinadas conductas susceptibles de recaer bajo el art. 81.1 TCE.

Partiendo de los considerandos anteriores, entiende el Tribunal, siguiendo su reiterada doctrina, que la única posibilidad de que a estos acuerdos no les fuese de aplicación las prescripciones del Reglamento 2790/1999 reside en que, por sus características, fuesen considerados como genuinos acuerdos de agencia, en el sentido desarrollado por las Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comisión, en sus párrafos 12 a 20 (particularmente, el 13). A estos efectos, el Servicio realiza un análisis de los contratos, indagando si presentan los elementos que configuran el contrato de agencia atendiendo a la doctrina comunitaria y a la nacional. El Servicio concluye, acertadamente, que la asunción de riesgos en su actividad comercial impide considerar al comprador como agente de BP. En consecuencia, el Tribunal entiende que, al no distinguir entre genuinos agentes y los que realmente no lo son, yerra BP en su alegación oponiéndose al Servicio ya que estos acuerdos no se pueden sustraer de ninguna manera a la normativa de competencia.

Entrando en el contenido material de la referida normativa de competencia, el Reglamento 2790/1999 crea una suerte de “zona de seguridad” para la mayoría de los acuerdos verticales, evitando en lo posible la evaluación de casos concretos. Así, se establecen determinadas condiciones que han de cumplirse para que la prohibición del art. 81.1 TCE sea inaplicable a un acuerdo vertical:

- La primera de dichas condiciones, contenida en el art. 3.1, determina que la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a condición de que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30% del mercado de referencia. En este caso, la cuota de mercado de BP, conforme consta en el Punto 9 del Informe del Servicio, es del 9% tomando como referencia geográfica del mercado el territorio nacional. Con ello, los acuerdos serían congruentes con esta primera condición (Vid. Expte. del Tribunal C 86/04, Disa/Shell y BP/MOBIL, de la Comisión Europea,

entre otros).

- La segunda de dichas condiciones, recogida en el art. 5.a), establece que la exención no se aplicará 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”*.

9. Por tanto, procede analizar las características de los acuerdos objeto de solicitud, un total de 22 entre BP y 24 estaciones de servicio. Estos contratos revisten, como ha sido puesto de manifiesto por el Servicio, distintas formas jurídicas y clausulado:

a) Por un lado, aparecen negocios jurídicos que toman la forma de la constitución a favor de BP de un derecho de superficie, conforme al artículo 16 del Reglamento Hipotecario, unido a un arrendamiento de industria a favor del titular del terreno, con exclusividad de abastecimiento por parte de BP. En todos estos contratos, puestos de relieve por el Servicio en las páginas 10 a 17 del Informe (folios 3.118 a 3.125 de su expediente), la duración se extiende más allá de los cinco años (generalmente, hasta los 20, lo cual motiva que, a 1 de enero de 2002, todavía resten más de cinco años para la extinción de los contratos), sin que se cumpla la condición de inaplicabilidad del último inciso del art.5.a) del Reglamento, puesto que los terrenos no son propiedad del proveedor, sino del comprador, ni están arrendados a un tercero, sino precisamente al comprador. Otros contratos, asimismo, como los 3, 8, 9 y 15 pueden menoscabar la autonomía del comprador en tanto que constituyen a favor del proveedor un derecho preferente sobre la renovación del derecho de superficie, cuando no la simple renovación automática (EESS Guaza, Sardina Sur, Punt de Trovada y Emiliana Benito). Adicionalmente, en algún caso, como en el 13, ni siquiera figura contrato escrito de derecho de superficie (ES Campanar).

b) En otro caso, el propietario del suelo y estación de servicio constituye un derecho de usufructo conforme a los arts. 467 y siguientes del CC, conservando el nudo propietario, mediante un arrendamiento de

industria, la explotación de la estación a cambio de la percepción de un canon. La duración temporal de dicho usufructo es de 25 años a partir de 1993; con ello, deben aplicársele idénticas cautelas a las referidas en el párrafo anterior, en tanto que el arrendatario es el comprador del suministro, lo cual contraviene el citado último inciso del artículo 5.a).

c) Finalmente, en otros casos figura la sucesión de arrendamientos en favor de BP y subarrendamientos de industria a favor del nudo propietario, fijando BP un precio máximo de venta al público, si bien asumiendo determinados riesgos lo que les convierte en agentes “no genuinos”, conforme al párrafo 13 de las Directrices. De nuevo, en todos estos contratos existen problemas respecto a la duración de los mismos, acentuados con la posibilidad de prórroga tácita del contrato una vez expirada su duración inicial (contrato 20 de la ES Éfeso).

