



**PRO/CNMC/001/14 PROPUESTA DE
LA CNMC EN RELACIÓN CON LA
MODIFICACION DEL ARTICULO 43
BIS DE LA LEY 34/1998, DE 7 DE
OCTUBRE, DEL SECTOR DE
HIDROCARBUROS**

13 de febrero de 2014

Índice

I ANTECEDENTES Y CONTENIDO	3
II VALORACIÓN	6
III CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE REDACCIÓN	11

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su reunión de 13 de febrero de 2014 ha aprobado el siguiente informe propuesta en relación con la incorporación, a través de determinadas enmiendas parlamentarias en la tramitación de la Ley 11/2013, de un nuevo apartado 4 en el artículo 43.bis de la Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y de un nuevo párrafo en la Disposición adicional cuarta de la Ley 11/2013.

El presente informe se adopta en el ejercicio de las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de promover la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en particular en aplicación del artículo 5.1.h de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

I. ANTECEDENTES Y CONTENIDO

Las restricciones a la competencia presentes en el mercado mayorista y minorista de carburantes han sido puestas de manifiesto en diversas ocasiones a través de diferentes pronunciamientos de las extintas CNC¹ y CNE².

En particular, en septiembre de 2012 el Informe de la CNC sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España, enumeraba una serie de medidas específicas para fortalecer la competencia tanto en el segmento mayorista como minorista del mercado, que de acuerdo con el mismo deberían ser llevadas a cabo simultáneamente para garantizar la eliminación de los problemas detectados.

En lo que respecta al segmento minorista el informe proponía, entre otras, favorecer la apertura de nuevas instalaciones de servicio, la reducción de la duración de los contratos de suministro en exclusiva o la limitación de las recomendaciones de precios de venta al público y de los incentivos a la coordinación entre empresas.

¹ Ejemplo de ello son el Informe sobre la Competencia en el Sector de Carburantes de Automoción (2009), Informe de seguimiento del Informe de Carburantes para Automoción de la CNC (2011), Informe de seguimiento del mercado de distribución de carburantes de automoción en España (2012), e Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España (2012). Todos ellos disponibles en www.cnmc.es

² Informe en relación al análisis del mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio, de 10 de octubre de 2012 e Informe sobre el efecto del día de la semana en la determinación de los precios de los carburantes, de 7 de marzo de 2013.

Adicionalmente, estas cuestiones se pusieron de manifiesto por la CNC en el ejercicio de su potestad sancionadora, en el expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP en el que el Consejo del extinto organismo consideró que las citadas operadoras desarrollaban a través de sus relaciones contractuales con las estaciones de servicio determinadas prácticas comerciales equivalentes a la fijación indirecta de los precios de venta al público imponiendo por ello una sanción a los citados operadores.

Haciéndose eco de las recomendaciones, el Gobierno adoptó el **Real Decreto Ley 4/2013**, de 22 de febrero, posteriormente tramitado y aprobado por el Parlamento como **Ley 11/2013**, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y estímulo del crecimiento y de la creación del empleo, cuyas disposiciones **incluían cambios en la Ley 34/1998**, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, **orientados al impulso de la competencia** en el mercado.

De este modo, tal y como reconoce la propia exposición de motivos del Real Decreto Ley:

*“Dado el actual escenario de recesión económica y teniendo en cuenta la evolución de las cotizaciones de los productos petrolíferos, se considera justificado por razones de interés nacional, velar por la estabilidad de los precios de los combustibles de automoción y adoptar **medidas directas de impacto inmediato sobre los precios de los carburantes**, al tiempo que permitirán un funcionamiento más eficiente de este mercado. .../...*

*En este sentido, se adoptan una serie de medidas tanto en el mercado mayorista como en el minorista, que permitirán incrementar la competencia efectiva en el sector, **reduciendo las barreras de entrada a nuevos entrantes** y repercutiendo positivamente en el bienestar de los ciudadanos. .../...*

*En el ámbito minorista del sector, se proponen medidas para eliminar barreras administrativas, simplificar trámites a la apertura de nuevas instalaciones de suministro minorista de carburantes y **medidas para fomentar la entrada de nuevos operadores**. .../...*

