

## RESOLUCIÓN

### S/0030/19 PERITAJES ESTACIONES DE SERVICIO

#### CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

##### Presidente

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

##### Consejeros

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

##### Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 2 de febrero de 2021.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente S/0030/19, PERITAJES ESTACIONES DE SERVICIO, tramitado ante la denuncia formulada por parte de la Asociación Nacional de Estaciones de Servicio Automáticas (en lo sucesivo, “**AESAE**”) contra las empresas RETAILGAS, S.A. (en adelante, “**RETAILGAS**”) y EMOCAM MANAGEMENT, S.L. (en lo sucesivo, “**EMOCAM**”) por la comisión de una presunta práctica contraria al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

## ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO .....	3
II.	LAS PARTES .....	4
1.	DENUNCIANTE: ASOCIACIÓN NACIONAL DE ESTACIONES DE SERVICIO AUTOMÁTICAS (AESAE).....	4
2.	DENUNCIADAS: .....	5
III.	MARCO NORMATIVO DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO .....	5
V.	MERCADO AFECTADO .....	8
3.1.	Mercado de producto .....	8
3.2.	Mercado geográfico .....	9
VI.	HECHOS PROBADOS.....	9
1.	Decisión de la AESAE de presentar alegaciones al <i>Proyecto</i> .....	10
2.	Rechazo de EMOCAM a la realización del informe de peritaje del <i>Proyecto</i> 10	
3.	Rechazo de RETAILGAS a la realización del informe de peritaje del <i>Proyecto</i> .....	11
4.	Rechazo de EMOCAM a la realización del informe de peritaje del <i>RD 706/2017</i> .....	12
VII.	FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	13
	PRIMERO. - Competencia para resolver. ....	13
	SEGUNDO. - Objeto de la Resolución y propuesta del órgano instructor.....	14
	TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia.....	14
	HA RESUELTO .....	19

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 20 de febrero de 2018, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) escrito de la Asociación Nacional de Estaciones de Servicio Automáticas (en adelante, **AESAE**) (folios 1 a 57), en el que denunciaba a las empresas RETAILGAS, S.A. (en adelante, **RETAILGAS**) y EMOCAM MANAGEMENT, S.L. (en lo sucesivo, **EMOCAM**) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en acuerdos colusorios mediante los que habrían impedido a la AESAE presentar alegaciones contra el “*Borrador de Proyecto del Decreto sobre requisitos que deben cumplir las instalaciones desatendidas para suministro a vehículos en la Comunidad Autónoma del País Vasco*” (en adelante, **el Proyecto**), al rechazar realizar los informes de peritaje solicitados por la asociación.

La AESAE también denuncia que esta conducta anticompetitiva fue llevada a cabo por EMOCAM con ocasión de la solicitud de informe de peritaje en relación con el “*Real Decreto 706/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la instrucción técnica complementaria MI-IP 04 Instalaciones para suministro a vehículos y se regulan determinados aspectos de la reglamentación de instalaciones petrolíferas*” (en adelante, el **RD 706/2017**).

Asimismo, solicita como medida cautelar el requerimiento al Gobierno Vasco para que suspenda el procedimiento de aprobación del *Proyecto*.

2. El 2 de septiembre de 2019, la Dirección de Competencia (en adelante, **DC**) efectuó sendos requerimientos de información a las denunciadas (folios 58 a 70) en los que les solicitó información: (i) sobre las causas y circunstancias en virtud de las cuales habían rechazado la realización de los informes de peritaje solicitados por la AESAE; y, (ii) sobre la existencia de otras empresas en el mercado español que hubieran podido realizar el trabajo requerido por la Asociación.

Dichos requerimientos fueron contestados el 11 de septiembre de 2019 por RETAILGAS (folios 71 a 100) y el 12 de septiembre de 2019 por EMOCAM (folios 101 a 132).

3. Con fecha 21 de mayo de 2020, la 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, al considerar que en los hechos denunciados no se apreciaban indicios de infracción de la LDC (folios 133 a 147).

4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia (**RDC**), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, también con fecha 21 de mayo de 2020 la DC elevó a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC su propuesta de archivo.
5. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 2 de febrero de 2021.

## **II. LAS PARTES**

Son partes en el presente expediente las siguientes entidades:

### **1. DENUNCIANTE: ASOCIACIÓN NACIONAL DE ESTACIONES DE SERVICIO AUTOMÁTICAS (AESAE)**

La AESAE<sup>1</sup> fue constituida como asociación con personalidad jurídica y sin ánimo de lucro en 2015, con vocación de dar voz y unir al sector de las estaciones de servicio automáticas.

