

RESOLUCIÓN

Expte. SNC/DC/044/19, REPSOL

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 20 de abril de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente SNC/DC/044/19, REPSOL, incoado por la Dirección de Competencia de la CNMC (DC) contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., por incumplimiento de Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 3 de abril de 2014 (expediente C-0550/14 REPSOL/PETROCAT).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

- (1) Mediante Resolución de 3 de abril de 2014, el Consejo de la CNMC autorizó la operación de concentración consistente en la adquisición de control exclusivo por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. (REPSOL) sobre SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS, S.A. (en adelante, PETROCAT), subordinada al cumplimiento de los compromisos propuestos por REPSOL (folios 11 a 70), de conformidad con el artículo 57.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). En dicha Resolución, el Consejo de la CNMC resolvió encomendar la vigilancia de la misma a la Dirección de Competencia en virtud de lo previsto en el artículo 19.o) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.
- (2) Los compromisos que recoge la citada Resolución se estructuran en torno a tres grandes ejes: (i) en el mercado minorista de carburantes de automoción

a través de estaciones de servicio (en adelante, EESS), se establece que REPSOL realizará todas las operaciones precisas (“transacciones pendientes”) para que no exista un incremento de la red de REPSOL en 17 EESS en la provincia de Barcelona, 4 EESS en la provincia de Tarragona, 1 EESS en la provincia de Lérida y 1 EESS en Madrid (compromisos de las Secciones B y D); (ii) en el mercado mayorista extra red o de ventas directas, REPSOL se compromete a que un determinado volumen mínimo anual del aprovisionamiento de productos, gasolinas y gasóleos de PETROCAT, sea suministrado por terceros operadores distintos de REPSOL o de sociedades del Grupo Repsol (compromiso de la Sección C); y (iii) REPSOL se compromete a remitir a la Dirección de Competencia determinada información relativa al cumplimiento de los compromisos anteriores.

- (3) Con fechas 29 de abril y 5 de mayo de 2014, REPSOL presentó ante la Dirección de Competencia de la CNMC una propuesta de plan confidencial y detallado de actuaciones para la instrumentación de los compromisos contenidos en la Resolución citada (folios 272 a 285).
- (4) Con fecha 13 de mayo de 2014, el Director de Competencia acordó, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 35.2.c) de la LDC, aprobar el plan de actuaciones (PDA) de REPSOL para dar cumplimiento a la Resolución del Consejo de la CNMC de 3 de abril de 2014.
- (5) En virtud de lo establecido en el artículo 41 de la LDC y con objeto de garantizar el cumplimiento de los compromisos propuestos por REPSOL y recogidos en la citada Resolución del Consejo de la CNMC de 3 de abril de 2014, la Dirección de Competencia abrió el expediente de vigilancia VC/0550/14.
- (6) La operación de concentración REPSOL / PETROCAT fue ejecutada el 16 de diciembre de 2014, según comunicó REPSOL a la Dirección de Competencia con fecha 3 de marzo de 2015 (folios 140 a 184).
- (7) El 21 de abril de 2017 la Dirección de Competencia notificó a REPSOL la primera propuesta de informe parcial de vigilancia. Tras las alegaciones de REPSOL a la citada propuesta recibidas en la CNMC el 26 de mayo de 2017, la Dirección de Competencia procedió a elaborar el correspondiente Informe Parcial de Vigilancia.
- (8) El 7 de noviembre de 2017, la Dirección de Competencia remitió al Consejo de la CNMC el Informe Parcial de Vigilancia en el que concluía que REPSOL habría cumplido los compromisos de las Secciones B, D y E (esta última, en lo relativo al deber de información del cumplimiento de las Secciones B y D), y que existían indicios de posible incumplimiento del compromiso de la Sección C al haberse aprovisionado PETROCAT de terceros en el primer año de su aplicación (año 2015) en una cuantía un [30-40] % inferior a la establecida en la Resolución de 3 de abril de 2014, y también del compromiso

de la Sección E en lo relativo a la información sobre el cumplimiento de este aspecto.

- (9) A la vista de este informe de vigilancia, el Consejo de la CNMC dictó Resolución de fecha 25 de enero de 2018 en el expediente VC/0550/14, interesando a la Dirección de Competencia a incoar expediente sancionador contra REPSOL por existir indicios de incumplimiento del compromiso de aprovisionamiento anual mínimo de terceros contenido en la sección C de los compromisos de la CNMC en el año 2015 y del compromiso de la Sección E de informar con carácter anual a la Dirección de Competencia sobre el cumplimiento de la Sección C de los compromisos (folios 243 a 262).
- (10) A raíz de esta Resolución, mediante Acuerdo de la Directora de Competencia de fecha 27 de agosto de 2018, se procedió a la incoación del expediente sancionador con referencia SNC/DC/059/18. Transcurrido el plazo establecido sin resolución del expediente SNC/DC/059/18, se produjo la caducidad del mismo.
- (11) Con fecha 24 de enero de 2019, mediante acuerdo de la Directora de Competencia, de conformidad con los artículos 70.2 de la LDC y 64 de la Ley 39/2015, se procedió a la incoación de expediente sancionador contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. por incumplimiento de lo dispuesto en los compromisos de la Sección C y de la Sección E de la Resolución del Consejo de la CNMC de 3 de abril de 2014 recaída en el expediente C/0550/14 REPSOL/PETROCAT. El expediente quedó registrado con el número SNC/DC/0144/18 REPSOL/PETROCAT.
- (12) Con fecha 13 de febrero de 2019, se recibió en el registro de la CNMC, escrito de alegaciones de REPSOL. En el escrito, REPSOL señalaba que la CNMC había acordado el inicio del procedimiento SNC/DC/0144/18, sin haber adoptado resolución alguna en el marco del procedimiento SNC/DC/059/18, e indicaba, asimismo, que se había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el citado acuerdo de incoación del procedimiento SNC/DC/144/18, solicitando a la CNMC que se abstuviese de realizar actuaciones en dicho expediente.
- (13) Con fecha 22 de febrero de 2019, la Dirección de Competencia remitió al Consejo de la CNMC propuesta de archivo de las actuaciones realizadas en el marco del procedimiento SNC/DC/144/18.
- (14) Mediante Resolución de fecha 28 de febrero de 2019, el Consejo de la CNMC acordó la terminación del procedimiento SNC/DC/059/18, al haberse producido la caducidad del mismo, así como el archivo de las actuaciones practicadas en el marco del procedimiento SNC/DC/144/18, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.3 de la Ley 38/2015.

- (15) A la vista de lo anterior, con fecha 22 de marzo de 2019, la Dirección de Competencia acordó la incoación de un nuevo expediente contra REPSOL que fue notificado con fecha 22 de marzo de 2019 (folios 6 a 11). Dicho expediente quedó registrado con el número SNC/DC/044/19.
- (16) Con fecha 11 de abril de 2019, REPSOL comunicó a la Dirección de Competencia que con fecha 9 de abril de 2019, había procedido a solicitar ante la Audiencia Nacional la ampliación del procedimiento especial N° 1/2019 contra el Acuerdo de Incoación de 22 de marzo de 2019, así como la solicitud de la suspensión cautelar del expediente de referencia hasta la conclusión del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona.
- (17) A la vista de lo anterior, la Dirección de Competencia procedió a suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en los artículos 70.1 y 37.1 letra d) de la LDC y 22.1 letra g) de la Ley 39/2015, desde el día 9 de abril de 2019, fecha de la solicitud de las medidas cautelares presentada por REPSOL ante la Audiencia Nacional, hasta el día siguiente de la resolución sobre las citadas medidas cautelares por dicha Audiencia Nacional.
- (18) Con fecha 9 de febrero de 2021, mediante Auto 124/2021, notificado a la Abogacía del Estado el 12 de febrero de 2021, la Audiencia Nacional denegó las medidas cautelares solicitadas por REPSOL.
- (19) Con fecha 17 de febrero de 2021, de conformidad con el artículo 12.2 RDC, la Dirección de Competencia acordó el levantamiento de la suspensión y la reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento.
- (20) Con fecha 18 de febrero y 9 de marzo de 2021 se han notificado a REPSOL requerimientos de información relativos a su volumen de negocio (folios 53 a 54 y 418 a 422).
- (21) Con fecha 19 de febrero de 2021 se ha notificado a REPSOL la deducción de testimonio de determinada información del expediente SNC/DC/059/18 al expediente de referencia (folios 58 a 59).
- (22) Con fecha el 3 de marzo de 2021 han tenido entrada las alegaciones de REPSOL al acuerdo de incoación (folios 303 a 306).
- (23) El 15 de marzo de 2021 la Directora de Competencia formuló propuesta de resolución, proponiendo, en concreto, imponer a REPSOL una multa por importe de 650.000 euros, por la infracción muy grave prevista en el artículo 64.4.c) de la LDC (por el incumplimiento del compromiso establecido en la Sección C de la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 3 de abril de 2014), y una multa por importe de 200.000 euros, por la infracción muy grave prevista en el artículo 64.4.c) de la LDC (por el incumplimiento del compromiso establecido en la Sección E de la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 3 de abril de 2014).

- (24) El 8 de abril de 2021 se han recibido las alegaciones de REPSOL a la propuesta de resolución. Por medio de estas alegaciones, REPSOL solicita a la Sala de Competencia que declare la inexistencia de la infracción imputada, o, subsidiariamente, imponga una sanción meramente simbólica. No obstante, por medio de *otrosí*, REPSOL solicita también que se declare la suspensión del procedimiento sancionador (hasta que la Audiencia Nacional resuelva el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales interpuesto contra el acuerdo de incoación), y solicita que se practique la prueba denegada por la Dirección de Competencia y que se celebre vista.
- (25) La Sala de Supervisión Regulatoria ha emitido informe, en el marco de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y en el artículo 14.2 del Estatuto Orgánico de la CNMC.