10. Pero no es sólo la cláusula temporal del art. 5.a) la que impide a algunos de estos acuerdos ser congruentes con el Reglamento 2790/1999. También existen problemas, en muchos casos, con las restricciones especialmente graves contenidas en el art. 4 del Reglamento. En efecto, del análisis llevado a cabo por el Servicio (por ejemplo, de las EESS Cabo Blanco, Vecindario, Sardina Sur, Blanes, Baleares, Liria, Berta, Montserrat, Cuatro Carreteras, Mancha Real, Relámpago, Fuente La Reina, Beloura o Vega Armilla -contratos 6, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22-), se deduce que los precios de reventa son determinados por el proveedor, esto es, BP, más allá de la imposición de precios máximos. Ello se recoge explícitamente en el art. 4.a) del Reglamento, como causa de inaplicación de la exención, por constituir una restricción de la competencia especialmente grave, tipificada en los arts. 1 LDC y 81.1 TCE. En efecto, cuando un revendedor compra en firme se convierte en un competidor más de la red de EESS de BP, por lo que la operadora no les puede imponer ni sugerir los precios de venta al público ya que, en estas condiciones, las EESS no son sus genuinos agentes.
11. La manifiesta heterogeneidad en las figuras de los negocios jurídicos reseñados, unido a la diferente duración de los mismos que, en ocasiones, excede lo contenido en el art. 5.a) del Reglamento, impide considerar, a efectos de la exención que articula dicho Reglamento, a todos los contratos de igual manera y por una vez, por más que la cláusula de no competencia exista en todos ellos, mientras los contratos contengan sus actuales términos.

En consecuencia, si, como se ha visto, el período transitorio del que hubieran podido disfrutar estos acuerdos no es prorrogable; si estos

contratos no constituyen genuinos acuerdos de agencia; y si, al menos, numerosos acuerdos no cumplen lo previsto en los referidos arts. 5.a) y 4.a), ha de determinarse que, considerados en su conjunto, no pueden disfrutar del beneficio de la exención al art. 81.1 TCE que contiene el Reglamento 2790/1999 ni, consiguientemente, la del art. 5 LDC, prevista en el Real Decreto 378/2003.

12. Adicionalmente, las empresas tienen la obligación de autoevaluar sus acuerdos verticales conforme a lo dispuesto en el Reglamento 2790/1999. En el presente caso, dicho examen no podía ni debía resultar positivo, de manera que, ante la posibilidad de entender que los acuerdos objeto de solicitud no quedaran exceptuados en virtud de la exención prevista en el citado Reglamento 2790/99, pudo BP plantearse la alternativa de solicitar autorización singular de cada acuerdo (dicha posibilidad queda recogida en el art. 4 LDC, respecto de los acuerdos prohibidos por el art. 1 siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el art. 3). Parece que, si bien de manera algo confusa, esto fue lo que BP solicitó, conforme al procedimiento recogido en los artículos 4 y siguientes del Real Decreto 157/1992, vigente en la fecha de iniciación del procedimiento.

Como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho 2, la posibilidad de conceder autorización singular para un acuerdo no exento existe. Sin embargo, resulta fácil comprender que los argumentos necesarios para solicitarla (la carga de la prueba corresponde al solicitante) y para otorgarla deberán estar bien fundamentados porque, de lo contrario, ¿cómo sería consecuente obtener una autorización estatal de un acuerdo de dimensión comunitaria que no cumple su normativa?. Difícil tarea, además de bastante inútil, merced al citado principio de la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional que sólo puede ser más estricto.

Para que un acuerdo prohibido por el artículo 1.1 LDC pueda ser considerado una cooperación lícita, el artículo 3 de la misma establece en sus apartados 1 y 2 dos posibilidades que se analizarán seguidamente. En el 1 dispone: *"Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes o servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas; b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados"*.