Sus fines son: (i) la defensa y promoción de los intereses del sector del suministro al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público; y (ii) la promoción y salvaguarda de la imagen del sector en el conjunto del territorio nacional.

A dichos efectos, la AESAE lleva a cabo las actuaciones necesarias para la defensa de los intereses de sus asociados ante las autoridades competentes, en aras de la defensa de la unidad de mercado, de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios y demás principios de aplicación en los que se basa el mercado único.

Agrupar el 50% de las estaciones de servicio ubicadas en España y tiene su sede social en Madrid.

---

<sup>1</sup> <http://www.aesae.es/>

## 2. DENUNCIADAS:

### - RETAILGAS, S.A. (RETAILGAS)

RETAILGAS<sup>2</sup> es una empresa que desarrolla servicios técnicos de ingeniería civil y otras actividades relacionadas con el asesoramiento técnico. Fue constituida en 1990 con la finalidad de desarrollar un concepto de ingeniería industrial aplicada al sector de retail petróleo y otros sectores de retail. Actualmente es referente en soluciones de diseño, construcción y mantenimiento de activos en sectores de retail organizado, aunque también trabaja en otros sectores, como comunicaciones, energía o AEC, siendo pionera en aplicaciones inteligentes para la gestión técnica de las redes.

La citada empresa cuenta con 61 empleados y tiene su sede social en Madrid.

### - EMOCAM MANAGEMENT & CONSULTING, S.L. (EMOCAM)

EMOCAM<sup>3</sup> nació en 2006 agrupando la experiencia previa en los sectores del diseño, construcción, instalaciones, telecomunicaciones y transportes. Está enfocada a cubrir todos los aspectos relacionados con la concreción de un proyecto a través de sus departamentos de arquitectura e ingeniería, desde su estructuración hasta la puesta en marcha.

La citada empresa cuenta con 10 empleados.

## III. MARCO NORMATIVO DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO

Los hitos normativos más relevantes en el sector de las estaciones de servicio (en lo sucesivo, “EES”) vienen constituidos por las siguientes normas:

- Ley 37/1988, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos reconoce en su artículo 43.2 la libertad de ejercicio de la actividad de distribución al por menor del carburante y combustibles petrolíferos por personas físicas o jurídicas y establece que dichas instalaciones deberán cumplir con la normativa vigente de aplicación.

---

<sup>2</sup> <https://retailgas.com/>

<sup>3</sup> <https://emocam.es/>

- El Real Decreto 1905/1995, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público y se desarrolla la disposición adicional primera de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero: define a la estación de servicio como aquella que destina a la venta al público tres o más productos entre gasolinas y gasóleos de automoción.
- El Real Decreto 706/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la instrucción técnica complementaria MI-IP 04 «Instalaciones para suministro a vehículos» y se regulan determinados aspectos de la reglamentación de instalaciones petrolíferas: establece que todas las EESS deben: (i) cumplir con los actos de control preceptivos, de acuerdo con las instrucciones técnicas complementarias (ITC) que establecen condiciones técnicas y de seguridad de las instalaciones, (ii) cumplir con la normativa vigente referente a metrología, (iii) observar la normativa relativa a la protección de los consumidores y usuarios y (iv) cumplir con la normativa específica desarrollada por las CCAA.
- El Real Decreto 2201/1995 de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria MI- IP 04 “instalaciones fijas para distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público”: distingue entre instalaciones atendidas, desatendidas y en régimen de autoservicio. Las instalaciones desatendidas o automáticas son aquellas en las que el suministro de carburantes al vehículo lo realiza el usuario directamente, incluyendo tanto el repostaje físico como el pago por el carburante y, por tanto, no cuentan con personal para realizar estas funciones.

#### **IV. EL SECTOR DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO EN ESPAÑA**

La distribución minorista de carburantes de automoción a través de EESS es importante para la economía española<sup>4</sup>, tanto por su peso económico, superior los 40.000 millones de euros al año, como por sus efectos sobre la movilidad de la población, el transporte de mercancías por carretera y la competitividad

---

<sup>4</sup> Información obtenida del documento “*PRO/CNMC/002/16 Propuesta referente a la regulación del mercado de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio desatendidas*”.

general de las empresas en el mercado nacional y en los mercados de exportación, fundamentalmente los de la Unión Europea.

En los últimos años el mercado de distribución en España se ha caracterizado por un número creciente de EESS, aumentando un 16% en 2018 con respecto a 2011.