II. LAS PARTES

REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. (en adelante, REPSOL) es una sociedad que forma parte del Grupo Repsol dedicada al comercio al por mayor de petróleo y lubricantes. En concreto, está especializada en la adquisición de estos productos, su almacenaje, transporte, distribución, venta y suministro.

El Grupo, cuya matriz es la sociedad REPSOL, S.A., se encuentra verticalmente integrado en la cadena de hidrocarburos líquidos y desarrolla actividades incluyendo la exploración, desarrollo y producción de crudo, la producción y distribución de derivados del petróleo y productos petroquímicos, así como el desarrollo de actividades en el sector del gas natural y electricidad.

El 16 de diciembre de 2014 adquirió el control exclusivo de SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS, S.A. (PETROCAT), previa autorización del Consejo de la CNMC de 3 de abril de 2014, que condicionaba dicha concentración al cumplimiento de una serie de compromisos.

III. HECHOS ACREDITADOS

La conducta infractora ha quedado acreditada con base en las actuaciones seguidas por REPSOL, de cara a la vigilancia del cumplimiento de los compromisos contenidos en la Resolución por la que se autorizó la concentración C/0550/14. Hay que señalar que los hechos de que se trata no son objeto de discusión por parte de REPSOL, al margen de su calificación jurídica.

Primero. COMPROMISO RELATIVO AL APROVISIONAMIENTO MÍNIMO DE TERCEROS (SECCIÓN C).

El compromiso asumido por REPSOL en la Sección C consiste en que un volumen mínimo anual del aprovisionamiento de productos, gasolinas y gasóleos de PETROCAT, debe ser suministrado por terceros operadores distintos de REPSOL

o de sociedades del Grupo Repsol durante los cuatro años siguientes a la operación.

En concreto, el contenido íntegro de la sección C de los Compromisos es el siguiente (folios 282-283):

"Respecto al aprovisionamiento de producto (Gasolinas y Gasóleos) para la actividad de distribución de combustibles a través de las EESS gestionadas por PETROCAT distintas de las que se recogen en el Anexo 1 y para la actividad de ventas directas REPSOL se compromete a que al menos [---] m3/año del producto a adquirir por PETROCAT, a computar desde la ejecución de la operación, será suministrado por terceros operadores distintos de REPSOL o de sociedades del Grupo Repsol. El compromiso anterior quedará limitado a [---] m3/año, una vez se hayan formalizado todas las Transacciones pendientes.

Con la periodicidad y alcance que se defina en el Plan de Actuaciones, RCPP enviará a la Dirección de Competencia la documentación que permita a ésta última verificar el cumplimiento del compromiso de aprovisionamiento mínimo de terceros.

La duración de este compromiso será de cuatro años desde la ejecución de la operación con posibilidad de ejecución de reducción de su duración o modificación mediante solicitud motivada por parte de REPSOL a la Dirección de Competencia, en los términos establecidos en la Sección G". Se entenderá que se ha tomado el control efectivo cuando REPSOL esté en condiciones de (i) nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de PETROCAT; o (ii) cuando pueda ejercer derechos políticos en dicha sociedad en un porcentaje superior al 50%.

El Compromiso anterior viene referido a un volumen de productos anual a partir de la ejecución de la operación, y durante cuatro años desde dicha fecha. Por esta razón se hace preciso que, una vez ejecutada la concentración, REPSOL informe a la Dirección de Competencia de dicha circunstancia, y de la fecha efectiva de la misma. El último día del mes en que se ejecute la operación será considerada como fecha efectiva a los efectos del cumplimiento del presente Compromiso.

Para la verificación del cumplimiento de este Compromiso, transcurridos quince (15) días desde la fecha de cada aniversario de la fecha efectiva de la operación, hasta e inclusive el cuarto aniversario, REPSOL facilitará a la Dirección de Competencia una declaración anual relativa al volumen de producto (tanto gasolinas como gasóleos) adquirido por PETROCAT de terceros distintos de REPSOL o de sociedades del Grupo Repsol en el año móvil precedente. Dicha declaración identificará a los terceros suministradores junto a los volúmenes de producto suministrados."

La duración de este compromiso según se señala en la citada sección C será, en principio, de cuatro años desde la ejecución de la operación, si bien el PDA clarifica que, a estos efectos, la fecha efectiva a considerar de cara al inicio del compromiso será el último día del mes en que se ejecute la operación. De este modo, las declaraciones anuales que REPSOL habría de facilitar a la Dirección de Competencia de la CNMC se corresponden con el año natural, pues la fecha efectiva a efectos del cumplimiento de la sección C de los Compromisos sería el 31 de diciembre de 2014¹.

Transcurridos más de 15 días desde la fecha del primer aniversario de la fecha efectiva de la operación y no habiendo recibido información alguna sobre el cumplimiento de la Sección C de los compromisos, con fecha 1 de septiembre de 2016 la Dirección de Competencia realizó un requerimiento de información a REPSOL (folios 135-139), para que aportara la declaración anual relativa al volumen de producto (tanto gasolinas como gasóleos) adquirido por PETROCAT de terceros operadores distintos de REPSOL o de sociedades del Grupo REPSOL en el año móvil precedente a la fecha efectiva de la operación, incluyendo en dicha declaración anual, los contratos de suministro suscritos u ofertas spot relativas al cumplimiento del compromiso de aprovisionamiento y las facturas o documento similar que acreditaran dicha información, tal y como suscribía el Plan de Actuaciones.

Con fecha 23 de septiembre de 2016 REPSOL contestó a dicho requerimiento (folios 140-143), aportando: las facturas correspondientes a los aprovisionamientos de PETROCAT efectuados a terceros en 2015 (folios 213-240); y el volumen de aprovisionamiento anual (que no fue el del mínimo de [---] m³, sino de [---] m³), tal y como se muestra en la tabla resumen aportada por REPSOL (folio 242). Por tanto, faltaría un aprovisionamiento de [---] m³ en 2015 (lo que supone el [30-40] % del volumen mínimo comprometido) para el cumplimiento de la Sección C de los compromisos, en el primer año tras la ejecución de la operación. Esto puede observarse en la siguiente tabla aportada por REPSOL en la mencionada contestación al requerimiento de información:

¹ Con fecha 3 de marzo de 2015, REPSOL comunicó a la Dirección de Competencia que, con fecha 16 de diciembre de 2014, se otorgó escritura de compraventa de acciones en cuya virtud CEPSA vendió y transmitió a REPSOL la compra y adquisición de las 2.902.500 acciones de PETROCAT de la que CEPSA era titular, adjuntando dicha escritura de compraventa de acciones (folios 144-184).

El último día del mes en que se ejecute la operación será considerada como fecha efectiva a los efectos del cumplimiento del presente Compromiso. Por tanto, a efectos del compromiso de aprovisionamiento de terceros y de acuerdo con la información que fue remitida por REPSOL la fecha efectiva de ejecución de la operación sería el 31 de diciembre de 2014.

Cuadro 1: Relación de facturas compra carburantes a terceros

[CONFIDENCIAL]

Fuente: REPSOL. Respuesta a requerimiento de la DC de 1 de septiembre de 2016.

REPSOL termina la mencionada contestación al requerimiento de información, afirmando lo siguiente: *“En resumen, si bien el cumplimiento del Compromiso relativo al aprovisionamiento de producto por parte terceros a PETROCAT no se ha podido completar para el primer año móvil, -coincidente con el año natural 2015-, por las razones expuestas, ajenas a la voluntad de PETROCAT², ha existido en todo momento una voluntad de cumplimiento por esta parte, que se evidencia por el dato provisional acumulado de 2016, y verificable a la finalización del segundo aniversario de la fecha efectiva, para cuando la previsión de esta parte es que el volumen acumulado de producto sea superior al doble del volumen anual comprometido para ambos ejercicios”* (énfasis añadido).

Con fecha 1 de febrero de 2017, REPSOL informó sobre el cumplimiento de la Sección C de los compromisos en relación a 2016. Para ese año el aprovisionamiento de PETROCAT por terceros ascendió a [---] m³, esto es, [---] m³ por encima del volumen mínimo comprometido, lo que supone un exceso del [40-50]% del volumen mínimo comprometido para 2016 (folios 333 a 334).

Con fecha 15 de enero de 2018, REPSOL informó sobre el cumplimiento de la Sección C de los compromisos en relación a 2017. Para ese año el aprovisionamiento de PETROCAT por terceros ascendió a [---] m³, es decir, [---] m³ más que el volumen mínimo comprometido para 2017 (folios 348 a 380).

Con fecha 19 de diciembre de 2018, REPSOL informó sobre el cumplimiento de la Sección C de los compromisos en relación a 2018. Para ese año el aprovisionamiento de PETROCAT por terceros ascendió a [---] m³, [---] m³ por encima del volumen mínimo comprometido, lo que supone un exceso del [0-10] % del volumen mínimo comprometido para 2018 (folio 308).

² Estas razones, que se desarrollarán con mayor grado de detalle en la sección IV.1, hacen referencia a la situación de insolvencia financiera de PETROCAT, que generó diversos problemas: (i) el hecho de que al tiempo de la notificación de la operación los únicos suministradores de producto de la empresa fueran sus accionistas, con lo que hubo una pérdida total de la inercia negociadora y de los contactos comerciales, (ii) las suspicacias de los potenciales suministradores una vez ejecutada la operación, que encontraban extraño que PETROCAT quisiera suministrarse de terceros en vez de hacerlo internamente, (iii) la solicitud por parte del tercero seleccionado de que PETROCAT presentase garantías de pago muy exigentes.

Segundo. COMPROMISO RELATIVO A LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN A LA CNMC (SECCIÓN E).

La sección E de los Compromisos establece los siguientes compromisos adicionales de información:

"Con carácter adicional a la información que deberá enviar puntualmente REPSOL a la Dirección de Competencia en relación a las Secciones anteriores, REPSOL remitirá a la CNMC informes periódicos a detallar en el Plan de Actuaciones relacionados con el cumplimiento de todos y cada uno de los Compromisos, hasta que la CNMC dé por finalizada la vigilancia de la Resolución."