*De forma adicional a las dificultades para el establecimiento de nuevas estaciones de servicio, **la existencia de contratos de suministro al por menor en exclusiva se considera una de las principales barreras de entrada y expansión de operadores en España alternativos a los operadores principales**. Las restricciones contractuales que actualmente aparecen en los contratos en exclusiva, limitan la **competencia en el sector**, lo que perjudica a los consumidores. Para paliar dicho efecto, se añade un nuevo artículo 43 bis a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, **para establecer condiciones más estrictas para la***

suscripción de contratos de suministro en exclusiva y prohibiendo las recomendaciones de precio de venta al público. Se persigue evitar regímenes económicos de gestión de estaciones de servicio con contratos en exclusiva en los que el distribuidor minorista actúa como un revendedor con descuento fijo o como un comisionista. En estos regímenes, el precio recomendado o el precio máximo, son parámetros fundamentales en el establecimiento del precio de adquisición del producto, fomentando el alineamiento de precios entre estaciones de servicio abanderadas, reduciéndose así la **competencia intramarca**.

Asimismo, y de manera transitoria, se limita el crecimiento en número de instalaciones de venta de productos petrolíferos a los principales operadores de cada provincia

En correlación con lo anterior, el apartado tres del artículo 39 del citado Real Decreto Ley modifica la Ley de Hidrocarburos añadiendo el siguiente inciso:

“Artículo 43 bis. Limitaciones a los vínculos contractuales de suministro en exclusiva.

1. Los vínculos contractuales de suministro en exclusiva referidos en el artículo 43 de la presente ley, deberán cumplir las siguientes condiciones:

a. La **duración máxima** del contrato será de **un año**. Este contrato se prorrogará por un año, automáticamente, hasta un máximo de tres años consecutivos, salvo que el distribuidor al por menor de productos petrolíferos manifieste, con un mes de antelación como mínimo a la fecha de finalización del contrato, su intención de resolverlo.

b. **No podrán contener cláusulas exclusivas que fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible.**

2. Se considerarán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas contractuales en las que se establezca una duración del contrato diferente a la recogida en el apartado 1, o que determinen el precio de venta del combustible en referencia a un determinado precio fijo o recomendado, o cualesquiera otras que contribuyan a una fijación indirecta del precio de venta.

3. Los operadores al por mayor comunicarán a la Dirección General de Política Energética y Minas la suscripción de este tipo de contratos, incluyendo la fecha de su finalización, la cual será publicada en la web oficial del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.”

Las dos exigencias de adaptación de los contratos previstas en este nuevo artículo 43 bis de la Ley de Hidrocarburos quedaban afectadas por una disposición adicional que concede un plazo de adaptación a los contratos. Así, la disposición adicional cuarta señalaba:

“Disposición adicional cuarta. Plazo de adaptación de los contratos de distribución.

Los contratos de distribución en exclusiva afectados por el artículo 43 bis, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos deberán adaptarse en el periodo de 12 meses desde la entrada en vigor de la presente ley. Estos contratos no podrán incluir cláusulas que, directa o indirectamente, obliguen a su renovación, reputándose en todo caso nulas las así incluidas.”

Posteriormente, **en la tramitación del citado Real Decreto Ley como Proyecto de Ley** y su configuración como Ley 11/2013, la redacción de dicho artículo 43 bis se vio modificada a través de la **inclusión de un apartado 4 en el precitado artículo y de un nuevo párrafo en la Disposición adicional** correspondiente:

“4. Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor”.

Nuevo párrafo de la Disposición adicional cuarta:

“Este horizonte temporal no será de aplicación cuando el proveedor tenga en vigor un contrato de arrendamiento de los locales o terrenos u ostente un derecho real limitado respecto a terceros, siempre y cuando la duración de los contratos de suministro en exclusiva no exceda de la duración del contrato de arrendamiento o del derecho real sobre los locales o terrenos.”

II VALORACION

Desde el punto de vista de la competencia, la CNMC valora positivamente las modificaciones introducidas en la Ley de Hidrocarburos (salvo en lo relacionado con los nuevos apartados introducidos en la tramitación parlamentaria como se indica más adelante) toda vez que se encuentran en línea con los pronunciamientos y recomendaciones anteriormente citados.