El segmento minorista de suministro de carburantes de automoción a través de EESS es un mercado con una oferta altamente concentrada, horizontal y verticalmente, con una demanda atomizada. Atendiendo al tipo de operador, la mayor parte de las EESS están integradas en las redes de operadores verticalmente integrados con actividad de refino en España (Repsol, Cepsa y BP). Otra parte de las EESS están vinculadas a operadores mayoristas sin capacidad de refino en España (las denominadas “otras abanderadas”)<sup>5</sup>. El resto lo componen EESS independientes, que no están vinculadas a operadores mayoristas o con capacidad de refino en España, ni tienen contratos de exclusividad de suministro con ningún operador. Las EESS automáticas o desatendidas están vinculadas principalmente a distribuidores independientes.

En relación con la penetración de EESS automáticas o desatendidas, España se coloca por debajo de la media de la Unión Europea con una penetración del 5% sobre el total de EESS<sup>6</sup>, pues este formato es de reciente aparición.

Según la AESAE, existen en la actualidad 882 EESS automáticas independientes en España, estando muy concentradas en unas pocas CCAA: Cataluña, Comunidad Valenciana, Andalucía y Madrid, en las que se ubica el 72%.

---

<sup>5</sup> Disa, Dyneff España S.L.; ERG Petroleos, S.A., Esergui S.A; Fuel Iberia, S.L.U., Galp, Kuwait Petroleum España S.A., Noroil S.A.; Saras Energía, S.A; Shell España, S.A., Total España, S.A., Tomoil España, S.A.

<sup>6</sup> Información obtenida del “Informe E/CNMC/005/19 Análisis del efecto competitivo de la entrada de gasolineras automáticas en el mercado de distribución minorista de carburantes” de junio de 2019.

## V. MERCADO AFECTADO

### 5.1. Mercado de producto

De acuerdo con precedentes comunitarios<sup>7</sup> y nacionales<sup>8</sup>, la práctica denunciada tiene lugar en el sector de los servicios de ingeniería y consultoría, por lo que es éste su mercado de producto afectado.

El sector de la ingeniería y la consultoría comprende las empresas que realizan sus actividades en los siguientes subsectores<sup>9</sup>: (i) ingeniería civil: principalmente, obras de transporte e hidráulicas, de gran tamaño y uso público; (ii) ingeniería para la edificación y el urbanismo: residencial, de carácter público como aeropuertos, estaciones de ferrocarril, hospitales, y de carácter privado como centros comerciales o estadios deportivos; (iii) ingeniería industrial; (iv) ingeniería y consultoría del medio ambiente; (v) servicios tecnológicos: convencionales, especiales o de información, informática y comunicación; y, (vi) dirección integrada de proyectos (Project management): es la gestión de todas las fases del ciclo de vida de la inversión.

El mercado de servicios de ingeniería y consultoría se caracteriza por estar integrado por un gran número de empresas cuya estructura empresarial tiene un perfil dual: por un lado, un reducido grupo de grandes empresas de ámbito nacional y, por otro, un gran número de pequeñas y medianas empresas de ámbito local<sup>10</sup>.

Este mercado ha experimentado un proceso de concentración que ha marcado la diferencia entre las grandes empresas con capacidad para alcanzar todas las disciplinas técnicas del mercado y aquellas empresas especializadas en ámbitos concretos con una capacidad más reducida para ofrecer a sus clientes unos servicios de mayor capacidad.

En España, en 2017 la cifra de negocios de las empresas del sector Servicios en su conjunto alcanzó los 503.942.693 de euros, el número de empresas llegó a

---

<sup>7</sup> M. 2645 SAAB/ WM- DATA AB/ SAAB CARAN JV

<sup>8</sup> Informes del Servicio de Defensa de la Competencia AGBAR/ EMTE (N-03030); AGBAR/ SCYMA (N-04080) y AGBAR/ UNIÓN FENOSA/ CAJA MADRID/ APPLUS.

<sup>9</sup> De conformidad con el Informe “*España: sector de ingeniería y consultoría*” publicado por Spain Business en el año 2011.

<sup>10</sup> Según lo establecido en el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de la operación de concentración AGBAR/ SCYMA (N-04080).



1.550.969 y el personal ocupado en el sector de referencia ascendió a 6.282.096<sup>11</sup>.

Dentro del sector Servicios en su conjunto, el peso de los Servicios Técnicos<sup>12</sup> es del 5,5%.

## 5.2. Mercado geográfico

Tanto el precedente comunitario<sup>13</sup> como los nacionales<sup>14</sup>, han señalado que el mercado de los servicios de ingeniería y consultoría es de ámbito nacional.

La Comisión Europea<sup>15</sup> ha justificado la dimensión nacional del mercado de los servicios técnicos señalando que se trata de servicios personalizados, donde los factores culturales y lingüísticos juegan un papel importante.