Asimismo, la sección C de los Compromisos establece lo siguiente:

"Para la verificación del cumplimiento de este Compromiso, transcurridos quince (15) días desde la fecha de cada aniversario de la fecha efectiva de la operación hasta e inclusive el cuarto aniversario, REPSOL facilitará a la Dirección de Competencia una declaración anual relativa al volumen de producto (tanto gasolinas como gasóleos) adquirido por PETROCAT de terceros distintos de REPSOL o de sociedades del Grupo Repsol en el año móvil precedente. Dicha declaración identificará a los terceros suministradores junto a los volúmenes de producto suministrados."

Según establece el PDA, hasta el cumplimiento íntegro de los Compromisos incluidos en las Secciones B y D de su Propuesta de Compromisos, REPSOL facilitará a la Dirección de Competencia un **informe trimestral** recapitulativo del estado de las Transacciones Pendientes, identificando el número de Transacciones Pendientes comunicadas, autorizadas, ejecutadas y notificadas al MINETUR, así como las Transacciones Pendientes no realizadas y el estado de las mismas.

El PDA señala que, una vez ejecutados los Compromisos incluidos en las Secciones B y D de su propuesta de Compromisos relativos a las Transacciones Pendientes, el único Compromiso subsistente será el incluido en la Sección C, relativo al volumen de aprovisionamiento por parte de PETROCAT, de productos, -gasolinas y gasóleos-, de terceros distintos de REPSOL y o de sociedades del Grupo REPSOL en el año móvil precedente, y cuyo plazo de duración es de cuatro (4) años, plazo que puede ser reducido por la Dirección de Competencia previa solicitud motivada de REPSOL.

El PDA añade que REPSOL entiende que la declaración anual que se contiene en el Apartado 2º de este Plan de Actuaciones resultará en ese caso suficiente, no siendo precisos informes periódicos adicionales a la Dirección de Competencia. En dicha declaración anual se incluirán, no obstante, los contratos de suministro suscritos u ofertas spot relativas al cumplimiento del compromiso de aprovisionamiento, y se aportarán a la Dirección de Competencia las facturas o documento similar que acredite dicha información.

Con fecha 3 de marzo de 2015, REPSOL aportó escrito a la Dirección de Competencia con el que da cumplimiento de la Sección E de los compromisos relativo a las obligaciones de información respecto a las Secciones B y D de los compromisos. Señala³:

“Una vez ejecutados los compromisos citados [se refiere a los incluidos en las Secciones B y D], el único Compromiso subsistente es el incluido en la Sección C, relativo al volumen de aprovisionamiento por parte de PETROCAT, de producto –gasolinas y gasóleos-, de terceros distintos de REPSOL y o de sociedades del Grupo REPSOL en el año móvil precedente, y cuyo plazo de duración es de cuatro (4) años, a partir de la ejecución de la operación, plazo que puede ser reducido por la Dirección de Competencia a solicitud motivada de REPSOL.

Y añade que, de conformidad con lo manifestado por REPSOL en el PDA, no son, por tanto, necesarios nuevos informes trimestrales recapitulativos, los cuales quedarán sustituidos por la declaración anual que se contiene en el Apartado 2 del PDA, relativa exclusivamente al cumplimiento del volumen de aprovisionamiento que se contiene en la Sección C de los Compromisos.

Sin embargo, la Dirección de Competencia no recibió dicho informe anual sobre la Sección C de los compromisos, que debió haberse enviado por primera vez el 15 de enero de 2016. Por ello, como ya se ha señalado, la Dirección de Competencia remitió con fecha 1 de septiembre de 2016 requerimiento de información REPSOL, que informó el 23 de septiembre de 2016 que el cumplimiento de la Sección C de los compromisos relativo al aprovisionamiento de producto por parte terceros a PETROCAT no se había podido completar para el primer año, por los motivos ya comentados en el apartado anterior, relativos a la insolvencia de PETROCAT.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA PARA RESOLVER Y PROCEDIMIENTO APLICABLE

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, a la CNMC compete “aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir o falsear la competencia”. Por otro lado, en el artículo 20.2 de la misma ley, se atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”. En consecuencia, la competencia para

³ Escrito de REPSOL de 3 de marzo de 2015 (folio 376).

resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

En materia de procedimiento, la tramitación del expediente sancionador se rige, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 15/2007 por lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Asimismo, los principios de la potestad sancionadora aparecen contemplados en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

SEGUNDO.- PROPUESTA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

En su propuesta de 15 de marzo de 2021 la DC ha considerado acreditado que REPSOL incumplió en el año 2015 dos de los compromisos a los que se vinculó la aprobación de la operación de concentración económica C/0550/14 REPSOL/PETROCAT en la Resolución de 3 de abril de 2014, en atención a lo establecido en el apartado primero de su parte dispositiva (“resuelve”).

Estos compromisos que se han considerado incumplidos en 2015 son los siguientes:

- El compromiso de la Sección C, correspondiente a un volumen de aprovisionamiento mínimo de terceros anual por parte de PETROCAT. En concreto, en el año 2015, el aprovisionamiento mínimo anual de carburantes a PETROCAT por terceros habría sido un [30-40] % inferior al volumen mínimo comprometido en la Resolución de la CNMC de 3 de abril de 2014.
- El compromiso de la Sección E en lo referente a la obligación de informar periódicamente a la CNMC sobre el cumplimiento del compromiso de la sección C. En concreto, el 15 de enero de 2016 REPSOL tenía que haber remitido la declaración anual relativa al volumen de producto adquirido por PETROCAT de terceros distintos de REPSOL o sociedades del grupo, y solo habría sido a requerimiento de la Dirección de Competencia de 1 de septiembre de 2016, cuando aportó la información.

Estos incumplimientos de los compromisos de las Secciones C y E, a los que la Resolución de 3 de abril de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia condicionaba la aprobación de la operación de concentración, constituyen dos infracciones muy graves tipificadas en el artículo 62.4.c) de la LDC, formulándose por la DC, para la primera, una propuesta de multa de 650.000 euros, y, para la segunda, de 200.000 euros.

TERCERO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

1. Tipicidad de la conducta

El artículo 62.4.c) de la LDC tipifica como infracción muy grave *“incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en*

aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.”

En relación con el cumplimiento de los compromisos detallados en la Resolución del Consejo de la CNMC del 3 de abril de 2014 del expediente C/0550/14 REPSOL/PETROCAT, y tal y como se ha constatado en el apartado anterior de esta resolución, existen elementos de prueba suficientes para acreditar que REPSOL ha incumplido determinadas obligaciones en relación con el compromiso C, dado que PETROCAT no llegó a cumplir el aprovisionamiento mínimo frente a terceros exigido para el año 2015. No obstante, también ha quedado acreditado que REPSOL cumplió el aprovisionamiento por encima del mínimo para el resto de años (2016-2018), lo cual debería tenerse en cuenta a la hora de imponer una hipotética sanción.

Asimismo, se ha acreditado que REPSOL ha incumplido el compromiso relativo a las obligaciones de información a la CNMC (Sección E), al no haber remitido el informe anual sobre la Sección C de los compromisos hasta que la Dirección de Competencia remitió a dicha empresa un requerimiento de información con fecha 1 de septiembre de 2016, que REPSOL contestó el 23 de septiembre de 2016.

Por todo ello, cabe concluir que REPSOL habría incurrido en dos infracciones muy graves conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC.

2. Sobre el incumplimiento del compromiso de la sección C

El objetivo final del compromiso de la Sección C, citado con anterioridad, era *“asegurar un aprovisionamiento mínimo a PETROCAT por otros operadores distintos de REPSOL para favorecer la presencia de suministradores en el mercado mayorista que ejerzan presión competitiva sobre la refinería de REPSOL en Tarragona y su presencia en los mercados de ventas directas en Cataluña en su conjunto”*.⁴

Tal y como admitió la propia REPSOL en su escrito de 23 de septiembre de 2016, la empresa incumplió el compromiso de la Sección C relativo al aprovisionamiento mínimo anual de carburantes de terceros en el primer año de su aplicación, que se corresponde con el año natural 2015.

En dicho escrito de 23 de septiembre de 2016, REPSOL manifestó que no se había podido dar comienzo al cumplimiento de dicho compromiso en los primeros cuatro meses de 2015, por circunstancias que no habían sido previstas en la negociación de los compromisos y que, de haberse anticipado, se habrían alegado ante la Dirección de Competencia al objeto de relajar el plazo inicial de cumplimiento de este compromiso.

⁴ Párrafo 211 de la Resolución del Consejo de la CNMC por la que se aprueba la concentración C/0550/14 REPSOL / PETROCAT.

Estas circunstancias imprevistas estaban relacionadas con la situación de insolvencia financiera de PETROCAT, lo que, en opinión de esta empresa, motivó que los únicos suministradores de producto fueran sus dos accionistas (CEPSA y REPSOL) antes de la operación de concentración. Según REPSOL, dicha situación se tradujo en una pérdida de la inercia negociadora y de los contactos comerciales de PETROCAT que hubo que retomar de nuevo a partir de enero de 2015.

En el citado escrito de 23 de septiembre de 2016, REPSOL indicaba que una vez iniciados dichos contactos y solicitadas las ofertas, PETROCAT tuvo que afrontar nuevos problemas. En particular, las suspicacias de los potenciales suministradores para los que resultaba extraño el empeño de PETROCAT de suministrarse de terceros, en vez de recurrir al suministro interno, máxime dada la proximidad de la refinería de Tarragona, lo que dificultó dichos contactos y restó credibilidad a PETROCAT en las negociaciones.

Asimismo, REPSOL señalaba que, tras analizar las ofertas, PETROCAT eligió la oferta de [CONFIDENCIAL] por ser la más competitiva, pero dicha empresa solicitó garantías de pago exigentes por la situación patrimonial de PETROCAT, lo que obligó a ampliar la negociación para arbitrar condiciones económico-administrativas de suministro en prepago. Ello motivó que la primera compra de carburante de terceros no tuviera lugar hasta el 15 de mayo de 2015, transcurridos cinco meses desde la ejecución de la operación.