Básicamente, el nuevo artículo 43bis introduce dos limitaciones a los contratos en exclusiva (letras (a) y (b) del apartado 1) que vienen a paliar dos efectos anticompetitivos cuya presencia en el mercado se acumula, pero que son de naturaleza distinta. Además, las limitaciones o prohibiciones introducidas por este nuevo artículo en la normativa sectorial (Ley de Hidrocarburos) son incluso más estrictas en algunos aspectos que los límites máximos marcados por la normativa comunitaria de defensa de la competencia (de aplicación directa en nuestro país), lo que es posible y encontraría perfecta lógica teniendo en cuenta la situación de debilidad competitiva del mercado español de distribución minorista de carburantes.

El nuevo límite temporal de las exclusivas previsto en la letra (a)

Así, la letra (a) pretende evitar el efecto cierre de mercado que las cláusulas de marca única o compra exclusiva tienen frente a proveedores nuevos o distintos de los ya asentados. Tal y como reconoce la exposición de motivos, se trata de reducir las barreras de entrada a los nuevos operadores, siendo las cláusulas de distribución en exclusiva una de las principales barreras de entrada y expansión de los operadores alternativos. Por ello, se establecen condiciones más estrictas para la suscripción de contratos de distribución en exclusiva.

De este modo, la normativa sectorial española está introduciendo para todos los operadores, con independencia de su cuota de mercado, un límite temporal a las duraciones de los contratos de suministro en exclusiva, tres años máximo, más exigente que la duración de 5 años que la normativa comunitaria ha considerado como máximo para que aquéllos operadores con cuotas inferiores al 30% puedan beneficiarse de una exención automática. Para todos los contratos afectados por esta nueva exigencia, la Ley sectorial (Disposición adicional cuarta de la Ley 11/2013) prevé un plazo de adaptación de 12 meses, que concluiría el 28 de julio de 2014.

Bajo estas consideraciones, la inclusión en el trámite parlamentario del **nuevo apartado 4** en el que se exonera del cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo a determinadas estaciones de servicio del grupo de las que en terminología del sector se denominan contratos CODO³, en concreto, aquellas cuyos locales y terrenos sean plena propiedad del proveedor pero que son gestionadas por terceros empresarios, ha de valorarse **como coherente en relación con el apartado (a) del citado artículo 43 bis**.

La razón reside en que la exclusión de la limitación en la duración en los contratos de suministro en exclusiva en ese tipo de establecimientos se encontraría en concordancia con el Reglamento⁴ y las Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comisión Europea⁵, en los que en el Artículo 5.2 y en el Apartado 67, respectivamente determinan que “ *El plazo máximo de cinco años no se aplica si el comprador revende los bienes o servicios «desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador» (...)*”, supuesto en el cual se encontrarían los establecimientos a los que hace referencia este apartado 4. Es decir, siendo los terrenos **propiedad plena** del operador no cabe esperar que la reducción de la duración de los contratos vaya a aliviar el

³ *Company Owned, Dealer Operated.*

⁴ Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril. DOCE 23 de abril de 2010

⁵ Comunicación (2010/C 130/01). DOCE 19 de mayo de 2010.

efecto cierre de mercado, puesto que dichas estaciones seguirán bajo la misma marca, con independencia del distribuidor escogido. En este sentido, queda explicado por las propias líneas Directrices en el mismo párrafo 67: *“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 sin su permiso.”*

Ahora bien, el nuevo párrafo de la Disposición adicional cuarta pudiera estar conduciendo asimismo a alguna interpretación que ya no sería coherente con el objetivo perseguido ni mucho menos con la normativa comunitaria o nacional de competencia. Dicho nuevo párrafo viene a exceptuar de la necesaria adaptación al límite máximo de tres años a determinados casos dentro también del grupo de contratos que en terminología del sector se denominan CODOs, pero que no han sido excluidos expresamente por el apartado 4, en concreto, aquellos casos en que la propiedad sobre los terrenos o los locales que ostenta el proveedor no sea plena, sino en virtud de un contrato de arrendamiento o de un derecho real limitado respecto a terceros, de una determinada duración.

De acuerdo con la normativa de competencia y con el objetivo perseguido por la reforma cuando el operador petrolífero es temporalmente propietario “no pleno” o arrendatario de los terrenos o los locales, ya que han sido temporalmente arrendados o adquiridos vía derecho real a un tercero no vinculado al distribuidor (ver subrayado párrafo 67 antes transcrito), no cabría esperar que durante dicho periodo haya una marca distinta a la del proveedor y, en este caso, se aplicaría la misma lógica antes aludida.