## VI. HECHOS PROBADOS

La AESAE denuncia a las empresas RETAILGAS y EMOCAM por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en acuerdos colusorios mediante los que habrían impedido a la asociación presentar alegaciones al *Proyecto*, al rechazar realizar los informes de peritaje solicitados por la asociación.

También denuncia que esta conducta anticompetitiva fue llevada a cabo por EMOCAM con ocasión de la solicitud de informe de peritaje en relación con el *RD 706/2017*.

La denuncia ha sido valorada por la Sala de Competencia de la CNMC partiendo de los hechos consignados por la DC en su propuesta de archivo y la documentación recabada en el expediente, hechos que se consideran probados y se exponen a continuación.

---

<sup>11</sup> Según datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (en lo sucesivo, “INE”) en junio de 2019.

<sup>12</sup> De acuerdo con el INE, los Servicios Técnicos engloban las actividades de aquellas empresas dedicadas a prestar servicios de arquitectura (asesoría técnica, proyección de edificios, supervisión de la construcción, ordenación urbana y planificación paisajística) e ingeniería (concepción de maquinaria e instalaciones industriales, actividades técnicas de ingeniería y gestión de proyectos).

<sup>13</sup> M. 2645 SAAB/ WM- DATA AB/ SAAB CARAN JV.

<sup>14</sup> Informes del Servicio de Defensa de la Competencia AGBAR/ EMTE (N-03030); AGBAR/ SCYMA (N-04080) y AGBAR/ UNIÓN FENOSA/ CAJA MADRID/ APPLUS (N-05103).

<sup>15</sup> Expediente comunitario M. 2645 SAAB/ WM- DATA AB/ SAAB CARAN JV.

## 1. Decisión de la AESAE de presentar alegaciones al *Proyecto*

El 7 de febrero de 2018, la AESAE recibió el borrador del Proyecto de Decreto del Gobierno Vasco sobre los requisitos que deben cumplir las EESS desatendidas para el suministro de vehículos en la Comunidad Autónoma del País Vasco (el Proyecto) para que, en el plazo de 20 días, aportase, en su caso, alegaciones al mismo (folios 23 a 45).

La denunciante indica que el apartado 15 de su artículo establecía una restricción de uso de EESS en función de la velocidad del viento sin justificación técnica, razón por la que decidió realizar alegaciones sobre la base de un informe de carácter técnico, consultando para ello a dos empresas de ingeniería especialistas en la extinción de incendios en EESS, EMOCAM y RETAILGAS, que declinaron realizar el trabajo.

## 2. Rechazo de EMOCAM a la realización del informe de peritaje del *Proyecto*

El 9 de febrero de 2018, la AESAE contactó con Industrias AUCA, S.L., empresa proveedora de equipos de extinción de incendios que, para la realización del peritaje, le recomendó a la empresa de ingeniería EMOCAM (folio 6).

El mismo día 9 de febrero de 2018, la AESAE contactó con EMOCAM solicitándole la remisión de una propuesta sobre el Proyecto para compararla con otras ofertas (folios 46 y 110)<sup>16</sup>.

Ese mismo día, EMOCAM mediante correo electrónico le confirmó la recepción de la solicitud y le indicó que le remitiría una respuesta antes del lunes 12 de febrero de 2018<sup>17</sup> (folios 46 y 104-132).

---

<sup>16</sup> Correo electrónico de la AESAE a EMOCAM, de 9 de febrero de 2018, alas 12:10h, adjuntado a la denuncia y al requerimiento de información efectuado por la DC a EMOCAM:

*“[...] Le mando la información del proyecto y espero nos pueda hacer su propuesta, especificando el alcance y documentación complementaria sobre experiencia/referencias etc. Necesitamos tener la propuesta el lunes por la mañana para comparar con otras propuestas. PD Ruego confirmación de recepción Saludos cordiales”*

<sup>17</sup> Correo electrónico de EMOCAM a la AESAE, de 9 de febrero de 2018 a las 12:33h, aportado junto a la denuncia y en la contestación al requerimiento de información de la DC a EMOCAM:

*«[...]Confirmo la correcta recepción. Le mando respuesta antes del lunes [...]»*

El lunes día 12 EMOCAM contestó a la AESAE que, debido al corto plazo de entrega del trabajo y a la existencia de otros asuntos previamente contratados, le resultaba imposible atender su petición<sup>18</sup> (folios 47 y 113).