Teniendo en cuenta que las transacciones pendientes fueron formalizadas con fecha 26 de noviembre de 2014, de forma previa a la fecha señalada por REPSOL como fecha efectiva de ejecución de la operación a los efectos del cumplimiento del compromiso Sección C de aprovisionamiento mínimo de terceros, el 31 de diciembre de 2014, el volumen mínimo anual (y por 4 años) a aprovisionar de carburantes por PETROCAT de terceros consistió en [---] m³ para el año natural 2015.

En el cuadro 1 se incluyen las cantidades adquiridas de carburantes a terceros en 2015, según información aportada por REPSOL, donde se observa el incumplimiento del [30-40] % del volumen mínimo de terceros en el primer año (2015) de vigencia de la Sección C de los Compromisos.

Esta CNMC considera que los problemas con terceros, esgrimidos por REPSOL, no justifican el retraso argumentado, en la medida en que el compromiso adquirido, salvo en el dato concreto de volumen de aprovisionamiento, era público y fue anunciado, además, en nota de prensa de la CNMC y respondía a una resolución administrativa de obligado cumplimiento para PETROCAT. De este modo, no se entiende que los potenciales proveedores se sorprendieran de que PETROCAT recurriese a ellos en vez de aprovisionarse internamente.

Por otro lado, en cuanto a lo manifestado por REPSOL sobre las dificultades derivadas de la situación patrimonial de PETROCAT, y las negociaciones sobre condiciones contractuales concretas con otros operadores, no resultan tampoco un argumento válido que justifique el incumplimiento de dicho compromiso, dado que

REPSOL, como único propietario de PETROCAT, tenía capacidad suficiente para avalar las operaciones de adquisición que tuviera que efectuar PETROCAT y no ha de olvidarse que fue la propia REPSOL la que presentó dicho compromiso para obtener la autorización de la concentración.

En la Resolución de 3 de abril de 2014, y concretamente, en la Sección G (cláusula de revisión), en el apartado de compromisos, se recoge expresamente la posibilidad de solicitar una revisión de los mismos, previa solicitud motivada⁵. Sin embargo, REPSOL en ningún momento solicitó a la Dirección de Competencia la revisión de los compromisos, ni siquiera informó sobre las dificultades que podía haber previsto a lo largo de dicho año para dar cumplimiento al compromiso de compras mínimas a terceros en 2015.

Por tanto, si REPSOL, tal y como alega, constató que las dificultades de PETROCAT para adquirir carburantes a terceros en los primeros cuatro meses de 2015 ponían en riesgo el cumplimiento de los compromisos asumidos para ese año, debería haber comunicado entonces esas circunstancias y solicitado una revisión de los mismos. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, a lo largo de 2015 la CNMC no recibió ninguna comunicación por parte de REPSOL en relación con este asunto.

Además, REPSOL no puede alegar que era imposible prever tal incumplimiento a lo largo del año, puesto que, en el escrito de contestación de 23 de septiembre de 2016, REPSOL aportó sus previsiones sobre el volumen de producto acumulado hasta finales de 2016. Queda claro que REPSOL no quiso o no consideró oportuno solicitar la modificación del compromiso de aprovisionamiento mínimo, a pesar de que, en algún momento del año 2015, en su caso, hubieran sido conscientes de que no iban a ser capaces de cumplirlo.

REPSOL ha indicado que, en 2016, la operativa de aprovisionamiento de PETROCAT estaba plenamente normalizada en condiciones “*open credit*”, y que a fecha 6 de septiembre de 2016 ya se habría alcanzado un nivel de cumplimiento superior al [90-100] % del volumen anual comprometido⁶. De hecho, REPSOL remitió a la Dirección de Competencia información con fecha 1 de febrero de 2017, relativa al cumplimiento del compromiso de la Sección C en 2016. En ella se

⁵ De acuerdo con la Resolución de 3 de abril de 2014, Sección G. Cláusula de revisión de los Compromisos, la CNMC podrá, cuando lo considere apropiado, previa solicitud motivada de REPSOL:

- Acordar, en atención a las circunstancias concurrentes, una ampliación del plazo máximo previsto en la Sección B para llevar a cabo las transacciones pendientes.
- Excepcionalmente, otorgar una dispensa, modificar o sustituir, uno o algunos de los compromisos contemplados en el presente documento.»

⁶ Según las facturas aportadas a la DC, a 6 de septiembre de 2016 el aprovisionamiento de terceros por PETROCAT superaría el nivel mínimo anual comprometido.

muestra que el volumen de aprovisionamiento de carburantes de PETROCAT por terceros superó el volumen mínimo comprometido en 2016 en [---] m³. No obstante, se considera que, a pesar de que se cumplió holgadamente dicho compromiso para el año 2016 (un [40-50] % por exceso), existió un incumplimiento cierto del citado compromiso para el año 2015 (un [30-40] % por defecto), dado que el compromiso se refiere a un volumen mínimo con carácter anual.

Por tanto, queda acreditado que REPSOL incumplió el Compromiso de aprovisionamiento anual mínimo de terceros contenido en la sección C de los compromisos de la CNMC en el año 2015. Cabe destacar que este compromiso se refiere a un volumen mínimo (no máximo) y que tiene carácter anual. En consecuencia, dicho incumplimiento se habría producido exclusivamente en el año 2015.

3. Sobre el incumplimiento del compromiso de la sección E

Como ha quedado acreditado, REPSOL tampoco ha dado cumplimiento a las obligaciones de información relacionadas con la Sección C (“aprovisionamiento mínimo de terceros”) en su primer año de vigencia. Hasta el requerimiento de información de la Dirección de Competencia de 1 de septiembre de 2016, REPSOL no remitió informe anual sobre el cumplimiento del compromiso de la Sección C (aprovisionamiento mínimo de terceros), en los términos incluidos en la Sección E de los Compromisos según la Resolución de 3 de abril de 2014 y el PDA.

Por tanto, también ha quedado acreditado que REPSOL incumplió el deber de informar anualmente (como tenía que haber hecho, concretamente, el 15 de enero de 2016), respecto del cumplimiento de las obligaciones recogidas en la Sección C de los compromisos a la CNMC en 2015.

4. Responsabilidad de REPSOL

El artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

En efecto, en el ámbito del derecho administrativo sancionador no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, siendo imprescindible el elemento de culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable al sujeto pasivo autor de la conducta. Así se interpreta la expresión recogida en el artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, debiendo necesariamente imputar dicha responsabilidad a título de dolo o culpa, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En relación con los incumplimientos objeto del presente procedimiento, ha de considerarse que los dos compromisos incumplidos fueron ofrecidos por el propio REPSOL.

Al respecto del compromiso de aprovisionamiento mínimo, durante el año 2015 REPSOL era consciente de cuáles eran las obligaciones de aprovisionamiento de terceros que tenía respecto de PETROCAT, y de que no estaba alcanzando el volumen mínimo exigido. Las posibles dificultades para el aprovisionamiento de terceros que REPSOL alega en su defensa se deben a circunstancias que ya eran conocidas por REPSOL al tiempo de ofrecer los compromisos de que se trata, y además REPSOL disponía de medios para hacerlas frente (como su capacidad para avalar las operaciones de PETROCAT), pudiendo haber solicitado, en último término, una modificación de los compromisos.

Al respecto del compromiso de informar a la CNMC, REPSOL conocía la fecha límite aplicable, que dejó trascurrir sin enviar la información, siendo además consciente de que se había producido un incumplimiento en los compromisos de los que debía informar. De este modo, REPSOL no informó acerca del incumplimiento del compromiso de aprovisionamiento mínimo, incumplimiento en el que REPSOL sabía que había incurrido.

Por todo ello, esta Sala considera que REPSOL debe ser considerada responsable de una infracción muy grave del artículo 62.4 c) de la LDC al haber incumplido la resolución de la CNMC de 3 de abril de 2014 (que obligaba a respetar los compromisos expuestos).

CUARTO.- CONTESTACIÓN A LAS ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

1. Solicitudes relativas a la suspensión del procedimiento, la práctica de prueba y la celebración de vista

En las alegaciones presentadas el 8 de abril de 2021, REPSOL solicita a la CNMC que anule el procedimiento SNC/DE/044/19 declarando la inexistencia de infracción (si bien, subsidiariamente, solicita a la CNMC que imponga una sanción simbólica). No obstante, por medio de *otrosí*, REPSOL solicita unas actuaciones que tienen que ver con la tramitación del procedimiento sancionador, y que, cabe examinar con carácter previo al análisis de las alegaciones sobre la cuestión de fondo del procedimiento:

- Suspensión del procedimiento.
- Práctica de prueba.
- Celebración de vista.

Se examinan seguidamente estas solicitudes:

- **Suspensión del procedimiento:** REPSOL solicita que el procedimiento sancionador se suspenda hasta que la Audiencia Nacional resuelva el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales 1/2019, interpuesto contra el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador.

Esta Sala no considera procedente acordar dicha suspensión.

El procedimiento sancionador fue formalmente suspendido por la Dirección de Competencia cuando se tuvo conocimiento de la medida cautelar de suspensión presentada por REPSOL en la Audiencia Nacional (en el marco del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales mencionado), referida al acuerdo de incoación de este procedimiento sancionador. Ahora bien, esa suspensión del procedimiento sancionador se levantó por parte de la Dirección de Competencia cuando la Audiencia Nacional dictó el auto de 9 de febrero de 2021, en el que se desestimaba la medida cautelar de suspensión planteada por REPSOL.

Por tanto, lo que solicita REPSOL (que se suspenda preventivamente el procedimiento sancionador hasta que se dicte la sentencia que resuelva el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales 1/2019) es justamente una cuestión que ya ha sido analizada por el Tribunal, el cual ha considerado que no procede acordar dicha suspensión.