No obstante, en aquellos otros casos -también típicamente dentro del grupo denominado CODOs- en los que la propiedad temporal y no plena hubiera sido adquirida mediante un arrendamiento o un derecho real al mismo distribuidor o a una persona vinculada a éste, lo coherente con la normativa de competencia es la aplicación del régimen más estricto de la normativa sectorial.

En efecto, este tipo de situaciones han sido analizadas por las autoridades nacionales y comunitarias de competencia concluyendo que las mismas, dada su duración y efectos acumulados, contribuyen al cierre de mercado. Por lo tanto, en estos casos no resulta coherente con la lógica de exceptuar del límite temporal como ocurre con los casos de propiedad plena del proveedor o adquirida temporalmente de un tercero, ya que abriría la puerta a que el proveedor, mediante construcciones jurídicas cruzadas, pudiera eludir la obligación y desvirtuar el objetivo último de evitar el cierre de mercado. En este sentido, el Reglamento y las Directrices antes citadas son claras al señalar expresamente, para poder exceptuar del límite temporal, solo aquellos casos en los que los terrenos o locales sean arrendados a un tercero no vinculado al distribuidor. Pero además, las Directrices en el mismo Apartado 67 advierten

que *“No pueden acogerse a esta excepción las estrategias artificiales de propiedad, como la transferencia por el distribuidor de sus derechos de propiedad sobre el terreno y locales al proveedor por un periodo limitado, destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años”*.

En definitiva, de acuerdo con la normativa de competencia -y con el objeto de la norma sectorial-:

- Aquellos casos en los que la estación es propiedad plena del proveedor resulta coherente no someterlos a una duración máxima de la exclusiva.
- Aquellos casos en los que el proveedor ostenta un derecho real temporal limitado frente a un tercero distinto y no vinculado al distribuidor o ha sido arrendada a un tercero distinto y no vinculado al distribuidor, cabría exceptuar su adaptación al límite de los tres años mientras dure el contrato de arrendamiento o el derecho real.
- En el resto de casos, en los que la propiedad temporal, vía derecho real limitado o vía contrato de arrendamiento, ha sido obtenida del mismo distribuidor o de una persona vinculada a éste, aun cuando vengán denominándose CODO, o incluso DODOs, la norma sectorial obligaría a la adaptación al plazo de tres años.

En cualquier caso, hay que subrayar que, con independencia de los límites más estrictos previstos en la normativa sectorial, los límites previstos y sancionados por la normativa de competencia resultan de aplicación directa, ya que la normativa sectorial no prevé una excepción a la normativa de competencia, sino al contrario, un límite más estricto, que se justifica en una situación competitiva especial. En todo caso, la normativa comunitaria de competencia nunca podría ser exceptuada por una norma sectorial nacional, dado los principios de prevalencia y de aplicación directa del derecho comunitario.

La nueva prohibición de determinar los precios de reventa prevista en la letra (b)

La letra (b) del nuevo Artículo 43.1 pretende evitar que determinadas cláusulas por si solas o en conjunción con el resto de prácticas comerciales presentes en las relaciones comerciales entre los proveedores y los empresarios distribuidores contribuyan a la fijación vertical de los precios, lo que reduce la competencia intramarca y facilita, a su vez, el alineamiento de precios intermarca.

Han sido igualmente numerosos los pronunciamientos de las autoridades nacionales y comunitarias de competencia sobre los efectos que las cláusulas de fijación o recomendación de precios tienen por si solas o en conjunción con otras prácticas comerciales sobre los precios finales y la intensidad de la competencia. Por tanto, esta nueva limitación prevista en la letra (b) para la

normativa sectorial está en línea y es coherente con la normativa, la doctrina y la jurisprudencia de defensa de la competencia.

Sin embargo, como en el caso anterior, no se entiende la adición del nuevo apartado 4 del Artículo 43 bis que, **en relación con la letra (b), supone una merma en el impacto positivo** que dichas modificaciones pretenden operar sobre las restricciones a la competencia presentes en el sector, excluyendo del alcance de la limitación a aquellos casos de estaciones de servicio, dentro del grupo de contratos CODO, en los que el proveedor sea propietario pleno de la estación.

Lo mismo cabría decir de una interpretación del segundo párrafo añadido a la Disposición adicional cuarta a través de la cual se interpretase que dicho precepto exceptúa del plazo de adaptación de los contratos en relación con la limitación prevista en la letra (b) del artículo 43bis a aquellas estaciones de tipo CODO, en los que el proveedor ostente un derecho real limitado frente a terceros o un contrato de arrendamiento.

En primer lugar, ambas exclusiones del efecto de la limitación prevista en la letra (b), teniendo en cuenta la voluntad del legislador expresada en la exposición de motivos, crean inseguridad jurídica ya que carecen de una coherencia lógica con el objetivo de la normativa promulgada de carácter procompetitivo.

Desde el punto de vista de la aplicación de la normativa de competencia nacional y comunitaria, lo relevante es que cualquier empresario independiente, como sujeto de las normas de la competencia, con independencia del calificativo jurídico que tenga el contrato que le une al proveedor (revendedor o comisionista) y con independencia también del régimen de propiedad de los terrenos desde los que opera, tenga libertad para fijar autónomamente su política de precios y debe poder participar en el juego de la competencia intramarca.

Por ello, **la exoneración de la prohibición del artículo 43bis.1(b) introducida por el nuevo apartado 4 para determinados contratos de suministro de las estaciones de servicio CODO o la eventual exoneración a adaptarse para otro grupo de contratos CODO que podría interpretarse del nuevo párrafo de la Disposición adicional cuarta, no implica de facto** que la suscripción de dichas cláusulas o la realización de las prácticas comerciales, que dicha letra (b) pretende evitar, fuera compatible con la normativa de competencia, tanto española como comunitaria, cuestión puesta de manifiesto en la Resolución de la CNMC, de 20 de diciembre, VS/0652/07 (REPSOL/CEPSA/BP).

III. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

Por todo lo que antecede, la CNMC **considera conveniente la modificación del inciso 4 del artículo 43 bis y del segundo párrafo de la Disposición adicional cuarta de la normativa citada**, con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica de la reforma, eliminando elementos de incertidumbre, y con el objetivo de promover la competencia efectiva en el mercado minorista de hidrocarburos. En concreto, sugiere para dichas disposiciones una redacción alternativa, por ejemplo la siguiente:

“Artículo 43 bis. Limitaciones a los vínculos contractuales de suministro en exclusiva.

1. *Los vínculos contractuales de suministro en exclusiva deberán cumplir las siguientes condiciones:*

a) *La duración máxima del contrato será de un año. Este contrato se prorrogará por un año, automáticamente, por un máximo de dos prórrogas, salvo que el distribuidor al por menor de productos petrolíferos manifieste, con un mes de antelación como mínimo a la fecha de finalización del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, su intención de resolverlo.*

b) *No podrán contener cláusulas exclusivas que, de forma individual o conjunta, fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible.*

2. *Se considerarán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas contractuales en las que se establezca una duración del contrato diferente a la recogida en el apartado 1, o que determinen el precio de venta del combustible en referencia a un determinado precio fijo, máximo o recomendado, o cualesquiera otras que contribuyan a una fijación indirecta del precio de venta.*

3. *Los operadores al por mayor comunicarán a la Dirección General de Política Energética y Minas la suscripción de este tipo de contratos, incluyendo la fecha de su finalización, la cual será publicada en la web oficial del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.*

4. **Lo dispuesto en el presente artículo en relación con la limitación incluida en su apartado 1.a) no será de aplicación cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor.**

Disposición adicional cuarta. Plazo de adaptación de los contratos de distribución.

Los contratos de distribución en exclusiva afectados por el artículo 43 bis, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos deberán adaptarse

en el periodo de 12 meses desde la entrada en vigor de la presente ley. Estos contratos no podrán incluir cláusulas que, directa o indirectamente, obliguen a su renovación, reputándose en todo caso nulas las así incluidas.

*Este horizonte temporal no será de aplicación **en relación con lo previsto en el apartado 1.a)** cuando el proveedor tenga en vigor un contrato de arrendamiento de los locales o terrenos u ostente un derecho real limitado respecto a terceros, **siempre y cuando el arrendador o el cesionario del derecho real sea un tercero distinto y ajeno al distribuidor** y siempre y cuando la duración de los contratos de suministro en exclusiva no exceda de la duración del contrato de arrendamiento o del derecho real sobre los locales o terrenos.”*