La AESAE insistió y reclamó en sucesivos correos fechados entre el 12 y el 16 de febrero de 2018 la remisión del informe solicitado (folios 113 y 114)<sup>19</sup>. En su respuesta a la Asociación, EMOCAM le reiteró no haberse comprometido a realizar el trabajo en cuestión por falta de disponibilidad, como ya le había informado previamente<sup>20</sup> (folio 114).

### **3. Rechazo de RETAILGAS a la realización del informe de peritaje del Proyecto**

Ante la falta de disponibilidad de EMOCAM, la AESAE contactó nuevamente con Industrias AUCA, S.L., que le recomendó en esta ocasión a la empresa RETAILGAS (folio 6).

---

<sup>18</sup> Correo electrónico aportado por la denunciante junto a su escrito de denuncia y por EMOCAM en contestación al requerimiento de información, de fecha de 12 de febrero de 2018, a las 9:21h:

*«[...] Antes que nada disculpe que a lo largo del fin de semana no le pudiera concretar algo. Debido a la fecha tan inmediata para entregar el trabajo y que tenemos varios asuntos ya contratados, me hace imposible colaborar con ustedes. He intentado retrasar y desviar encargos que tenemos, y así liberarme de la carga de trabajo, pero me ha sido imposible. Por eso no he contestado antes, estaba pendiente a primera hora de hoy la última gestión. Lamento mucho si les he ocasionado un perjuicio por la demora en la respuesta [...]»*

<sup>19</sup> Correo electrónico de la AESAE a EMOCAM el 12 de febrero de 2018, a las 18:25h, aportado por EMOCAM en su respuesta al requerimiento de información de la DC:

*“[...] Me informa [...] (en copia) que mañana nos dará su contestación definitiva. Quedo a la espera de sus comentarios y espero que podamos trabajar juntos”.*

Correo electrónico de la AESAE a EMOCAM el 16 de febrero de 2018, a las 10:18h, aportado por EMOCAM en su respuesta al requerimiento de información de la DC:

*“[...] Nos podría concretar la fecha para la que podría enviarnos el dictamen de referencia y que el pasado día 9/02/2018 se comprometió a enviarnos antes del pasado lunes 12/02/2017. Gracias de antemano”.*

<sup>20</sup> Correo electrónico de EMOCAM a la AESAE de fecha de 16 de febrero de 2018, a las 13:49h, aportado por EMOCAM en contestación al requerimiento de información de la DC:

*«[...] Yo no me he comprometido a enviar ningún dictamen sobre el asunto de referencia. He expresado en varias ocasiones mi falta de disponibilidad para realizarlo, y sigue siendo así. Un saludo»*

El 13 de febrero de 2018, la AESAE contactó con RETAILGAS mediante conversación de mensajería instantánea (a través de WhatsApp). Ésta le indicó que valoraría la propuesta y le daría una respuesta (folio 6).

Dos días después, el 15 de febrero de 2018, el Director del Área de Operaciones de RETAILGAS contactó con la AESAE para concretar las condiciones y el alcance del peritaje<sup>21</sup> (folio 52).

Ese mismo día, el Director de Operaciones de RETAILGAS comunicó a la AESAE que la dirección de la empresa no le había autorizado a ofertar el trabajo solicitado<sup>22</sup> (folio 53).

#### **4. Rechazo de EMOCAM a la realización del informe de peritaje del RD 706/2017**

El 8 de enero de 2018<sup>23</sup> EMOCAM envió la “Oferta de servicios de ingeniería Peritaje MI-IP04” en relación con el *Real Decreto 706/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la instrucción técnica complementaria MI-IP 04 «Instalaciones para suministro a vehículos» y se regulan determinados aspectos de la reglamentación de instalaciones petrolíferas* (RD 706/2017) a la empresa NAFTĚ (folios 55 a 56 y 121 a 123), empresa que forma parte de la Junta de Gobierno de la AESAE (folios 17 y 18), previa solicitud de ésta.

Ese mismo día, NAFTĚ solicitó dos modificaciones de la oferta: una en relación con la exclusión de la subcontratación de ensayos y otra referida a una rebaja del precio. Por último, añade: “*Todo el mundo tiene conocidos que hacen informes y que intentarán hacer éste*” (folio 124)<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Correo electrónico de RETAILGAS a la AESAE, de 15 de febrero de 2018, a las 13:41h, adjuntado por la AESAE a su escrito de denuncia:

*“[...] he tratado de llamarle a su despacho y estaba reunido. Le dejo mi móvil [...]. Le ruego me llame para concretar las condiciones y alcance del peritaje. [...]”*

<sup>22</sup> Correo electrónico de RETAILGAS de 15 de febrero de 2018, a las 19:04h, aportado por AESAE en la denuncia: *«[...] Le informo que la Dirección de mi empresa no me ha autorizado para ofertar este trabajo [...]»*