Nos encontramos, por tanto, con que el acto de incoación del procedimiento sancionador sigue presumiéndose válido, habiendo rechazado además el Tribunal la suspensión cautelar de sus efectos.

En esta situación, esta Sala no aprecia motivos para suspender la tramitación del presente procedimiento: Una vez denegada por la Audiencia Nacional la suspensión solicitada cautelarmente por REPSOL, no hay circunstancias que exijan esa suspensión.

- **Práctica de prueba:** Por medio de un segundo *otrosí*, que habría que entender subsidiario respecto del primero (la solicitud de suspensión del procedimiento), REPSOL reitera una solicitud de práctica de prueba realizada en el marco del procedimiento SNC/DC/059/18, que fue desestimada por la Dirección de Competencia. Esa prueba consistía en la declaración de seis personas, pertenecientes a operadores diversos, que acreditaría que REPSOL estuvo negociando con ellos desde enero de 2015 a los efectos de suministrar a PETROCAT.

Esta Sala tampoco aprecia la necesidad de realizar dicha prueba. El compromiso cuyo incumplimiento se imputa no consiste en realizar negociaciones con terceros con vistas al aprovisionamiento de PETROCAT,

sino en la contratación efectiva de ese aprovisionamiento. Está claro que el hecho de abrir negociaciones con terceros no sirve para justificar que no se haga contratación con ellos (o que se haga en una cuantía insuficiente).

Por otra parte, los hechos que en su escrito alega REPSOL como eventualmente obstativos para cumplir el compromiso de la sección C (sobre aprovisionamiento mínimo con terceros) se refieren a la situación financiera que atravesaba PETROCAT, y no a la existencia de negociaciones con terceros, ni al momento de inicio de tales negociaciones, ni a la identidad de dichos terceros.

- **Celebración de vista:** Finalmente, por medio del último *otrosí*, REPSOL solicita la celebración de vista.

No se considera oportuna la celebración de vista. Los hechos del presente procedimiento están muy acotados. Sin perjuicio de la discrepancia que REPSOL tiene -en cuanto a la valoración de los mismos- respecto del contenido de la propuesta de resolución, no hay en puridad una discusión fáctica, ni hay un marco muy complejo de circunstancias a valorar. Los argumentos en los que REPSOL sostiene sus alegaciones son claros y han quedado nítidamente expuestos, tanto en las alegaciones a la incoación del procedimiento, como en las alegaciones a la propuesta de resolución, sin que existan puntos de vista necesitados de matización, o aspectos pendientes de aclaración.

Desestimadas estas solicitudes de REPSOL, relativas al procedimiento, procede examinar las alegaciones de fondo efectuadas por la empresa imputada, que son las seis alegaciones siguientes:

- La incoación del sancionador SNC/DC/044/19 (y los actos posteriores del procedimiento) son nulos, porque se incurre en *bis in idem* respecto del procedimiento SNC/DC/144/18.
- La incoación del sancionador SNC/DC/044/19 vulnera el artículo 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, sobre apertura de nuevos procedimientos en los casos de caducidad.
- La incoación del sancionador SNC/DC/044/19 vulnera la competencia de la Sala para la vigilancia de la resolución del expediente C-0550/14 REPSOL/PETROCAT, al llevar a cabo una valoración sobre el cumplimiento de los compromisos aislada en un momento concreto (al margen de una ponderación global sobre los mismos una vez concluye su período de vigencia).
- No se produce incumplimiento del compromiso de la sección C.
- No se produce incumplimiento del compromiso de la sección E.
- Falta proporcionalidad y justificación en la sanción impuesta.

2. Sobre la alegación de nulidad del acuerdo de incoación

REPSOL alega nulidad del acuerdo de incoación del procedimiento (y de los actos posteriores al mismo), porque a su juicio concurre *bis indem* del presente procedimiento sancionador (SNC/DC/044/19) respecto del procedimiento SNC/DC/0144/18.

REPSOL argumenta que el procedimiento SNC/DC/059/18 se declaró formalmente caducado, pero que el procedimiento SNC/DC/144/18 se archivó sin más, y que esa decisión debe considerarse como una resolución, que cierra por tanto la posibilidad de abrir un nuevo procedimiento con el mismo objeto.

Al respecto de estas alegaciones, ya se ha señalado que la Audiencia Nacional ha desestimado la pretensión de suspensión cautelar del acuerdo de incoación del presente procedimiento (en su auto de 9 de febrero de 2021, recaído en el procediendo 1/2019 de protección de los derechos fundamentales).

Adicionalmente, considera esta Sala que no cabe preciar un *bis in idem* cuando – como en el presente caso- no ha habido ningún pronunciamiento de fondo anterior. Tal y como REPSOL conoce, por habérsele así notificado, el cierre de los procedimientos SNC/DC/059/18 y SNC/DC/144/18 se adoptó conjuntamente, a la vista precisamente de las alegaciones de REPSOL realizadas respecto al procedimiento SNC/DC/144/18. En lo que afecta a este último procedimiento, el acuerdo que se adoptó se limita a archivar el procedimiento por el hecho de que se había iniciado sin haberse declarado la caducidad del anterior. En efecto, en el acuerdo, que es sucinto (tiene cuatro páginas), tras exponerse los antecedentes, simplemente se recogen –exactamente- estos únicos fundamentos de derecho:

“Según el artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los procedimientos iniciados de oficio en que se ejercitan potestades sancionadoras, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce la caducidad.

Conforme al artículo 21.1 de la mencionada Ley 39/2015, en los casos de caducidad del procedimiento, la resolución, que la Administración está obligada a dictar, consistirá en la declaración de esta circunstancia, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables:

“1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la Administración.”

En estos casos en que se declara la caducidad del procedimiento, si resultara posible el inicio de un procedimiento nuevo (por no haberse producido la prescripción), el artículo 95.3 de la Ley 39/2015 permite incorporar al procedimiento nuevo los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad.

Al respecto de lo establecido en estos preceptos, ha de considerarse que, en el caso del procedimiento SNC/DC/059/18, el plazo para la resolución y notificación transcurrió sin que se adoptara resolución. Por su parte, el procedimiento SNC/DC/144/18 fue incoado previamente a que se acordara formalmente la terminación del SNC/DC/059/18 (declarando la caducidad del mismo).

Procede, por tanto, declarar la caducidad del procedimiento SNC/DC/059/18 (en cumplimiento del artículo 21.1 de la Ley 39/2015), y archivar las actuaciones practicadas en el marco del SNC/DC/144/18 (dadas las circunstancias –la falta de declaración de caducidad del expediente SNC/DC/059/18- en las que aquél fue incoado). Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un procedimiento nuevo, una vez que se ha acordado la terminación de los dos procedimientos mencionados (SNC/DC/059/18 y SNC/DC/144/18), conforme a lo establecido en el artículo 95.3 de la Ley 39/2015.”

En coherencia con ello, el acuerdo adoptado fue el siguiente:

“ACUERDA

PRIMERO.- Acordar la terminación del procedimiento SNC/DC/059/18, al haberse producido la caducidad.

SEGUNDO.- Proceder al archivo de las actuaciones practicadas en el marco del procedimiento SNC/DC/144/18, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un procedimiento nuevo, por los mismos hechos, conforme a lo establecido en el artículo 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.”

REPSOL no puede pretender que este acuerdo sea una decisión de fondo del procedimiento, ya que ninguna valoración se hizo de la conducta imputada y se insistió, tanto en los fundamentos como en el apartado dispositivo, en que podría incoarse un nuevo procedimiento.

La sentencia de 25 de marzo de 2021 de la Audiencia Nacional, recaída en el procedimiento 2/2018 de protección de derechos fundamentales, que hace recopilación de doctrina del Tribunal Constitucional, vincula la vulneración del principio de *non bis idem* a la existencia de un pronunciamiento previo sobre el fondo (si bien, referido en ese caso al pronunciamiento del Tribunal, con efectos de cosa juzgada):

*“También se ha establecido una estrecha relación entre el principio del non bis in idem y la tutela judicial efectiva a través de la santidad de la cosa juzgada. En las STC 2/2003 con remisión a la STC 159/1987 se afirmó que «[e]n el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva la garantía consistente en la interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto. (...) declaramos la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal **si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo** con efecto de cosa juzgada, ya que "en el ámbito ... de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar -a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional- un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme" (FJ 2), pues, además, con ello se arroja sobre el reo la "carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional" [...].».*

En su vertiente más procedimental, esta misma sentencia reconocía la «[i]nterdicción de incurrir en bis in idem, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) - hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España ("Boletín Oficial del Estado" de 30 de abril de 1977)- dispone que "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país" [...].».

Es cierto que estos pronunciamientos se refieren a la situación cruzada de procedimientos penales con administrativos. Sin embargo, nada impide que el principio del non bis in idem sea considerado desde el ejercicio del ius puniendi del Estado en cualquiera de sus manifestaciones; lo que no excluye que, con los matices oportunos, como apreció la STC 18/1981, pueda ser apreciado en la concurrencia o reiteración de procedimientos administrativos sancionadores sobre unos mismos hechos. Como dijo la citada STC 2/2003, «[l]a interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en

atención a las características del procedimiento -su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él -su naturaleza y magnitud- pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal. [...]».

Tampoco olvidemos que tanto la STEDH, de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini, y las SsTJUE de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, asuntos, C-596/16 C, C-537/16 C y C-525/15, Di Puma, Garlsson Real Estate y Menci, han hecho extensivas las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador.

*La consecuencia de la doctrina expuesta es que, cuando se ha concluido un procedimiento sancionador y ha sido revisado por la jurisdicción **por razones de fondo**, no cabe reiniciar un nuevo procedimiento sancionador sobre los mismos hechos sentenciados.”*

Como se ha dicho, ese pronunciamiento previo sobre el fondo no concurre en este caso.