La lógica jurídica del precepto es clara. Según ha venido señalando este Tribunal y ha confirmado la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 28 de noviembre de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Recurso 1.059/1999), la norma requiere la concurrencia de un presupuesto: que la práctica limitadora de la libre competencia se justifique en una mejora, bien en la producción o comercialización de bienes y servicios, bien en el progreso técnico o económico; y, a continuación, el cumplimiento de tres requisitos que necesariamente han de serlo de forma conjunta y que operan del siguiente modo: el primero, como un mandato - que los consumidores participen de sus ventajas- y los dos segundos, como límites, según los párrafos b) y c) del precepto, que se formulan como condiciones negativas: no imponer restricciones que no sean indispensables y no eliminar la competencia.

Pues bien, el Tribunal comparte el criterio del Servicio expuesto en su Informe sobre el incumplimiento de dichos requisitos, ya que *“gran parte de los contratos imponen restricciones a los arrendatarios, a los que no puede calificarse de agentes, siguiendo una política de fijación de precios, de imposición de restricciones accesorias y de asunción de riesgos”*, sin que haya razón alguna que justifique dichas restricciones. Y, en cuanto al último límite, también ha de apreciarse, con el Servicio, que en estos contratos BP *“mantiene una política comercial de vinculación, de una gran mayoría de las EESS, mediante contratos de abastecimiento en exclusiva de larga duración”*, que nunca ha estado justificada y menos aún, si cabe, desde que el nuevo Reglamento 2790/99 la ha reducido a un máximo de cinco años.

Por otra parte, el artículo 3.2 LDC dispone que, *“asimismo se podrán autorizar, siempre y en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que:*

- a) *Tengan por objeto defender o promover las exportaciones, siempre que no alteren la competencia en el mercado interno y sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios internacionales ratificados por España, o*
- b) *Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos, o*
- c) *Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de*

manera significativa a la competencia."

Sin embargo, esta segunda posibilidad de entender los contratos como una cooperación lícita no puede analizarse por no haberse abordado por el solicitante con la mínima fundamentación necesaria para su estudio.

13. Por último, debe tenerse en cuenta que los casos precedentes que se han tratado en el Tribunal no pueden ser ignorados por BP, que es la primera compañía operadora en los mercados de hidrocarburos a nivel comunitario y, especialmente, la Resolución de 28 de enero de 1999, en el expediente sancionador 399/97, MOBIL, relativa a la necesidad de esta operadora de adaptar al Reglamento 1984/83 once contratos de distribución exclusiva también en Canarias que adolecían de problemas de duración excesiva por no haber sido adaptados adecuadamente tras el ingreso de España en al Comunidad Europea, todo ello con anterioridad a sus acuerdos celebrados con BP.
14. Por cuanto antecede, considerando que resulta aplicable el Derecho de la Competencia a la diversidad de los acuerdos para los que se solicita autorización singular y, concretamente, las prohibiciones de los acuerdos de no competencia establecidas por los arts. 1.1 LDC y 81.1 TCE; no habiendo sido nunca declarados exentos en virtud del Reglamento 1984/83 o del 2790/99, que lo sustituye, que impiden entender los contratos como genuinos de agencia por la asunción de riesgos de los arrendatarios y las especialmente graves restricciones de la competencia que contienen; y no pudiendo ser autorizados debido a las mismas razones que no permiten constituir una forma de cooperación lícita; el Tribunal llega a la conclusión de que procede, en virtud de lo dispuesto en el art. 4 LDC, denegar la autorización singular solicitada y, según lo establecido en el art. 46.3 LDC, intimar a BP para que desista de las conductas prohibidas, que no han sido declaradas exentas, previniéndola de que, de no hacerlo, incurriría en las sanciones previstas en el art. 10 LDC.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia,

HA RESUELTO

Primero.- Denegar la autorización singular solicitada por BP OIL ESPAÑA S.A. para veintidós contratos existentes entre la misma compañía y veinticuatro estaciones de servicio para la distribución en exclusiva de todos los carburantes

que expendan.

Segundo.- Intimar a BP OIL ESPAÑA S.A. para que desista de las conductas prohibidas, que no han sido declaradas exentas, previniéndola de que si, con posterioridad a la notificación de esta Resolución, desobedeciera esta intimación, incurrirá en las sanciones previstas en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

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