<sup>23</sup> Correo electrónico de EMOCAM a la empresa NAFTĚ, de 8 de enero de 2018 a las 10:03h:

*“Buenos días [...] No tengo el correo de [...], por favor, le puedes hacer llegar esta oferta? Gracias y un saludo. [...]”*

<sup>24</sup> Correo electrónico enviado por la empresa NAFTĚ a EMOCAM, de 8 de enero de 2018, a las 10:34h:

*“[...] Lo que no está incluido es la subcontratación de ensayos, o cualquier persona que no seas tú mismo, que eres el perito. El segundo tema es el precio: si puedes, déjalo en 2.000 como te*

Casi una hora después, EMOCAM envió a NAFTË la oferta modificada, en la que constan aceptadas las modificaciones propuestas por esta última (folios 55 a 56 y 124 a 126)<sup>25</sup>.

El 16 de febrero de 2018 la AESAE solicita a EMOCAM que le remita, antes del 28 de febrero, el peritaje ofertado con fecha de 8 de enero<sup>26</sup> (folios 57 y 127).

Dos horas y media después, EMOCAM contesta a la AESAE que no tiene disponibilidad para realizar el trabajo en esa fecha ni puede indicarle fecha en la que lo podría tener disponible, por lo que anula el presupuesto enviado a NAFTË (folios 57 y 127).<sup>27</sup>

## **VII. 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 (LCNMC)*, a la CNMC compete aplicar lo dispuesto en la LDC 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 LDC.

Asimismo, el artículo 14.1, letra a), del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que la Sala de

---

*entendí en nuestra conversación telefónica. Todo el mundo tiene conocidos que hacen informes y que intentarán hacer éste. Pero como tú consideres”.*

<sup>25</sup> Correo electrónico enviado por EMOCAM a NAFTË, el 8 de enero de 2018, a las 11: 27h:

*“[...] Te mando la oferta adaptada. Gracias y un saludo”.*

<sup>26</sup> Correo electrónico de la AESAE a EMOCAM, de 16 de febrero de 2018, a las 11:36h:

*“[...] Rogamos nos remita antes del día 28/02/2017, conforme a su propuesta adjunta, el peritaje ofertado el pasado día 8/01/2018 sobre la MI-IPP 04. Una vez sea recibido y aceptado el peritaje de referencia, el precio de 2.000 euros (IVA INCLUIDO) le será abonado por transferencia el día 10 del mes siguiente. Saludos cordiales”.*

<sup>27</sup> Correo electrónico de EMOCAM a la AESAE, de 16 de febrero de 2018, a las 13:49h:

*“Lamento comunicarle que no tengo disponibilidad para realizar el trabajo en la fecha que me solicita. Así mismo, no puedo indicarle para que fecha estaría disponible, por consiguiente considere este correo como una anulación del presupuesto enviado al Señor Cesar Sala. Disculpe las molestias y un cordial saludo”.*

Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la LDC de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LCNMC.

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, tal como propone la DC, acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

El artículo 49.1 de la LDC dispone que la DC incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. Sin embargo, en el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la DC, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción.

Por otro lado, el artículo 27.1 del RDC, 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 21 de mayo de 2020, 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 el presente expediente, la AESAE denuncia a dos empresas de ingeniería, RETAILGAS y EMOCAM, por rechazar efectuar los informes de peritaje que les había solicitado con la finalidad de poder presentar alegaciones a determinadas normas reguladoras de la distribución minorista de carburantes que consideraba



que introducían restricciones excesivas e injustificadas<sup>28</sup>. La Asociación entiende que esta conducta constituye un acuerdo colusorio de los tipificados en el artículo 1 de la LDC.

La Sala se limitará a constatar, pues, si la información que consta en el expediente permite o no acreditar la existencia de prácticas contrarias al artículo 1 de la LDC, al margen de si las normas cuestionadas por la AESAE pudieran contener cláusulas restrictivas de la competencia, dado que éste no es el procedimiento en el que debe abordarse dicha cuestión.

De la propia redacción del escrito de denuncia se desprende que lo que la AESAE viene a denunciar es una presunta práctica de boicot. Como ya indicó el TDC<sup>29</sup>, el acuerdo de boicot constituye un acuerdo colusorio aunque no esté contemplado expresamente en los supuestos específicos enumerados en el artículo 1 de la LDC<sup>30</sup>, ya que debe considerarse incluido en su cláusula general al atacar directamente la libertad empresarial de un operador que se ve obligado a tomar decisiones empresariales contra su voluntad para no perjudicar sus ventas y/o abandonar el mercado. De este modo, el funcionamiento competitivo del mercado, basado en decisiones libres y autónomas, se ve alterado por la coacción ejercida.