Finalmente, cabe considerar que, al respecto de esta alegación de nulidad, REPSOL argumenta que la apertura, no ya de dos, sino de tres procedimientos, es un caso de abuso del derecho por parte de la Administración, y se apoya en este sentido en lo dicho por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de marzo de 2012 recaída en el recurso de casación 5827/2009, relativo a una liquidación tributaria. Sin embargo, esta sentencia, y aquélla en la que a su vez la misma se apoya (pronunciada por el mismo Tribunal el 7 de octubre de 2000, recaída en el recurso de casación 3090/1994), tratan de resoluciones administrativas de fondo, que se habían revisado acordándose luego la retracción de actuaciones, y en las que, sucesivamente, la Administración persiste en el error. Por ello se concluye lo siguiente:

“La mencionada jurisprudencia, sin embargo, ha establecido un límite a la posibilidad de que la Administración liquide de nuevo cuando, retrotraídas las actuaciones, vuelve a dictarse un acto que adolece del mismo o similar vicio que el inicialmente anulado. (...)

Jurídicamente resulta intolerable la actitud contumaz de la Administración tributaria, la obstinación en el error, la repetición de idéntico yerro, por atentar contra su deber de eficacia, impuesto en el mencionado precepto constitucional, desconociendo el principio de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 de la propia Norma Fundamental [véanse tres sentencias de 3 de mayo de 2011 (casaciones 466/98, 4723/09 y 6393/09, FJ 3º en los tres casos). En el caso de resoluciones jurisdiccionales, habría que añadir que la nueva liquidación que reincide en el error constituye en realidad un acto dictado en contradicción con lo ejecutoriado, nulo de pleno derecho en virtud del artículo 103.4 de la Ley de esta jurisdicción.”

El presente caso, por el contrario, es un caso, como se ha visto, sin pronunciamientos previos de fondo. Pero es que incluso la sentencia de 26 de marzo de 2012 (que REPSOL invoca) admite precisamente –pese al reproche que hace a la Administración por su obstinación en el error- un nuevo acto de liquidación:

En efecto, el hecho de que no quepa retrotraer las actuaciones cuando la liquidación adolece de un defecto sustantivo, debiendo limitarse el pronunciamiento económico-administrativo a anularla o, a declarar su nulidad, si se encuentra aquejado de alguno de los vicios que la determinan, no trae de suyo que le esté vedado a la Administración aprobar otra liquidación, ganando "firmeza" las autoliquidaciones del sujeto pasivo, que devienen ya irrevisables. Como en cualquier otro sector del derecho administrativo, ante tal tesitura, la Administración puede dictar, sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente, un nuevo acto ajustado a derecho mientras su potestad no haya prescrito. Esto es, una vez anulada una liquidación tributaria en la vía económico-administrativa por razones de fondo, le cabe a la Administración liquidar de nuevo si no ha decaído su derecho por el transcurso del tiempo. Y en este punto se ha de tener en cuenta nuestra jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción y la negativa de este Tribunal Supremo a reconocer tales efectos a los actos nulos de pleno derecho [véase, por todas, la sentencia de 11 de febrero de 2010 (casación 1198/01 , FJ 4º) y las que en ella se citan].

Por ello, en cuanto se entienda que el pronunciamiento de la Sala de instancia impide a la Administración liquidar el impuesto sobre sociedades de «Acampo» aun cuando su potestad no haya prescrito, debe ser corregido. En realidad, este es el planteamiento que subyace a la tesis de la Administración recurrente, que, en esencia, viene a coincidir con el planteamiento de la Audiencia Nacional. Lo que ocurre es que los jueces a quo realizan, a nuestro juicio, un pronunciamiento excesivo al decir que, con la anulación de las dos resoluciones económico-administrativas, queda subsistente la autoliquidación de la entidad en la que se aplica la exención controvertida, porque es evidente que no están haciendo una proclamación obvia y que, en realidad, están dando a entender que la Administración no puede volver a liquidar. Esa solución de la sentencia impugnada implica que a la Administración se le impone la tesitura de acertar a la primera, de modo que si yerra ya no tiene posibilidad alguna de liquidar el tributo, aun cuando su potestad no haya prescrito, conclusión que, a nuestro juicio, carece de sustento normativo, tanto ordinario como constitucional. Aún más, el ya mencionado principio de eficacia administrativa y el diseño de un sistema tributario justo en el que cada cual ha de tributar de acuerdo con su capacidad económica (artículo 31.1 de la Constitución) abogan por una solución distinta, siempre, claro está, que la seguridad jurídica quede salvaguardada mediante el respeto de los plazos de prescripción y las garantías de defensa del contribuyente debidamente satisfechas.

Siendo así, se ha de estimar en parte el recurso de la Administración General del Estado y casar la sentencia impugnada en cuanto se interprete que el último párrafo de su sexto fundamento jurídico conlleva la imposibilidad de que la Administración tributaria liquide el tributo de nuevo, aunque su potestad para hacerlo no haya aún

prescrito. Resolviendo el debate en los términos suscitados, como nos impone el artículo 95.2.d) de la Ley 29/1998, debemos declarar que la anulación de las resoluciones adoptadas por el Tribunal Económico-Administrativo Central y el Regional de Aragón no comporta, per se, la imposibilidad de la Administración de liquidar de nuevo el impuesto sobre sociedades de los ejercicios 1995 a 1998 como resultado del procedimiento de comprobación e inspección en el que fue aprobada la liquidación anulada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Aragón en su resolución de 22 de mayo de 2002.”

En definitiva, no se aprecia *bis in diem*, ni ningún otro motivo de nulidad del acuerdo de incoación del procedimiento.

3. Sobre la alegación de vulneración del art. 95.3 de la Ley 39/2015

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, REPSOL indica que considera que se ha vulnerado el artículo 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Este precepto dispone lo siguiente: *“En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.”*

Según REPSOL, este precepto resulta vulnerado en dos sentidos: *i)* porque el nuevo procedimiento viene a ser una mera reproducción del anterior (como evidenciaría el hecho de que la propuesta del procedimiento sancionador sea prácticamente idéntica a la del SNC/DC/059/18), y *ii)* porque no ha habido una justificación de lo que se ha incorporado al procedimiento actual procedente del anterior.

Al respecto de esta alegación, ha de indicarse, que, en el marco del procedimiento SNC/DC/044/19, se ha dictado un nuevo acuerdo de incoación, que el mismo fue notificado a REPSOL para alegaciones, que se realizaron a REPSOL requerimientos de información específicos (respecto de su volumen de negocios en 2020), que se dedujo testimonio de ciertos documentos de los procedimientos sancionadores previos (y que se dio a REPSOL traslado de ello, para nuevas alegaciones en el marco de este nuevo procedimiento), y que se ha elaborado una nueva propuesta de resolución; todo lo cual han sido trámites específicos realizados este procedimiento.

Adicionalmente, de los dos concretos aspectos resaltados por REPSOL, debe señalarse lo siguiente:

- En el procedimiento SNC/DC/144/18 se efectuó una propuesta de archivo.
En el procedimiento SNC/DC/059/18 se hizo una propuesta de resolución;

por medio de la misma, se proponía imponer unas multas por importe global de dos millones de euros. Hay una diferencia, por tanto, sustantiva entre aquella propuesta y la presente (que valora la conducta de forma diferente, reduciendo el importe a menos de la mitad). En estas circunstancias, carece de sentido que REPSOL diga que las propuestas de resolución son esencialmente idénticas.

- El acuerdo de incorporación de documentos, adoptado el 19 de febrero de 2021, expone el objeto de los procedimientos SNC/DE/059/18 y SNC/DC/144/18, y su relación con el SNC/DC/044/19, reflejando la conexión entre ellos, y aludiendo al interés de que los documentos de los procedimientos previos -que se enumeran en ese acuerdo de 19 de febrero de 2021- se incorporen al SNC/DC/044/19, y citando la habilitación normativa que ampara esta actuación: el artículo 30 (“Incorporación de información a un expediente”) del Reglamento de Defensa de la Competencia (aprobado por Real Decreto 261/2008). Se aprecia, por tanto, que se trata de un acuerdo que aporta la motivación que justifica la actuación que lleva a cabo.

Debe destacarse, además, que únicamente se han incorporado aquellos documentos que permiten acreditar los hechos que se analizan (pero no los documentos en el que se valoran esos hechos). Por su parte, el procedimiento de vigilancia simplemente aprecia que existen indicios de incumplimiento de los compromisos adquiridos por REPSOL, razón por la se ha procedido a incoar un expediente con el fin de valorar si los mismos pueden constituir una infracción de la LDC.

En definitiva, no se considera que haya vulneración del artículo 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, por el nuevo procedimiento incoado, pues este nuevo procedimiento responde precisamente al supuesto que el precepto mencionado contempla, esto es, la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento, ante la caducidad del procedimiento precedente.

4. Sobre la alegación de vulneración de la competencia del Consejo en materia de vigilancia

De una manera un tanto imprecisa, por medio de esta alegación, REPSOL argumenta que la incoación del sancionador SNC/DC/044/19 vulnera la competencia de la Sala para la vigilancia de la resolución del expediente C-0550/14 REPSOL/PETROCAT. Más específicamente, REPSOL alega que, al incoarse un sancionador con base en una resolución de vigilancia referida a un momento puntual de vigencia de los compromisos (el año 2015), se vendría a sustituir a la Sala de Competencia en su juicio global de supervisión adoptado a la finalización del período de vigencia de los compromisos (juicio final que permite apreciar el cumplimiento, en lo sustantivo, de los compromisos de que se trata).

Al respecto de esta alegación, hay que recordar que es esta misma Sala, en su resolución de 25 de enero de 2018, quien interesó la incoación de este expediente sancionador, ante el posible incumplimiento, en el año 2015, de la Resolución de 3 de abril de 2014, sobre la operación de concentración REPSOL/PETROCAT.