En el presente caso, sin embargo, lo cierto es que no consta prueba alguna en el expediente que permita acreditar que RETAILGAS y EMOCAM acordaron impedir a la AESAE que presentara las alegaciones que estimara oportunas a las normas mencionadas. Tampoco existen indicios de los que pueda deducirse

---

<sup>28</sup> Borrador de Proyecto del Decreto sobre requisitos que deben cumplir las instalaciones desatendidas para suministro a vehículos en la Comunidad Autónoma del País Vasco y Real Decreto 706/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la instrucción técnica complementaria MI-IP 04 Instalaciones para suministro a vehículos y se regulan determinados aspectos de la reglamentación de instalaciones petrolíferas”.

<sup>29</sup> Resolución del TDC de 24 de octubre de 2001, Expte. 503/00, Feriantes de Huesca.

<sup>30</sup> “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

una coordinación entre ambas empresas con dicha finalidad. Ni siquiera puede hablarse de una dilación en el tiempo del estudio de la solicitud de la AESAE que impidiera a ésta presentar las alegaciones oportunas.

En relación con *el Proyecto*, la AESAE afirma que sólo disponía de 20 días hábiles para presentar las alegaciones pertinentes (folio 5). El viernes 9 de febrero contactó telefónicamente con EMOCAM (folios 46, 105 y 110), que le comunicó el primer día hábil siguiente que no podía realizar el trabajo debido a la inmediatez de la entrega, antes del 28 de febrero, y la sobrecarga de trabajo (folios 105 y 113).

Dos días después, la AESAE solicitó propuesta de oferta a RETAILGAS, que le contactó al día siguiente para concretar condiciones y alcance del peritaje (folio 52). Sin embargo, cinco horas y media después, RETAILGAS le confirmó que no podía ofertar el trabajo por decisión de su Dirección.

En relación con el informe de peritaje del RD 706/2017, el día 8 de enero de 2018 la AESAE solicitó oferta a EMOCAM a través de NAFTË (miembro de su Junta de Gobierno; folios 7; 116; 17 y 18). EMOCAM remitió oferta ese mismo día adaptada a las indicaciones de NAFTË (folios 121 a 126). Sin embargo, como la propia AESAE reconoce, no fue hasta el día 16 de febrero, más de un mes después, cuando confirmó a EMOCAM su pedido para el peritaje en base a dicha oferta<sup>31</sup> (folio 7) y le solicitó el informe para antes del 28 de febrero (folios 57 y 127). Dos horas más tarde de la recepción del correo electrónico, EMOCAM respondió a la AESAE que no tenía disponibilidad para realizar el trabajo en la fecha solicitada y anuló la oferta (folios 57 y 127).

La inminencia en las respuestas por parte de EMOCAM y/o RETAILGAS no permite apreciar una intención de agotar el plazo de alegaciones con el propósito de impedir a la AESAE que presentara aquéllas que considerara oportunas, lo que cabría esperar en caso de boicot a la asociación. Al contrario, sus respuestas fueron prácticamente inmediatas tras la solicitud de la AESAE.

Asimismo, de la información que consta en el expediente podría deducirse que la negativa a ofertar el peritaje por parte de ambas empresas constituyó una decisión unilateral de cada una de ellas. Y ello no sólo por la inmediatez de las

---

<sup>31</sup> Correo electrónico de la AESAE a EMOCAM, de 16 de febrero de 2018, a las 11:36h:

*“El 16/02/2018, AESAE confirmó a EMC3 su pedido para el peritaje sobre la restricción de la nueva ITC-MIP 04 en el repostaje de las operaciones desatendidas (75 litros ó 3 minutos) en base a la oferta realizada por EMC3 a AESAE el día 8/01/2018(Documento nº 10)”.*



respuestas otorgadas a la AESAE sino también por los motivos que justifican las mismas, que resultan razonables.

En relación con el informe de peritaje sobre *el Proyecto*, EMOCAM aduce sobrecarga de trabajo y un plazo muy corto para la elaboración del informe. Señala que le resultaba imposible elaborar el informe en 13 días porque, además, tenía ya contratado en esas fechas una carga de trabajo superior a la habitual, en torno al 25% superior al año anterior (folio 106).

Por su parte, RETAILGAS también hace referencia a la premura para elaborar el peritaje. No obstante, añade que aunque rechazó el trabajo en los términos que la AESAE le propuso, recomendó a ésta aportar una Evaluación Técnica de Idoneidad con las condiciones de viento apropiadas<sup>32</sup>, tal y como indicaba el artículo 20 del *Proyecto*, razón añadida por la que decidió no llevar a cabo un trabajo que le resultaría infructuoso (folio 74).