Además, ha de insistirse en que el cumplimiento de los compromisos en otros años (2016 a 2018), no obsta para apreciar un incumplimiento en 2015, en la medida en que los compromisos de que se trata (el compromiso de la sección C y la obligación de informar sobre el mismo conforme al compromiso de la sección E) se asumían con esa base anual: *“El Compromiso anterior viene referido a un volumen de productos anual...”*

Por otra parte, como acertadamente señala la propuesta de resolución, es necesario recordar que el objeto del presente expediente es verificar si se ha producido un incumplimiento del artículo 62.4 LDC, y no posibles modificaciones de compromisos. Además, y en todo caso, la ampliación del plazo de los compromisos, que solicitó REPSOL, se solicitó en mayo de 2017, casi un año y medio después del año en el que se produjo el incumplimiento (2015).

5. Sobre la alegación de ausencia de incumplimiento del compromiso de la sección C

REPSOL considera que no concurre un incumplimiento del compromiso de la sección C por las siguientes razones:

- El compromiso de la sección C debe supervisarse globalmente, al final de los cuatro años de su vigencia.
- De haber incumplimiento, sería insignificante, no tendría efectos, y se compensaría con los excesos de las anualidades posteriores a 2015.
- Hay situaciones objetivas que explican el retraso en 2015 en el comienzo del aprovisionamiento por terceros.

Al respecto de esta alegación, lo primero que ha de tenerse en consideración es que REPSOL no discute los hechos: en el año 2015 (como en el resto de anualidades del período de vigencia de este compromiso: 2015-2018), el volumen de aprovisionamiento de PETROCAT con terceros debería haber sido, como mínimo, de [---] m³, pero en 2015 fue de [---] m³. Esto lo reconoce REPSOL; así lo informó a la CNMC, a requerimiento de la Dirección de Competencia. No obstante, esta circunstancia, REPSOL argumenta que cabe considerar que no hay incumplimiento, por los tres motivos expuestos.

Esta Sala discrepa de la valoración llevada a cabo por REPSOL:

- El compromiso de la sección C (aprovisionamiento mínimo de terceros) se debía cumplir con carácter anual durante el período de vigencia previsto (cuatro años): *“El compromiso anterior quedará limitado a [---] m³/año”; “El Compromiso anterior viene referido a un volumen de productos anual”*. El hecho de que, respecto de otros años, no haya incumplimiento, no impide apreciarlo con respecto a la anualidad de 2015. En ningún momento se ha imputado a REPSOL haber incumplido los compromisos en otra anualidad diferente que no sea la de 2015. Tal y como acaba reconociendo REPSOL en sus alegaciones a la propuesta de resolución (página 13 de las mismas), *“Se trataría de un incumplimiento parcial, en un único ejercicio natural”*. Ello es así; esta Sala sí coincide con esa afirmación.
- El incumplimiento no es insignificante: Si se debía haber aprovisionado con terceros un mínimo de [---] m³, se aprovisionan sólo [---] m³. Faltaron [---] m³ (el [30-40] % del volumen mínimo comprometido).
- En cuanto a las situaciones objetivas que explican el incumplimiento, REPSOL, en la página 15 de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, expone estas tres circunstancias, que considera que son hechos imprevistos, como -a su juicio- reconocería la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución:
 - *“Petrocat atravesaba gravísimas dificultades financieras que afectaban seriamente a su existencia: esta fue la razón de la operación de concentración, el salvamento de Petrocat. Estas dificultades complicaron extraordinariamente la puesta en marcha del compromiso de compra de terceros;*
 - *Petrocat, que era la sociedad obligada a cumplir el compromiso, llevaba desde el año 2012 sin llevar a cabo aprovisionamientos de operadores distintos de sus matrices, por lo que fue necesario que esta sociedad (que no RCPP) iniciara contactos previos con los operadores, solicitara ofertas, las valorara y negociara y cerrara el acuerdo con los operadores designados;*
 - *Incluso después de comprometido el primer suministro por terceros ([---]) a Petrocat se produjeron retrasos adicionales, pues [---] no pudo suministrar el producto con el contenido en bios acordado, lo que tuvo que ser resuelto mediante la compra de certificados por parte de otra compañía del Grupo, lo que a mayor abundamiento acredita la colaboración y diligencia empeñada en el cumplimiento este compromiso por esta parte.”*

Esta Sala considera que las dos primeras circunstancias expuestas por REPSOL no son hechos imprevistos: la situación financiera de PETROCAT,

y su régimen de aprovisionamientos desde el año 2012, eran situaciones ya existentes al tiempo de la operación de concentración REPSOL/PETROCAT, realizada en 2014; incluso, como reconoce el propio REPSOL, están en el propio fundamento de la operación de concentración: *“esta fue la razón de la operación de concentración, el salvamento de Petrocat”*. En cuanto a la tercera de las circunstancias expuestas (el incumplimiento de lo acordado por parte del tercero que efectúa el aprisionamiento a PETROCAT), se trata de una circunstancia que tampoco es imprevisible (el posible incumplimiento de un contrato es un hecho previsible, hasta el punto de que su previsión suele dar lugar a cláusulas típicas en el contenido de los contratos de que se trata), y para cuyo remedio, además, se pueden adoptar medidas (Repsol podía haber contemplado unas salvaguardas, ya sea con un proveedor o con varios); de hecho, hay que recordar que el volumen de aprovisionamiento a satisfacer es un mínimo; si se quiere tener una garantía de no incumplir (ante posibles incidencias), lo prudente es no ajustarse al mínimo, y buscar una contratación por exceso que, ante tales incidencias, asegure cuando menos satisfacer el mínimo.

Por tanto, la situación de PETROCAT era perfectamente conocida para REPSOL al tiempo de concretar sus compromisos y es además una circunstancia que claramente podía ser superada por medio de diferentes instrumentos con los que REPSOL (como propietario de PETROCAT) podía ofrecer garantías a los terceros proveedores acerca del cumplimiento de sus obligaciones de pago (que es la contrapartida esencial respecto del aprovisionamiento de productos, que se pretendía de los terceros).

En definitiva, teniendo en cuenta que la ejecución de la operación de concentración se produjo en diciembre de 2014, el año natural 2015 es el periodo en el que PETROCAT debe comenzar a aprovisionarse de terceros, y así durante 4 años.

No resulta admisible que REPSOL presente unos compromisos con el fin de lograr la aprobación de la operación de concentración propuesta y que, una vez aprobados, los incumpla, justificando dicho incumplimiento en que los compromisos que propuso no eran adecuados; más aún, cuando, con posterioridad a su puesta en marcha, pudo haber hecho uso del mecanismo de modificación contemplado en la Sección G.

Adicionalmente, el motivo de expresar el compromiso de forma anual era evitar el cierre de mercado con el suministro de producto de terceros a PETROCAT y mitigar el refuerzo vertical de la operación⁷. Si se permitiera la interpretación de REPSOL, la empresa podría haber esperado hasta el último día de los cuatro años de vigencia del compromiso para realizar todo el aprovisionamiento, algo que sería mucho más

⁷ Apartado quinto de la Resolución de 3 de abril de 2014 de la CNMC.

perjudicial para la competencia que llevar a cabo un aprovisionamiento mínimo por parte de terceros de forma anual y continuada en el tiempo, que era precisamente lo que buscaba el compromiso.

6. Sobre la alegación de ausencia de incumplimiento del compromiso de la sección E

Señala REPSOL, al respecto del compromiso de la sección E, que el incumplimiento de este compromiso estaría absorbido por el incumplimiento del compromiso de la sección C, y, a mayor abundamiento, que este incumplimiento estaría mal tipificado (pues no se trataría de una infracción muy grave del artículo 62.4.c) de la LDC, sino de una infracción leve del artículo 62.2.c)).

Pues bien, tampoco se comparte esta consideración del imputado: Había varios compromisos, perfectamente individualizados, y asumidos de forma separada por REPSOL: En lo que aquí interesa había un compromiso previsto en la sección C y otro en la sección E. El compromiso de la sección E no se entendía absorbido en los otros compromisos. Por eso, su incumplimiento tampoco se entiende absorbido por el incumplimiento de los otros. Se trata además de hechos independientes: REPSOL podría haber incumplido el compromiso de aprovisionamiento mínimo, y haber informado puntualmente sobre las circunstancias que afectaban a ese compromiso sobre aprovisionamiento; sin embargo, no informó.

En cuanto a la tipificación, es cierto que el artículo 62.2.c) de la LDC tipifica como infracción leve la falta de suministro de información a la CNMC, pero es que, en este caso, el suministro de la información de que se trata era en sí mismo un compromiso asumido por REPSOL, y el incumplimiento de *“lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso”* está tipificado como infracción muy grave por el artículo 62.4.c). Por supuesto, lo que determinará la proporcionalidad de la sanción será la valoración justa de la multa a imponer, aspecto en el que hay que destacar que, al margen de la tipificación como infracción muy grave, la Dirección de Competencia ha propuesto para el incumplimiento del compromiso de la sección E una multa de inferior cuantía a la que corresponde por el incumplimiento del compromiso de la sección C.

7. Sobre la alegación de falta de proporcionalidad y justificación de las sanciones propuestas

En relación con la cuantificación de las sanciones, REPSOL alega que no se motiva la cuantificación, que no se ha hecho prueba sobre los efectos en mercado de la conducta, y que la CNMC no ha valorado que se trata de un incumplimiento meramente formal (sin efectos en el mercado), que no afecta a una anualidad (2015) sino que en la práctica sólo consiste en el retraso de cuatro meses en el inicio del cumplimiento de la obligación de aprovisionamiento de terceros.

Sin embargo, esta Sala aprecia que la propuesta efectuada por la Dirección de Competencia valora de forma expresa todo este conjunto de circunstancias, motivando, con base en las mismas, las sanciones que impone: se considera el volumen de negocios de la empresa, se pondera la importancia de los compromisos asumidos en el contexto del mercado de productos petrolíferos, en el ámbito, en particular de Cataluña, se considera el período temporal al que afecta el incumplimiento, y se tiene en cuenta que en otras anualidades diferentes al 2015 se ha cumplido, por parte de la empresa, el nivel de aprovisionamiento mínimo con exceso, y se toma en consideración que el compromiso de la sección E consiste efectivamente, en el suministro de información a la CNMC. De todo ello, resulta la multa de 650.000 euros prevista en relación al incumplimiento del compromiso de la sección C, y la de 200.000 en relación con el incumplimiento del compromiso de la sección E.