En cuanto al informe de peritaje del RD 706/2017, EMOCAM también alega sobrecarga de trabajo (folios 119 y 127). La misma razón que señaló en relación con el rechazo del peritaje del *Proyecto*, que tuvo lugar un día antes, por lo que la respuesta es congruente con el contexto que EMOCAM describe en esas fechas. Cabe matizar que, si bien puede considerarse que la empresa de ingeniería anuló la oferta después de mes y medio de haberla presentado, lo cierto es que no consta en el expediente que la misma fuera aceptada ni que existiera compromiso contractual con la AESAE al respecto. A lo anterior ha de añadirse que el *RD 706/2017* entró en vigor el 2 de noviembre de 2017 (tres meses y medio antes) y que la AESAE no ha justificado la urgencia de su solicitud.

La Sala considera que los motivos esgrimidos por las empresas de ingeniería para rechazar la realización de los informes de peritaje resultan razonables y plausibles.

Tampoco consta en el expediente información o documentación de los que se desprendan acuerdos tácitos entre EMOCAM y RETAILGAS que pudieran modificar la estructura o las condiciones de competencia del mercado de referencia.

---

<sup>32</sup> Especifica en su escrito que la deben solicitar a una entidad acreditada los fabricantes de los sistemas de protección contra incendios (PCI).

De hecho, existían otras empresas con capacidad suficiente para poder efectuar el trabajo. Así lo llega a reconocer la propia AESAE en el correo electrónico de 9 de febrero de 2018 a través del cual solicita a EMOCAM la remisión de una propuesta sobre *el Proyecto “para comparar con otras ofertas”* (folios 46 y 110). Incluso NAFTĚ, cuando solicita a EMOCAM una oferta en relación con el peritaje del RD 706/2017, en su correo de 8 de enero de 2018, afirma *“Todo el mundo tiene conocidos que hacen informes y que intentarán hacer éste”* (folio 124)<sup>33</sup>.

Pero también EMOCAM y RETAILGAS responden al requerimiento de información de la DC en el mismo sentido. RETAILGAS aporta consulta elevada al Colegio Oficial de Ingenieros Aeroespaciales y de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos en la que éste confirma que el informe puede ser realizado por cualquier ingeniero o ingeniero técnico (folios 75 y 99 a 100). Por su parte, EMOCAM señala que podría realizarlo cualquier técnico solvente en el manejo de la normativa de EESS y enumera las empresas que podrían llevarlo a cabo<sup>34</sup> (folio 132).

Por todo lo expuesto, no consta en el expediente información o documentación que permita cuestionar que EMOCAM y RETAILGAS no adoptaron sus decisiones de forma autónoma. No se aprecia, pues, el elemento de bilateralidad que requiere el tipo previsto en el artículo 1 de la LDC para una concordancia de voluntades anticompetitiva. A este respecto señala la jurisprudencia de la Unión Europea<sup>35</sup> que la prohibición establecida en el artículo 101 del TFUE se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre, por lo menos, dos partes. Razón por la que cuando una decisión constituye un comportamiento unilateral de la empresa, esta decisión es ajena a la prohibición del artículo 101 del TFUE.

Como consecuencia de todo lo expuesto, esta Sala considera que no existen indicios de infracción del artículo 1 de la LDC.

---

<sup>33</sup> Correo electrónico enviado por la empresa NAFTĚ a EMOCAM, de 8 de enero de 2018, a las 10:34h:

*“[...] Lo que no está incluido es la subcontratación de ensayos, o cualquier persona que no seas tú mismo, que eres el perito. El segundo tema es el precio: si puedes, déjalo en 2.000 como te entendí en nuestra conversación telefónica. Todo el mundo tiene conocidos que hacen informes y que intentarán hacer éste. Pero como tú consideres”.*

<sup>34</sup> “1. BUROTEC CONSULTORÍA TECNICA 2. CIETE 3. LUX75 INGENIERIA 4. CONTEC INGENIEROS 5. ABBENT & FISHER 6. ASEIN INGENIEROS 7. RETAILGAS 8. ATENEO 9. INIZIA INGENIEROS 10. KB INGENIERIA 11. INDEPA GASOLINERAS”

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2005, asunto T-325/01

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 la Asociación Nacional de Estaciones de Servicio Automáticas contra las empresas RETAILGAS, S.A. y EMOCAM MANAGEMENT, S.L. por considerar que en este expediente no hay indicios de infracción del artículo 1 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.