En cuanto a los efectos de la conducta sobre el mercado, se ha de recordar que no se está sancionando el desarrollo de conductas colusorias, el abuso de posición de dominio o el falseamiento de la competencia, sino el incumplimiento formal de unos compromisos asumidos en el marco de la aprobación de una operación de concentración (como instrumentos que se habían ya asumido, por razón de sus efectos positivos para la competencia, en el contexto de la realización de esa operación).

El respeto de los compromisos que se asumen en este tipo de operaciones es una cuestión que formalmente debe protegerse, persiguiendo las conductas que impliquen la infracción de tales compromisos.

En cuanto a la ponderación del incumplimiento como un incumplimiento parcial, es claro que el incumplimiento del compromiso de la sección C se valora en el estricto ámbito temporal en que concurre. REPSOL dice que en realidad este incumplimiento se puede expresar como un mero retraso de cuatro meses en el inicio del aprovisionamiento con terceros; el caso es que ese retraso, en términos anuales implica incumplir en un [30-40] % el volumen mínimo comprometido, y es que es de forma anual como se expresaba la realización del compromiso de que se trata.

En definitiva, no se aprecia falta de motivación o de proporcionalidad en la sanción propuesta.

8. Valoración global

A la vista de lo anterior, se considera que ha quedado acreditado que REPSOL incumplió en el año 2015 dos de los compromisos a los que se vinculó la aprobación de la operación de concentración económica C/0550/14 REPSOL/PETROCAT en la Resolución de 3 de abril de 2014. En concreto, REPSOL incumplió en dicho año tanto el compromiso de la Sección C, correspondiente a un volumen de

aprovisionamiento mínimo de terceros anual por parte de PETROCAT, como el compromiso de la Sección E en lo referente a la obligación de informar periódicamente a la CNMC sobre el cumplimiento del primer compromiso.

El principal objetivo de los compromisos incumplidos era asegurar un aprovisionamiento mínimo anual a PETROCAT por otros operadores distintos de REPSOL, para favorecer la presencia de suministradores en el mercado mayorista que ejercieran presión competitiva sobre la refinería de REPSOL en Tarragona y su presencia en los mercados de ventas directas en Cataluña en su conjunto.

De este modo, en el año 2015, el aprovisionamiento mínimo anual de carburantes a PETROCAT por terceros habría sido un [30-40] % inferior al volumen mínimo comprometido en la Resolución de la CNMC de 3 de abril de 2014. No obstante, se tiene en cuenta también que durante el año 2016 el aprovisionamiento de REPSOL fue un [40-50]% superior al mínimo exigido.

En cuanto a la obligación de información, el 15 de enero de 2016 REPSOL tenía que haber remitido la declaración anual relativa al volumen de producto adquirido por PETROCAT de terceros distintos de REPSOL o sociedades del grupo, y solo fue a requerimiento de la Dirección de Competencia de 1 de septiembre de 2016, cuando aportó la información.

Estos incumplimientos de los compromisos de las Secciones C y E constituyen dos infracciones muy graves tipificadas en el artículo 62.4.c) de la LDC, al suponer dos incumplimientos por REPSOL de lo establecido en el resuelve primero de la Resolución de 3 de abril de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Es responsable de estas infracciones REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. como parte obligada por los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0550/14 mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 3 de abril de 2014.

QUINTO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

La LDC, en su artículo 62.4.c) tipifica el ilícito analizado en el presente expediente como infracción muy grave, y en el artículo 63.1 de la LDC se establece el techo máximo de la sanción:

"Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa."

A la hora de sancionar estos incumplimientos, hay que tener en cuenta la importancia que tiene el correcto y completo cumplimiento de las resoluciones y acuerdos de la CNMC para garantizar la eficacia de las actuaciones de la CNMC.

Por ello, el legislador ha considerado apropiado imponer en estos casos a los infractores multas que pueden alcanzar un máximo de hasta el 10% de su volumen de negocios consolidado en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, en el presente caso, 2020.

El volumen de negocios consolidado de las sociedades que configuran el Grupo REPSOL en 2020 fueron [---] millones de euros, lo que supone una cifra significativamente menor en comparación con el volumen de negocios del año 2017 ([---] millones de euros).

Del mismo modo, el volumen de negocios de REPSOL en 2020 fue de [---] millones de euros (lo cual supone un descenso notable del volumen de negocios de REPSOL en comparación con el año 2017 ([---] millones de euros), en base al cual se fijó el límite sancionador del expediente SNC/DC/059/18, por lo que el límite máximo (10%) sería de [---] millones de euros.

La operación de concentración REPSOL/PETROCAT, en ausencia de compromisos suficientes, supone el refuerzo horizontal y vertical de REPSOL en un sector altamente concentrado y liderado por esta misma empresa, caracterizado por redes paralelas de acuerdos de suministro exclusivo que limitan la competencia intermarca e intramarca, y la desaparición de PETROCAT como competidor de especial relevancia a nivel provincial en Cataluña.

El objetivo del compromiso de la Sección C era asegurar un aprovisionamiento mínimo a PETROCAT por otros operadores distintos de REPSOL para favorecer la presencia de suministradores en el mercado mayorista que ejerzan presión competitiva sobre la refinería de REPSOL en Tarragona y su presencia en los mercados de ventas directas en Cataluña en su conjunto. Por otro lado, la Sección E establece la obligación de informar periódicamente a la CNMC sobre, entre otros, el cumplimiento del anterior compromiso con periodicidad anual.

El incumplimiento de dos de los compromisos acordados en la Resolución de 3 de abril de 2014 supone la acreditación de haber dejado sin efecto, al menos parcialmente, los instrumentos diseñados para evitar el riesgo de obstaculización de la competencia efectiva en el mercado derivado de la concentración. Esto implica dejar, al menos parcialmente, ineficaz dicha resolución, cuya aprobación venía condicionada al cumplimiento de los compromisos propuestos por REPSOL.

En lo que se refiere al plazo de duración de la conducta infractora, ha quedado acreditado que REPSOL habría incurrido en el incumplimiento de los compromisos establecidos en las Secciones C y E durante el año 2015.

REPSOL ha aportado el volumen de negocios derivado de la venta directa de producto diferenciando entre gasolinas y gasóleos en el año 2015. Dicha información se refiere tanto al conjunto de España como al ámbito de Cataluña.

Asimismo, aporta la cifra que se correspondería con el volumen de producto que PETROCAT no adquirió de terceros en el año 2015, que según sus estimaciones ascendería a [---] euros. Esta cifra constituye no tanto el volumen de negocios en el mercado afectado, como sostiene la empresa, sino la facturación adicional que REPSOL ha obtenido como consecuencia del incumplimiento de los compromisos acordados.

En 2015 las ventas directas de REPSOL de gasolinas y gasóleos ascendieron a [-] millones de euros en España y [---] millones de euros en Cataluña, aproximadamente. Por otro lado, en 2020 estas ventas directas han disminuido hasta situarse en [---] millones de euros en España y [---] millones de euros en Cataluña, aproximadamente.

REPSOL estaba obligada a cumplir con estos compromisos en todos sus términos, una vez que voluntariamente decidió ejecutar la concentración REPSOL / PETROCAT. No obstante, y tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de la presente Propuesta de Resolución, REPSOL incrementó las compras a terceros en el año siguiente al incumplimiento y, teniendo en cuenta los cuatro años de duración del compromiso, las compras de producto suministrado por terceros excedieron el volumen mínimo establecido. Si bien lo anterior no exime a REPSOL del incumplimiento del compromiso de la Sección C cometido durante el primer año, sí ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar la correspondiente sanción, toda vez que ese exceso en los años posteriores podría haber limitado en su caso, en parte, los efectos nocivos derivados del incumplimiento del compromiso. Asimismo, REPSOL ha aportado información sobre los contactos realizados con terceros proveedores en 2015, lo cual, de nuevo, no exime a REPSOL de responsabilidad en el incumplimiento del compromiso, pero permitiría concluir que el incumplimiento fue por negligencia.

En lo que se refiere al incumplimiento del compromiso de la Sección E, nuevamente no cabe duda de la responsabilidad de REPSOL en el retraso en la remisión de la información periódica prevista en los compromisos, si bien se trata del incumplimiento de un compromiso formal con impacto en la labor de vigilancia de los compromisos, a diferencia del anterior incumplimiento.

Teniendo en cuenta todos los elementos de graduación citados y la necesaria función disuasoria de la sanción, se imponen a REPSOL las siguientes multas:

Una multa por importe de 650.000 euros, por la infracción muy grave prevista en el artículo 64, apartado 4, letra c), de la LDC por el incumplimiento del compromiso establecido en la Sección C de la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 3 de abril de 2014.

Una multa por importe de 200.000 euros, por la infracción muy grave prevista en el artículo 64, apartado 4, letra c), de la LDC por el incumplimiento del compromiso establecido en la Sección E de la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 3 de abril de 2014.

Dichas multas que ascienden a un total de 850.000 euros suponen un porcentaje de su volumen de negocios total en 2020 significativamente inferior al 1%.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

Primero: Declarar que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. ha incumplido en lo relativo al año 2015 los compromisos de las Secciones C y E a los que se subordinó la operación de concentración C/0550/14 REPSOL/PETROCAT, incumpliendo lo establecido en el resuelve primero de la Resolución de 3 de abril de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, lo que representa dos infracciones muy graves del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Segundo: Declarar responsable de dichas infracciones a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.

Tercero: Imponer a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. una multa por importe de 650.000 euros (por el incumplimiento del compromiso establecido en la Sección C) y una multa por importe de 200.000 euros (por el incumplimiento del compromiso establecido en la Sección E).

Ambas multas determinan un importe global de 850.000 euros.

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 en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio.