

RESOLUCIÓN (Expte. S/474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 20 de febrero de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha dictado esta Resolución en el expediente S/474/13 Precios Combustibles Automoción, incoado por la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia contra REPSOL S.A, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A.U., DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A., MEROIL S.A. y GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A., por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de mayo de 2013, la Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), tras diversos informes emitidos por las extintas CNC y Comisión Nacional de Energía (CNE), inició una información reservada con el número de referencia S/0474/13, en el marco de lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador por el alineamiento de los precios de venta al público de combustibles en estaciones de servicio.

2. Con fechas 27 y 28 de mayo de 2013, fueron efectuadas inspecciones en las sedes de REPSOL S.A. (REPSOL), DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A. (DISA), MEROIL S.A. (MEROIL), y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES PETROLÍFEROS (AOP), de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2013.
3. Con fecha 7 de junio de 2013, AOP solicitó la devolución de determinados documentos recabados en la inspección (folios 954 a 960), procediéndose a la devolución de los mismos el 14 de febrero de 2014.
4. Asimismo, el 7 de junio de 2013, tuvieron entrada en la extinta CNC los recursos interpuestos por AOP y REPSOL contra las inspecciones domiciliarias llevadas a cabo en sus respectivas sedes. El Consejo de la extinta CNC resolvió desestimar ambos recursos mediante Resoluciones de 24 de julio de 2013 (expedientes R/0141/13 y R/0142/13, respectivamente). REPSOL interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (AN) contra la Resolución mencionada, encontrándose actualmente pendiente de sentencia.
5. Con fechas 13 de junio y 25 de julio de 2013, REPSOL solicitó la devolución de determinados documentos recabados en la inspección (folios 972 a 981 y 2292 a 2317). El 26 de septiembre de 2013 la DI acordó la devolución de toda la documentación solicitada excepto cuatro correos electrónicos considerados necesarios para la instrucción (folios 4196 a 4224).

El 14 de octubre de 2013 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por REPSOL contra el Acuerdo de la DI de 26 de septiembre de 2013. Este recurso fue desestimado por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) mediante Resolución de 19 de diciembre de 2013. Posteriormente, REPSOL interpuso recurso contencioso-administrativo ante la AN, encontrándose actualmente pendiente de sentencia (expediente R/0154/13).

6. Con fecha 15 de julio de 2013, fue realizado requerimiento de información a REPSOL en el que se le solicitaba que especificara el régimen que regula las relaciones con determinadas estaciones de servicio abanderadas por la operadora. Con fecha 25 de julio de 2013, tuvo entrada la contestación (folios 2288 a 2291).
7. Con fechas 22 a 24 de julio de 2013, fueron efectuadas inspecciones en las sedes de BP ESPAÑA, S.A. (BP) y CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO S.A. (CEPSA CP), de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación de 19 de julio de 2013.

8. El 23 de julio de 2013, fue solicitada a la extinta CNE información sobre el estado y resultado del expediente informativo para determinar la causa del llamado "efecto lunes", cuya apertura se acordó en el marco del *Informe sobre el efecto del día de la semana en la determinación de los precios de los carburantes — período 2007-2012*, que había sido trasladado a la extinta CNC con fecha 12 de marzo de 2013. El 2 de agosto de 2013, la extinta CNE dio traslado del Informe (folios 61 a 95).
9. El 29 de julio de 2013 la DI acordó la incoación del expediente sancionador por la existencia de indicios racionales de la comisión, por parte de distintas petroleras, de conductas contrarias al artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE. Considerando la diferente naturaleza de las conductas y con el fin de garantizar la confidencialidad y la eficiencia administrativa en la tramitación del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del RDC, se procedió al desglose del expediente S/0474/13, en dos expedientes:
 - a) el S/0474/13 por la coordinación entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios, clientes y condiciones comerciales y en el intercambio de información comercial sensible, en los mercados de distribución de combustible de automoción. Se acordó que las actuaciones se entendieran con REPSOL, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. (CEPSAU), DISA, MEROIL, y GALP, notificándoles el acuerdo de incoación los días 30 y 31 de julio de 2013.
 - b) y el S/0484/13 por la coordinación en materia de precios entre cada uno de los operadores de productos petrolíferos y los empresarios independientes que operan en sus respectivas redes de distribución de combustible de automoción.
10. Con fecha 6 de agosto de 2013 BP recurrió la inspección llevada a cabo en su sede. El Consejo de la CNC desestimó el recurso mediante Resolución de 3 de octubre de 2013, recurrida por BP ante la AN a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. Dicho recurso fue desestimado por la AN mediante sentencia de 12 de junio de 2014 (expediente R/0149/13).
11. El 8 de agosto de 2013 REPSOL interpuso recurso contra el Acto de la DI de acceso al expediente de 31 de julio de 2013, mediante el que la DI hizo entrega a CEPSAU de determinada información de REPSOL, declarada cautelarmente confidencial. El Consejo inadmitió el recurso mediante Resolución de 12 de septiembre de 2013, recurrida por REPSOL ante la AN y actualmente pendiente de sentencia (expediente R/0151/13).

12. Con fecha 9 de agosto de 2013, la Confederación de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES), solicitó su personación en el expediente (folios 3411 y 3412). La condición de interesado le fue concedida mediante Acuerdo de la DI de 2 de septiembre de 2013 (folio 3966).
13. El 17 de septiembre de 2013, la Federación Nacional de Asociaciones de Transporte de España (FENADISMER) solicitó su personación en el expediente (folios 4140 y 4144). Por Acuerdo de la DI se le concedió la condición de interesado en la misma fecha (folio 4145).
14. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
15. El 21 de octubre de 2013 CEPSA CP solicitó su personación en el expediente (folios 4640 a 4642). Por Acuerdo de la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC, de 9 de enero de 2014, se le concedió la condición de interesado (folio 4895).
16. El 10 de diciembre de 2013, se acordó el desglose de toda la documentación de BP que obraba en el expediente, para incorporarla al expediente S/0484/13.

Igualmente, mediante Acuerdo de 10 de diciembre de 2013, se acordó el desglose en los expedientes (S/474/13 y S/484/13) de toda la documentación recabada en la inspección realizada en la sede de CEPSA. Contra dicho Acuerdo CEPSA interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, tramitado por el cauce especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Dicho recurso ha sido desestimado por la Audiencia Nacional, mediante sentencia de fecha 23 de enero de 2015.

17. Con fecha 18 de diciembre de 2013 GALP solicitó el acceso a los escritos de denuncia que originaron el expediente S/0288/10, por considerarlo estrechamente vinculado con el S/0474/13. Mediante Acuerdo de 4 de febrero de 2014, la DC indicó que no consideraba necesario proceder a tal incorporación y que tampoco podría dar traslado a GALP de las citadas denuncias toda vez que, de acuerdo con el artículo 50.5 de la LDC, con fecha 16 de julio de 2012, el expediente había sido elevado al Consejo. Mediante Resolución de 8 de mayo de 2014 el Consejo de la CNMC resolvió desestimar el recurso (expediente R/AJ/054/14). Dicha Resolución fue recurrida por GALP ante la AN, encontrándose actualmente pendiente de sentencia.

18. El 30 de enero de 2014, fue solicitado a la Dirección de Energía (DE) de la CNMC un análisis de precios diarios de venta al público de G95 y GOA en determinadas estaciones de servicio, así como la comparativa de dichos precios entre varias de ellas (folio 4927). La contestación a dicha solicitud tuvo lugar con fecha 20 de febrero de 2014 (folios 5026 a 6305).
19. Con fecha 10 de marzo de 2014, MEROIL presentó una serie de documentación aclaratoria de la documentación incorporada al expediente recabada en la inspección efectuada en su sede (folios 6771 a 6867), que fue ampliada con fechas 17 y 19 de marzo de 2014 (folios 7009 a 7010 y 7064 a 7074).
20. El 13 de marzo de 2014, fue solicitado a la DE de la CNMC un nuevo análisis de precios diarios de venta al público de G95 y GOA en determinadas estaciones de servicio, así como la comparativa de dichos precios entre varias de ellas. La contestación a dicha solicitud tuvo lugar con fecha 17 de marzo de 2014 (folios 6946 a 7008).
21. Con la misma fecha, fue efectuado requerimiento de información a MEROIL, solicitando las comunicaciones de precio efectuadas a tres de sus estaciones de servicio abanderadas durante el mes de septiembre de 2012 (folios 6923 a 6925). La información solicitada tuvo entrada con fecha 18 de marzo de 2014 (folios 7011 a 7059).
22. El 14 de marzo de 2014 se requirió a CEPSA CP para que indicara los cargos que ostentaban en la empresa una serie de personas en fechas determinadas (folio 6940). Su contestación tuvo entrada con fecha 20 de marzo de 2014 (folios 7075 a 7079).
23. El 18 de marzo de 2014, fueron incorporados al expediente determinados documentos recabados en la inspección en la sede de BP ESPAÑA, S.A. (BP) desglosados del expediente S/0484/13, declarándose el carácter cautelarmente confidencial de los mismos por parte de la Dirección de Competencia (folios 7060 a 7063).
24. El 3 de abril de 2014 la DC acordó la ampliación de la incoación del expediente a BP (folios 7180 a 7183). Los días 5 y 12 de mayo, tuvieron entrada en la DC de la CNMC, escritos de alegaciones presentados por BP al acuerdo de ampliación de incoación (folios 7323 a 7628 y 7656 a 7717).
25. El 12 de mayo de 2014, la DC formuló PCH, notificado a REPSOL, BP, CEPSA, DISA y CEEES el 13 de mayo de 2014 y a MEROIL, GALP y FENADISMER el 14 de mayo de 2014.
26. Con fecha 30 de mayo de 2014 tuvieron entrada en la DC los escritos de alegaciones al Pliego de CEEES (folios 8212 a 8215) y de BP (folios 8216 a

8218). Con fecha 2 de junio de 2014 tuvo entrada en la DC, escrito de alegaciones de GALP (folios 8231 a 8329). Con fecha 10 de junio de 2014 tuvieron entrada las alegaciones de DISA (folios 8340 a 8364) y CEPSAU (folios 8365 a 8607). Con fecha 11 de junio de 2014 tuvo entrada el escrito de alegaciones de MEROIL (folios 8608 a 8626). Finalmente, con fecha 12 de junio de 2014 se recibieron las alegaciones de REPSOL (folios 8633 a 8756).

Con fecha 9 de julio de 2014 tuvo entrada escrito adicional de alegaciones remitido por REPSOL (folios 8776 s 8792).

En sus alegaciones, MEROIL y CEPSA proponen la práctica tanto de pruebas testificales como documentales, que fueron denegadas por la DC.

27. Con fecha 14 de julio de 2014, la DC acordó cerrar la fase de instrucción del expediente, notificándolo a los interesados y procediendo a la devolución de los DVD recabados en el marco de las inspecciones realizadas.
28. El 1 de agosto de 2014, la DC dictó Propuesta de Resolución, que fue notificada a REPSOL, CEPSAU y BP el mismo día, a CEES, FENADISMER, GALP y MEROIL el 4 de agosto y a DISA el 5 de agosto de 2014.
29. Las partes presentaron escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución, que tuvieron entrada en la CNMC en las siguientes fechas:
 - CEES: el 14 de agosto de 2014, conteniendo la solicitud de la práctica de prueba ante el Consejo (folios 9814 a 9837).
 - COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. y CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A.: el 14 de agosto de 2014, conteniendo la solicitud de la práctica de pruebas ante el Consejo así como la solicitud de celebración de vista (folios 9841 a 9881).
 - BP ESPAÑA, S.A. y REPSOL, S.A.: el 20 de agosto de 2014 (folios 9890 a 9894 y 9926 a 9966, respectivamente).
 - GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.: el 22 de agosto de 2014 (folios 9895 a 9909).
 - MEROIL: el 27 de agosto de 2014, conteniendo la solicitud de la práctica de pruebas ante el Consejo así como la solicitud de celebración de vista (folios 10022 a 10044).

- DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A.: el 28 de agosto de 2014, conteniendo la solicitud de la práctica de pruebas ante el Consejo así como la solicitud de celebración de vista (folios 10048 a 10067).
30. Con fecha de 1 de septiembre de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC.
31. Con fecha 27 de noviembre de 2014, la Sala de Competencia de la CNMC acordó nuevo requerimiento de información necesaria para resolver, consistente en información sobre volumen de negocios. El día 19 de diciembre de 2014 se recibió contestación de CEPESAU (folios 10422 a 10428) y el 22 de diciembre de 2014 de DISA (folios 10432 a 10437) y GALP (folios 10452 a 10462).
- A su vez, MEROIL envió información sobre su volumen de negocios, el día 19 de diciembre mediante fax y el 29 de diciembre de 2014 el documento original (folios 10447 a 10451), y el 23 de diciembre de 2014 se recibió la contestación de REPSOL (folios 10463 a 10468).
32. Con fecha 18 de diciembre de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, la cual tuvo lugar en fecha 19 de diciembre de 2014.
33. Con fecha 23 de diciembre de 2014 se dictó Acuerdo por el que se resolvió informar a las partes de la remisión efectuada a la Comisión Europea señalando que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la LDC, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 20 de enero de 2014, y con efectos desde el 18 de enero de 2014, la Sala resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.
34. La Sala de Supervisión Regulatoria informó en su reunión de 19 de febrero de 2015.
35. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 20 de febrero de 2015.

36. Son interesados:

- REPSOL S.A (REPSOL)
- COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A.U. (CEPSAU)
- CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A (CEPSA CP)
- DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A. (DISA)
- MEROIL S.A. (MEROIL)
- GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A. (GALP)
- BP ESPAÑA, S.A. (BP)
- CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES)
- FEDERACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES DE TRANSPORTE DE ESPAÑA (FENADISMER)

HECHOS ACREDITADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por esta Sala partiendo de los hechos acreditados por la DC de la CNMC y que se transcriben a continuación.

I. LAS PARTES

Son partes interesadas en este expediente sancionador, según la PR, las siguientes empresas y entidades:

1.1. Repsol, S.A. (REPSOL)

REPSOL, S.A. es la cabecera de un grupo energético integrado, presente en todas las fases de la cadena de valor del petróleo.

Las principales participaciones en su capital social se encuentran repartidas entre Caixabank – 12,02%, Sacyr – 9,38%, Pemex – 9,34% y Temasek – 6,32%.

REPSOL es la empresa líder en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de Estaciones de Servicio (EESS), ostentando en 2012 una cuota de [40-50] % por volumen de ventas y del [30-40] % por número de estaciones de servicio en el mercado nacional peninsular, en gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A (expediente C-550/13 REPSOL/PETROCAT).

En el mercado mayorista extra-red al canal de EESS, REPSOL ostentó una cuota del [40-45] % en 2011 (Informe de la CNC sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España de 2 de octubre de 2012).

La sociedad del Grupo REPSOL activa en el mercado de distribución de carburantes de automoción es REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. (RCPP). Sus principales accionistas son:

- REPSOL PETROLEO S.A.: con un porcentaje de participación del 59,30%
- PETROLEOS DEL NORTE SOCIEDAD ANONIMA, con un porcentaje de participación del 22,09%
- REPSOL S.A., con un porcentaje de participación del 18,39%
- GASOGU, con un porcentaje de participación indeterminado

Por su parte, REPSOL PETROLEO S.A. tiene como accionistas:

- REPSOL S.A., con un porcentaje de participación del 99,97%
- Instituto Nacional de Hidrocarburos, con un porcentaje de participación indeterminado.

Mientras que los accionistas de PETROLEOS DEL NORTE SOCIEDAD ANONIMA (PETRONOR) son:

- REPSOL S.A., con un porcentaje de participación del 85,98%.
- Kartera I Sociedad Limitada, con un porcentaje de participación del 14,02%.

1.2. Compañía Española de Petróleos SAU y Cepsa Comercial Petróleo, S.A. (CEPSA)

CEPSA, S.A. es la cabecera de un grupo energético integrado, presente en todas las fases de la cadena de valor del petróleo.

Desde agosto 2011 IPIC (International Petroleum Investment Company) es el propietario del 100% de CEPSA (Case No COMP/M.6171 – IPIC / CEPSA). IPIC es una compañía fundada en Abu Dhabi en 1984 con el objetivo de invertir en el sector de la energía y otros sectores afines en todo el mundo.

La actividad de distribución de combustibles la lleva a cabo a través de su filial CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A. (CEPSA CP), también personada en el expediente, cuya filial CEDIPSA COMPANIA ESPANOLA DISTRIBUIDORA DE PETROLEOS SA (CEDIPSA), se encarga de la explotación de Estaciones de Servicio.

CEPSA S.A. es propietaria del 100% de CEPSA CP. A su vez, CEPSA CP es la propietaria del 100% de CEDIPSA.

CEPSA ocupa el segundo lugar en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS, ostentando en 2010 una cuota del 16% por volumen de ventas y del 17% por número de EESS en gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A.

En el mercado mayorista extra-red al canal de EESS, CEPSA ostentó una cuota del [15-20] % en 2011.

1.3. Disa Corporación Petrolífera, S.A. (DISA)

DISA es un grupo de empresas dedicado a actividades relacionadas con la industria petrolera en España, no controlada directa ni indirectamente por terceros.

Sus principales actividades son la distribución y comercialización mayorista y minorista de combustibles y gases licuados del petróleo y la prestación de servicios de almacenamiento y transporte de combustibles. Realiza sus actividades principalmente en las Islas Canarias, donde es la primera operadora, aunque dispone también de una red de EESS en la Península.

En el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS, DISA ostentó en 2010 una cuota del 6% por volumen de ventas y del 5% por número de EESS en gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A.

En el mercado mayorista extra-red al canal de EESS, DISA ostentó una cuota del [5-10] % en 2011.

La sociedad del Grupo DISA activa en el mercado de distribución minorista de carburantes de automoción es EXPLOTACIÓN ESTACIÓN DE SERVICIO, S.A.U. (EESSA). DISA PENINSULA S.L. es propietaria del 100% de EESSA. A su vez, DISA es propietaria del 100% de DISA PENÍNSULA S.L.

1.4. Galp Energía España, S.A. (GALP)

GALP es un grupo energético integrado de origen portugués, presente en toda la cadena de valor del petróleo y del gas natural. Los negocios en España los desarrolla a través de su filial GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.

Las principales participaciones en su capital social se encuentran repartidas de la siguiente forma: Amorim Energia, B.V. – 38,34%, Eni, S.p.A. – 16,34% y Parpública – 7,00%.

En el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS, GALP ostentó en 2010 una cuota del 5% por volumen de ventas y del 7% por número de EESS en gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A.

En el mercado mayorista extra-red al canal de EESS, GALP ostentó una cuota del [5-10] % en 2011.

1.5. Meroil, S.A. (MEROIL)

MEROIL es un operador petrolífero no integrado verticalmente, que dispone de una terminal de recepción y distribución de carburantes en el puerto de Barcelona.

Dispone de una red de distribución de 200 EESS a nivel nacional.

En el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS, la cuota de MEROIL es inferior al 5%.

En el mercado mayorista extra-red al canal de EESS, MEROIL ostentó una cuota del [0-5] % en 2011.

1.6. BP España S.A. (BP)

BP es una petrolera multinacional integrada de origen británico. BP ESPAÑA, S.A. es la cabecera del grupo de empresas del grupo BP que operan en España.

Dispone de una refinería en Castellón y de una red de más de 670 Estaciones de Servicio.

En el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de Estaciones de Servicio, BP ostentó en 2010 una cuota del 12% por volumen de ventas y del 7% por número de estaciones de servicio en gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A.

En el mercado mayorista extra-red al canal de Estaciones de Servicio, BP ostentó una cuota del [10-15] % en 2011.

1.7. Confederación de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES)

CEEES es una organización empresarial que tiene entre sus fines la defensa y representación de los intereses de sus socios, que son empresas titulares de la explotación de EESS situadas en todo el territorio nacional, agrupadas en 34 asociaciones.

Según los datos facilitados por la propia CEEES, el número de titulares de EESS, miembros a su vez de las citadas asociaciones, asciende a más de 4.000.

1.8. Federación Nacional de Asociaciones de Transporte de España (FENADISMER)

FENADISMER es una organización cuyo objeto social básico es la defensa y representación de los intereses de los autónomos, pequeñas y medianas empresas transportistas españolas.

Según los datos facilitados por la propia FENADISMER, agrupa a 32.000 empresas de transporte por carretera, de las que el 85% tienen menos de 5 vehículos.

2. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

2.1. Marco regulatorio

Como señala la DC en el PCH la ordenación del sector de hidrocarburos en España se regula, básicamente, a través de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH), modificada –entre otras normas- por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (Ley 11/2013).

La LSH regula el régimen jurídico de los hidrocarburos líquidos en el Capítulo II de su Título III, dedicado a la *“Ordenación del mercado de productos derivados del petróleo”*.

Dentro de este capítulo II, el artículo 42 (*“Operadores al por mayor”*) establece que corresponde a los operadores al por mayor la venta de productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor. El ejercicio de la operación al por mayor requiere de notificación de inicio y cese, con declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones necesarias.

El artículo 43 por su parte (*“Distribución al por menor de productos petrolíferos”*) regula el comercio y la distribución minorista de estos productos, estableciendo que comprende, entre otros, el suministro de combustibles y carburantes a vehículos en instalaciones habilitadas al efecto. La actividad de distribución al por menor de carburante y combustibles petrolíferos podrá ser ejercida libremente por cualquier persona física o jurídica, sin perjuicio de las autorizaciones necesarias para la puesta en marcha de las instalaciones precisas para el ejercicio de la actividad.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 43 de la LSH hace referencia a los acuerdos de suministro en exclusiva celebrados entre los operadores al por mayor y los propietarios de instalaciones para el suministro de vehículos.

En relación con ello, la Ley 11/2013 ha añadido un nuevo artículo 43 bis a la LSH que incorpora determinadas limitaciones a los vínculos contractuales de suministro en exclusiva.

En particular, este nuevo precepto establece las siguientes limitaciones:

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

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

Finalmente, el apartado 4 de este mismo artículo 43 bis indica que las limitaciones reguladas en dicho precepto *“no será de aplicación cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor”.*

2.2. Mercado de producto

Siguiendo los análisis realizados en diferentes estudios por las extintas CNC y CNE, la DC describe el mercado minorista de carburantes de automoción en España señalando las siguientes características del mismo:

“Una vez refinados, los carburantes se destinan o bien al uso propio del operador mayorista en el mercado minorista descendente (intra-red), bien a la venta a terceros que operan en el mercado descendente o a grandes clientes (extra-red).

La extinta CNE estimó que en 2011 las redes de estaciones de servicio de los operadores con capacidad de refino en España (REPSOL, CEPSA, BP) constituían el 60% de las estaciones de servicio en España y el 63% en términos de ventas¹.

¹ El mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio, 10 de octubre de 2012.

Las cuotas de los operadores en el mercado mayorista extra-red al canal de estaciones de servicio serían las siguientes:

TABLA 1: CUOTAS EN EL MERCADO MAYORISTA EXTRA-RED AL CANAL DE EESS. AÑO 2011	
OPERADOR	CUOTA
REPSOL	[40-45]%
CEPSA	[15-20]%
BP	[10-15]%
GALP	[5-10]%
DISA	[5-10]%
SARAS ENERGÍA	[0-5]%
MEROIL	[0-5]%

Fuente: Informe de la CNC sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España

La extinta CNE estimó que en 2011 en España existían unas 10.000 estaciones de servicio, de las cuales 7.900 estarían integradas en las redes de operadores petrolíferos, 1.800 pertenecerían a minoristas independientes y 300 estarían ubicadas en centros comerciales (supermercados e hipermercados).

TABLA 2: CUOTAS EN EL MERCADO MINORISTA A TRAVÉS DE EESS. AÑO 2010		
OPERADOR	POR Nº EESS	POR VOLUMEN VENTAS
GASOLINA 95		
REPSOL	39%	45%
CEPSA	17%	16%
BP	7%	12%
GALP	7%	5%
DISA	5%	6%
OTROS	25%	16%
GASÓLEO A		
REPSOL	38%	45%
CEPSA	16%	16%
BP	7%	9%
GALP	7%	6%
DISA	5%	5%

OTROS	27%	21%
-------	-----	-----

Fuente: Informe de la CNC sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España

• Modelos de propiedad y gestión de las EESS

En relación a los diferentes modelos de propiedad y gestión de las EESS que se integran en el mercado español de distribución minorista de combustibles la DC sigue también los análisis realizados por las autoridades de competencia españolas y de la Unión Europea.

Así, señala el órgano instructor que las EESS pueden operar bajo la bandera de operadores mayoristas (ya sean compañías petroleras integradas, como REPSOL, CEPSA, BP o GALP, o bien, mayoristas no integrados, como DISA o MEROIL) u operar con banderas propias o de los hipermercados en los que se ubican, en el caso de las EESS independientes o marcas blancas, que no mantienen relaciones de exclusividad de suministro con operadores al por mayor.

La red de distribución de un operador al por mayor abarca el conjunto de todas las instalaciones de suministro a vehículos en las que éste ostenta el régimen de propiedad (tanto en los casos de explotación directa como en los de cesión a un tercero por cualquier título habilitante), así como aquellas instalaciones en las que el operador al por mayor tiene suscritos contratos de suministro en exclusiva con su titular.

Los tipos de vínculos contractuales que tradicionalmente se distinguen entre los operadores al por mayor y los distribuidores minoristas de las instalaciones pertenecientes a sus redes de distribución son los siguientes:

- a) *“COCO (Company Owned – Company Operated): Instalaciones propiedad del operador al por mayor.*
- b) *CODO (Company Owned – DealerOperated): Instalaciones en la que el operador al por mayor conserva la propiedad del punto de venta, pero tiene cedida la gestión a favor de un tercero con exclusividad de suministro de los productos del operador.*
- c) *DOCO (DealerOwned – Company Operated): Instalaciones propiedad de un particular, que cede la gestión del punto de venta a un operador al por mayor.*
- d) *DODO (DealerOwned – DealerOperated): Instalaciones propiedad de un particular vinculadas al operador al por mayor mediante un contrato de suministro en exclusiva que incluye el abanderamiento”.*

En aquellas EESS sin gestión directa por parte del operador al por mayor (CODO o DODO), pero con contratos en exclusiva con éste, existen dos modalidades de régimen de suministro:

- a) *“Venta en firme: bajo el cual el minorista asume el riesgo económico, vendiendo su producto a un precio libre. El operador únicamente puede indicar un precio de venta al público (PVP) recomendado.*
- b) *Comisión: Es el régimen jurídico predominante. En este caso el operador limita al gestor el PVP máximo”.*

Por lo que se refiere a las EESS independientes o marcas blancas, se aprovisionan en el mercado a través de los operadores al por mayor, pero sin mantener exclusividad con ninguno de ellos.

2.3. Mercado Geográfico

En relación con el mercado geográfico en el que se desarrollan las actividades de distribución minorista de carburantes en España, anteriores análisis y estudios realizados por las autoridades de competencia han determinado que el mercado de la distribución al por menor de combustibles para la automoción está caracterizado por un importante elemento local, en la medida en que la demanda minorista se sitúa en las proximidades de su centro de actividad. Como consecuencia de este hecho, la sustituibilidad entre estaciones estaría geográficamente limitada.

Sin embargo, las mismas autoridades han considerado que numerosos parámetros relevantes de la oferta, tales como la gama de productos ofrecida, la calidad de los productos, el nivel de servicio (horas de apertura, etc.), los impuestos indirectos, etc., se deciden desde una perspectiva nacional. Junto a estas características de la oferta, se ha considerado también que existe un claro solapamiento entre las áreas de influencia locales de las estaciones de servicio, que no solamente determina interacciones competitivas entre estaciones vecinas sino que además provoca un encadenamiento con áreas de influencia de gasolineras más alejadas. Debe tenerse en cuenta, además, que los principales operadores actúan a nivel nacional siguiendo una estrategia comercial nacional.

Por todo ello, hasta el momento las autoridades de competencia han optado por considerar nacional la dimensión geográfica del mercado de la venta al por menor de combustibles a través de gasolineras, admitiendo determinados matices y características regionales.

Así en el *“Informe sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción”* emitido por la extinta CNC en julio de 2009 se concluye que *“a pesar de reconocer el componente local en la competencia entre EESS, se considera que el mercado geográfico a analizar tiene una dimensión nacional”*.

Y más detalladamente en la Resolución de 30 de julio de 2012 (Expte. S/369/11 TEXACO), el Consejo de la extinta CNC, consideró adecuado el siguiente análisis realizado por la antigua DI sobre el mercado en el que se enmarca la conducta investigada:

“(19) Desde el punto de vista geográfico, el mercado minorista de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio se caracteriza por un componente local en la medida en que la demanda está constituida por automovilistas que normalmente repostan en estaciones de servicio cercanas a su centro de actividad, por lo que la sustituibilidad entre estaciones de servicio está geográficamente limitada. Sin embargo, por otra parte, existe normalmente un cierto solapamiento entre áreas de influencia de las estaciones de servicio que no sólo influye en las interacciones competitivas entre puntos de venta cercanos sino que origina además, en cierta medida, un “efecto sustitución en cadena” en estaciones más distantes. En consecuencia, el área geográfica a tener en cuenta desde el punto de vista de la competencia puede incluir diversas áreas solapadas.

(20) Por otro lado, desde el punto de vista de la oferta, importantes parámetros competitivos como el aprovisionamiento, la calidad de los productos, el nivel de servicio, la publicidad y promoción y, en ocasiones, el nivel de precios se deciden sobre una base nacional o regional, no a nivel local.

(21) Estos factores han llevado a las autoridades de competencia a señalar que “la determinación como nacional del mercado geográfico de referencia ha de hacerse sin perjuicio de las particularidades geográficas” en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla”.

En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala entiende que el mercado de distribución minorista de carburantes en el que se enmarcan las conductas investigadas por la DC, que abarcan diferentes provincias y Comunidades Autónomas, tiene dimensión nacional, siguiendo los precedentes comunitarios.

III.- CONDUCTAS INVESTIGADAS

En el presente apartado se describen los hechos acreditados en el expediente a través de la documentación incorporada al mismo, procedente de las inspecciones realizadas por la DI de la extinta CNC en el marco de la información reservada y de los documentos y datos aportados por las empresas a través de los distintos requerimientos de información realizados durante la instrucción.

La DC considera acreditados en la PR los hechos que se exponen a continuación.

3.1. Contactos entre REPSOL y CEPSA en materia de precios en relación con las EESS de Illueca y Brea de Aragón en julio de 2013

- De acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de CEPSA, con fecha 12 de julio de 2013, un abanderado de CEPSA remitió al Técnico comercial en la Delegación Noreste de Gestores y Abanderados del grupo, un correo electrónico en el que le indicaba las diferencias de precios existentes los días 11 y 12 de julio de 2013 entre su ES, ubicada en Illueca, y la ES de REPSOL, ubicada en Brea de Aragón, ambas en las provincia de Zaragoza.

Asimismo, le solicita lo siguiente:

"HAZ EL FAVOR DE HABLAR CON QUIEN TENGAS QUE HACERLO PARA EVITAR ESTOS DESFASES EN PRECIOS.

ESPERO ME SOLUCIONES EL TEMA Y ME LLAMES CUANDO SEPAS ALGO" (folio 6874).

- Este correo fue, el mismo día, reenviado por el Técnico Comercial al Director de Tarifas y Precios de EESS, con copia al Delegado de la Zona Noreste, con la siguiente petición:

"ESTUDIA SI PODEMOS RESPONDER ANTE ESTA AGRESIÓN DE PRECIOS. HE HABLADO CON EL COMERCIAL DE ZARAGOZA Y ME DICEN QUE ES POLÍTICA DIRECTA DE MADRID" (folio 6874).

- Al día siguiente, 13 de julio de 2013, la misma ES remitió de nuevo a ese mismo Técnico Comercial las diferencias de precios entre ambas EESS, con la siguiente petición:

"HAZ EL FAVOR DE COMUNICARLO A LA PERSONA QUE SEA LA RESPONSABLE PARA QUE TOMEN LAS MEDIDAS NECESARIAS. SI MAÑANA SIGUE IGUAL, TE ENVIARE OTRO E-MAIL" (folio 6873).

- Nuevamente, el mensaje fue reenviado, el lunes 15 de julio de 2013, por el Técnico Comercial al Director de Tarifas y Precios de EESS y al Delegado de la Zona Noreste, añadiendo:

"Hoy sigue habiendo una desviación entre la gasolinera de brea (...) y la nuestra (...) sita en Illueca.

(...)

El cliente me indica que le ayudemos a competir y que ajustemos el precio para tal fin. Se que tengo un delta en esta estación. Cuando se puso el delta no se

conocía esta circunstancia, por lo que se puede eliminar. Por otra parte he hablado con [AAA], comercial de Repsol en la Zona. Le he comunicado que, como en otras ocasiones ellos me llamaron para evitar conflicto de precio en la zona. La semana pasada les llamé para tener precios similares y no estas desviaciones. La respuesta es que ese cambio de precio se produce desde Madrid sin que ellos intervengan” (folio 6872).

3.2. Contactos entre REPSOL y CEPSA en materia de abanderamientos en julio-agosto de 2011

- Con fecha 27 de julio de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA, remitió un correo electrónico al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA, con el asunto *"relaciones con REPSOL..."* en el que indicaba que había recibido una llamada del Delegado de Levante de REPSOL, pidiendo su intervención para la toma de dos EESS abanderadas por CEPSA, en línea de lo que había ocurrido previamente en sentido inverso. En el mismo señalaba que:

"Ellos en las tomas de RIBARROJA [provincia de Valencia], PUERTA ALICANTE [provincia de Alicante] y GUARDAMAR [provincia de Alicante], no han llegado a ser tan estrictos y en ningún momento nos han dejado sin suministro de carburante" (folio 6875)

Asimismo, añadía que el Delegado de REPSOL le había transmitido que *"esta situación era derivada de nuestro comportamiento agresivo. Para Repsol, nosotros hemos sido los que hemos comenzado una guerra con ellos"* (folio 6875)

Finalmente, indicaba que se reuniría con él próximamente y pedía opinión sobre su actuación en el asunto:

"No se si debo hacerlo o no, [BBB, Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA], dime si es correcto porque lo mismo lo que se está produciendo es algo previsto..." (folio 6875).

- Con fecha 29 de agosto de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un nuevo correo electrónico al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA y al Responsable de Filiales EESS de CEDIPSA, con el asunto *"encuentro con Repsol"*, en el que relataba su encuentro con el Delegado de Levante de abanderados y gestores de REPSOL en los siguientes términos:

"El litigio y el enojo (...) procede de la toma de Ribarroja. A partir de ahí se desencadena la guerra en esta zona. El también conoce, los movimientos que [CCC, Delegado de la Zona Noreste] está haciendo tocando a

estaciones Repsol y ellos están de momento en una dinámica parecida...entrando a hablar con todas las estaciones" (folio 2361).

A lo anterior añade las siguientes manifestaciones:

"Nuestra impresión, y hablo de [DDD, Responsable de la Delegación Este de EESS de CEPSA] y de también lo que nos manifestó Repsol es que deberíamos cesar las acciones de injerencia y respetarnos. Entrar solo en los vencimientos de contrato y parar esta dinámica en la que hemos entrado y que no beneficia a ninguno" (folio 2361).

Finalmente, indica:

"Es evidente que hay un camino de posibilidad de negociación donde podríamos, ambas partes mejorar nuestras posiciones. (...) considero que es muy interesante conseguir una no agresión por ambas partes" (folio 2361).

3.3. Contactos entre REPSOL y CEPSA en materia de abanderamiento y suministro entre 2011 y 2013

Distintos correos electrónicos recabados en la inspección en la sede de CEPSA acreditan que REPSOL y CEPSA gestionan EESS que se encuentran abanderadas y son suministradas en exclusiva por la otra operadora (abanderamientos cruzados) y establecen contacto e intercambian información sobre las mismas.

- Así, en el correo enviado por el Delegado de Levante de CEDIPSA, al Responsable del Departamento de Ingeniería e Imagen, con fecha 21 de junio de 2011, con el asunto *"RV: estaciones PERLETA (15785) DOLORES II (12520)"* [ambas EESS en la provincia de Alicante] cita lo siguiente:

"A PARTIR DEL 1 DE JULIO el suministro de carburante comienza a realizarse desde CEPSA. (...) En la actualidad ya gestionamos estas estaciones con bandera Repsol" (folio 6877).

- Por otra parte, en el correo electrónico enviado por el Delegado de Levante de CEDIPSA al Responsable de Filiales EESS de CEDIPSA y al Responsable de Gestores y Abanderados, con fecha 26 de julio de 2011, con el asunto *"perdida estaciones de Valencia"* se indicaba:

"REPSOL, ha firmado con el abanderado nuestro (...). Estarán hasta fin de contrato con nuestra enseña." (folio 6878).

- Asimismo, con fecha 31 de enero de 2012, el Técnico Comercial de la Delegación Este de EESS de CEPSA, remitió un correo electrónico al Delegado de Levante de CEDIPSA, con copia al Responsable de la Delegación Este de EESS, con el asunto "*Estaciones Repsol gestionadas por Cedipsa*" en el que hacía referencia a lo siguiente:

"A propuesta de Repsol vamos a mantener una reunión en la que pretenden realizar cambio de estaciones que gestionan con imagen Cepsa por estaciones que gestionamos con imagen Repsol" (folio 6881).

- En relación a estas EESS con abanderamientos cruzados, con fecha 1 de diciembre de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo a la Responsable de obligaciones de pago de CEDIPSA con el asunto "*CONTRATO PUNTO DE VENTA REPSOL-ES Guardamar-12609*" en el que señalaba lo siguiente:

"históricamente con las ee.ss que hemos explotado y eran de Repsol teníamos una instrucción de [EEE, antiguo Consejero de CEDIPSA] de no firmar nada desde posiciones directivas. (.. .) Por eso siempre las comunicaciones, escritos, contratos... y relaciones con Repsol han sido firmadas por los jefes de zona." (folio 6879).

- Igualmente, fueron recabados distintos correos electrónicos en relación a estas EESS. Así, con fecha 8 de febrero de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo electrónico al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA y al Responsable de Filiales EESS de CEDIPSA, con el asunto "*REPSOL CARTAGENA*" en el que indicaba que:

"Hoy he estado con los técnicos de Repsol que corresponden a las EESS que tenemos con su enseña en Alicante"

y añadía lo siguiente:

"Entre otras cosas que me han estado contando hay algo que creo que es muy interesante: ESTE AÑO TIENEN ORDEN DE ABRIR LO MAXIMO POSIBLE, Y TIENEN EL MAYOR PRESUPUESTO DESDE HACE AÑOS PARA ADQUISICIONES DE EESS."

Estaciones que tenían cerradas por la noche, van a reabrir, estaciones que habían cerrado un margen están adaptando para volver a tener actividad... etc..." (folio 6888).

- Con fecha 22 de marzo de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió correo electrónico a dos empleadas de Apoyo a control de zona de CEDIPSA,

con el asunto *"repsol"*, con la siguiente solicitud: *"metete en el sistema de Repsol y mandame las claves y pagina"* (folio 6892).

- Con fecha 6 de octubre de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo a D. [FFF], con copia al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA, con el asunto *"TARJETAS CEPSA EN EESS REPSOL/NUESTRAS"* en el que propone *"habilitar el paso de las tarjetas CEPSA SIAR, CEPSA SIAR DIRECT, TAXI, CORREKMINOS, en las EESS de Repsol"* (folio 6882).

Añadía que *"Debe poder hacerse porque por ejemplo en Ribarroja, durante un tiempo pudimos hacerlo"* (folio 6882). El Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA contestó, con fecha 7 de octubre de 2011, lo siguiente: *"Cuidado con este tema, debemos estudiarlo previamente, no vayamos a vender producto Repsol y dar descuentos con cargo a Cepsa"* (folio 6882).

- Con fecha 26 de abril de 2012, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo al Responsable de Filiales EESS (CEDIPSA) y al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA, con el asunto *"APORTACION PROMO REPSOL"*, en el que indica que *"Ya tenemos los datos de lo que aporta la estación y lo que aporta Repsol"* (folio 6883).
- Igualmente, con fecha 15 de mayo de 2012, el Responsable de la ES de Ribarroja, remitió un correo al Delegado de Levante de CEDIPSA, con copia a la Jefe de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA, con el asunto *"PROMO REPSOL/CORTE INGLES"* en el que informaba del inicio de una promoción de REPSOL con EL CORTE INGLÉS indicando *"Se ha recibido toda la cartelería y los cheques descuento (...)"* (folio 6884).

El Delegado de Levante de CEDIPSA contestó a la Jefe de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA solicitando lo siguiente: *"enviame si tienes algo en PDF, o los carteles por fax, o los ticket...todo lo que haya por favor"* (folio 6884).

- Con fecha 11 de julio de 2012, el Responsable de la ES San Pedro del Pinatar II [provincia de Murcia], remitió un correo al Delegado de Levante de CEDIPSA, con copia a otras personas de la empresa, con el asunto *"Nuevas condiciones en la comisiones de Repsol"* al que se adjunta el *"ANEXO AL CONTRATO DE FECHA 12/5/1988, ENTRE COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA PET Y REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A., REFERENTE A LA E.S. Nº 33761 SITA EN SAN PEDRO DEL PINATAR"* que recoge las *"nuevas condiciones en las comisiones de Repsol para la E.S. 33761 San Pedro I"* (folio 6885).

- Con fecha 4 de julio de 2013, la Jefe de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA, remitió un correo electrónico al Delegado de Levante de CEDIPSA y al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPESA, con el asunto "*RV: Cambio de precios Repsol para Pta: Alicante*", en el que se indica el cambio de precios máximos notificado por REPSOL para ese día y para el día siguiente para la ES Puerta de Alicante.
- Ese mismo día, Delegado de Levante de CEDIPSA reenvía el correo al Director de Canal (folio 6891).
- Con fecha 5 de julio de 2013, de la Delegación Comercial Este de CEPESA, remitió al antiguo Director de Canal, un correo con el asunto "*Cambio de precios Repsol el viernes*", en el que indica lo siguiente:

"he hablado con varias personas que gestionan EESS con Repsol (...) Repsol el domingo les comunicaba la bajada de precios para el lunes, hoy les han dicho que no esperen bajada, que habrá una ligera subida" (folio 6889).
- Igualmente, con fecha 12 de julio de 2013, un Responsable de la ES Puerta de Alicante remitió un correo a las Jefes de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA, con el asunto "*Cambio precios Repsol*", en el que se indicaba el cambio de precios máximo notificado por REPSOL para el día siguiente, 13 de julio de 2013. Una de las Jefes de Área reenvió el correo al Delegado de Levante de CEDIPSA en la misma fecha, indicando "*Nueva subida para mañana*" (folio 6890).

3.4. Contactos entre REPSOL y MEROIL en relación al plan de entregas de carburante de REPSOL en Barcelona en marzo de 2012

- De acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de MEROIL, con fecha 5 de marzo de 2012, un empleado del Departamento de Venta a Operadores de REPSOL, remitió a una empleada del Departamento de Compras y al Director de Suministros, ambos de MEROIL, un correo electrónico con el Asunto "*Plan de entregas desde Barcelona a terminales conectadas*", en el que se indicaba "*Os adjuntamos plan de entregas en los terminales del puerto*" y se incluía una tabla en la que se detallaban los días en los que se producirían las descargas de productos, especificando las cantidades, tipo de producto, titular del almacenamiento de destino y operador titular del producto (folios 2364 y 2365).
- Ese mismo día el Director de Suministros remitió el citado correo a los principales Directivos de MEROIL: al Director Comercial, al Director General y

al Director Financiero, con el siguiente comentario: *"Saras compra a Repsol hasta el GO y vende muchísimo...Los otros muy regulares..."* (folio 2364).

3.5. Contactos en materia de precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y en relación a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013

- Durante la inspección realizada en la sede de CEPSA fueron recabadas determinadas páginas de los cuadernos de notas del Director de la Red de EESS. En dichas páginas figuran unas anotaciones, efectuadas en fecha comprendida entre el 27 de julio de 2011 (folio 2641) y el 30 de septiembre de 2011 (folio 2647) entre las que cabe destacar:
 - o Nombre y apellidos de tres miembros pertenecientes al Consejo de Administración de DISA (D. [GGG], D. [HHH] y D. [III]) (folio 2646).
 - o Las siguientes referencias:
 - *"No salvo que CNC obligue"* (folio 2646).
 - *"Pacto de no agresión. No se mueve"* (folio 2646).
 - *"Argumento de protección del precio en EESS para no competir a la baja. No se puede firmar"* (folio 2646).
- Por otra parte, de acuerdo con la documentación electrónica recabada en la inspección en la misma sede, con fecha 27 de mayo de 2013, el Delegado Regional de la Zona Sur de CEDIPSA remitió un correo electrónico al Director General de ATLAS S.A. COMBUSTIBLES Y LUBRIFICANTES (filial de CEPSA dedicada a la comercialización de hidrocarburos, que desarrolla su actividad en las ciudades de Ceuta y Melilla), con copia al Director de Explotación de CEDIPSA, con el asunto *"Promoción 6 céntimos Ceuta"* en el que indicaba:

"En respuesta a lo que me has comentado esta tarde sobre vuestra inquietud por la promoción de los 6 céntimos en Ceuta te comento lo siguiente:

- *La promoción de los 6 céntimos está basada en el sistema de fidelización de Cepsa (Porque tu vuelves), de manera que no bajamos el precio del monolito y en consecuencia no entramos en guerra de precios con otras banderas. (...)"* (folio 6870).
- Con fecha 5 de julio de 2013, Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo electrónico al Delegado Regional de la Zona Sur de CEDIPSA, con el asunto *"Paulita y otras ACZs..."* en el que preguntaba por la citada promoción de Ceuta en los siguientes términos:

"pq has quitado lo de ceuta...no entiendo! Tanta guerra que hemos dado" (folio 2359).

- Ese mismo día el Delegado Regional de la Zona Sur de CEDIPSA le contesta indicando que le había llamado el Director de Canal de CEPESA, para indicarle que *"había que quitar la promoción de todas las estaciones de Ceuta porque había estado en una reunión y alguien de Disa le había dicho que si no la quitábamos ellos empezarían también a hacer algo parecido y empezaríamos una especie de guerra que no beneficiaría a nadie"*(folio 2359)

Añade, asimismo, en el correo que *"a primera hora de hoy ya me había llamado [JJJ] [Responsable de Coordinación de Explotación OIL de CEDIPSA] para decirme que había que quitar urgentemente la promoción siguiendo instrucciones de [KKK] [Director de canal de CEPESA]"* (folio 2359).

Finalmente, el remitente valora que: *"Ya sabes que Ceuta es un corralito"* (folio 2359).

3.6. Contactos entre DISA y MEROIL en relación a los precios aplicados en el entorno de las EESS de Sant Joan Despí en 2012 y en relación a sus márgenes operativos en 2013

- En materia de precios, de acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de MEROIL, con fecha 27 de diciembre de 2012 el Director General de MEROIL, remitió un correo electrónico al Director de Relaciones Institucionales de DISA, con el asunto *"Precios Sant Joan Despi"* en el que le indicaba lo siguiente:

"Un abanderado que se encuentra alrededor de una estación vuestra situada en Avda. Baix Llobregat de Sant Joan Despí (Barcelona) me indica que observa ciertas diferencias de precios en la gasolina 95. No sabe si es fruto de un error de apreciación o una política específica" (folio 2366).

El Director General de MEROIL contesta al mensaje ese mismo día indicando lo siguiente:

"Creo que es que hoy vamos lentos con los cambios por la resaca..." (folio 2366).

- En materia de márgenes, de acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de DISA, con fecha 21 de febrero de 2013, el Director General de MEROIL, remitió un correo electrónico a un Consejero Delegado de DISA, con el asunto *"Evolucion márgenes"* en el indicaba lo siguiente:

"[GGG], te adjunto la info que me solicitaste" (folio 3758).

A continuación adjunta una tabla que incorpora unas cifras correspondientes a los meses comprendidos entre julio de 2012 y enero de 2013, así como al valor medio, para distintos tipos de carburantes (GOA, GOA+, GS98, GS95) (folio 3758).

El Consejero Delegado de DISA reenvió el correo ese mismo día al Director General de DISA, indicando lo siguiente:

"Para tu administración. Evolución del margen bruto del gasolinera en el red de Meroil" (folio 3758).

3.7. Contactos entre DISA y GALP en relación con la política de precios a aplicar en sus EESS de Palencia en mayo-junio de 2012

- De acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de DISA, con fecha 29 de mayo de 2012, una empleada del Departamento de precios de DISA, remitió un correo electrónico a la ES Palencia, con copia a la Jefa de zona y a la Técnico de Retail, ambas también de DISA, con el asunto *"Test de precios"* en el que indicaba lo siguiente:

"Se ha acordado comenzar una actuación de precios en esta estación. Comenzaremos el viernes 1 de Junio enviando precios de venta tres céntimos por debajo de los de la competencia" (folio 3756).

- Con fecha 26 de junio de 2012, la misma empleada del Departamento de Precios de DISA remitió un nuevo correo electrónico a la ES Palencia, con copia a la Jefa de zona, a la Técnico de Retail, al Jefe de Combustibles, Lubricantes y Proyectos Especiales (responsable de la fijación de precios en las EESS de la red propiedad de DISA) y al Técnico de Precios, con el asunto *"RE: Test de precios"* en el que señalaba:

"A partir del lunes 2 de JULIO vamos a reducir el descuento a DOS céntimos por debajo de la competencia" (folio 3756).

- Con fecha 27 de junio de 2012, la Jefe de zona remitió un correo electrónico al Gerente de EESSA (filial de DISA Península, SL), con copia al Jefe de Combustibles, Lubricantes y Proyectos Especiales con el asunto *"RV: Test de precios. SHELL PALENCIA"* en el que indicaba, en relación a la campaña anterior, que:

"Tal y como acordamos en la reunión de Madrid en Shell Palencia desde el 1/06/2012 bajamos precios en monolito 3 cts"

Y añade que *"nuestro amigo de la GALP (competencia en Palencia., León, Suco, BP...) me ha enviado el mensaje que si me voy a dedicar a bajar precios en todos los sitios. Bueno que él no me va a seguir.....Por tanto a partir del 2 de julio voy a reducir la bajada a 2 cts"* (folio 3756).

3.8. Contactos entre MEROIL y GALP en relación a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013

- De acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de MEROIL, con fecha 2 de mayo de 2013, el Director de Planificación de Red de GALP, remitió al Director General de MEROIL, un correo electrónico con el Asunto *"contracte"*, al que adjuntó el contrato de abanderamiento de GALP correspondiente a una Estación de Servicio.

En el mensaje, el Director de Planificación de Red de GALP indicaba lo siguiente: *"No tengo ningún borrador, así que, dada la confianza, te envío el pdf del contrato que se ha firmado para que puedas leer y tomar tus notas y después lo destruyas"* (folio 2368).

3.9. Contactos entre REPSOL y ALCAMPO en relación a la política de precios aplicada en sus EESS de Soria capital

- De acuerdo con la documentación recaba en la inspección en la sede de REPSOL, con fecha 14 de junio de 2012, D^a [LLL] remitió un correo electrónico al Delegado regional de Red Abanderada de REPSOL, con el asunto *"SITUACION DE PRECIOS EN SORIA CAPITAL"*, en el que informaba sobre la bajada de precios que estarían aplicando las estaciones de servicio de Leclerc y Simply en Soria, lo que estaría produciendo un desvío de clientes hacia Leclerc (folios 6909 y 6910).
- Este mensaje acabó siendo reenviado al Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL que, con fecha 15 de junio de 2012, remitió un correo al Director Ejecutivo EESS España y Marketing Portugal y al Director de Lubricantes, con copia al Director de Planificación y Control del Área Comercial, al Director de Desarrollo e Innovación, a la Directora Grandes Clientes y Segmentos y a la Subdirectora Flotas y Servicios, todos de REPSOL, indicando lo siguiente:

"a Leclerc dejamos de suministrarle hace más de un año, precisamente por su agresividad en precios. En el caso de Simply, es una segunda marca del Grupo ALCAMPO y el establecimiento de Soria si es suministrado por nosotros."

Los precios que han colocado en monolito, se encontraban muy por debajo de nuestro precio de venta a esta instalación" (folio 6908).

A continuación, añadió:

"Ayer por la tarde nos pusimos en contacto con el responsable del Grupo ALCAMPO que gestiona la, marca Simply, para expresarle nuestra indignación por su política de precios (...) Hace unos minutos nos han confirmado que han reconducido la situación, incrementando sus precios en monolito (...) con la clara intención de suspender la guerra de precios iniciada" (folio 6908).

- En su respuesta, el Director de Planificación y Control del Área Comercial valoró positivamente la estrategia seguida añadiendo la siguiente propuesta:

"Mantener e incluso incrementar nuestra política de suministro a hipermercados (...) en casos como este vemos que nos permite también reconducir algunas situaciones que por ejemplo si estuviera suministrando SARAS hubiera sido imposible de reconducir" (folio 6906).

- Por su parte, la Directora Grandes Clientes y Segmentos hizo la siguiente valoración:

"Parecería importante destacar que sino les vendiéramos no habiéramos podido frenar esta guerra de precios" (folio 6912).

3.10. Contactos entre REPSOL y BP en materia de abanderamiento y suministro en exclusiva a EESS

- De acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de REPSOL, con fecha 27 de octubre de 2012, el Director Ejecutivo EESS España y Marketing Portugal, remitió un mensaje al Director Ejecutivo del Área Comercial, ambos de REPSOL, en el que indicaba lo siguiente:

"parece confirmarse que [MMM] (con [NNN] de negociador) habrán llegado a la firma de 2 contratos de abanderamiento con BP" (folios 7167 y 7242).

A continuación, D. [ÑÑÑ] le contestó, con el asunto "Re: [MMM-NNN]: Tema BP", preguntando lo siguiente:

"Y tu has hablado con [OOO, Director de Operaciones y Marketing de BP], para decirle que esto es un grave "casus belli"?" (folios 7167 y 7241).

El Director Ejecutivo EESS España y Marketing Portugal contestó:

"Si y como comentamos. He hablado con [OOO] personalmente y le dije claramente consideraríamos esto una grave agresión. Ellos (en línea con los comentarios anteriores que te hizo [PPP]) creen que no hay nada de grave en ello, que solo son dos gasolineras y que es mejor que estén con una marca como BP que de blancos y que en parte lo han hecho porque consideran que la respuesta contundente que le dimos a [NNN] y [QQQ] al final les ha perjudicado en una serie de EESS. Parece ser, según dijo, que casi les "imploraron" firmar estos 2 abanderamientos por el miedo que tienen de como puede evolucionar el mercado, por que no saben como va a reaccionar Repsol con ellos y sobretodo porque nos estarían dando un mensaje claro para intentar empezar a renegociar todo el tema" (folios 7165 y 7166, 7240 y 7241).

- En un correo posterior, de 28 de octubre de 2012, el Director Ejecutivo EESS España y Marketing Portugal indicó:

"Con [OOO] he hablado el viernes por la tarde en Diversia" (folios 7165 y 7240).

- Finalmente, el Director Ejecutivo del Área Comercial señaló:
"Vamos a trabajar seriamente en el tema, valorar cada escenario, y ejecutar una decisión consensuada con [RRR] " (folios 7165 y 7240).
- Con fecha 7 de noviembre de 2012, BP firmo los contratos de abanderamiento con las dos Estaciones de Servicio citadas (folios 7324).

3.11. Contactos entre REPSOL y BP en materia de política de precios de venta al público en sus EESS

El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad estableció que, con fecha 1 de septiembre de 2012, se procedería a la elevación del tipo impositivo general del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), pasando del 18% al 21%.

- Con fecha 31 de agosto de 2012, REPSOL publicó una nota de prensa en su página web en la que anunciaba que había decidido asumir la mitad del coste de la subida del IVA en todas sus EESS.
- De acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de BP, con esa misma fecha, la Directora de Relaciones Institucionales y Comunicación de BP y vocal de su Junta Directiva, envió un correo electrónico a varios empleados de la empresa, con el asunto *"Repsol asumirá la mitad de la subida del IVA en sus estaciones de servicio"*, adjuntando el

enlace a la nota de prensa publicada por REPSOL, así como a la noticia en este sentido publicada por un medio de comunicación.

- Como respuesta al anterior, el Presidente de BP, remitió un correo electrónico en el que indicaba lo siguiente: *"El lunes os contaré un poco la llamada que me han hecho los de Repsol para anticiparme este anuncio de asumir la mitad del IVA (...) creo que deberíamos ser cautelosos con el pricing, seguir la pauta de Repsol"* (folios 7320 y 7321).

3.12. Análisis de las operadoras sobre sus políticas de precios en relación a los lunes

- REPSOL:

La información recabada en la inspección en la sede de REPSOL permite comprobar que la motivación subyacente en la compañía a la hora de proceder a efectuar bajadas de precios los lunes era que los precios aplicados ese día en las EESS eran los que se tomaban como referencia para la publicación semanal que muestra la comparativa de precios europea.

En determinadas comunicaciones internas de REPSOL se pueden encontrar expresiones como *"para asegurar una buena lectura europea"* o *"de cara a la foto del próximo lunes"*, a pesar del coste que esta estrategia le suponía: *"en términos anuales nos puede costar unos 8 Mill de euros"*. (correos electrónicos folios 6894, 6896, 6897, 6898, 6899, 6901, 6902, 6903).

- BP:

En su caso, se puede comprobar cómo en su estrategia de precios de los lunes hacía un seguimiento a REPSOL:

"Repsol bajó más de lo previsto y tuvieron que hacer un ajuste", "No podemos seguir el efecto lunes con Repsol"

Asimismo, valoraba tanto los perjuicios que esta dinámica le estaba causando:

"la exposición de BP es mucho mayor que la de Repsol al efecto lunes", "De persistir el "efecto Lunes" (...) pone a BP en una situación aún más desfavorecida"

como la intencionalidad en este sentido del líder del mercado en la puesta en práctica de esta estrategia:

"Saben contra quién son pérdidas de volumen. Efecto lunes: Contra los platts, Contra BP".

(correos electrónicos folios 6916, 6918, 6919, 7061, 7062, 7063).

- DISA:

En un correo interno recabado en la inspección de su sede se recoge que su estrategia se limita a un seguimiento a la competencia:

“se ha limitado a acercarse a posteriori a los precios de la competencia”
(folio 7081).

- **AOP:**

En la inspección realizada en su sede no fue recabado ningún documento que apuntara a una concertación entre las operadoras para poner en práctica la estrategia denominada “efecto lunes”.

La extinta CNE, en sus conclusiones del expediente informativo abierto con motivo de este fenómeno, destacó que:

“todos seguirán la estrategia comercial dominante, aunque no sean los detonantes de la misma”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 13/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.*

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”.* El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* 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 la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.*

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, sin perjuicio del informe emitido

por la Sala de Supervisión Regulatoria conforme el artículo 21, apartado 2 de la Ley 3/2013.

SEGUNDO.- Objeto de la resolución y normativa aplicable

La Sala de Competencia en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las siguientes prácticas investigadas constituyen infracciones muy graves del artículo 1 de la LDC y 101 TFUE:

1. REPSOL: las prácticas anticompetitivas acreditadas imputables a REPSOL son:

- Acuerdo de precios con CEPSA en julio de 2013 concerniente a las estaciones de servicio de Illueca y Brea de Aragón (provincia de Zaragoza);
- Pacto de no agresión con CEPSA en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra;
- Diversos intercambios de información con CEPSA acaecidos al menos durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora.

No se imputa a REPSOL el intercambio de información con MEROIL relativo a las descargas de combustible en el Puerto de Barcelona.

2. CEPSA: las prácticas anticompetitivas acreditadas imputables a CEPSA son particularmente:

- Acuerdo de precios con REPSOL en julio de 2013 concerniente a las estaciones de servicio de Illueca y Brea de Aragón (provincia de Zaragoza);
- Pacto de no agresión con REPSOL en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra;
- Diversos intercambios de información con REPSOL acaecidos al menos durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora;

- Pacto de no agresión en precios con DISA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo con DISA relativo a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013.

3. DISA: las prácticas anticompetitivas acreditadas imputables a DISA son particularmente:

- Pacto de no agresión en precios con CEPSA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo con CEPSA relativo a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013;
- Intercambios de información con MEROIL en 2012 en relación a los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí (provincia de Barcelona) y en 2013 en relación a sus márgenes operativos.

No se imputan a DISA los contactos con GALP en relación a los precios a aplicar en las estaciones de servicio de Palencia.

4. MEROIL: las prácticas anticompetitivas acreditadas imputables a MEROIL son:

- Intercambios de información con DISA en 2012 en relación a los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí (provincia de Barcelona) y en 2013 en relación a sus márgenes operativos;
- Intercambio de información con GALP relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.

No se imputa a MEROIL el intercambio de información con REPSOL relativo a las descargas de combustible en el Puerto de Barcelona.

5. GALP: la práctica anticompetitiva acreditada imputable a GALP es:

- 1) Intercambio de información con MEROIL relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.

No se imputan a GALP los contactos con DISA en relación a los precios a aplicar en las estaciones de servicio de Palencia.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, habiéndose desarrollado las conductas imputadas durante la vigencia de la Ley 15/2007, es dicha norma la aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por otro lado, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE, por cuanto de la naturaleza y características de las conductas analizadas, así como de los operadores que han participado en las mismas, se deriva la existencia de unas prácticas susceptibles de tener afectación sobre el comercio intracomunitario, a tenor de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal –y como ya indicaban las anteriores Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE)-.

En el presente caso, al haberse acreditado diversas infracciones diferenciadas, la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE debe evaluarse para cada una de ellas. No obstante, como ha indicado el Consejo de la extinta CNC (en Resolución del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte: S/0120/08, Transitarios, y Resolución de 6 de octubre de 2011, Expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez), el concepto "comercio" no se limita a los intercambios transfronterizos de bienes y servicios, sino que es un concepto más amplio que abarca toda la actividad económica transfronteriza, y el comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en el caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional, en coherencia con el objetivo del Tratado de promover la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales.

Aplicando dicha doctrina, en los expedientes relativos a infracciones en el mercado minorista de carburantes de automoción las autoridades de competencia españolas han considerado que la aplicación del artículo 101 era obligada en virtud de la afectación sensible al comercio entre estados miembros de los acuerdos analizados. A este respecto puede citarse lo señalado por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en la Resolución de 30 de marzo de 2005 en (expediente A 325/02 Contratos BP Oil España):

- *“un único acuerdo puede quedar dentro tanto de la aplicación del Tratado TCE como de la LDC [...] debido al poder de los acuerdos de compra exclusiva como barrera de entrada de nuevos proveedores, tanto más si el mercado de referencia presenta una clara tendencia al oligopolio.*
- *[...] las operaciones protagonizadas por operadores como BP – primera operadora global en los mercados de hidrocarburos a nivel comunitario (segunda a nivel mundial), presente en casi todos los Estados Miembros con un considerable peso específico- afectan al*

comercio intracomunitario. Además estas conductas pueden actuar como barreras de entrada al comercio en un Estado Miembro [...].

- *Finalmente, hay que subrayar el potencial efecto sobre el comercio intracomunitario de otros mercados relacionados con la distribución minorista de combustibles en estaciones de servicio, como el turismo o el sector de la logística y distribución, que potencialmente afectan, desde el punto de vista de la demanda, a consumidores de todos los Estados Miembros”.*

En el presente expediente las razones expuestas por el antiguo TDC respecto a conductas de naturaleza vertical (reiteradas en expedientes como el 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, finalizado mediante Resolución de 30 de julio de 2009) son aplicables con mayor motivo al caso que nos ocupa donde se imputan a las operadoras presentes en España conductas de naturaleza horizontal que, por su alcance y características, afectan en gran parte de los casos expuestos a la totalidad del mercado nacional o a una parte significativa del mismo.

Igualmente la consideración como infracciones por objeto de las conductas reseñadas implica que se considere, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, que se trata de restricciones sensibles al juego de la competencia que motivan la necesaria aplicación del artículo 101 del TFUE. Como ha afirmado el Tribunal de Justicia de la UE en su Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Segunda). Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros):

“procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 399], KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, [TJCE 2011, 400] C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29). Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre

Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

TERCERO.- Valoración jurídica del órgano instructor

Finalizada la instrucción del expediente, en base al Artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia, propone a la Sala de Competencia del Consejo la declaración de infracción de REPSOL, CEPSA, MEROIL, GALP y DISA. En concreto propone lo siguiente:

Primero. *Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, así como del artículo 101 del TFUE, consistentes en diversos acuerdos e intercambios de información entre competidores, en particular:*

- 1. Acuerdo para la coordinación en las estaciones de Brea de Aragón e Illueca en julio de 2013 entre CEPSA y REPSOL; pacto de no agresión entre CEPSA y REPSOL en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra; intercambios de información estratégica entre CEPSA y REPSOL durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora.*
- 2. Pacto de no agresión en precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo entre ambas en relación a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013.*
- 3. Intercambios de información entre DISA y MEROIL en 2012 en relación a los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí y en 2013 en relación a sus márgenes operativos.*
- 4. Intercambio de información entre GALP y MEROIL relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.*

Segundo. *Que se declare responsable de dichas infracciones a REPSOL, S.A. por las conductas del apartado 1, a COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. por las conductas de los apartados 1 y 2, a DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A. por las conductas de los apartados 2 y 3, a MEROIL, S.A. por las conductas de los apartados 3 y 4, y a GALP ENERGÍA ESPAÑA por la conducta del apartado 4.*

Tercero. *Que las conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones muy graves del artículo 62.4.a) de la LDC.*

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

Como fundamento de la anterior imputación, la DC considera que determinadas conductas llevadas a cabo por REPSOL, CEPSA, DISA, MEROIL y GALP desde el año 2011 a 2013 constituyen una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. Ha quedado acreditado en determinados entornos competitivos el alineamiento en los precios de venta al público en estaciones de servicio de distintas operadoras, fruto de los intercambios de información que han tenido lugar entre los competidores, a veces materializados incluso en acuerdos de precios celebrados entre ellos. Igualmente ha podido constatar que el alineamiento de las condiciones comerciales entre operadoras en ocasiones también es fruto de los intercambios de información estratégica que tienen lugar entre las competidoras (contratos, márgenes, volúmenes o clientes). Asimismo, se acredita que la falta de dinamismo en la captación de nuevos abanderados responde en ocasiones a pactos de no agresión acordados entre competidores.

Todo lo anterior no hace sino provocar una mayor limitación de la competencia en un mercado que ya estructuralmente encuentra dificultades para el desarrollo de una competencia efectiva por estar muy concentrado y gozar de una elevada transparencia.

Estas conductas suponen una serie de infracciones tipificadas en el artículo 1 de la LDC, así como del artículo 101 del TFUE que se habría desarrollado desde el año 2011 hasta el año 2013.

Respecto al resto de los hechos investigados y descritos en los hechos acreditados que no se encuentran subsumidos en las anteriores infracciones la DC se pronuncia en los siguientes términos en el PCH y la PR:

- Con respecto a la conductas relativas al denominado “efecto lunes” desarrolladas por REPSOL, BP y DISA, descritas en el apartado 3.12 de los Hechos Acreditados, la DC en el PCH concluye afirmando “*que no se aprecia infracción de la LDC en lo que se refiere a la política de precios a aplicar los lunes en las Estaciones de Servicio en el período investigado*”.
- Con respecto a las conductas desarrolladas entre REPSOL y ALCAMPO descritas en el apartado 3.9 de los Hechos Acreditados, la DC finalmente no imputó a dichas empresas en el PCH.
- Con respecto a las conductas desarrolladas entre BP y REPSOL descritas en los apartados 3.10 y 3.11 de los hechos Acreditados, la DC finalmente no imputó a dichas empresas en el PCH.

Por último, tal y como se recoge en la calificación jurídica y responsabilidad de las empresas de la Propuesta de Resolución del órgano instructor, no se consideran acreditadas las siguientes conductas recogidas en el PCH:

- (i) *Se modifica la calificación jurídica de los contactos entre DISA y GALP relativos a la política de precios a aplicar en sus estaciones de servicio de Palencia acreditados en el apartado 5.3 del Pliego, considerándose que no queda acreditada la infracción del artículo 1LDC y 101 TFUE en relación a esta cuestión concreta. [Apartado 3.7 de los Hechos Acreditados de la presente Resolución]*
- (ii) *Se modifica la calificación jurídica del intercambio de información entre REPSOL y MEROIL relativo a las descargas de producto en el Puerto de Barcelona acreditado en el apartado 5.6 del Pliego, considerándose que no queda acreditada la infracción del artículo 1LDC y 101 TFUE en relación a esta cuestión concreta. [Apartado 3.4 de los Hechos Acreditados de la presente Resolución]*

CUARTO. Alegaciones presentadas a la propuesta de resolución

De conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 1 de agosto de 2014, la Dirección de Competencia elevó su propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC, en la que propone, como se ha indicado, que se declare la existencia de distintas prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, y que las conductas colusorias se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones muy graves del artículo 62.4.a) de la LDC.

La mayoría de las empresas imputadas han presentado alegaciones a la propuesta de resolución, muchas de ellas coincidentes, que a continuación son resumidas y contestadas por esta Sala de Competencia de la CNMC.

4.1. Sobre la acreditación de las conductas y sus efectos en el mercado

En el expediente ha sido acreditada la existencia de diversos contactos entre los diferentes operadores que operan en el mercado minorista de carburantes de automoción. Si bien en los hechos acreditados se han detectado prácticas de varios operadores, los contactos acreditados tienen siempre carácter bilateral entre las empresas imputadas, en el sentido de que en cada uno de los acuerdos e intercambios acreditados solo participan dos de las empresas imputadas.

4.1.1.- Sobre la existencia de un acuerdo de precios y coordinación en el mercado de distribución en las estaciones de servicio de Illueca y Brea de Aragón, entre CEPSA-REPSOL

CEPSA expone que el único hecho que puede considerarse probado es la existencia de una reunión entre un técnico comercial de CEPSA y otro técnico comercial de REPSOL, sin negar que pueda ser considerada impropia. No

obstante, no admite que de ese hecho se pueda inferir la existencia de un acuerdo de precios en la medida en que: (i) los comerciales involucrados carecían de competencia para decidir sobre las políticas de precios de sus compañías; y (ii) sería una conducta unilateral en la que el empleado de CEPSA efectúa al de REPSOL una invitación que es rechazada por este último.

Asimismo señala que la DC considera erróneamente que la modificación de los precios de la ES de Illueca está causada por el contacto con REPSOL, exponiendo que la variación de los precios de esta ES se debe a las quejas de su gestor, que fueron transmitidas por el Sr. [SSS] y no del contacto de este último con el comercial de REPSOL. Ello se debe a que éste proponía un incremento del precio de transferencia, mientras que el comisionista una reducción del mismo. Por tanto, concluye que CEPSA CP fue autónoma a la hora de decidir reducir su margen de mayorista, independientemente de los precios de REPSOL en los días posteriores al contacto.

Considera, igualmente, que el gráfico utilizado por la DC para demostrar un comportamiento similar de los precios de CEPSA y REPSOL no es válido y, a pesar de que ya lo manifestaron en las alegaciones al PCH, la DC lo ha mantenido en la PR.

REPSOL, por su parte, manifiesta la incoherencia de esta imputación con las conclusiones del PCH respecto del efecto lunes, al constatar la DC que Repsol determina sus precios de manera autónoma, pero afirma que esto no es incoherente con un supuesto acuerdo entre REPSOL y CEPSA para coordinar sus precios en las estaciones de Illueca y Brea de Aragón.

Sobre la prueba documental en la que se sustenta el supuesto acuerdo para la coordinación, argumenta REPSOL que el correo interno de CEPSA, tal y como reprodujo en las alegaciones al PCH, no acredita un acuerdo sino que constata que no lo ha habido, dado que el empleado de REPSOL afirma que él no interviene en la fijación de precios.

Continúa REPSOL dedicando gran parte de sus alegaciones a la argumentación en contra del análisis realizado por la DC relativo al comportamiento de los precios de venta de la estación servicio de CEPSA, comparándolos con los precios comunicados por la estación de REPSOL. Considera que dicho análisis es erróneo por los siguientes motivos: (i) la DC realizó solo el análisis de los precios de la gasolina manifestando que las conclusiones de los datos del gasóleo son similares, conclusión que REPSOL niega presentando unos gráficos basados en información publicada por el Ministerio de Industria; (ii) el gráfico elaborado por la DC omite información, los precios de venta comunicados por REPSOL, que excluyen la posibilidad de acuerdo sobre precios de venta dada la diferencia entre los mismos y los comunicados por la ES, constatada por la DE; (iii) la existencia de un correo de los empleados de CEPSA que refleja que éstos no tienen claro el precio de venta que establecía en su monolito la estación de REPSOL (folio 6872) muestra que el argumento de la DC carece de fundamento dado que ni siquiera

CEPSA tenía claro el precio de venta aplicado por la ES de REPSOL; (iv) la incongruencia de la imputación de una supuesta coordinación entre ellos, ya que REPSOL no puede tener ningún interés para llegar a un acuerdo con un competidor mediante el cual sus precios serían más elevados que los de dicho competidor.

Por último argumenta que lo ocurrido el 19 de julio de 2013 es plenamente consistente con la explicación alternativa ofrecida por Repsol: el seguimiento de los precios de la estación de servicio de marca blanca, la ES Sabiñán (provincia de Zaragoza).

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con la alegación de CEPSA referida a la reunión entre ésta y REPSOL de la que considera que no se puede inferir la existencia de un acuerdo de precios, esta Sala entiende que debe ser desestimada.

Pese a que REPSOL niega comunicaciones con CEPSA anteriores al correo controvertido, lo cierto es que esta última reconoce y considera probada la existencia de una reunión entre los técnicos comerciales de ambas compañías “*y no niega que pueda ser considerada impropia o incorrecta*” (folio 9846). La propia operadora asume la irregularidad de la misma, aunque después alega que la conducta únicamente tiene carácter unilateral, consistiendo básicamente en “*un ofrecimiento o invitación por parte del técnico comercial de CEPSA al empleado de REPSOL*” (folio 9847). Así, mientras que, por un lado, CEPSA confirma la existencia de una reunión entre ambos técnicos relacionada con el contenido de los correos electrónicos de julio de 2013 (en tanto que en la PR no se hace alusión a reunión alguna sino a contactos por vía electrónica entre ambos operadores), por otro lado se desdice alegando una conducta unilateral. Sin embargo, el mero hecho de que CEPSA admita y considere probada la existencia de dicha reunión anula el carácter unilateral de la conducta en tanto que para que la reunión tuviera lugar debió concurrir el acuerdo de las dos voluntades en celebrarla.

A ello hay que añadir que, si bien el empleado D. [SSS] es técnico comercial de CEPSA, ésta no puede alegar que la conducta este último no era consentida ni promovida por la dirección de la empresa. Esto es así en la medida en que el técnico comercial de CEPSA reenvió dicho correo al Director de Tarifas y Precios de EESS, que ocupa un puesto directivo de tercer nivel, sólo por debajo del Presidente de la Compañía y del Director de la Red de Estaciones de Servicio CEPSA, a quien reporta directamente (folio 1242). Además, el Director de Tarifas y Precios de EESS no parece extrañarse del contenido del correo recibido ni le reprocha al técnico comercial mantener conversaciones sobre precios con un competidor directo, pese a la absoluta contradicción con lo dispuesto en el manual

interno de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia de CEPSA, como indica la DC. Esto puede observarse en las recomendaciones que CEPSA efectúa a sus empleados en dicho Manual para su trato a los competidores: *“La actitud frente a los competidores debe ser de exquisita independencia (...).No hable NUNCA de precios con un competidor (...).No alcance acuerdos -ni siquiera tácitos- con sus competidores que puedan permitir un alineamiento de comportamientos competitivos (precios, importe y momento de conceder descuentos, reparto de clientes...)”* (folio 8489). Esta Sala comparte el argumento de la DC en relación con la falta de reacción punitiva del Director de Tarifas y Precios de EESS ante un incumplimiento tan evidente de su código interno. Y aunque CEPSA alega que el reproche se podía haber producido por otra vía, lo cierto es que el correo del técnico comercial fue respondido por el Director de Tarifas y Precios de EESS tan sólo 11 minutos después de recibido.

Por otra parte, ambas operadoras alegan que dichos comerciales no tienen capacidad para decidir sobre la política de precios de las mismas. Sin embargo, lo cierto es que, en el caso de CEPSA, de la cadena de correos incorporada al expediente se acredita una comunicación directa de la incidencia con sus superiores: el comercial de CEPSA, tras manifestar al Director de Tarifas y Precios de EESS que el abanderado de Illueca le solicita que le ayuden a competir y que ajusten el precio para conseguirlo, afirma en su correo electrónico de 15 de julio *“Sé que tengo un delta en esta estación. Cuando se puso el delta no se conocía esta circunstancia, por lo que se puede eliminar”* (folio 6872). Este tipo de afirmaciones permiten cuestionar que la capacidad de decisión sobre la incidencia quedase limitada a este empleado.

En todo caso, con carácter general, las autoridades de competencia han considerado que las empresas no pueden desvincularse, mediante meras afirmaciones genéricas, de las actuaciones contrarias a la competencia de sus empleados que han sido acreditadas en la investigación; con mayor razón, esta consideración debe adoptarse en casos como el presente en el que la comunicación de la conducta anticompetitiva a sus superiores directos ha quedado plenamente acreditada. Así lo ha venido manteniendo la CNMC en sus resoluciones, por todas, la Resolución de 8 de enero de 2015 en el expediente S/0429/12, Residuos. No se requiere, pues, que los empleados consten como apoderados de la empresa para que pueda imputarse a la empresa una infracción, pues de este modo sería suficiente con que los contactos anticompetitivos fueran encomendados a empleados a los que no se les confiera formalmente el poder de representación.

En cuanto a la alegación de CEPSA referida a que la DC considera erróneamente que la modificación de los precios de la ES de Illueca está causada por el contacto con REPSOL, debe ser igualmente desestimada.

En primer lugar, porque existe una clara intención por parte de CEPSA de intentar solucionar el problema de la diferencia de precios entre las estaciones de Illueca y Brea a través de la negociación con REPSOL. Ejemplo de ello son las expresiones: *“ESTUDIA SI PODEMOS RESPONDER A ESTA AGRESIÓN DE PRECIOS”* y *“Debemos intentar ayudar al cliente”* (folio 6872). Y, en segundo lugar, porque esa solución pasa por tratar el tema con REPSOL. Así lo demuestra el hecho de que tras recibir el correo electrónico del abanderado de CEPSA, el técnico comercial se ponga en contacto con su homólogo de REPSOL, como se desprende del correo que envía al Director de Tarifas y Precios de EESS de 15 de julio de 2013: *“Por otra parte he hablado con [AAA], comercial de REPSOL en la Zona”* (folio 6872). Hecho que, como se deduce del contenido de dicho correo, no es la única vez que se produce *“le he comunicado que, como en otras ocasiones [ocasiones] ellos me llamaron para evitar conflicto de precio en la zona”* (folio 6872).

A ello hay que añadir que el propio comercial confirma comunicaciones previas con REPSOL, anteriores al correo de 15 de julio, en orden a coordinar precios *“la semana pasada les llamé para tener precios similares y no estas desviaciones”* (folio 6872).

Esto es, el contenido de los correos electrónicos sucedidos entre los empleados de CEPSA entre el 12 y el 15 de julio de 2013 evidencia contactos entre las dos operadoras con la finalidad de coordinar precios entre las EESS de Brea e Illueca. El hecho de que, con posterioridad, y en concreto a partir del día 19 de julio, se aprecie un acercamiento de los precios de ambas estaciones que no resultaría del libre funcionamiento del mercado, corrobora que la conducta imputada a CEPSA y REPSOL ha tenido efectos en el mercado afectado, reduciendo las condiciones competitivas del mismo (folios 7000 y siguientes).

En relación con la alegación de REPSOL relativa a la incoherencia de la presente imputación con la conclusión alcanzada por la DC sobre el denominado “efecto lunes”, esta Sala entiende que debe ser desestimada.

Así, esta Sala considera que la DC en su PR simplemente indica que la investigación realizada no ha acreditado un acuerdo entre las operadoras en este sentido: *«(266) Tampoco en la inspección realizada en la sede de AOP ha sido recabado ningún documento que apunte a una concertación entre las operadoras para poner en práctica la estrategia denominada “efecto lunes”»*. Pero que no se haya acreditado dicha concertación respecto a un aspecto concreto de la política de precios de REPSOL no implica que, a partir de documentos y datos incorporados al expediente no pueda ser acreditada una conducta colusoria ejecutada por REPSOL en ámbitos geográficos y temporales determinados, como la que se analiza relativa a la provincia de Zaragoza.

De hecho, hay que añadir que, en lo referente al denominado “efecto lunes”, su estudio implicó analizar el patrón de comportamiento de los operadores en relación con los descensos en los precios de venta al público de los carburantes

de automoción entre el domingo y el lunes, seguidos de incrementos el martes. Mientras que, en el caso de Brea e Illueca, se percibe una coordinación de precios entre ambas ES independientemente del día de la semana, de hecho, la problemática se plantea un viernes (12 de julio) y es otro viernes cuando se observa un acercamiento de los precios (19 de julio), por lo que ni el objeto ni los efectos de ambas prácticas coinciden.

En cuanto al gráfico del párrafo 159 del PCH, las observaciones que efectúa la alegante ya fueron respondidas en la PR y esta Sala comparte los argumentos esgrimidos por la DC en relación con ellas.

La DC confirmó la utilización de toda la información que estaba a su disposición en el expediente, a pesar de que en el PCH sólo hiciera constar la que resultaba necesaria en orden a efectuar la valoración jurídica de los hechos. Teniendo en cuenta, además, que el objeto del acuerdo imputado a REPSOL y CEPSA es la coordinación en materia de precios y no la fijación de precios similares, como señala la DC, el efecto que cabe esperar del mismo es que las diferencias de precios se reduzcan como consecuencia del contacto entre ambas, cuestión confirmada tanto en el análisis de los pvp como de los precios recomendados (al igual que del gasóleo como de la gasolina).

La alegante insiste en no compartir este análisis de los hechos negando los efectos en el mercado que se le imputan. Sin embargo, el artículo 1 de la LDC no exige que se hayan producido efectos en el mercado afectado para acreditar la existencia de una conducta ilícita, siendo suficiente la capacidad o aptitud de la conducta para producirlos, aunque no se manifiesten de manera expresa.

Como indica la Audiencia Nacional en su Sentencia de 27 de septiembre de 2013 *"la actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 (...) no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia"*.

4.1.2.-Sobre la existencia de un pacto de no agresión en julio-agosto de 2011, entre CEPSA-REPSOL

CEPSA sostiene, como ya manifestó en sus alegaciones al PCH y comparte REPSOL, que la conducta analizada por la DC no se refiere a los acuerdos de suministro de REPSOL y CEPSA CP con terceros gestores, sino a relaciones de naturaleza vertical.

Afirma que las "tomas" a las que se refieren los correos consisten *"en la asunción efectiva de la gestión, tras su adquisición (normalmente mediante su arrendamiento), por una u otra de las compañías de una estación que mantiene un contrato de suministro en exclusiva y con vencimiento cierto con la otra en el que debe subrogarse como condición necesaria para adquirir la gestión"*.

Además considera que la CNMC no les puede atribuir *“una infracción en el Expediente consistente en una conducta equivalente a los principios de la AOP sin incurrir en un bis in ídem”*. Ni tampoco considerar la similitud de la conducta atribuida como una circunstancia agravante.

REPSOL considera que la DC pretende atribuir un pacto de no competencia entre REPSOL y CEPSA respecto a los contratos de suministro en exclusiva en vigor, y alega que se trata de una situación contractual entre dos operadores resultado de la competencia por el mercado (por puntos de venta), que se explican por la necesidad de respetar los contratos vigentes y que es por definición, de naturaleza transitoria. Añade que este tipo de situaciones son lícitas, marginales e irrelevantes, pues en el caso de Repsol afectaba únicamente a dos estaciones de servicio, ambas en la Comunidad Valenciana: Beniferri y Requena (provincia de Valencia).

En relación con los correos entre el empleado de CEPSA y el de REPSOL, argumenta que éste último no es el único delegado comercial de REPSOL en la zona y que sólo se relacionaba con el empleado de CEPSA en relación con la ES de Ribarroja (Valencia). Añade que estos contactos se inician cuando CEDIPSA adquiere la gestión de esa ES en 2010 y se refieren a las cuestiones operativas y comerciales derivadas de la relación de suministro y abanderamiento de esa ES.

Por último, REPSOL afirma que la DC actúa sin objetividad ni imparcialidad al imputar una conducta (los abanderamientos cruzados) que la propia DC ha declarado que no es constitutiva de infracción y, además, agravar su calificación al considerar que ambas operadoras han aplicado los principios de la AOP, cuando dichos principios no son ilegales no han sido declarados nunca restrictivos de la competencia, REPSOL nunca los ha invocado y no tienen conexión con los abanderamientos cruzados.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con la alegación de CEPSA referida a que la conducta autorizada por la DC se refiere a los acuerdos de suministro entre REPSOL y CEPSA, esto es, a relaciones de naturaleza vertical y no con terceros gestores, esta Sala entiende que debe de ser desestimada, del mismo modo que la alegación de REPSOL, referida a que se trata de una situación contractual transitoria y lícita que conlleva la necesidad de respetar los contratos vigentes.

Si bien esta Sala puede considerar la definición de “tomas” dada por CEPSA, como señala la DC, lo que se reprocha a REPSOL y CEPSA no es que den cumplimiento a obligaciones exigibles y derivadas de contratos válidamente suscritos. Lo que se les reprocha es que mediante estos contratos de suministro las dos mayores operadoras del país, que aglutinan más del 50% de la cuota en

el mercado tanto mayorista extra-red como minorista a través de EESS, pacten el mantenimiento de un statu quo por el que renuncian a competir por el mercado. El cumplimiento de los mismos exigiría respetar las cláusulas en las que se recogen las compensaciones correspondientes en caso de rescisión anticipada por las partes. Sin embargo, las operadoras van más allá de lo que es legítimo en un contexto competitivo. El pacto de no agresión que se imputa a las partes deja dichas cláusulas vacías de contenido. Ello no deviene en irrelevante, pues reduce el poder de negociación de los gestores independientes, pudiendo obtener los operadores mejores condiciones en los contratos y aumentar sus márgenes. Por ello, no es posible aceptar que se trate meramente de relaciones verticales entre socios, ya que en ese caso no tendría sentido lo dispuesto en el correo: *"Es evidente que hay un camino de posibilidad de negociacion donde podríamos, ambas partes mejorar nuestras posiciones. (...) considero que es muy interesante conseguir una no agresión por ambas partes"* (folio 2361, subrayado añadido).

Tampoco puede admitirse que se trate de una situación marginal que sólo afecta a dos estaciones, Beniferri y Requena, en la provincia de Valencia, pues de los correos electrónicos que constan en el expediente puede deducirse que las conversaciones mantenidas entre REPSOL y CEPSA no se circunscribían únicamente a esas dos estaciones, sino que el círculo era más amplio. Así, en el e-mail de 27 de julio de 2011 se observa cómo el Delegado de Levante de CEDIPSA indica al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA que ha mantenido una conversación con el Delegado de Levante de REPSOL en la que afirma *"Estamos perdiendo mucha cuota en Levante y una guerra con REPSOL puede ser una debacle"* y *"ahora nos plantearon PUZOL, CHIVA [provincia de Valencia]... y seguirán porque están en una situación con muchos gestores de quiebra total..."* (folio 6876) y en el de 29 de agosto de 2011 se puede observar cómo el Delegado de Levante de CEDIPSA, comentando el contenido de la reunión que mantuvo con el Delegado de Levante de REPSOL, señala que *"Incluso nos propuso, [TTT, Delegado de Levante de REPSOL], que podríamos cambiar cromos y anticipar los contratos de cambio de enseña de las estaciones que uno y otro llevamos con enseñas cambiadas... es decir, adelantar el cambio de enseña en Llorca, Guardamar, Perleta, Dolores II y Ribarroja por nuestra parte y por la de ellos Beniferri y Combustibles Requena... no se lo que podría pasar con La Marina y San Pedro de la que ellos son propiedad. También hablamos de cambiar los cromos de "avales", ya que por un lado nosotros tenemos avales suyos y por otro nosotros damos avales a ellos"* (folio 2361).

Por el motivo anterior, tampoco puede admitirse la alegación de REPSOL en relación con que el delegado comercial de REPSOL sólo se relacionaba con el empleado de CEPSA en relación con la ES de Ribarroja.

Si bien se puede admitir que los contactos entre las operadoras se inician a raíz de la toma de la ES de Ribarroja, también que determinadas expresiones

utilizadas son ilustrativas de prácticas anticompetitivas “*nosotros hemos sido los que hemos comenzado una guerra con ellos. Les sentó muy mal la toma de Ribarroja*” (folio 6875; subrayado añadido) y permiten cuestionar la situación competitiva previa entre dichas operadoras en momentos anteriores a la toma de Ribarroja. Por ello, no se puede aceptar que las conversaciones se refieran únicamente a cuestiones operativas y comerciales derivadas de la relación de suministro y abanderamiento de esa ES. Así lo muestra tanto el hecho de que se plantearan respeto mutuo como respeto a los contratos vigentes: “*Nuestra impresión, y hablo de [DDD] y de también lo que nos manifestó REPSOL es que deberíamos cesar las acciones de injerencia y respetarnos. Entrar solo en los vencimientos de contrato y parar esta dinámica en la que hemos entrado y que no beneficia a ninguno*” (folio 2361; subrayado añadido). El pacto de no agresión es manifiesto: “*El me comenta que no hemos actuado de manera ética en este caso”, “eso va a generar una lucha que entiendo que deberíamos calmar”* (folio 6875; subrayado añadido).

No obstante, en relación con las alegaciones de las operadoras relativas a su desacuerdo con la aplicación de un agravante por parte de la DC por aplicar los principios éticos de la AOP, esta Sala entiende que pueden ser estimadas.

Los *Principios de ética comercial que deben inspirar la conducta de los Operadores en el mercado de productos petrolíferos* aprobados por la Junta Directiva de la AOP el 18 de julio de 1996 recogían, entre otros, los siguientes principios:

“2. El Operador responsable debe abstenerse de suministrar a las EESS vinculadas a otro Operador mediante un contrato de suministro en exclusiva vigente los productos objeto de la mencionada exclusiva, siempre que no haya recaído declaración judicial o arbitral firme o ejecutoria de resolución del citado contrato.

3. Por respeto a los derechos de los consumidores y para respetar los derechos de marca, el Operador responsable debe abstenerse de suministrar carburantes y combustibles a las EESS que operen bajo el logotipo o marca de otro Operador. [...]

4. Bajo ningún concepto el Operador responsable debe inducir al incumplimiento contractual a minoristas vinculados en exclusiva con otro Operador.

5. El Operador responsable debe abstenerse de suministrar los productos petrolíferos objeto de un contra o de suministro en exclusiva a los distribuidores que tengan un contrato de tal naturaleza con otro Operador, durante la vigencia de dicha relación contractual de exclusiva”.

En la valoración jurídica que el extinto Consejo de la CNC efectuó en su Resolución de 30 de enero de 2013 (expediente S/0288/10) consideró que dichos principios podían constituir *“una recomendación colectiva que tenía por objeto unificar el comportamiento competitivo de los operadores petrolíferos asociados a la AOP”* y, por tanto, ser susceptibles de infringir la normativa de defensa de la competencia. Sin embargo, optó por proceder al archivo del expediente, entre otros, porque la AOP había derogado tales principios con fecha de 23 de mayo de 2012 y porque no se tenía constancia de su aplicación desde 2007.

En el presente expediente puede constatar que, si bien los principios de la AOP no estaban en vigor desde mayo de 2012, los operadores continuaron respetando el contenido objetivo de los mismos, dada la relación entre estos principios y los hechos analizados, razón por la que la DC alude a los mismos.

En este sentido a REPSOL y CEPSA no se les imputa la aplicación de dichos principios (razón por la que tampoco se incurre en un *bis in ídem* al no darse las circunstancias de triple identidad que lo definen: identidad de sujeto, hecho y fundamento), sino un pacto de no agresión, consistente en no realizar ofertas a EESS abanderadas por la otra hasta que finalizaran los contratos. Como señala la DC, dicho pacto es ilegítimo al margen de que sea o no el resultado de la aplicación de dichos principios.

Si bien, como indica la DC, dicho pacto de no agresión resulta idéntico o similar a uno de los compromisos recogidos en los mencionados principios de la AOP y que ambas conocían que la extinta CNC valoraba dichos principios como potencialmente restrictivos de la competencia, el Consejo de la CNC no resolvió finalmente la existencia de una infracción en el expediente correspondiente, por lo que no resulta aplicar la circunstancia agravante prevista en el artículo 64.2 a) de la LDC en relación a los principios de la AOP.

4.1.3.-Sobre la existencia de intercambios de información en el contexto de los abanderamientos cruzados entre CEPSA-REPSOL entre 2011 y 2013

REPSOL señala, al igual que en sus alegaciones al PCH -que considera no respondidas por la DC-, que la prueba documental que utiliza la DC es irrelevante en tanto que se trata de correos internos de CEDIPSA en los que REPSOL no participaba y que se explican por la relación contractual de suministro entre ambos operadores.

Considera que los abanderamientos cruzados son lícitos y reitera que la información intercambiada no es estratégica, sino única y exclusivamente la

información que está obligado a aportar a su abanderado en virtud del contrato suscrito entre ambas, que es la misma que entrega a los otros gestores de EESS de su red con un contrato similar al de CEDIPSA. Añade que *“no ha adoptado ninguna actuación o comportamiento que permita sostener que la intención de la información entregada iba más allá de lo exigido por el contrato o tenía por objeto reducir la incertidumbre estratégica (...)”*

CEPSA expone en sus alegaciones que el intercambio de información al que hace referencia la DC es lícito, puesto que dicha información no es confidencial ni estratégica sino que o bien es pública o bien es necesaria para permitir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o del desarrollo de su actividad de distribución.

Así, en relación con el intercambio de información sobre estrategias generales entre esta operadora y REPSOL que la DC le recrimina, señala que no es anticompetitivo en la medida en que la información general sobre inversiones de REPSOL es pública. Como prueba de ello aporta un anexo a su escrito de alegaciones a la PR al que adjunta el *“Plan estratégico Repsol 2012-2016”*² (folios 9885 y 9886) y una noticia publicada en el diario digital *Cinco Días* titulada *“Repsol reducirá su presupuesto en 1.500 millones de euros para 2009”*³ (folio 9887).

Igualmente, considera de dominio público la información sobre promociones que el Delegado de CEDIPSA de Levante solicita el 15 de mayo de 2012 (Promo REPSOL-EL CORTE INGLÉS).

En cuanto al acceso a la base de datos de REPSOL, indica que es el cauce normal para desarrollar su actividad de distribución y que se limita a datos concretos de cada estación de servicio gestionada.

Por último, entiende que resulta incoherente la posición de la DC en la PR al reprochar a CEPSA y REPSOL que no adoptaran medidas para evitar el flujo de información.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con la alegación de REPSOL relativa a que la prueba que utiliza la DC es irrelevante dado que se trata de correos internos de CEDIPSA en los que REPSOL no participaba, esta Sala entiende que debe ser rechazada.

² Obtenida en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.repsol.com/es/corporacion/conocer-repsol/como-somos/estrategia-2016/>

³ Obtenida en la siguiente dirección electrónica:

http://cincodias.com/cincodias/2009/02/02/empresas/1233745140_850215.html

Ello es así en la medida en que, por un lado, REPSOL se contradice en sus alegaciones al negar su participación en los correos electrónicos de referencia y a la misma vez justificar la existencia de los mismos en base a la relación contractual de suministro establecida con CEDIPSA (folio 9960) al tratarse de información que *“REPSOL está obligado a aportar a su abanderado en virtud del contrato suscrito”* (folio 9962).

Por otro lado, dichos e-mails prueban que REPSOL facilitó determinada información a CEPSA no sólo porque ello se desprende de la propia lectura de los mismos [*“metete en el sistema de Repsol y mándame las claves y pagina”* (folio 6892) o *“Adjunto precios de hoy y los recomendados para mañana, en ES Pta. de Alicante”* (folio 6891)] sino también porque ambas operadoras reconocen esos intercambios de información

Así, CEPSA no sólo no niega que REPSOL le haya facilitado dicha información sino que afirma que la misma era necesaria para gestionar la ES: *“Cedipsa no sería capaz de gestionar la estación de servicio si no recibiese información sobre los precios recomendados de REPSOL o sus promociones”* (folio 9861) o *“La información puesta a disposición de Cedipsa por parte de REPSOL (...)”* (folio 9863).

Mientras que REPSOL, aunque en un primer momento niega la existencia de dichos intercambios de información posteriormente los asume *“la información intercambiada no es estratégica, sino única y exclusivamente la información que REPSOL está obligado a aportar a su abanderado en virtud del contrato suscrito entre ambas”* (folio 9962) aunque discrepe de la naturaleza de la misma.

No obstante, dado que se trata de información considerada confidencial, sólo comunicándosela REPSOL a CEPSA ésta podía ser conocedora de la misma.

Por tanto, si bien REPSOL no participó en el envío y recepción de los correos que constan en el expediente, sí lo hizo en relación con el intercambio de la información obrante en los mismos.

Y al respecto señala la Comisión en el párrafo 62 de sus *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (Diario Oficial C 11 de 14.1.2001) (Directrices horizontales)*: *“una situación en la que sólo una empresa revela información estratégica a su competidor o competidores que la acepta también puede constituir una práctica concertada”*.

En cuanto a las alegaciones de REPSOL y CEPSA acerca de que dicha información no es estratégica, esta Sala entiende que debe de ser, igualmente, desestimada.

REPSOL reconoce que, en virtud de lo señalado en las *Directrices horizontales* en su párrafo 56, la evaluación de la información debía de haberse llevado a cabo en el contexto de la evaluación de los abanderamientos cruzados *“salvo que se*

considerase que la información intercambiada ha ido más allá de lo que exigiría el abanderamiento cruzado". Pero es que esto mismo es lo que expone la DC en su PR y que esta Sala comparte.

Así, por un lado, la información intercambiada se considera estratégica en función de lo dispuesto en el párrafo 18 de la *Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo* (en adelante, la *Comunicación*) que califica como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial *"la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas"*. De modo que tanto la comunicación de precios de venta máximos (folio 6883, 6890) o recomendados (folio 6891), de política de comisiones de REPSOL (folio 6885 y 6881), de descuentos (folio 6878 y 6882) y de promociones (folio 6884) como el acceso por CEDIPSA al sistema de REPSOL (folio 6892) debe de considerarse información estratégica.

CEPSA señala que el intercambio de información sobre estrategias generales entre esta operadora y REPSOL que la DC le reprocha no es anticompetitivo en la medida en que no se trata de información estratégica. Sin embargo, para justificar este extremo aporta dos documentos que no permiten desvirtuar esta consideración.

El *"Plan estratégico Repsol 2012-2016"*, publicado en la web de REPSOL, contiene básicamente declaraciones generales sobre sus planes, objetivos y expectativas entre 2012 y 2016.

Por su parte, la noticia anunciada en el diario digital *Cinco Días* básicamente viene referida a: (i) la reducción del presupuesto de gastos e inversiones de REPSOL para el ejercicio 2009, (ii) la creación de una Oficina de Seguimiento de Gastos e Inversiones (que identificará y realizará el seguimiento de las iniciativas de reducción de gastos) y (iii) la congelación de los sueldos de sus directivos en ese ejercicio económico.

CEPSA aporta ambos documentos en orden a señalar que la expresión *"ESTE AÑO TIENEN ORDEN DE ABRIR LO MÁXIMO POSIBLE, Y TIENEN EL MAYOR PRESUPUESTO DESDE HACE AÑOS PARA ADQUISICIONES DE EESS"* (folio 6888) comunicada por el Delegado de CEDIPSA de Levante al Responsable de Gestores y Abanderados de CEDIPSA y al Director de Gestión Directa de CEPSA en su correo electrónico de 8 de febrero de 2011, no puede ser calificada de información estratégica.

Si bien puede considerarse pública la información general sobre inversiones de REPSOL que consta en su propia página web, lo cierto es que en ella no se hace referencia a las inversiones en EESS que la alegante intenta rebatir con este documento. A ello hay que añadir que en las mismas tampoco se encuentra información relacionada con la intercambiada entre REPSOL y CEPSA considerada confidencial en este expediente, esto es, precios de venta máximos o recomendados, política de comisiones de REPSOL y de descuentos o el sistema de REPSOL.

CEPSA también considera de dominio público la información sobre promociones que el Delegado de CEDIPSA de Levante solicita el 15 de mayo de 2012 a la Jefe de Área de la Delegación Regional Centro CEDIPSA. Sin embargo, en el momento en que dicha información se transmitió, aún no lo era. Por tanto, el día en el que se llevó a cabo aún se trataba de información confidencial.

El párrafo 23 de la *Comunicación* indica que *“No se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa”*. Como señala REPSOL, el día 17 de mayo de 2012 se publicaron en diferentes direcciones de internet notas de prensa en las que se informaba sobre dicha promoción entre REPSOL y El Corte Inglés. No obstante, el día 15 de mayo de 2012 esa información no era pública, por lo que, dado el carácter sensible de la misma, debía calificarse como confidencial. A pesar de este claro carácter confidencial esta información se comunicó a un competidor directo de REPSOL dos días antes, sin ninguna cautela, difundiéndose a través de la estructura empresarial de CEPSA sin ninguna restricción y alcanzando no sólo al Delegado de Levante de CEPSA (área geográfica dónde se encontraba la ES afectada) sino también al Jefe de Área de la Delegación Regional Centro. Incluso ha quedado acreditado que el Delegado de Levante solicitó mayor información sobre la campaña.

Como señala la DC, a pesar de que dicha comunicación de la campaña podría considerarse legítima en la medida en que REPSOL venía obligado a ello en calidad de gestor abanderado según el contrato de abanderamiento suscrito, resulta contraria a las normas de competencia si se tienen en cuenta las circunstancias en las que se llevó a cabo. Como ya se ha comentado, CEPSA y REPSOL son las dos mayores operadoras del país y entre ambas aglutinan más del 50% de la cuota tanto en el mercado mayorista extra-red como minorista a través de EESS, estando ambos grupos energéticos integrados presentes en todas las fases de la cadena de valor del petróleo. Esto significa que es muy elevado el riesgo de que los intercambios de información entre ambas puedan producir efectos anticompetitivos. Por ello, es indispensable una especial diligencia en su actuación controlando que dicha información se utilice únicamente para los fines que justifican su comunicación y garantizando su

difusión limitada. De este modo, REPSOL debía, al menos, haber advertido a CEPSA del uso limitado que podía hacer de la misma mientras que CEPSA debía de haber evitado que dicha información llegara a empleados diferentes de los encargados de la gestión de la ES. Sin embargo, esta especial diligencia no se ha observado en ninguno de los dos operadores. Por ejemplo, la información relativa a precios y promociones llega al Responsable de Gestores y Abanderados de CEDIPSA.

CEPSA indica al respecto que en sus alegaciones al PCH ya explicó que la instrucción recogida en el correo electrónico de 1 de diciembre de 2011 que el Delegado de CEDIPSA de Levante envía a la Responsable de obligaciones de pago de CEDIPSA: *“no firmar nada desde posiciones directivas”* (folio 6879) tenía por objeto *“asegurar que el acceso a la información se limitara a los niveles inferiores”* (folio 9865). Esta Sala entiende que dicho argumento es contradictorio con la defensa de que la información intercambiada no es confidencial. Así, si CEPSA no la consideraba secreto comercial, como expone en sus alegaciones a la PR, su argumento resulta incoherente en la medida en que no se entienden los motivos por los que debe limitarse dicho acceso. Al margen de ello, esta Sala entiende que *“no firmar nada”* no puede equivaler a *“limitar el acceso a determinada información”*, por lo que comparte la opinión esgrimida por la DC al respecto acerca de que evidencia el carácter irregular del cruce de banderas.

Por el contrario ambas operadoras han actuado, al menos con total negligencia – sino dolo directo- respecto a la difusión de la información confidencial en la estructura empresarial de su más directo competidor, no imponiendo límites, garantías o cautelas de ningún tipo –en el caso del emisor REPSOL- y distribuyendo la información confidencial de su rival empresarial hasta niveles directivos en el caso del receptor, CEPSA.

En cuanto al acceso a la base de datos de REPSOL, indica que es el cauce normal para desarrollar su actividad de distribución y que se limita a datos concretos de cada estación de servicio gestionada.

Por tanto, al contrario de lo que afirma REPSOL, la posición de la DC en la PR al reprochar a CEPSA y REPSOL que no adoptaran medidas para evitar el flujo de información, no resulta en modo alguno incoherente, sino en todo punto lógico si tenemos en cuenta las características del mercado de distribución minorista de combustibles en España y la posición en el mismo de REPSOL y CEPSA. Es más, la ausencia de toda medida efectiva por ambas partes para el control de la información transmitida contrasta totalmente con las declaraciones incluidas por CEPSA en su “manual interno de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia”, ya citado anteriormente. El contraste entre recomendar a sus empleados en dicho manual el mínimo contacto con sus competidores [...*No hable NUNCA de precios con un competidor (...).No alcance acuerdos -ni siquiera tácitos- con sus competidores que puedan permitir un alineamiento de comportamientos competitivos (precios, importe y momento de conceder*

descuentos, reparto de clientes...] para luego requerir y difundir en la estructura jerárquica de la empresa la información confidencial sobre precios futuros, campañas de descuento, etc. conseguida a través las EESS en abanderamiento cruzado, manifiesta un comportamiento doloso en el cumplimiento de las normas de competencia.

4.1.4.-Sobre la existencia de un pacto de no agresión en julio-septiembre de 2011, entre CEPSA-DISA

CEPSA alega que la DC se basa únicamente para suponer la existencia de dicho pacto en la celebración de una reunión a la que harían referencia unas notas del Sr. [UUU] (Director de Combustibles y Carburantes de CEPSA y Consejero Delegado de CEPSA Estaciones de Servicio) y que al tratarse de una prueba indiciaria que ha sido desvirtuada por las explicaciones y pruebas aportadas por los alegantes (rechazadas por la DC), no puede mantenerse salvo que se realicen labores adicionales de instrucción.

Por otro lado, **DISA** en su escrito de alegaciones niega la existencia de la reunión así como del pacto de no agresión entre DISA y CEPSA. Asimismo, alude a la falta de valor probatorio de las anotaciones contenidas en el folio 2646 en tanto que no acreditan que haya tenido lugar dicha reunión entre ambos operadores. Señala que diversa jurisprudencia del TC y TS prohíbe exigir al inculpado la prueba de un hecho negativo, correspondiendo a la Administración actuante la carga de probar los hechos. Además, entiende que se está infringiendo, igualmente, el principio *in dubio pro reo* al ignorar la alegaciones y pruebas presentadas por ambas para acreditar que dicha reunión no existió.

Respuesta de la Sala de Competencia

Esta Sala considera insuficientes tanto las explicaciones realizadas por las alegantes como los documentos aportados por CEPSA en relación con la reunión de referencia, por lo que estima que las alegaciones de CEPSA y DISA al respecto también pueden ser rechazadas

En primer lugar, las alegaciones efectuadas por CEPSA en orden a acreditar que la reunión de referencia no tuvo lugar entre los directivos de CEPSA y DISA, sino que se trataba de una reunión interna de empleados de CEPSA CP, no son capaces de desvirtuar los hechos acreditados por la DC.

Así, si bien CEPSA asegura que los nombres de los directivos de DISA forman parte del informe ejecutivo realizado por sus colaboradores, limitándose el Sr. [UUU] a anotar los nombres de las personas responsables de DISA, no se entiende esta referencia en un documento en el que las anotaciones son breves y

concisas. Asimismo, tampoco se pueden aceptar las alegaciones de DISA en relación a que “carece de lógica” imaginar que D. [III] o D. [GGG], teniendo en cuenta los cargos que ostentan (ambos miembros del Consejo de Administración de DISA), puedan reunirse con un directivo de CEPESA. Teniendo en cuenta los cargos ocupados por el Sr. [UUU] como directivo en CEPESA entre 2010 y 2013 (según CEPESA *“En septiembre de 2011, [UUU] acababa de ser nombrado Director de Combustibles y Carburantes de CEPESA y Consejero Delegado de CEPESA ESTACIONES DE SERVICIOS”*, folio 8376) y la facturación de las empresas en la que desempeñaba tales cargos y en especial de CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, la reunión entre julio y septiembre de 2011 con los miembros del Consejo de Administración de una operadora petrolífera de menor facturación como DISA no resulta en modo alguno carente de lógica. Además constan acreditados en el expediente contactos directos entre el Sr. [GGG] (Consejero Delegado de DISA) y directivos de rango inferior de empresas de menor facturación e importancia de CEPESA en el mercado nacional, como los correos intercambiados entre el Sr. [GGG] y el Director General de MEROIL (folio 3758).

En cualquier caso, lo cierto es que los nombres de los miembros del Consejo de Administración de DISA constan en el cuaderno del Sr. [UUU], de lo que se deduce su relevancia para dicho directivo y la existencia de alguna relación entre ellos. Aplicando el razonamiento expuesto por DISA, tampoco tendría sentido que un directivo de CEPESA anotara los nombres de estos directivos de DISA si no consignara alguna reunión, actuación o contacto con los mismos, ya fuera futuro o pasado.

Por otro lado, DISA, niega categóricamente que sus tres directivos se hayan reunido con el directivo de CEPESA *“DISA CORPORACIÓN ha puesto de manifiesto que nunca ha existido ninguna reunión entre D. [III], D. [HHH], D. [GGG] y D. [UUU], ni entre el 27 de julio de 2011 y el 30 de septiembre de 2011, como pretende el PCH, ni en ningún otro momento”* (folio 10053). Sin embargo, posteriormente añade que *“el hecho de que la DC no sitúe la supuesta reunión en una fecha concreta (sino en un período de más de dos meses) imposibilita que DISA CORPORACIÓN pueda siquiera tratar de demostrar que en esa fecha las personas citadas no podían estar en esa supuesta reunión con CEPESA”* (folio 10056). Sin embargo, en relación con la ubicación temporal de la reunión, la DC la sitúa entre el 27 de julio y el 30 de septiembre de 2011, lo que no es discutido por CEPESA, que sitúa la misma en las fechas indicadas por la DC y, en concreto, señala que tuvo lugar el 13 de septiembre a las 17:30 (folios 8374 y 8432), si bien, indica que se trataba de una reunión interna, a la que no asistió ningún directivo de DISA. Por ello, no puede considerarse en ningún caso que la DC exija a DISA una prueba negativa o imposible sino que se basa en hechos y documentos objetivos incorporados al expediente que la imputada puede refutar.

En cuanto al contenido de la reunión, CEPESA indica que estaba relacionada con la adquisición de CHESA por parte de CEPESA (expediente de concentración

gestionado por la extinta CNC bajo la referencia C/0366/11 CEPSA/CHESA) y en ella el Sr. [UUU] debía de ser informado por sus colaboradores de las relaciones comerciales y contractuales entre CEPSA y DISA en las Islas Canarias. Sin embargo, en las anotaciones que aparecen en el folio 2646 no se hace referencia en ningún momento a las mismas, ni siquiera se efectúa ninguna alusión al ámbito geográfico (Islas Canarias) al que CEPSA se refiere.

A ello hay que añadir que la mención al “*pacto de no agresión*” es explícita. CEPSA indica que significa que “*CEPSA tenía la intención de mantener el contrato de suministro de productos vigente con DISA y la determinación de intentar mantener con esta compañía el conjunto de vínculos verticales (...). DISA había trasladado a CEPSA (...) su preocupación por mantener estas relaciones*”. Si ese es el significado de “pacto de no agresión” y “no se mueve” no se entiende la referencia que posteriormente hace CEPSA en relación con el mismo al señalar que “*el pacto de agresión*” se refiere al compromiso de CEPSA de “*no cerrar el acceso de DISA al suministro de combustibles en las Islas Canarias*” (folio 9870). Si esa era la intención de CEPSA, tampoco se entiende el motivo por el que posteriormente se descartó como compromiso previo, ofreciéndose solamente si era exigido por los competidores, y mucho menos la razón por la que no se podía firmar. Máxime cuando en sus alegaciones al PCH expone en relación con ello que “*Una negativa de suministro por parte de CEPSA no solamente perjudicaría a DISA, sino también a CEPSA puesto que pondría en peligro la viabilidad de la refinería de Tenerife debido a que el producto refinado en Tenerife no es susceptible de ser exportado a precios competitivos. Este compromiso quedaría más tarde plasmado en la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente CEPSA/CHESA*”.

Nada dice CEPSA en sus alegaciones a la PR en relación con la mención “*Argumento de protección del precio en EESS para no competir a la baja. No se puede firmar*”. En sus alegaciones al PCH, expone, sin embargo, que “*esta mención no hace más que constatar que CEPSA estaba valorando internamente e intentando contrarrestar el temor que pudiera estar despertando entre los operadores del mercado minorista de las Islas de que pudiera privilegiar a su nueva red con precios mucho más favorables (o incluso predatorios) que los aplicados a otros operadores. Esa no era la intención de CEPSA y en su momento barajó incluirlo como un posible compromiso formal ante la CNC, cosa que descartó al no haber sido exigido por el resto de operadores en el expediente de concentración. La expresión “No se puede firmar” se refería a que, si finalmente tal propósito no se incluía como compromiso formal ante la CNC, no se podría oficializar en un documento que tranquilizara al resto de operadores*”. En sus alegaciones a la PR indica que lo que no se puede firmar es el supuesto “pacto de no agresión”. Esta Sala aprecia, pues, contradicción en los argumentos dados por la alegante al contenido del folio 2646.

En relación con las pruebas aportadas por CEPSA (folio 8432), relativas al calendario/agenda de outlook de D. [UUU] entre junio y septiembre de 2011 y a su nombramiento (folio 8422) no son capaces de alterar los hechos acreditados por el órgano instructor.

Por todo ello, estas alegaciones no permiten desvirtuar los argumentos esgrimidos por la DC en relación con la reunión mantenida entre CEPSA y DISA en el verano de 2011, principalmente si tenemos en cuenta que la misma no sólo conllevaba una potencial restricción de la competencia en ese mercado sino que, además, produjo efectos. Así, comportó, al menos, la retirada de una promoción en territorio ceutí, como se expondrá a continuación. De este modo, si bien podría argumentarse que el folio 2646 aisladamente considerado pudiera no acreditar por sí solo e individualmente la conducta prohibida, junto a las pruebas indiciarias de la existencia de un acuerdo para retirar la promoción en Ceuta deja claramente probados los hechos declarados acreditados por la DC.

4.1.5.-Sobre la existencia de un acuerdo para retirar una promoción en territorio de Ceuta en julio de 2013, entre CEPSA-DISA

DISA ya en sus alegaciones al PCH negó la existencia del supuesto acuerdo y argumentan ahora que *“no cabe considerar como una prueba de cargo un correo interno de CEPSA, por el mero hecho de que incluya una “información de oídas” respecto a lo que “alguien de Disa” podría haber dicho (...)”*. Y presentan como Anexo nº 1 un estudio económico de la evolución de los precios en Ceuta en julio de 2013 realizado por COMPASS LEXECON, en el que se concluye que *“la evidencia económica es inconsistente con la supuesta coordinación de precios a la que se refiere la DC (...)”*.

Concluyen que la imputación a DISA en relación con un supuesto acuerdo con CEPSA relativo a los precios en Ceuta en julio de 2013 debe ser rechazada por cuanto: *“(i) sitúa a nuestra representada ante la obligación de presentar una prueba negativa de que nadie de DISA habría mantenido la conversación mencionada en el correo de CEPSA, probatio diabólica que está prohibida por ser contraria a la presunción de inocencia; (ii) no existe además ningún elemento en el expediente que permita corroborar que DISA haya realizado, respaldado o puesto en práctica las afirmaciones que la DC le atribuye; (iii) DISA sólo tiene una Estación de Servicio COCO en la que pueda fijar los precios de venta al público a partir del 9 de mayo de 2013, lo que no resulta congruente con la hipótesis de tener un pacto de no agresión con CEPSA; (iv) el análisis económico de precios relativos y cantidades realizado por COMPASS LEXECON demuestra que la evidencia económica es inconsistente con la supuesta coordinación de precios a la que se refiere la DC; y (y) CEPSA ha acreditado que las medidas que adoptó respecto de la promoción a la que se refiere la DC fueron todas ellas fruto de una decisión unilateral de CEDIPSA basada en que los resultados comerciales obtenidos por dicha promoción no alcanzaron los niveles esperados”*.

Asimismo **CEPSA** afirma, tal y como ya alegó al PCH, la retirada de la promoción de los “6 céntimos” en Ceuta es fruto de una decisión unilateral de CEPSA CP. Exponen que *“En concreto, se proporcionaron explicaciones y documentos de prueba que demuestran (i) que los resultados de la promoción no eran los esperados; y (ii) que los descuentos ofrecidos bajo esta promoción no compensaban el diferencial existente con las estaciones de servicio marroquíes”*. Y concluyen manifestando que *“incluso en el caso en el que hubiera que asumir que la decisión de retirar la promoción de Ceuta estuvo motivada por el comentario que realizó un empleado de DISA al Sr. [KKK] , no es posible concluir que existiera un acuerdo entre las dos empresas”*.

Respuesta de la Sala de Competencia

De conformidad con la DC, esta Sala entiende que este tipo de prácticas, prohibidas en tanto que formas graves de restricción de la competencia en un mercado, serán objeto de secreto entre las empresas que los instrumenten, por lo que será difícil su acreditación. Como afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993): *“difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida”*.

En relación con las alegaciones de DISA referidas a su imputación por un correo interno de CEPSA, esta Sala entiende que la imputación sobre la base de elementos de prueba procedentes de terceras empresas es un elemento perfectamente válido para acreditar la comisión de un ilícito de competencia. Así, la imputación de la alegante se sustenta en documentos recabados legalmente susceptibles de servir de elemento probatorio tanto contra la empresa investigada, CEPSA, como contra aquéllas de las que se pueda deducir su participación en las conductas colusorias, en este caso, DISA.

De otro modo, si se exigiera el umbral de prueba propuesto por DISA y la participación activa de las empresas imputadas en todos los documentos probatorios como si de un contrato o acta oficial se tratara, la aplicación de la normativa de competencia devendría imposible, pues por la propia naturaleza de estas conductas, implementadas con frecuencia a través de acuerdos o actuaciones concertadas informales o de naturaleza secreta, las pruebas obtenidas muchas veces son indirectas, por ejemplo a través de informes o correos internos de las empresas.

En este caso, las distintas pruebas recabadas son consistentes entre sí de cara acreditar la existencia del acuerdo de precios, sin que las alegaciones de las alegantes hayan sido capaces de desvirtuarlas.

Así, el informe de Compass Lexecon de 27 de agosto de 2014, *“Análisis económico de las imputaciones a DISA en el pliego de Concreción de Hechos”* (folios 10069 a 10128), que DISA anexa a su escrito de alegaciones no es capaz de ello. Prueba de esto es que DISA insiste en sus alegaciones en que sólo una de las 4 gasolineras de su bandera en Ceuta es COCO y, por tanto, la única en la que puede fijar los precios de venta al público y sólo a partir del 9 de mayo de 2013. Pues bien, ello no impide que pueda presionar a CEPSA para quitar una promoción, como afirma la DC. Pero es que, además, del informe que anexa no se puede deducir la inexistencia de una coordinación de precios. En primer lugar, se analizan los precios de todas las estaciones abanderadas por el grupo DISA, de las que se indica que *“Tres de las cuatro estaciones abanderadas por el grupo DISA en Ceuta tienen los mismos precios que la ES de CEPSA PUNTA ALMINA entre el 53% y el 75% de los días del periodo analizado. Esta coincidencia de los precios de las EESS en un área geográfica tan reducida (por ejemplo, DISA PUERTO y SHELL MUELLE están ubicadas en la misma calle que CEPSA PUNTA ALMINA) es consistente con un comportamiento competitivo y, por tanto, no indica “per se” una coordinación de precios entre DISA y CEPSA”* (folio 10080). Esta Sala no puede compartir esa opinión en la medida en que en más de la mitad de los días analizados los precios de dichas EESS coinciden. Pero no sólo eso, sino que ateniéndonos a las alegaciones de DISA, si únicamente tuviéramos en cuenta los datos la ES SHELL MUELLE, la única que es COCO, resultaría que en un porcentaje superior al 70% los precios de esta ES coinciden con los de la ES de Punta Almina de CEPSA (en concreto, un 75,51% en gasolina 95 y un 73,97% en GOA, folio 10082). A ello hay que añadir que el informe adolece de ciertos defectos: (i) carece de la exhaustividad necesaria en este tipo de informes, por ejemplo, no se comparan los precios de ES SHELL MUELLE con las ES de CEPSA situadas en sus alrededores (ES VARADERO, ES ANGULO o ES PLAYA CHORRILLO) sino con las más lejanas (ES ALFAU, ES PUNTA ALMINA); (ii) resulta ambiguo, en tanto que el período analizado se sitúa entre el 2 de enero de 2012 y el 20 de mayo de 2014, período relativamente amplio si tenemos en cuenta que el período realmente relevante a los efectos que nos ocupan es el comprendido entre junio y julio de 2013, que es en el que estuvo vigente la promoción de CEPSA; y (iii) es incompleto, dado que la información relativa a los precios diarios de venta al público de las EESS en ese período no incluye todos los días (DISA alega que las EESS no comunican sus precios al MINETUR todos los días).

Así, no sólo no es susceptible de desvirtuar los hechos acreditados sino que la conclusión a la que se llega en el mismo es contradictoria, en tanto que es capaz de afirmar, por un lado, que la identidad de precios en el 60% de los días analizados refleja un comportamiento competitivo entre EESS (*“la coincidencia de precios entre las EESS abanderadas por DISA o SHELL y las EESS de CEPSA en alrededor de un 60% de los días del periodo analizado es consistente con un comportamiento competitivo entre EESS ubicadas en un área geográfica*

reducida”) y, por otro, que la coincidencia de precios en menos del 1,5% de los días analizados no muestran ningún tipo de coordinación de precios (“En cualquier caso, los precios de otra de las EESS abanderadas por el grupo DISA, la estación de servicio (en adelante, “ES”) SHELL CATENA, sólo coinciden con los precios de la ES CEPSA PUNTA ALMINA en menos del 1,5% de los días del periodo analizado. Para más del 70% de los días, las diferencias de precios entre estas dos EESS fueron superiores a los 4 c€/litro. Esta evidencia es inconsistente con la supuesta coordinación de precios entre DISA y CEPSA”) (folio 10087).

4.1.6.-Sobre la existencia de un intercambio de información en 2013, en relación a precios aplicados y márgenes operativos, entre DISA-MEROIL

DISA manifiesta que en relación con el supuesto intercambio de información entre DISA y MEROIL, relativo a precios, resulta inconsistente la existencia de una concertación de precios en Sant Joan Despí. Y lo argumentan en las siguientes razones:

“En primer lugar, desde una perspectiva económica, el hecho de que los precios de las EESS imputadas sean iguales durante los tres días posteriores al intercambio de una información que está disponible públicamente (los precios están disponibles en los monolitos) no es evidencia suficiente para concluir que existe una concertación de precios.

En segundo lugar, el porcentaje de días en los que los precios de la ES DISA y las EESS abanderadas de MEROIL coinciden en el periodo analizado es bajo, tanto para el caso de la gasolina 95 como para el caso del gasóleo. Dicho porcentaje se encuentra entre un 7% y un 18%.

En tercer lugar, el hecho de que la distribución de las diferencias de precios entre la ES de DISA y cada una de las EESS MEROIL sea diferente no es consistente con una concertación de precios entre DISA y MEROIL.

En cuarto lugar, la evolución de la media y la desviación estándar mensual de los precios relativos de la ES de DISA con respecto de las ES abanderadas de MEROIL no fue constante en el periodo temporal analizado, lo que es inconsistente con la existencia de una concertación de precios.”

MEROIL (folios 10022 a 10044), por su parte, considera que la DC comete un error fáctico al considerar en la PR que DISA y MEROIL compiten horizontalmente en distribución minorista de carburantes en el entorno de Sant Joan Despí, porque MEROIL no es propietaria ni gestiona ninguna EESS en dicho entorno, y no es propietaria ni gestora de la sita en Esplugues de Llobregat.

A su vez, expone que el intercambio de información entre MEROIL y DISA no ha de calificarse de anticompetitivo por su objeto, como hace la DC, en tanto que el

contenido y finalidad de los correos electrónicos no tienen un objetivo contrario a la competencia ni aptitud para producir efectos anticompetitivos. Asimismo, añaden que no hay intercambio de información, pero que si la hubiera no es sensible ni estratégica y no refleja datos de precios que, además, son públicos.

Por otro lado, considera que la DC al concluir la constatación de efectos anticompetitivos en base a la coincidencia de precios de tres días, obviando los datos de dos años anteriores y uno posterior, no actúa conforme a un criterio objetivo de valoración probatoria. Señalan que el análisis de precios de 2013 refleja un comportamiento no alineado de los gestores de las EESS en cuestión.

En relación a los márgenes operativos, MEROIL afirma que no se trata de información confidencial y ambos operadores alegan que no constituye información apta para restringir la competencia.

Añade, además, como ya expuso en sus alegaciones al PCH, que los márgenes brutos contenidos en el e-mail eran sólo los de una ES, como considera que resulta del informe emitido en relación a esa ES por el auditor de cuentas de la sociedad.

Respuesta de la Sala de Competencia

Con respecto a la alegación de DISA relacionada con la conclusión del informe de Compass Lexecon de 27 de agosto de 2014, *“Análisis económico de las imputaciones a DISA en el pliego de Concreción de Hechos”*, que DISA anexa a su escrito de alegaciones a la PR, que afirma la inconsistencia de la existencia de una concertación de precios en Sant Joan Despí, esta Sala entiende que ha de ser desestimada.

Ello es así en la medida en que el referido informe adolece de ciertos vicios: (i) resulta ambiguo, en tanto que el período analizado se sitúa entre el 2 de enero de 2012 y el 20 de mayo de 2014, período relativamente amplio si tenemos en cuenta que la infracción imputada viene referida a los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2012 y que puede alterar las conclusiones obtenidas de las medidas utilizadas para llegar a las mismas (varianza, media); y (ii) es incompleto, la información relativa a los precios diarios de venta al público de las EESS en ese período no incluye todos los días que comprende el mismo en relación con este último extremo, se toman los precios que las EESS comunican al MINETUR pero hay días en los que no se dispone de dicha información, razón por la que para esos días la información es aportada por DISA a partir de los precios de los monolitos de sus competidores - tabla 6, folio 10093-. Sin embargo, en otros casos –figuras 6 y 7 (folios 10094 y 10095)- señala expresamente Compass Lexecon que no dispone de los datos, concretamente, los referidos al período comprendido entre el 4 de agosto de 2012 y el 20 de mayo de 2013 y del 19 de junio de 2013 al 21 de julio de 2013. Esto es, el análisis se efectúa sobre un

período temporal de dos años y casi cinco meses, sin que se dispongan de datos sobre 11 de esos casi 29 meses. En términos porcentuales, no se dispone de casi el 40% de los datos (37,93%). Pero, no sólo eso, no se disponen de datos ni para diciembre de 2012, mes en el que se registra la infracción, ni para los meses anteriores ni posteriores inmediatos. Por todo ello, no puede considerarse, pues, ni concluyente ni fiable el estudio de Compass Lexecon.

En relación con la alegación de MEROIL relativa a que no compite horizontalmente con DISA en la distribución minorista de carburantes en el entorno de Sant Joan Despí porque no es propietaria ni gestiona ninguna ES en ese entorno y tampoco lo es de la de Esplugues de Llobregat y, por tanto, claudica cualquier imputación por el intercambio de información entre MEROIL y DISA, esta Sala entiende que ha de ser rechazada.

Esto es así en la medida en que en el momento en el que se registran los hechos, el 27 de diciembre de 2012, MEROIL era propietaria de la estación ubicada en Esplugues de Llobregat a la que la DC hace referencia. Así consta en la respuesta de la Dirección de Energía de la CNMC (folios 5026 a 6305), de 20 de febrero de 2014, al requerimiento de información efectuado por la DC en el marco del presente expediente. En este informe, la DE señala expresamente que la ES de MEROIL sita en la Plaza la Sardana, 3 de Esplugues de Llobregat fue propiedad de MEROIL durante el período analizado y hasta el 29 de enero de 2014 (folio 5886). Por tanto, aunque ahora dicha ES ya no sea propiedad de MEROIL, hasta inicios de 2014 lo fue y no puede eludir las responsabilidades que se le imputan en relación con las infracciones cometidas en 2012. De hecho, MEROIL no ha alegado que dicha ES no sea de su propiedad hasta este momento, cuando podía haberlo hecho no sólo durante toda la instrucción del procedimiento sino también en un momento procesal tan importante como es el plazo para alegaciones al PCH, mediante el que la DC puso en conocimiento de MEROIL los hechos que se le imputaban y las razones de ello.

En cuanto a las alegaciones tanto de MEROIL como de DISA relativas a que el intercambio de información entre ambas no debe calificarse de anticompetitivo por su objeto, esta Sala entiende que también debe ser desestimada.

El correo controvertido, de 27 de diciembre de 2012, evidencia cómo el Director General de MEROIL pide explicaciones a un Directivo de DISA acerca de las diferencias en los precios de la gasolina 95 entre las ES de referencia (folio 2366), ya que no sabe si se trata de un error o de una política específica. El hecho de que, tratándose de competidores, solicite aclaraciones sobre dichas “diferencias” y plantee si se trata de un “error” evidencia la existencia de un acuerdo previo subyacente entre ambas en orden a coordinar precios, pues en caso contrario no tendría sentido que se cuestionaran dichas “diferencias”. Ese intercambio de información es anticompetitivo por objeto, como señala la DC, en tanto que se considera apto para restringir la libre competencia, ya que su pretensión es eliminar dichas “diferencias” de precio entre ambos competidores. De hecho, el

Directivo de DISA da a entender que esas “diferencias” son producto de un error: *“Creo que es que hoy vamos lentos con los cambios por la resaca...”* (folio 2366). Como consecuencia, los precios entre ambas ES coinciden los tres días siguientes. Por tanto, no es sólo que la naturaleza del intercambio de información pueda dar lugar a una restricción de la competencia sino que, en efecto, así fue. Se trata, pues, de un intercambio de información cuyo objeto es contrario a la competencia pero que, además, tenía aptitud para producir efectos y, de hecho, los produjo. Hizo posible, pues, el conocimiento por MEROIL de la estrategia de mercado de DISA como lo muestra el comentario del Directivo de esta entidad acerca de que iban *“lentos con los cambios”* y el hecho de que en los tres días siguientes los precios fueran idénticos entre ambas estaciones.

Las alegantes insisten, igualmente, en la ausencia de un comportamiento concertado. MEROIL añade que el análisis de los precios de 2013 refleja un comportamiento no alineado de los gestores de las EESS en cuestión: *“vemos que enero 2013, mes inmediato a las fechas señaladas por la PR existe identidad de precios sólo durante 6 días del mes, y en mayo 2013 la identidad se produce durante 5 días del mes, y en julio durante ningún día”*. Si bien es cierto que esto es así, también lo es que en noviembre de 2011, mes anterior a la fecha del correo electrónico controvertido, tal y como recoge la DE en su respuesta al requerimiento de información de la DC de 30 de enero de 2014 (folios 5026 a 6305), el número de días en los que los precios coincidieron entre ambas fue de 8 (de 30 días, es decir, el 26,67% de los días); en enero de 2013 coincidieron 6 días (de 31, esto es, el 19,35% de los días); en febrero, 19 días (de 28, es decir, el 67,86% de los días); en marzo, 15 (de 31, esto es, el 48,39% de los días) y en abril, 10 (de 30 días, el 33,33% de los días) (folios 6080 y 6091). Por tanto, el número de días en el que los precios de la gasolina 95 coinciden entre ambas EESS es bastante elevado, principalmente, en los meses posteriores al intercambio de información que ha quedado acreditado en el presente expediente (fechado en diciembre de 2012), sin que esta Sala pueda pronunciarse acerca de estas coincidencias posteriores, al no haber sido objeto de instrucción en el presente expediente, como sí lo han sido los días posteriores al 27 de diciembre de 2012.

Consta, pues, acreditado en este expediente que, al menos, la coincidencia de precios durante los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2012 entre ambas estaciones fue motivada por un acuerdo previo sobre los mismos entre MEROIL y DISA, del que sus directivos eran conocedores y que dejaron entrever en el correo de 27 de diciembre de 2012. Como señala reiterada jurisprudencia comunitaria, por todas, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de junio de 2011, Solvay/Comisión, T-186/06: *“El hecho de comunicar información a los competidores con el fin de preparar un acuerdo contrario a la competencia basta para probar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE (sentencias del Tribunal de 6 de abril de 1995,*

Tréfilunion/Comisión, T-148/89, Rec. p. II-1063, apartado 82, y de 8 de julio de 2008, BPB/Comisión, T-53/03, Rec. p. II-1333, apartado 178)”.

Por tanto, dicho contacto vulneró lo dispuesto en el artículo 1 LDC y aunque sólo haya podido acreditarse un único contacto, ello no es óbice para entender que no se ha vulnerado la normativa de defensa de la competencia, teniendo en cuenta la naturaleza de la información –acuerdo de precios- y la estructura del mercado. Y esto es lo que trata de apuntar la DC en su PR cuando se refiere a la Resolución de la extinta CNC de 19 de febrero de 2012 (Expediente S/0280/10, SUZUKI-HONDA), pues al margen de que en este expediente las imputadas intercambiaran listas de precios de sus modelos de motocicletas, lo que queda claro en el mismo es que un solo intercambio de información comercialmente estratégica, cual es el acuerdo de precios, equivale a una concertación, y supone, por tanto, una renuncia de los competidores a su independencia en la toma de decisiones:

“incluso si la concertación se basa solamente en un único contacto entre las empresas interesadas, ya que a este respecto no es tan importante el número de reuniones o contactos habidos como que si el contacto producido, habida cuenta de la naturaleza de los datos intercambiados y de las circunstancias del mercado considerado, da a las empresas concertadas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada para determinar su comportamiento en el mercado y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”.

En términos similares se ha pronunciado el TJUE en su Sentencia de 4 de junio de 2009 en el Caso T-Mobile Netherlands BV/KPN Mobile NV/Vodafone Libertel NV/Orange contra Raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit:

“60 Como con razón han señalado el Gobierno neerlandés y la Abogado General en los puntos 104 y 105 de sus conclusiones, depende del objeto de la concertación y de las correspondientes circunstancias del mercado cuántas veces, con qué frecuencia y en qué forma tienen que entrar en contacto los competidores para llegar a una concertación de su comportamiento en el mercado. (...) si, como ocurre en el litigio principal, un acuerdo puntual relativo a una concertación del comportamiento en el mercado tiene por objeto un único parámetro de la competencia, una única toma de contacto entre los competidores ya puede formar la base suficiente para alcanzar el objetivo contrario a la competencia que pretenden las empresas.

61 En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información

intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.”

En relación con las alegaciones de DISA y MEROIL relativas al correo que el Director General de MEROIL envió al Consejero Delegado de DISA en relación con sus márgenes brutos (folio 2356), esta Sala entiende que debe ser, igualmente, desestimada.

Como ya expuso la DC en su PR, el contenido de la tabla que se adjunta al mencionado correo contiene información confidencial, en la medida en que en ella se desglosan, por meses y tipos de productos, los márgenes brutos de MEROIL. Independientemente de que se trate de datos correspondientes a una sola gasolinera, cuestión no probada dada la diferencia de datos entre el resultado del estudio que aporta en sus alegaciones al PCH y los valores que constan en la tabla mencionada, o a toda la red de MEROIL, lo cierto es que dicha información es susceptible de ser considerada secreto comercial (folio 2356).

Así, el apartado 18 de la ya mencionada *Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo* califica como secreto comercial, entre otras, “la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas”. En la medida, pues, en que los márgenes brutos de MEROIL permitieron a DISA conocer la estructura de costes y precios de MEROIL e, indirectamente, su estrategia comercial, sin que se haya acreditado una justificación objetiva para ello (ni DISA ni MEROIL han acreditado la compraventa de la estación), dicha información debe ser considerada confidencial.

De hecho, DISA, tras la notificación del acuerdo de incoación del presente expediente, solicitó la confidencialidad de dicho correo adjuntando una versión no confidencial a su escrito de 13 de agosto de 2013 (con entrada en la extinta CNC el día 14), a pesar de que después, tras conocer las imputaciones efectuadas, se desdiga de ello. En el mismo motivaba dicha solicitud con el siguiente argumento “Se trata de una información comercial de un tercero cuya divulgación perjudicaría gravemente a ese tercero” (folio 3434). En la versión no confidencial que adjunta, aparecen tachados los datos de la tabla referidos a los márgenes brutos de MEROIL. Resulta, por tanto, del todo contradictorio que ahora mantenga la no confidencialidad de la información incluida en el correo.

4.1.7.-Sobre la existencia de un intercambio de información, relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013, entre MEROIL- GALP

MEROIL en su escrito de alegaciones a la P.R. reitera lo ya expuesto al PCH, argumentando que no tiene concertados con terceros contratos con vínculos en exclusiva, y que sus clientes son libres de proveerse del operador que consideren pertinente, siendo irracional por tanto que se reduzca la competencia.

Añade, además, que a los efectos de probar la inexistencia de causalidad entre el contrato y el comportamiento de MEROIL, solicitó la práctica de prueba documental que fue denegada, y que con ella pretendían probar la no suscripción desde la fecha de la información de contrato con vínculo de suministro en exclusiva.

Por otro lado **GALP**, sobre la calificación de la conducta como infracción por objeto manifiesta que la información remitida por el Director de Planificación de Red de GALP al Director General de MEROIL no constituye una conducta objetivamente apta para reducir la competencia, en tanto que dicha actuación fue a título individual e independiente sin responder a ningún motivo de carácter empresarial, y que el envío del contrato se trata de un hecho aislado y puntual.

Sobre los efectos restrictivos de la competencia de la conducta imputada, GALP reitera que la conducta ha sido a título individual y sin ostentar ningún tipo de representación de la operadora, y que incluso para el caso en que la DC considerase que la conducta ha sido desarrollada por GALP, dicha conducta no ha producido efectos anticompetitivos en el mercado por lo siguiente:

1. Se trata de una conducta aislada, de carácter bilateral, que no se enmarca en ningún acuerdo o concertación de más amplio alcance geográfico, temporal o subjetivo.
2. La cuota de mercado de GALP en el mercado español, que ha disminuido en los últimos años y queda muy lejos de poder afectar de manera sensible a la competencia.
3. La cuota afectada por la conducta que se imputa a GALP sería todavía inferior, y, en tanto que se refiere a EE.SS. particulares, sería rayana al 0%.
4. El contenido del contrato de abanderamiento y suministro en exclusiva se corresponde a la negociación mantenida con la otra parte contratante y a las circunstancias particulares de ese caso, y, por ello, no es extrapolable sin más a las relaciones comerciales de GALP con otros titulares de EESS.

Así, GALP concluye que *“La DC califica este contacto entre GALP y MEROIL como una conducta contraria a la competencia por su objeto, sin proporcionar evidencias ni indicios de los efectos anticompetitivos, reales o potenciales, que se pudieran derivar del mismo”*. Por todo ello, considera que las conductas imputadas no pueden ser constitutivas de infracción ni sanción.

Además reitera que no concurren los requisitos mínimos como para imputar a GALP la actuación individual e independiente de su empleado.

GALP defiende que ha aportado elementos de juicio suficientes como para considerar que la conducta imputada no tiene aptitud ni capacidad suficiente como para tener o haber tenido efectos anticompetitivos en el mercado.

Respuesta de la Sala de Competencia

Esta Sala entiende que las alegaciones de MEROIL y GALP en lo referente al intercambio del contrato de suministro y abanderamiento firmado por GALP con una ES deben ser desestimadas.

Así, si bien en este momento procesal, MEROIL alega la ausencia de interés que dicho contrato le suponía, en tanto que no debe renegociar ningún contrato ya que no tiene concertado con terceros ningún vínculo en exclusiva, de sus alegaciones al PCH se deduce lo contrario. Así, en estas últimas, MEROIL señalaba que el Real Decreto-ley 4/2013 había limitado la duración de los contratos de suministro en exclusiva concertados por los operadores al por mayor, siendo esa limitación objeto de innumerables sesiones organizadas por Despachos Legales, por lo que *"es lógica la preocupación e interés, fundamentalmente por el hecho de la amortización de los costes de las inversiones en abanderamientos"* (folio 8621). Considera, a continuación que *"posiblemente"* la limitación de la duración impuesta por el Real Decreto-ley 4/2013 no le sea de aplicación, no siendo hasta este momento procesal en el que afirme que *"no le será de aplicación"* por no tener como práctica la concertación de este tipo de contratos.

La cuestión es que nos encontramos ante un intercambio de información sensible. El contenido del mismo, tal y como señala el párrafo 18 de la Comunicación, debe ser calificado de información secreta en tanto que contiene datos sobre márgenes comerciales, objetivos de ventas, condiciones básicas de los contratos de tarjeta o las primas con respecto a Platts de las fórmulas para la determinación del precio de los carburantes. De hecho, GALP solicitó la confidencialidad de un contrato de similares características, el contrato de suministro y abanderamiento con SUCO dado que *"contiene información sensible no accesible públicamente"*, aunque ahora discrepe del carácter estratégico del contrato remitido a MEROIL.

A ello hay que añadir la importancia del contexto en el que se inserta este intercambio de información. Este intercambio tuvo lugar el 2 de mayo de 2013, incluyendo el contrato de referencia, firmado el 19 de abril de 2013, momento en el que aún no estaba terminada de construir la ES a la que se refiere el mismo y próximo a la aprobación del Real Decreto-ley 4/2013, que tuvo lugar el 22 de febrero. En esta norma se preveía un plazo de 12 meses desde su entrada en vigor para adaptar la nueva normativa los contratos preexistentes y plenamente aplicable a los nuevos contratos (de suministro en exclusiva, en relación con los

cuales se limitaba su duración y se prohibían cláusulas que fijaran, recomendaran o incidieran, directa o directamente, en el precio de venta al público del combustible). Por tanto, en el momento de su remisión, se trataba de información muy reciente y relativa a un contrato que aún no había desplegado efectos.

Se trata, pues, de una conducta anticompetitiva por su objeto, como defiende la DC. De hecho, GALP es consciente del carácter irregular de este intercambio de información en el momento de su remisión, pues solicita a MEROIL que lo destruya una vez leído (*"te envío el pdf del contrato que se ha firmado para que puedas leer y tomar tus notas y después lo destruyas"*, subrayado añadido). En este sentido, conviene destacar que, en función de lo dispuesto en el artículo 1 LDC, como ya se ha mencionado, el tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, es suficiente con que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. Basta con que la conducta sea apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia. Una reiterada jurisprudencia ha insistido en que la realización de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC no requiere de forma invariable ni la intención deliberada de falsear la competencia ni que tal falseamiento se deba producir necesariamente (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2011). En base a ello, ha señalado el Consejo de la CNC en anteriores ocasiones (por todas, las Resoluciones de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10, Transitarios y la de 27 de marzo de 2012, Expte. S/0237/10 MOTOCICLETAS) y ha reiterado esta Sala de Competencia (RCNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 PALÉS) en la valoración de conductas colusorias, dado su especial potencial de distorsión de la competencia, no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto.

Por todo ello, en el caso que nos ocupa no es necesario que el intercambio de información haya producido efectos para considerar infringida la normativa de competencia, si bien, dadas las características del intercambio producido (información estrechamente relacionada con los precios reales de GALP, al integrar las condiciones comerciales aplicadas entre la operadora y su red de estaciones de servicio) la conducta sancionada es apta para tener efectos reales en la competencia entre ambas marcas. El hecho de que se trate de una conducta aislada y puntual no invalida esta conclusión, como se ha expuesto en el punto 4.1.6 y a la que esta Sala se remite.

Por último, GALP alega el carácter autónomo del envío del correo, adjudicando la responsabilidad del mismo al empleado que lo remitió, que indica que lo hizo por su cuenta y riesgo. Debe subrayarse que, como ya se ha indicado en el apartado 4.1.1, con carácter general, las empresas son responsables de las actuaciones de sus empleados y no pueden desvincularse de las mismas mediante meras afirmaciones genéricas. Así lo ha venido manteniendo la CNMC en sus

resoluciones, por todas, la Resolución de 8 de enero de 2015 en el expediente S/0429/12, Residuos. Como señala la DC, no se requiere que los empleados consten como apoderados de la empresa para imputarle a ésta sus actos, pues de este modo *"bastaría con vehicular todo contacto anticompetitivo a través de empleados no apoderados"*. Por último, ni se han aportado pruebas de los intereses personales que el Responsable de Planeamiento y Gestión de Activos podía tener en remitir el contrato controvertido a MEROIL ni tampoco de las circunstancias concretas que motivaron su despido.

4.1.8.- Sobre la acreditación de las conductas

En relación con la acreditación de las conductas, todas las recurrentes coinciden en alegar el abuso de las presunciones realizado por la DC a lo largo de su PR y la percepción subjetiva que la misma realiza de los hechos analizados.

CEPSA alega que la DC ha utilizado de forma arbitraria y generalizada (folios 9844 y 9845) la prueba de presunciones tanto en el PCH como en la PR. De forma más concreta, en relación con el acuerdo de precios entre las EESS de Brea de Aragón e Illueca que se le imputa, señala que la DC afirma que se produjeron contactos anteriores y que el Director de Tarifas y Precios de EESS no afeó la conducta del Técnico Comercial en la Delegación Noreste de Gestores y Abanderados de CEPSA, deduciendo de ello que bien la autorizaba o bien no le dio importancia. Y en relación al pacto de no agresión con DISA en julio/septiembre de 2011 que se le imputa, CEPSA afirma que está basado en una prueba de indicios desvirtuada por sus alegaciones.

REPSOL, por su parte, alega que, en términos generales, la DC realiza afirmaciones, inferencias y suposiciones sobre hechos no acreditados (folio 9930).

GALP indica que la labor instructora ha resultado incompleta y por ello y la falta de contraste y verificación de la información, determinadas afirmaciones de la DC se han basado en *"meras sospechas, hipótesis o juicios de valor"* (folio 9905). Así, entiende que la documentación obrante en el expediente no permite acreditar otros acuerdos o intercambios de información que la DC estima probables pero que no imputa formalmente.

MEROIL, por su parte, alega que la PR se sustenta en tres correos electrónicos que no contienen ni prueban ni evidencian indiciariamente acuerdo colusorio alguno (folio 10024 y 10039 a 10042).

DISA alega que la DC conjetura la existencia de una supuesta reunión entre esta operadora y CEPSA en la que ambas habrían adoptado un hipotético "pacto de no agresión" basándose en una interpretación manifiestamente errónea de un único

supuesto indicio, el folio 2646, que considera que no tiene valor probatorio (folios 10052 y 10056). Como consecuencia de ello, entiende que decae la acusación relativa al supuesto acuerdo sobre Ceuta (folio 10057)

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las alegaciones anteriores de forma particular en las respuestas dadas a las mismas en este fundamento cuarto de esta Resolución y a ellas se remite.

No obstante, dado que todas las alegantes han insistido en la falta de pruebas acreditativas de los hechos que se les imputan y han cuestionado las inferencias de los mismos llevadas a cabo por la DC, esta Sala considera que debe referirse a las mismas de forma generalizada.

En el presente expediente, la DC ha valorado tanto las evidencias recabadas en las diferentes inspecciones efectuadas como las respuestas de las alegantes a los correspondientes requerimientos de información y las alegaciones presentadas por las mismas a lo largo del procedimiento.

Esta valoración le ha posibilitado concretar los hechos que considera acreditados así como la participación de las imputadas en los mismos y, basándose en ellos, determinar cada una de las responsabilidades en que las mismas han incurrido. Ello le ha permitido acreditar la existencia de acuerdos en materia de precios, de acuerdos en materia de abanderamiento y suministro a EESS e intercambios de información estratégica entre los distintos operadores investigados susceptibles de limitar la competencia en el mercado afectado.

Pero en dicho análisis la DC no sólo ha tenido en cuenta los hechos referidos a las conductas que se han considerado finalmente acreditadas sino también hechos documentados en el expediente referidos a conductas que no se han considerado finalmente acreditadas, bien modificando la calificación jurídica de estos últimos bien no imputando dichas prácticas a las alegantes. Así, por un lado, la DC modificó su valoración jurídica por no quedar acreditados en el expediente: (i) los contactos entre DISA y GALP relativos a la política a aplicar en sus EESS de Palencia, y (ii) el intercambio de información entre REPSOL y MEROIL, relativo a las descargas de producto en el Puerto de Barcelona. Y, por otro lado, no apreció infracción en relación con: (i) las conductas relativas al denominado “efecto lunes”; (ii) las conductas desarrolladas entre REPSOL y ALCAMPO en relación con la política de precios aplicada en sus EESS en Soria capital; (iii) los contactos entre REPSOL y BP en materia de abanderamiento y suministro en exclusiva a EESS; y (iv) los contactos entre REPSOL y BP en materia de política de precios de venta al público en sus EESS.

De este modo, las conductas finalmente imputadas lo han sido en relación a las pruebas obrantes en el expediente, sin que, respecto a dichas conductas, las alegaciones presentadas hayan sido capaces de desvirtuar las mismas.

Por otra parte, como ya vino reconociendo el TDC: *“En los procedimientos en materia de competencia es frecuente acudir a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente cuando se trate de conductas colusorias. Las empresas que concertan sus actuaciones no acostumbran a dejar rastro de sus convenios, si bien los resultados de éstos resultan evidentes, y de ellos se puede deducir la existencia de un acuerdo”* (Resolución del TDC, de 30 de septiembre de 1998, *Vacunas Antigripales*, Expediente 395/97).

Cabe traer a colación la Resolución de la extinta CNC en el Caso REPSOL/CEPSA/BP, de 30 julio 2009, entre otros argumentos, esgrime lo siguiente:

“Encuentra pues el Consejo que existe una probada causalidad necesaria en toda prueba de presunciones, si esta fuese necesaria, pues la infracción (la fijación de precios que prueba el elevado seguimiento de precios que realizan las EESS) se deduce, a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, de los hechos que acaban de exponerse (...)”.

La utilización de la prueba de indicios en el ámbito del derecho de la competencia ha venido siendo admitida, igualmente, de forma reiterada por el Tribunal Supremo (SSTS de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999). Así, recuerda el TS, por todas, su sentencia de 26 de abril de 2005 (RJ 2005/3935), que tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, derivando tal rigor en la valoración de las pruebas indiciarias en el derecho a la presunción de inocencia. Añade dicha sentencia que la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados no llevan naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa.

Sobre la carga de la prueba hace alusión, asimismo, la Audiencia Nacional en su sentencia de 23 de diciembre de 2013 en la que, remitiéndose a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/07 señala sobre la misma que:

“(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia

Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE , apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999 , Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96 , T-189/96 y T-190/96 , Rec. p. II-93, apartado 47).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción.

Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes.

Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra , apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)."

Además, encontramos numerosa jurisprudencia comunitaria acerca de la prueba de presunciones como es la Sentencia del Tribunal General de la UE de fecha 12 de diciembre de 2014, en el asunto T-562/08, donde tras reiterar la referencia a la necesidad de que la Comisión ponga de manifiesto pruebas precisas y concordantes, aunque no necesariamente en todos y cada uno de los elementos de la infracción (en referencia a la citada sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión) se recoge lo siguiente:

“También hay que señalar que, en la práctica, la Comisión se ve obligada con frecuencia a probar la existencia de una infracción en circunstancias poco propicias para ello, pues es posible que hayan transcurrido varios años desde la época de los hechos constitutivos de la infracción y que algunas de las empresas investigadas no hayan cooperado activamente con ella. Aunque incumbe necesariamente a la Comisión demostrar la celebración de un acuerdo ilícito de fijación de precios, sería excesivo exigirle además que aportase pruebas del mecanismo específico previsto para alcanzar dicho objetivo. En efecto, resultaría demasiado fácil para una empresa infractora eludir toda sanción si pudiera utilizar como argumento la vaguedad de las informaciones presentadas sobre el funcionamiento de un acuerdo ilícito, cuando la existencia del acuerdo y su finalidad contraria a la competencia han quedado sin embargo suficientemente acreditadas. En tal situación, las empresas pueden defenderse adecuadamente en la medida en que tengan la posibilidad de formular observaciones sobre todas las pruebas invocadas en su contra por la Comisión (sentencia del Tribunal de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501, apartado 203).

(...)

En cambio, en los casos en los que la Comisión se ha basado en pruebas documentales, incumbe a las empresas afectadas no sólo presentar una alternativa verosímil a su tesis, sino también objetar la insuficiencia de las pruebas utilizadas en la decisión impugnada para demostrar la existencia de la infracción (sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 154 supra, apartado 187). Tal régimen de prueba no viola el principio de presunción de inocencia (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 181).

(...)

Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra

explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada).

Del principio de la libre aportación de la prueba resulta que, aun si la falta de pruebas documentales puede ser pertinente al apreciar globalmente el conjunto de indicios invocados por la Comisión, no tiene por sí sola la consecuencia de que la empresa afectada pueda impugnar las aserciones de la Comisión presentando una explicación alternativa de los hechos. Ello es así sólo cuando las pruebas presentadas por la Comisión no logran acreditar la existencia de la infracción de modo inequívoco y sin necesidad de interpretación (sentencia Hitachi y otros/Comisión, citada en el apartado 150 supra, apartado 65; véase también en ese sentido la sentencia del Tribunal de 12 de septiembre de 2007, Coats Holdings y Coats/Comisión, T-36/05, no publicada en la Recopilación, apartado 74)".

Esta Sala considera que las conclusiones que ha alcanzado la DC en su PR se sustentan de modo congruente y conforme a un razonamiento lógico y fundamentado en los hechos acreditados, respondiendo a los estándares fijados por la jurisprudencia nacional y comunitaria. Conclusiones que, como se ha expuesto en este fundamento jurídico cuarto de esta Resolución, las alegantes no han sido capaces de refutar.

La acreditación de las conductas imputadas se basa en documentos y hechos objetivos (habitualmente correos electrónicos) en los que constan expresamente la fecha y destinatarios de los mismos y también el contenido y objetivo de los contactos mantenidos entre empresas competidoras. La interpretación que efectúa la DC de estos contactos es la que responde a su contenido literal y a las características de los contactos acreditados, sin efectuar ninguna inferencia ni extender su ámbito de aplicación a ámbitos geográficos o temporales no avalados en los propios hechos acreditados y en los documentos incorporados al expediente, por lo que no se considera que se esté realizando un uso impropio de la prueba de presunciones que, en todo caso, se estaría utilizando en su mínima extensión.

En el único caso en los que el documento objetivo que sustenta la conducta imputada no es un correo electrónico (contacto DISA y CEPESA entre julio y septiembre de 2011) y no consta la fecha concreta del contacto, la imputación se basa igualmente en un documento incorporado al expediente (copia de una página de la agenda de un directivo de CEPESA) en el que constan las características básicas del contacto (participantes, fecha aproximada, contenido del acuerdo colusorio alcanzado) y la racionalidad de la inferencia que realiza la DC se sustenta en la solidez de los restantes datos que se aportan

(nombramiento del directivo de CEPSA en dichas fechas, otros contactos acreditados entre los directivos de DISA con competidoras menores, lógica interna del contacto mantenido, etc.) sin que la explicación alternativa proporcionada por DISA haya podido desvirtuar la inferencia alcanzada.

4.2. Sobre la vulneración de derechos fundamentales

4.2.1. Sobre la vulneración de los derechos de defensa

DISA considera insuficiente el plazo concedido para ejercer sus derechos de defensa poniendo de manifiesto que *“la actuación de la DC al notificar su PR a principios del mes de agosto y no conceder, como suele hacer habitualmente, la ampliación del plazo por la mitad del inicialmente concedido, parece estratégicamente diseñada para limitar los derechos de defensa de DISA CORPORACIÓN y de las demás empresas imputadas en este expediente”* (folio 10049).

Por su parte, **CEPSA** entiende que la negativa por parte de la DC a la práctica de las pruebas que solicita vulnera su derecho de defensa al rechazarse de manera injustificada (folios 9878 a 9880).

En concreto, señala que no puede comprobar las afirmaciones realizadas por la DC en relación con: (i) la *“correspondencia exacta en el tiempo y en el importe de un ajuste”* de CEPSA CP y REPSOL al no disponer de los precios recomendados por REPSOL para este período ni de los precios aplicados por la estación; y (ii) la *“evolución paralela de los pvp de Brea y de los precios máximos recomendados por REPSOL”*. Indica que dicha documentación obra en el expediente pero que la DC no le da acceso a la misma por tratarse de información confidencial (folios 9850 y 9851).

Por otro lado, afirma que la DC parte de planteamientos erróneos para rechazar la prueba testifical de las personas que acudieron a la reunión interna a la que se refieren las anotaciones que sirven a la DC para imputar a CEPSA un pacto de no agresión con DISA entre julio y septiembre de 2011 (folios 9866).

Respuesta de la Sala de Competencia:

En cuanto a alegación de DISA relativa a la insuficiencia del plazo concedido por la DC para presentar alegaciones a la PR, esta Sala entiende que debe de ser desestimada por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, cabe recordar la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la extinta CNC, entre otras Resolución de 20 de febrero de 2014 (Expediente R/0160/13 UDER) *“El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses”* señalando que *“la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”. Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que “no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa” (STC 71/1984, 64/1986).”*

Por su parte, el artículo 31 del RDC establece que *“Una vez incoado el expediente los interesados podrán acceder a éste y obtener copias individualizadas de todos los documentos que integren el expediente de la Comisión Nacional de la Competencia, a excepción de los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como de cualquier otra información confidencial”*.

DISA tuvo acceso al presente expediente desde el momento de su incoación, el 29 de julio de 2013. De hecho, accedió al mismo hasta en seis ocasiones (el 31/07/13; el 06/11/13; el 12/02/14; el 12/05/14; el 17/06/14 y el 06/08/14). La penúltima, aproximadamente mes y medio antes de la notificación de la Propuesta de Resolución. Además, con fecha 14 de julio de 2014 la DC puso en conocimiento de DISA su Acuerdo de cierre de la fase de instrucción (folio 8810) que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33.1 del RDC, establecía que se procedía al cierre de la fase de instrucción *“con el fin de redactar la propuesta de resolución”*.

Esta última fijó de forma motivada los hechos objeto de investigación, permitió el acceso al expediente, incluida la documentación relativa a las pruebas obtenidas por la DC a lo largo de la instrucción que han servido de base para depurar las responsabilidades en el presente procedimiento, y concedió el plazo establecido por el legislador con la finalidad de formular las alegaciones que las partes considerasen pertinentes para rebatir las consideraciones de la DC. Ese plazo fue de 15 días hábiles, en virtud de lo señalado en el artículo 34.1 del RDC.

La DC puso la PR a disposición de DISA en su sede electrónica el 1 de agosto de 2014, habiéndole mostrado previamente un aviso del carácter de la notificación de la actuación administrativa que tendría su acceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del *Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de*

los ciudadanos a los servicios públicos. Sin embargo, el acceso a la misma no tuvo lugar hasta el 5 de agosto de 2014 (notificación nº 515; folio 9045.2.1).

Con fecha 6 de agosto tuvo entrada en el registro electrónico de la CNMC escrito de DISA en el que solicitaba la ampliación de dicho plazo.

Tal y como establece el artículo 49 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, la Administración ostenta la potestad de conceder, de oficio o a petición de interesado, si las circunstancias lo aconsejan y no se perjudican derechos de terceros, la ampliación de los plazos establecidos, sin que su decisión pueda ser susceptible de recurso y sin que dicho plazo pueda exceder de la mitad del inicialmente concedido.

Esto es, el legislador reconoce el derecho de los interesados a *solicitar* una ampliación del plazo concedido por la Administración, pero la decisión acerca de si procede o no dicha ampliación corresponde a la propia Administración. No existe, por tanto, una obligación de ésta a ampliar el plazo concedido simplemente por el hecho de haberse solicitado. La decisión acerca de la pertinencia o no de esa ampliación tiene, por tanto, carácter discrecional. De esta forma, si la Administración considera que las circunstancias la permiten y ello no afecta a derechos de terceros, podrá concederla por un plazo máximo de la mitad del inicialmente concedido. En relación con este último, la Administración goza de la misma potestad, ya que el legislador tan sólo le impone un límite: que *no supere* la mitad de los días inicialmente concedidos. Es decir, limita el período máximo por el que se puede conceder la ampliación, sin que ello constituya una obligación para la Administración, que puede decidir entre conceder la ampliación por el máximo de días que el legislador permite o por un número inferior, como hizo en el presente caso. Esta decisión también tiene, por tanto, carácter discrecional.

En el presente caso, la DC valoró que procedía la ampliación del plazo solicitado y aceptó la solicitud de DISA, concediéndole un período de cuatro días hábiles adicionales mediante acuerdo de 6 de agosto de 2014 (folio 9807).

Esto es, DISA dispuso en todo momento de la posibilidad de acceder al expediente y conocer toda la información obrante en el mismo. Accedió al mismo e interpuso las alegaciones que consideró oportunas: al PCH el día 09 de junio de 2014 y el 28 de agosto de 2014 a la PR. En definitiva, DISA no ha dispuesto de sólo 15 días para analizar el expediente administrativo, sino de todos los meses que ha durado la instrucción del expediente desde su incoación, así como una doble oportunidad de formular alegaciones (al PCH y a la PR) que no existe en otros procedimientos de competencia, como el comunitario donde las partes sólo pueden alegar al Pliego de Cargos de la Comisión Europea.

Todo ello pone de manifiesto, en primer lugar, que esta CNMC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar su derecho de defensa y que, por

tanto, DISA ha podido defenderse en términos reales y efectivos durante toda la tramitación del expediente, incluida la fase de alegaciones a la PR.

Y, en segundo lugar, que el derecho de defensa de DISA ha quedado plenamente garantizado puesto que el instructor ha cumplido escrupulosamente con los requisitos establecidos por el legislador.

En relación con la alegación de CEPSA referida a que la negativa por parte de la DC a la práctica de las pruebas solicitadas le causa indefensión al rechazarse de manera injustificada, esta Sala entiende que debe ser, igualmente, desestimada.

Para dar respuesta a esta alegación, procede acudir a varios preceptos del ordenamiento jurídico aplicables al procedimiento del que trae causa la presente resolución.

Así, en el marco del régimen del procedimiento administrativo general, el artículo 80 de la Ley 30/1992, señala que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho, si bien el instructor del procedimiento podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

Por otro lado, el artículo 137.4 de la Ley 30/1992, relativo a la presunción de inocencia en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, señala que se admitirán las pruebas que sean adecuadas para la determinación de los hechos y responsabilidades, pudiéndose declarar improcedentes las que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.

En el ámbito específico del procedimiento sancionador previsto en las normas de competencia, el artículo 32 del RDC otorga a los interesados el derecho a presentar alegaciones y proponer la práctica de prueba que consideren oportunas, pero también la potestad a la DC de resolver sobre la admisibilidad o no de la práctica de las mismas.

“2. Los interesados podrán, en cualquier momento de la instrucción del procedimiento sancionador aducir las alegaciones y proponer la práctica de las pruebas que consideren relevantes para la defensa de sus intereses. La Dirección de Investigación deberá resolver sobre la práctica de la prueba de forma motivada. Contra la denegación de práctica de prueba no cabrá recurso alguno”.

De la interpretación conjunta y literal de los preceptos transcritos, se extrae sin mayor complejidad que el órgano instructor únicamente viene obligado a admitir y a llevar a cabo la práctica de aquellas pruebas que considere que van a ser necesarias para esclarecer y arrojar luz a los hechos investigados, sin que, en ningún caso, venga obligado a admitir aquellas pruebas que no van a ser

imprescindibles para la determinación de los hechos y de las responsabilidades en el procedimiento.

En este sentido, el TC en su sentencia de 9 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7974) afirma *“resulta que sólo habrá de practicarse cuando sea preciso esclarecerlos (se refiere a los hechos), no cuando queden suficientemente acreditados por el resultado de lo actuado, porque lo contrario implicaría una actividad meramente reiterativa y por tanto inútil y contraria al principio de economía procesal por dilatoria”*.

En el mismo sentido, el TS señala que *“se desprende la supeditación del período probatorio, como es obvio y palmario, a la existencia de puntos de duda que haya que esclarecer, siendo lógico que sea la Administración quien valore si tales dudas o lagunas concurren y si es precisa la prueba para disiparla. En los términos en que se plantea la cuestión por el actor es menester rechazar el alegato, pues lo que viene a pedir es que se reconozca la obligatoriedad del trámite de prueba, con independencia del grado de conocimiento que se tenga sobre el acaecimiento que se enjuicia. Otra cosa es si en el presente caso la prueba resultante de lo actuado es suficiente para dar por acreditado el hecho merecedor de sanción, lo que en todo caso debe ser analizado como primordial cuestión de fondo”*.

En consecuencia, la administración podrá rechazar aquellas pruebas que considere irrelevantes para la resolución del procedimiento, con el único requisito de la debida motivación de la decisión de inadmisibilidad de éstas. Requisito que, a tenor de los criterios jurisprudenciales⁴, se ha cumplido sobradamente por la DC en la PR, cuyo apartado IV.3 analiza cada una de las pruebas solicitadas y resuelve sobre la admisibilidad o rechazo de las pruebas propuestas por los interesados, justificando adecuadamente los motivos por los que, en su caso, ha decidido no llevar a cabo la práctica de prueba propuesta por éstos.

Por otro lado, en lo que se refiere a las pruebas solicitadas por CEPESA, ya fueron rechazadas expresamente por la DC en la propuesta de resolución (folios 10312 y 10313), por los siguientes motivos:

- (iii) *“Respecto a la testifical solicitada por CEPESA, esta Dirección considera que no es necesaria, ya que se trata de dos empleados de CEPESA y que esta empresa ha tenido oportunidad de alegar por escrito todo aquello que ha considerado conveniente, por lo que no cabe esperar que su testimonio aporte nada nuevo a lo ya alegado por el operador.*
- (iv) *En cuanto al requerimiento a REPSOL solicitado por CEPESA, toda esa información ya consta en el expediente y ha sido tenida en cuenta por esta Dirección durante la instrucción”*.

⁴ Véanse, las STS de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918 y STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819.

En relación con esto último, CEPESA afirma que no puede comprobar las afirmaciones realizadas por la DC en relación con: (i) la *“correspondencia exacta en el tiempo y en el importe de un ajuste”* de CEPESA CP y REPSOL al no disponer de los precios recomendados por REPSOL para este período ni de los precios aplicados por la estación; y (ii) la *“evolución paralela de los pvp de Brea y de los precios máximos recomendados por REPSOL”*, ya que aunque dicha documentación obra en el expediente, la DC no le da acceso a la misma por tratarse de información confidencial (folios 9850 y 9851).

Esta Sala considera que, en este caso, es necesario acudir a la *Comunicación* de la Comisión Europea. La misma señala, en su párrafo 17, que tiene la consideración de documentación no accesible por los interesados, entre otros, la información confidencial, que incluye el secreto comercial de las empresas y otra categoría de información confidencial distinta al secreto empresarial pero cuya divulgación puede suponer un perjuicio significativo a una persona o empresa.

Su párrafo 18, como ya se ha mencionado en otros apartados de esta Resolución, establece que: *“Cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar (...) la estructura de costes y precios”*. La información controvertida versa sobre los precios máximos recomendados por REPSOL a una de sus EESS, razón por la que su confidencialidad fue solicitada expresamente por REPSOL en su escrito de 14 de agosto de 2013 (con entrada en la CNMC de 20 de agosto; folios 3879 a 3885).

La DC valoró la concurrencia de los requisitos y criterios fijados en la *Comunicación* para ser declarada confidencial y mediante acuerdo de 13 de enero de 2014 acordó conceder la misma (folio 4910) e incorporar al expediente la versión no confidencial aportada por REPSOL.

Asimismo, la DC ha acreditado que todos los interesados han tenido la posibilidad de acceder a la documentación no confidencial del expediente desde su incoación, a medida que ésta ha ido incorporándose al mismo, por lo que han podido defenderse en términos reales y efectivos, sin que su derecho de defensa se haya visto menoscabado.

En cuanto a la prueba testifical solicitada por CEPESA, esta Sala coincide con la valoración de la misma que efectúa la DC, considerándola innecesaria en la medida en que se trata de la versión de dos empleados de CEPESA. En este sentido, resulta indiferente que una de las empleadas actualmente ya no trabaje en la empresa, no sólo porque en el momento de los hechos objeto de controversia sí lo hiciera sino porque la empresa ya ha dado su versión de los hechos, pudiendo aportar junto a ella la versión de dichos empleados, por lo que no se estima que la versión de éstos pueda desvirtuar los hechos acreditados.

Por tanto, esta Sala considera suficientemente justificada por la DC la denegación de las pruebas propuestas por CEPSA en el seno de este procedimiento, entendiendo que ni el testimonio que pueden ofrecer los trabajadores de CEPSA ni el levantamiento de la confidencialidad de los documentos aportados por REPSOL son susceptibles de alterar la calificación jurídica o conclusiones alcanzadas por la DC en la PR. No constituyen, por tanto, pruebas idóneas a los efectos de desvelar hechos que hagan posible una resolución favorable para CEPSA.

Por todo ello, no siendo capaces de desvirtuar los hechos acreditados, bien resultan innecesarias, bien no aportan un valor añadido a las pruebas contenidas en el expediente o bien se consideran irrelevantes.

Asimismo, esta Sala entiende que la denegación de las pruebas efectuada por la DC es ajustada a derecho, en virtud de las potestades conferidas al órgano sancionador por la normativa anteriormente citada.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que la denegación de las pruebas propuestas por CEPSA cause indefensión alguna a ésta.

4.2.2. Sobre la vulneración de la presunción de inocencia

CEPSA alega que se ha producido vulneración de la presunción de inocencia, puesto que la DC a pesar de atribuirle un único contacto con REPSOL en julio de 2013, en relación con las EESS de Brea de Aragón e Illueca, deduce que se produjeron contactos anteriores a éste.

REPSOL afirma que la DC persiste en la PR en realizar inferencias y suposiciones sobre hechos a pesar de reconocer que no están acreditados, presuponiendo su existencia *[la familiaridad y la confianza que se desprende de los contactos acreditados entre operadores competidores permitiría deducir (puesto que no existe una explicación racional alternativa) que la frecuencia con la que se producen estos contactos es mayor que la demostrada en el Pliego]* y dando a entender que las conductas que valora como infracciones son un *mero ejemplo* de conductas más graves y que puede ser más frecuente de lo que se demuestra en la PR. Añade que la DC hace, igualmente, referencia en varias ocasiones a que los interesados en el expediente han podido destruir las pruebas que le hubieran permitido imputar *algo más serio* que lo que se refleja en la Propuesta e incluso que se permite valorar hechos que no imputa a REPSOL y después verter calificaciones injuriosas sobre el comportamiento de esta empresa en el mercado *(instigador de comportamientos anticompetitivos)*. REPSOL considera muy grave la postura de la DC que reconoce que las conductas que no se le imputan *no son inocuas* y que por esa razón han quedado reflejadas *en la valoración jurídica*, dado que con ello vulnera su derecho a la presunción de inocencia.

Respuesta de la Sala de Competencia:

Esta Sala entiende que las alegaciones de ambas operadoras deben de ser desestimadas por las siguientes razones.

En primer lugar, cabe hacer mención a que una interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la Constitución Española y del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, engloba, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora.

En relación con este derecho a la presunción de inocencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013 (STS 3505/2013) señala que *“la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4).”*

En el presente expediente, las imputaciones efectuadas a las alegantes se sustentan en documentos recabados legalmente y que sirven de elemento probatorio.

El hecho de que los correos electrónicos en los que se demuestra la existencia de contactos entre CEPSA y REPSOL hayan sido recabados en la inspección domiciliaria realizada en la sede de CEPSA y que ésta no sólo haya confirmado en sus alegaciones dicho contacto sino que haya confirmado la existencia de una reunión entre empleados de ambas empresas, refuerza el carácter probatorio de dicha prueba.

De esta forma, se han obtenido pruebas expresas de la participación CEPSA en la conducta que se le imputa sin que las mismas hayan sido desvirtuadas por las alegaciones presentadas.

A ello hay que añadir que estas mismas pruebas son las que permiten a la DC afirmar que cabe la posibilidad de que entre CEPSA y REPSOL se hayan producido contactos anteriores en la medida en que así lo acredita uno de los correos que avalan la imputación: *“he hablado con [AAA], comercial de REPSOL en la Zona. Le he comunicado que, como en otras ocasiones [ocasiones] ellos me llamaron para evitar conflicto de precio en la zona”* (subrayado añadido; folio

6872).

No obstante, como la propia DC expone en su PR, la imputación se ciñe al contacto que ha resultado acreditado en el expediente, no a anteriores contactos. Por este motivo, la afirmación controvertida no es susceptible de vulnerar la presunción de inocencia de CEPSA.

Similar argumento es válido para proceder a la desestimación de las alegaciones de REPSOL.

Como indica la DC lo que se declara tanto en el PCH como en la PR es que la documentación que obra en el expediente permite acreditar tanto la existencia de varios acuerdos (acuerdo de precios con CEPSA en julio de 2013 concerniente a las estaciones de servicio de Illueca y Brea de Aragón –folios 6872, 6873 y 6874-; pacto de no agresión con CEPSA en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra –folios 6875 y 2361-) como de intercambios de información entre REPSOL y CEPSA (diversos intercambios de información con CEPSA acaecidos al menos durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas EESS gestionadas por una de ellas y abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra –folios 6878, 6881, 6882, 6883, 6884, 6885, 6879, 6888, 6889, 6890, 6891 y 6892-). Son estas prácticas y no otras las que se le imputan a REPSOL a través de pruebas de cargo legítimas y válidas. El resto de prácticas analizadas en el expediente y que no son imputadas a REPSOL no pueden, por tanto, ser susceptibles de vulnerar su presunción de inocencia, ya que no existe imputación de ilícito alguno.

Sobre el resto de afirmaciones a las que REPSOL hace referencia cabe concluir con las afirmaciones que el propio Tribunal Supremo viene efectuando en sus sentencias, por todas, su Sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993), que viene a avalar la posición de la DC en la PR a la que REPSOL se refiere:

“difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida”.

Por tanto, en la medida en que la PR ha reflejado correctamente los elementos fundamentales de las imputaciones, específicamente los hechos que han resultado acreditados mediante pruebas legalmente obtenidas y la calificación jurídica que los mismos merecen, esta Sala no puede apreciar, bajo ninguna perspectiva, vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia de las alegantes.

4.2.3. Sobre la vulneración de otros derechos fundamentales

CEPSA, considera que la copia de documentación realizada por la extinta DI se realizó vulnerando los derechos fundamentales, y por tanto la incautación está

viciada de nulidad. Manifiestan que, al contrario de lo que se resuelve en la sentencia de la AN citada por la DC, ellos *“no vinculan la evidente vulneración de sus derechos al procedimiento de apertura de los documentos, sino que lo relacionan con la ajénidad de la documentación ocupada al objeto de la orden (...)”*.

Respuesta de la Sala de Competencia

La inspección en la sede de CEPSA se desarrolló conforme a los estándares de proporcionalidad y corrección exigibles. La Orden de inspección definía con claridad y precisión cuál debía ser el ámbito o perímetro material de la inspección y hacía referencia a los indicios razonables para justificar la sospecha de que pudiera existir un comportamiento constitutivo de un determinado y específico ilícito competencial. La entrega a CEPSA, al inicio de la inspección, de la Orden de Investigación, que recoge de forma sintética el objeto de la misma, así como el que se proporcionara a la inspeccionada al final de la inspección la relación de palabras significativas usadas como apoyo en la selección documental suponen una garantía y una imprescindible manifestación de transparencia que no pueden ser cuestionadas mediante una dialéctica recriminación o insinuación sobre el carácter exploratorio de la inspección. A su vez, el Acta de Inspección pone de manifiesto que, efectivamente, la inspección tuvo lugar conforme a los estándares de procedimiento legalmente previstos y habituales.

En lo relativo al carácter masivo e indiscriminado del copiado realizado por la extinta DI, cabe señalar, como ya se hizo en la PR, que los representantes de la entidad conocieron en todo momento los documentos copiados y los que se incorporaron a las actuaciones, pudiendo efectuar las correspondientes alegaciones y sin que se produjera, por tanto, ningún tipo indefensión. Los inspectores de la extinta CNC realizaron las acciones pertinentes y recabaron toda la información necesaria acorde con la investigación realizada. Tal y como puso de manifiesto la DC, *“En cuanto a las operaciones de filtrado, los representantes de la entidad estuvieron presentes en la misma, si bien no se les permitió el conocimiento de las herramientas informáticas ni las conversaciones de los inspectores –para la salvaguarda de los medios inspectores-, pero ello no produce indefensión, en cuanto los representantes de la entidad conocieron los documentos copiados y los que se incorporaron a las actuaciones, pudiendo hacer las correspondientes alegaciones”*.

La reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2015, que resuelve desestimar el recurso interpuesto por CEPSA en el seno del presente expediente en relación con la alegación que se está analizando, avala estos argumentos: *“Entendemos que en tanto en cuanto ha existido consentimiento del titular de la empresa para el acceso a la misma y que la actuación material de la*

Administración se ajustó al contenido fijado en la Orden de investigación, no se ha vulnerado el derecho fundamental invocado”.

Sobre la *ajenidad de la documentación ocupada* al objeto de la Orden de investigación, la Audiencia invoca la sentencia del TG de septiembre de 2013 (asuntos T-289/11, T-290/11 y T-521/1, Deutsche Bahn AG y otros contra Comisión Europea) con la finalidad asentar que el acceso e investigación exhaustiva de documentación por parte de la CNMC no incide en los derechos de defensa de la empresa inspeccionada:

“ 139 ..., procede subrayar, de entrada, que la Comisión puede registrar de manera exhaustiva el contenido de algunos despachos o archivadores, aun cuando nada indique claramente que allí se encuentran informaciones relativas al objeto de la investigación, cuando exista algún dato que incite a hacerlo. En efecto, como subraya con razón la Comisión, limitarse a entrar en locales o a examinar archivadores que tienen una clara relación con el objeto de la investigación entraña el riesgo de no lograr hallar ciertas pruebas importantes. Así, alega, tales pruebas podrían, estar disimuladas o referenciadas de forma incorrecta.

140 Además, la relación con el objeto de la investigación no siempre es fácil de identificar a primer a vista, y puede ocurrir que sólo un examen minucioso permita identificarla. Como subraya la Comisión, como sus agentes no siempre tienen un conocimiento técnico perfecto de la totalidad de los sectores afectados por la investigación, no siempre les resulta posible determinar de inmediato la pertinencia de un documento, de modo que realizan, necesariamente, una investigación relativamente amplia.”

Por todo ello y teniendo en cuenta que la información recabada en la inspección ajena al objeto de la orden fue devuelta a CEPSA tras el cierre de la fase de instrucción, esta Sala no aprecia que la actuación administrativa de la extinta DI haya vulnerado derecho fundamental alguno de la alegante.

4.3.- Sobre la falta de competencia de la CNMC para la resolución del presente expediente

REPSOL considera que la CNMC carece de competencia para resolver tanto sobre la imputación relativa a su coordinación con CEPSA en el mercado de distribución de Illueca y Brea de Aragón como en la relacionada con el pacto de no agresión e intercambio de información con CEPSA en el contexto de los abanderamientos cruzados en la zona de Levante. Entiende que ello es así en la medida en que los hechos se limitan, por un lado, a EESS ubicadas en dos municipios aragoneses, Brea de Aragón e Illueca y, por otro, a EESS ubicadas en la Comunidad Autónoma de Valencia. Por ello, considera que la instrucción y

resolución correspondería a la Comunidad Autónoma de Aragón y la Comunidad Autónoma de Valencia, respectivamente.

Respuesta de la Sala de Competencia

La Sala no considera posible aceptar la alegación presentada por REPSOL en la cual la operadora argumenta que la instrucción y resolución respecto a las conductas investigadas en el presente expediente corresponde a los órganos de defensa de la competencia de distintas Comunidades Autónomas (Aragón, Comunidad Valenciana, etc.) en razón a los efectos puramente locales de cada una de las conductas imputadas que se limitan bien a dos municipios aragoneses o bien a la Comunidad Valenciana.

Esta Sala pone de manifiesto que los acuerdos e intercambios de información anticompetitivos llevados a cabo entre las operadoras de productos petrolíferos objeto de este expediente, se produjeron en el marco de varias Comunidades y Ciudades Autónomas del territorio nacional (Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana, Ceuta, etc.). Asimismo varias de las conductas imputadas, despliegan sus efectos en un marco que supera el ámbito meramente autonómico que la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, requiere para atribuir la competencia para su investigación y resolución a la autoridad autonómica de competencia.

Ello es así en virtud de la consideración del mercado relevante en el mercado minorista de combustibles de automoción que han definido habitualmente las distintas autoridades de competencia, tal y como se ha expuesto en el punto 2.3 de los Hechos Acreditados de la presente resolución. Como se ha advertido entonces aunque el mercado geográfico en el que se desarrollan las actividades de distribución minorista de carburantes en España está caracterizado por un importante elemento local y la sustituibilidad entre estaciones estaría geográficamente limitada, existe un claro solapamiento entre las áreas de influencia locales de las estaciones de servicio, que no solamente determina interacciones competitivas entre estaciones vecinas sino que además provoca un encadenamiento con áreas de influencia de gasolineras más alejadas, teniendo en cuenta, además, que los principales operadores actúan a nivel nacional siguiendo una estrategia comercial nacional. Junto a ello debe considerarse que numerosos aspectos relevantes de la oferta (gama de productos ofrecida, la calidad de los productos, el nivel de servicio, los impuestos indirectos), etc., se deciden desde una perspectiva nacional.

Estas características y el encadenamiento de áreas de influencia entre estaciones de servicio a nivel regional y también supraregional, hasta alcanzar el mercado nacional, es especialmente evidente en el presente expediente en varias de las conductas investigadas y, en concreto, en las que afectan a REPSOL. Así, en

referencia a los contactos entre REPSOL y CEPSA en materia de abanderamiento y suministro descritos en los puntos 3.2 y 3.3 de los Hechos Acreditados en el presente expediente, se observa claramente que la conducta imputada abarca a la totalidad de la Comunidad Autónoma por la participación en la misma de los Delegados de Levante de CEDIPSA y de REPSOL, lo que produciría el encadenamiento de los efectos con áreas de influencia de estaciones de servicio de Comunidades Autónomas vecinas. Junto a ello no puede obviarse su efecto directo en la Comunidad de Murcia, comunidad también incluida en las delegaciones de Levante de ambas operadoras, como demuestra la alusión directa a "REPSOL CARTAGENA" que encabeza uno de los correos incluidos en el expediente de fecha 8 de febrero de 2011 como base de la imputación, así como el correo remitido con fecha 11 de julio de 2012, por el responsable de la ES San Pedro del Pinatar II, situada en dicha comunidad autónoma, al Delegado de Levante de CEDIPSA, con copia a otras personas de la empresa, con el asunto "Nuevas condiciones en la comisiones de Repsol" al que se adjunta el *"ANEXO AL CONTRATO DE FECHA 12/5/1988, ENTRE COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA PET Y REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A., REFERENTE A LA E.S. Nº 33761 SITA EN SAN PEDRO DEL PINATAR"* que recoge las *"nuevas condiciones en las comisiones de Repsol para la E.S. 33761 San Pedro I"* (folio 6885).

Junto a estas características intrínsecas supraautonómicas del intercambio producido en el área de Levante, que podrían también predicarse del resto de las conductas acreditadas (en Aragón, Ceuta y Cataluña), debe subrayarse que en la conducta imputada a REPSOL y CEPSA por los hechos descritos en el apartado 3.3 de los Hechos Acreditados consta expresamente este efecto supraautonómico directo ya que las comunicaciones del Responsable de la ES de Ribarroja iban dirigidas directamente tanto al Delegado de Levante de CEDIPSA como al Jefe de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA, delegación regional que no abarca únicamente una Comunidad Autónoma, ya sea esta la Comunidad Valenciana u otra. La comunicación acreditada se refería a una campaña promocional de REPSOL con EL CORTE INGLÉS dirigida también a un ámbito supraautonómico (la denominada *"PROMO REPSOL/CORTE INGLES"*, en el que informaba del inicio de la misma anunciando: *"Se ha recibido toda la cartelería y los cheques descuento (...)"*, folio 6884).

Por último, aunque los hechos acreditados se refieran directamente a distintas estaciones de servicio de distintas provincias y localidades concretas, las conductas imputadas a REPSOL y CEPSA como el pacto de no agresión o el intercambio de información sobre estaciones con abanderamientos cruzados tienen alcance nacional y afectan a todo el territorio, como se ha expuesto anteriormente. Del mismo modo, tienen también alcance nacional las infracciones imputadas a otras operadoras como MEROIL y GALP o los intercambios de información entre DISA y MEROIL.

Por todo ello, a tenor de lo establecido en el artículo 1 de la citada Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, y dado que las conductas tienen la capacidad de afectar a un ámbito supraautonómico, el órgano competente es la CNMC. En este sentido, cabe citar lo aludido en la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2014:

“ (...) Por otra parte, como recoge la resolución impugnada, si bien no todas las empresas estuvieron presentes en los tres cárteles, algunas al menos presuntamente si participaron en las reuniones que tuvieron lugar en relación con contratos a realizar en los territorios de las dos Comunidades Autónomas, y las características de la conducta aconsejan la investigación por un único órgano, que por mor de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 1/2002 es la Comisión Nacional de la Competencia”.

Junto a las anteriores consideraciones debe resaltarse que la CNMC es la única autoridad española con competencia para la aplicación del artículo 101 del TFUE y como ya ha sido advertido anteriormente en el presente expediente esta Sala se muestra favorable a la aplicación al caso del artículo 101 del TFUE, por cuanto de la naturaleza y características de las conductas analizadas, así como de los operadores que han participado en las mismas, se deriva la existencia de unas prácticas susceptibles de tener afectación sobre el comercio intracomunitario, a tenor de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal.

Como ya se ha explicado, al haberse acreditado diversas infracciones diferenciadas, la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE debe evaluarse para cada una de ellas si bien teniendo en cuenta que un único acuerdo respecto a una estación de servicio puede quedar dentro tanto de la aplicación del artículo 101 o TFUE debido al poder de los acuerdos de compra exclusiva como barrera de entrada de nuevos proveedores, tanto más si el mercado de referencia presenta una clara tendencia al oligopolio, tal y como han señalado los extintos TDC y CNC en anteriores expedientes, siguiendo las indicaciones manifestadas por el Tribunal de Justicia de la UE en diversas sentencias.

QUINTO.- Contestación a otras cuestiones solicitadas en la fase de resolución

Las empresas imputadas han solicitado varias cuestiones en la fase de resolución que, por motivos de oportunidad, conviene resolver en la presente resolución.

5.1. Proposición de prueba y Celebración de vista

Las entidades, en sus alegaciones presentadas a la PR, han solicitado la práctica de las siguientes pruebas:

CEES (14 de agosto de 2014; folios 9814-9837) ha solicitado que se acuerde como prueba la incorporación al presente Expediente de lo actuado en el Expediente S/0288/10 pues, en el mismo constan documentos que vienen a reforzar los hechos acreditados en el presente expediente y los efectos en el mercado de los mismos, así como todos los documentos aportados por la CEEES tanto ante la Comisión Europea como ante la extinta CNC, solicitando a su vez que tengan un trato confidencial, dada su naturaleza y contenido- información comercial.

CEPSA ha solicitado:

- a) La admisión de una prueba documental consistente en la solicitud a REPSOL para que aporte información documentada sobre (i) el régimen de suministro bajo el que se encuentra la estación de Brea de Aragón (i.e., revendedor o comisionista); y (ii) los precios máximos o recomendados (según el tipo de vinculación de que se trate) diarios comunicados por REPSOL durante el mes de julio de 2013, indicando si estos precios coinciden con los aplicados por la estación de servicio o, alternativamente, o si dicha información obrare ya en el expediente en los términos en que se solicita, que se levante su confidencialidad poniéndola de manifiesto a esta parte para que pueda realizar alegaciones en relación con la misma.
- b) Prueba testifical consistente en que se reciba declaración en concepto de testigos, en audiencia pública y con carácter contradictorio, con intervención de esta representación, a las personas cuya identidad, domicilio y datos de contacto se indican en el documento Anexo nº 2, con grabación audiovisual del desarrollo de las declaraciones y del conjunto de la audiencia, y citando previamente en forma a los testigos, al igual que a los interesados en el expediente, para su práctica en la fecha que al efecto se señale.
- c) Celebración de vista en audiencia pública.

MEROIL a su vez solicita:

- a) Celebración de vista
- b) Prueba documental consistente en que se libre oficio al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a los efectos de que en base a los archivos que gestiona en relación a la información sobre suministro de productos petrolíferos remita certificación, para su unión al expediente, de:

1. *El número de las estaciones de servicio y su identificación de situación, durante los años 2102 y 2013, respecto a las cuales la obligación legal de información de precios fue remitida por MEROIL, S.A. en su calidad de operadora petrolífera.*
2. *El número de las estaciones de servicio y su identificación de situación, durante los años 2012 y 2013, con las que MEROIL, S.A, tuviera suscritos contratos de suministro en exclusiva, así como, si los hubiere, la fecha de vencimiento de los mismos.*
3. *El número de estaciones de servicio y su identificación de situación, respecto a las que MEROIL, S.A. hubiera comunicado, desde mayo 2013 hasta la fecha, la suscripción con las mismas de contratos de suministro en exclusiva de productos petrolíferos.*

c) Prueba documental consistente en que se libre oficio a la Generalitat de Catalunya, Servei d'Hidrocarburs de la Direcció General d'Energia, Mines i Seguretat Industrial, para que certifique en base al Censo de estaciones de servicio quién es la persona física o jurídica titular de la EESS sita en Esplugues de Llobregat, Plaza de la Sardana 3-4, y desde qué fecha consta la misma inscrita como titular.

DISA por su parte ha solicitado prueba testifical, para el supuesto de que se tenga por cierto que existió la supuesta reunión entre DISA y CEPSA a la que se refiere la PR, consistente en la declaración testifical de D. [UUU].

En relación con las pruebas solicitadas por las partes, cabe señalar que el artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la DC en la fase de instrucción, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio en la toma de decisión.

Dicha Ley regula la práctica de pruebas ante el Consejo como un trámite de carácter excepcional. Se establece un único procedimiento sancionador, en el que se separa claramente la fase de instrucción que lleva a cabo la DC, (*“en la que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados”*), y la fase de resolución que compete al Consejo, que adopta las decisiones sobre la base de las propuestas formuladas por la DC, eliminando la duplicación de actuaciones de la anterior LDC, sin merma del principio de seguridad jurídica.

Por tanto, en el esquema de la LDC, tanto la práctica de pruebas, a propuesta de las partes o de oficio del Consejo, como la celebración de vista, son actuaciones potestativas del Consejo, que las acordará en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción, y que son

precisas para la formación de su juicio antes de resolver (artículo 51.1 y 3 de la LDC).

Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, es criterio del Consejo considerar que sólo son admisibles como prueba de descargo aquéllas que tienen potencial influencia decisiva en términos de defensa, lo cual debe ser debidamente motivado por el interesado (SSTC 25/1991, 205/1991, 1/1996, 217/1998 y 101/1999).

En cualquier caso, la decisión sobre las pruebas propuestas debe necesariamente partir del informe propuesta remitido por la DC, junto con todo el expediente administrativo, y del ámbito o alcance de la infracción que se imputa a las incoadas.

Así las cosas, esta Sala ha considerado pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por las partes junto con sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución. Se han admitido y, por tanto se han tenido en cuenta las pruebas documentales aportadas por ambas partes en sus escritos de alegaciones.

Por el contrario, no se han admitido las pruebas testificales solicitadas por la entidad CEPSA y DISA ni la celebración de vista solicitada por CEPSA Y MEROIL, al entender esta Sala que la misma no hubiese aportado información concluyente para desvirtuar la valoración en relación con las conductas objeto de esta Resolución, ya que, como se ha señalado, nos encontramos ante una infracción por objeto, siendo suficiente para sancionar la intencionalidad de las conductas, sin que sea preciso la ejecución de las mismas que, como hemos señalado, igualmente se ha producido.

5.2.- Solicitud de confidencialidad de parte de la información contenida en los escritos de alegaciones a la PR

De conformidad con lo requerido al notificar la propuesta de resolución por la Dirección de Competencia o posteriormente en fase de Consejo, CEEES (folios 9814-9837), REPSOL (folios 9926-9966) y GALP (folios 9895-9925) han aportado información sobre la que solicitan la declaración de confidencialidad de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LDC.

Además todas las empresas han aportado datos confidenciales relativos a volúmenes de negocios propios. En la medida en que tales peticiones se refieren a información relativa al mercado afectado, se accede a declarar confidencial dicha información. Asimismo, para guardar la debida coherencia en el procedimiento y procurar el equilibrio entre transparencia y confidencialidad de forma homogénea para todas las empresas, dicha declaración tiene también lugar de oficio, en los supuestos en que la petición no ha sido formulada por la empresa.

SEXTO.- Valoración de la Sala de Competencia del Consejo

Las conductas analizadas en el presente expediente tienen lugar en el sector de los combustibles de automoción en España. Se considera que el funcionamiento competitivo del mercado exige que cada operador decida su comportamiento de manera independiente, lo que resulta especialmente complejo si se tiene en cuenta el elevado grado de transparencia y de concentración que caracteriza a este mercado. De ahí la necesidad de exigir a los operadores una especial responsabilidad en este sentido. Sin embargo, se evidencia que los contactos entre los operadores que participan en el mercado son habituales y que, en muchas ocasiones, exceden de lo que habría de considerarse razonable entre competidores, especialmente en un mercado con las características descritas. Precisamente son las diferencias de precio entre estaciones de servicio de un mismo entorno o perímetro geográfico las que presentan una mayor capacidad para generar competencia en el mercado. Por tanto, cualquier acuerdo entre competidores para no competir a la baja en precios, supone una grave restricción a la competencia, entrañando un evidente perjuicio para el consumidor.

Además se considera que dadas las características del mercado (muy transparente, dominado por operadores verticalmente integrados y con redes paralelas de acuerdos de suministro exclusivo) las conductas imputadas son especialmente aptas para producir efectos, facilitando la coordinación entre los operadores y reduciendo la competencia intermarca. Asimismo, las conductas en las que participan operadores verticalmente integrados son especialmente preocupantes, en la medida en que tienen efectos no sólo en los mercados en los que se producen sino también en los verticalmente relacionados, con el resultado de que no sólo se debilita la competencia “en el mercado” sino también la competencia “por el mercado”, intensificándose los efectos negativos de las mismas en perjuicio del consumidor final. Por otra parte, los implicados en las prácticas imputadas son grandes operadores (en algunos casos claros líderes del mercado como REPSOL y, en menor medida, CEPSA), con presencia en todo el territorio nacional, por lo que, de replicarse las conductas acreditadas en otros entornos, los efectos se multiplicarían.

Así pues, de acuerdo con lo expuesto en la presente resolución, esta Sala considera que ha quedado acreditado que REPSOL, CEPSA, DISA, MEROIL y GALP son responsables de las siguientes conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, derivada de diferentes acuerdos e intercambios de información:

REPSOL es responsable de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en:

- Un acuerdo de precios con CEPSA en julio de 2013 concerniente a las estaciones de servicio de Illueca y Brea de Aragón (provincia de Zaragoza);

- Un pacto de no agresión con CEPSA en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra;
- Diversos intercambios de información con CEPSA acaecidos al menos durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora.

No se imputa a REPSOL el intercambio de información con MEROIL relativo a las descargas de combustible en el Puerto de Barcelona.

CEPSA es responsable de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en:

- Un acuerdo de precios con REPSOL en julio de 2013 concerniente a las estaciones de servicio de Illueca y Brea de Aragón (provincia de Zaragoza);
- Un pacto de no agresión con REPSOL en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra;
- Diversos intercambios de información con REPSOL acaecidos al menos durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora;
- Un pacto de no agresión en precios con DISA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo con DISA relativo a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013.

DISA es responsable de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en:

- Un pacto de no agresión en precios con CEPSA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo con CEPSA relativo a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013;
- Intercambios de información con MEROIL en 2012 en relación a los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí y en 2013 en relación a sus márgenes operativos.

MEROIL es responsable de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en:

- Intercambios de información con DISA en 2012 en relación a los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí (provincia de Barcelona) y en 2013 en relación a sus márgenes operativos.
- Intercambio de información con GALP relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.

GALP es responsable de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en un intercambio de información con MEROIL relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.

Entre las conductas investigadas y sancionadas la Sala desea destacar la importancia de los intercambios de información entre REPSOL y CEPSA acaecidos al menos durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora. Este intercambio de información, realizado por las dos empresas líderes del mercado de distribución minorista de combustibles en España en el que alcanzan una cuota de mercado superior al 50% se ha acreditado que se realiza sin ninguna cautela ni garantía de confidencialidad por ninguna de las dos operadoras, ya sean emisor o receptor de la información y de su perfecto conocimiento de la importancia de cualquier intercambio de información sobre precios en un mercado como el que se examina, en el que la competencia se ha visto restringida en ocasiones anteriores.

Como expuso el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución 10 de mayo de 2006 (Expte. 588/05, Distribuidores Cine) el intercambio de información determinante para la estrategia comercial entre operadores (como el inicio de una campaña promocional) facilita una actuación contraria a los principios de la libre competencia y supone una grave restricción a la competencia, especialmente en aquellos mercados de elevada transparencia en la que tales informaciones son clave para definir estrategias comerciales individuales:

“Fedicine, al servir de vehículo, mediante su base de datos, para el intercambio de información sensible para la competencia entre las empresas distribuidoras asociadas a Adican, Andice y Andicca, eliminando uno de los elementos más destacados de dicha competencia, es autora de una infracción prevista por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que declara prohibidos y sancionables todos los acuerdos y prácticas concertadas que tengan por objeto o produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, precepto que es aplicable a los acuerdos y prácticas adoptados y desarrollados por asociaciones y órganos colegiados, conforme a muy reiterada doctrina

jurisdiccional y de este Tribunal. Dicha restricción de la competencia se produce al intercambiar información determinante para la estrategia comercial de cualquier competidor (fechas previstas de estrenos, cifras de recaudación y asistencia por tipos de películas, cines, ciudades, etc.) que facilita una actuación contraria a los principios de la libre competencia. En este sentido, es necesario afirmar que una muy elevada transparencia en un mercado, originada por intercambio entre competidores de datos estadísticos e informaciones clave para definir estrategias comerciales individuales, supone un obstáculo importante para el funcionamiento de la libre competencia”.

La Sala considera que la importancia de la anterior conducta referida a los abanderamientos cruzados requeriría una investigación pormenorizada por parte del órgano de instrucción para verificar si dicha situación se ha repetido entre ambas operadoras en otras provincias y Comunidades Autónomas, además de la zona de Levante y otras enmarcadas en la delegación centro de CEPSA, así como entre las de CEPSA y REPSOL y otras operadoras presentes en el mercado de distribución minorista de combustibles español.

Asimismo, la Sala coincide con la DC en que respecto a las conductas relativas al denominado “efecto lunes” desarrolladas por REPSOL, BP y DISA y descritas en el apartado 3.12 de los Hechos Acreditados, “no se aprecia infracción de la LDC en lo que se refiere a la política de precios a aplicar los lunes en las Estaciones de Servicio en el período investigado”. No obstante los hechos acreditados mencionados consignados en el expediente, corroborarían el informe de la extinta CNE de 31 de julio de 2013, que puso de manifiesto la existencia de poder de mercado de ciertos oferentes que tienen capacidad de incidir en los precios de los carburantes al margen de las variaciones de sus costes, generando una estacionalidad anómala en la evolución de los mismos que no responde a la fijación de los precios medios correspondiente a una dinámica propia de un mercado en competencia y que podría revelar precios en el resto de los días de la semana que estarían por encima de los que resultarían en un mercado en competencia efectiva. En este contexto, y teniendo en cuenta otros elementos estructurales de este sector, las conductas desarrolladas en este expediente, como ya se ha indicado anteriormente, resultan especialmente graves por sus efectos sobre el mercado y el consumidor.

De todo lo anterior, se concluye que las conductas acreditadas constituyen infracciones contrarias al derecho de la competencia, de carácter muy grave, de conformidad con el artículo 62.4.a) de la LDC, que señala que tiene tal consideración, el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cártels u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

SÉPTIMO.- Determinación de la sanción

7.1.- Responsabilidad de cada uno de los operadores

La responsabilidad de las empresas a las que hace referencia el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución resulta, a juicio de esta Sala, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto, por lo que esta Sala se muestra conforme con la imputación de responsabilidad realizada por la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución. Igualmente, esta Sala considera que procede la imputación de responsabilidad de las sociedades matrices por la conducta desplegada y acreditada de sus filiales en este expediente, pues como se ha dicho a lo largo del procedimiento y en esta Resolución, se ha constatado la existencia de una influencia decisiva desplegada por las matrices frente a sus filiales sin que se haya demostrado lo contrario.

Señalado lo anterior, una vez acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, 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.

Pues bien, la Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas llevadas a cabo.

En relación con ello, varios son los elementos que evidencian este comportamiento consciente de las partes. Así como la existencia de notas manuscritas de reuniones mantenidas, los correos electrónicos de los cuales se desprenden pactos de no agresión o acuerdos de precios entre las empresas, las negociaciones de abanderamientos, así como la duración de las conductas, son evidencias que permiten realizar tal aseveración.

Toda la documentación obrante en el expediente, es elemento suficiente para considerar la existencia de una actuación consciente y querida por las partes sin que pueda apreciarse el desconocimiento del comportamiento ilícito por ninguna de las empresas.

Respecto al ámbito de responsabilidad de cada empresa REPSOL manifiesta que la DC ha dirigido la imputación contra REPSOL S.A. *“a sabiendas de que carece de actividad en el mercado de distribución de carburantes (y, por lo tanto, de volumen de negocios en esa actividad) y Que, por ello, no puede ser responsable de las conductas imputadas. Esta parte ha advertido de esta cuestión a la DC informándole que la sociedad que desarrolla dichas actividades es Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.”*

Igualmente DISA reitera lo alegado al PCH, en la línea de que “el artículo 61.2 LDC no permite, como pretende la DC, que la matriz sea declarada responsable única de una supuesta infracción en un mercado en el que no desarrolla ninguna actividad, tal y como ocurre en este caso con la imputación a DISA CORPORACIÓN que, como hemos señalado, es una mera tenedora de acciones sin actividad ninguna en el mercado de distribución minorista de carburantes de automoción al que se refiere este expediente. La imputación de la matriz sólo puede ser solidaria cuando también es imputada la empresa que actúa en el mercado en el que supuestamente se ha producido la infracción —en este caso, EESSA.”

La Sala no puede aceptar ninguna de estas alegaciones. Respecto a la alegación de REPSOL aludiendo a su ausencia de actividad en el mercado de distribución de carburantes, de la que extrae la consecuencia de que *“por ello, no puede ser responsable de las conductas imputadas”*, debe subrayarse que dicha pretensión de falta de responsabilidad de las actuaciones de su filial REPSOL CPP ha sido reiteradamente expuesta por la empresa en diferentes expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia, sin éxito tanto en instancias administrativas como en judiciales.

Tal y como se recoge en la página web de REPSOL:

“La Sociedad, constituida en noviembre de 1986, tiene como objeto social:

1.- La investigación, exploración, explotación, importación, almacenamiento, refino, petroquímica y demás operaciones industriales, transporte, distribución, venta, exportación y comercialización de hidrocarburos de cualquier clase, sus productos derivados y residuos. (...)

El activo principal de Repsol, S.A., lo constituyen las participaciones accionariales en distintas sociedades filiales.

Repsol, S.A., como Sociedad matriz del Grupo, realiza actividades propias de accionista, controlando, coordinando y realizando un seguimiento de las actividades que desarrollan sus filiales, así como planificando y definiendo las estrategias del Grupo”.

Además, de la información mercantil disponible en lo que respecta a REPSOL S.A., Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. y Repsol Petróleo S.A., se desprende lo siguiente:

“LISTADO DE ACCIONISTAS ACTUALES: REPSOL PETROLEO SA

RAZÓN SOCIAL	CIF/PAÍS	%	FUENTE
REPSOL SA.	A78374725	99,97%	F.PROPIAS (23/01/2014)
INSTITUTO NACIONAL DE HIDROCARBUROS	G28700730	INDET.	F.PROPIAS (12/08/1996)

LISTADO DE ACCIONISTAS ACTUALES: Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.

RAZÓN SOCIAL	CIF/PAÍS	%	FUENTE
REPSOL PETROLEO SA	A28047223	59,30%	F.PROPIAS (25/02/2014)
PETROLEOS DEL NORTE SOCIEDAD ANONIMA	A48053243	22,09%	REG. MERCAN. (31/12/2013)
REPSOL SA.	A78374725	18,39%	REG. MERCAN. (31/12/2013)
GASOGU SL	B19125186	INDET.	REG. MERCAN. (31/12/2000)

En consideración a la relación jurídica existente entre las empresas citadas, resulta de aplicación al presente expediente el artículo 61.2 de la LDC que señala que la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

En este sentido, la tribunales comunitarios y españoles, vienen considerando que en los casos en los que una matriz participa en el 100% del capital social de su

filial, existe una presunción “*iuris tantum*” de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, siendo esta presunción un elemento específico de la normativa de competencia derivado del concepto de unidad económica propio de esta disciplina. En tales casos corresponde a la matriz desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado.

Cabe citar como jurisprudencia comunitaria, la sentencia del 30 de abril de 2009, donde el TPI (TJCE 2009/114) declara expresamente lo siguiente: *“para imputar a una sociedad matriz los actos cometidos por su filial no es en absoluto necesario que la matriz haya participado directamente en los comportamientos imputados a su filial o haya tenido conocimiento de ellos. La circunstancia que permite que la Comisión considere a la sociedad matriz de un grupo de sociedades destinataria de la decisión por la que se imponen multas no es el hecho de que la matriz haya instado a su filial a participar en la infracción ni tampoco, a fortiori, la participación de la propia matriz en dicha infracción, sino el hecho de que ambas constituyan una única empresa a efectos del artículo 81 CE. En el presente caso, la demandante se limita a afirmar que no tuvo conocimiento de las actividades de Itochu Hellas y niega haberlas apoyado activamente, pero no aporta la más mínima prueba de no haber ejercido una influencia decisiva en el comportamiento de Itochu Hellas ni tampoco pruebas de la autonomía de esta última”*⁵.

Es además necesario señalar que la exigencia de control no implica que el ejercicio del control deba ser llevado a cabo por el sujeto que lo posee, bastará con que exista independientemente de que sea ejercitado por éste o por alguna de las entidades pertenecientes al grupo.

En el caso de REPSOL, la operadora ya expuso argumentos similares para evitar su responsabilidad respecto a la conducta de su filial REPSOL CPP en la resolución del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001 (expediente 490/00, REPSOL), reclamando ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo la nulidad de pleno derecho de la Resolución por violación de los artículos 24.1 y 2 de la Constitución por cuanto declaraba la comisión de infracciones e imponía sanción respecto de una persona jurídica (en aquel entonces “Repsol YPF”) que no había sido imputada durante la fase de instrucción ni oída en el procedimiento.

Tal y como declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de noviembre de 2010, desestimando el motivo de casación esgrimido por REPSOL al respecto:

⁵ Entre otras, cabe también citar, STJUE de 29 de septiembre de 2011 (C-521/09 P), de 8 de mayo de 2013 (C-508/11 P) o de 11 de julio de 2013 (C-440/11 P).

“en el expediente 490/00 REPSOL (1986/99 del Servicio), se ha respetado el principio acusatorio y el derecho de defensa, con la oportunidad de contradecir los hechos imputados y el derecho a la práctica de las pruebas pertinentes para su defensa, debiendo descartar, por ello, que se haya causado indefensión. En efecto, como acertadamente razona la Sala de instancia, aunque pueda advertirse la comisión de una irregularidad formal en la redacción del Informe-Propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia de 19 de mayo de 2000, al considerar autor responsable de la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., no puede desconocerse que del examen del conjunto de las actuaciones se desprende inequívocamente que las empresas denunciadas e investigadas y contra las que se dirigió el expediente, fueron las empresas REPSOL., S.A. y su filial REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., pertenecientes al mismo grupo empresarial y vinculadas por su unidad de negocio y estrategia común, que asumieron una posición conjunta de defensa y que podría haber derivado en la declaración de responsabilidad de ambas mercantiles conjunta y solidariamente por la realización de prácticas anticompetitivas de fijación de precios de venta al público de combustibles a las que se identifican como estaciones de servicio «ligadas a REPSOL» o «distribuidoras de REPSOL», en infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , sin merma de su derecho de defensa.

(...) la sanción impuesta a REPSOL, S.A., se ha producido en el seno de un procedimiento en el que se ha respetado plenamente su derecho de defensa, tanto en la fase de instrucción ante el Servicio de Defensa de la Competencia como en el procedimiento resolutorio ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, pues observamos que no se ha cuestionado que las conductas anticompetitivas contrarias al artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con los contratos de REPSOL con sus distribuidores, debieran imputarse exclusivamente a su filial REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., porque desarrollase su actividad empresarial en este área comercial de forma independiente de la empresa matriz, que motivara su exclusión del expediente sancionador” (subrayado añadido).

De nuevo REPSOL liga su alegación respecto a su ausencia de actividad en el mercado de distribución de carburantes a razones meramente formales sin argumentar ni acreditar en ningún caso que su filial REPSOL CP desarrolle su actividad empresarial en este área comercial de forma independiente de la empresa matriz, que motivara su exclusión del expediente sancionador

Según la estructura accionarial reseñada, REPSOL ostentaría el control sobre REPSOL CP que no sería una entidad autónoma aislada del Grupo REPSOL, sino que actuaría bajo la dirección económica ejercida por la empresa matriz, la cual se presume, entre otras situaciones, cuando la matriz posea la mayoría de los derechos de voto o tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la filial.

Por cuanto antecede, esta Sala considera que procede la imputación de responsabilidad de REPSOL y las restantes sociedades matrices por la conducta desplegada y acreditada de sus filiales en este expediente, pues como se ha dicho, la motivación de tal imputación de responsabilidad trae causa de la referida presunción de influencia decisiva derivada del acreditado control del 100% del capital social de la filial. Por tanto, conforme a la jurisprudencia citada, correspondería a las empresas aportar prueba concreta en contrario que desvirtuase tal motivación, lo que a juicio de esta Sala ninguna de ellas ha hecho.

Por lo que respecta a DISA, la situación es similar dado que, según la información mercantil disponible, DISA controla el 100% de las participaciones de EXPLOTACIÓN ESTACIÓN DE SERVICIO S.A.U. por lo que presumiblemente ejercería el control de forma decisiva sobre su filial y no ha presentado pruebas que rebatan esta presunción.

7.2.- Criterios para la determinación de la multa

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

El artículo 63.1 de la LDC atribuye a la CNMC la potestad de sancionar a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan la prohibición de acuerdos colusorios. Conforme a reiterada jurisprudencia el principio de culpabilidad es consustancial a las infracciones de cártel, pero además de los hechos probados de esta Resolución resulta acreditado que las empresas eran conscientes del carácter ilícito de su conducta anticompetitiva.

El apartado c) del mismo artículo señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Algunas empresas como DISA han alegado que el volumen de negocios que se debe tomar en consideración para determinar la sanción, será la suma de las

ventas en el mercado de producto y geográfico, y durante el periodo de tiempo que la infracción ha tenido lugar, es decir la cifra de negocios de EESSA circunscrita a los mercados geográficos a los que se refieren los hechos imputados. Por ello finalizan solicitando que en el caso de que la Sala considere que DISA ha cometido alguna de las infracciones que se le imputan, *“la multa deberá calcularse específicamente sobre la base de la facturación de EESSA, durante el periodo específico al que se refiere la infracción, en la estación de servicio a que se refiera dicha práctica, bien sea en Ceuta, bien en Sant Joan Despí. Ese volumen de facturación deberá, además, minorarse para excluir el IVA y los impuestos relacionados”*.

Sobre esta cuestión y sobre la naturaleza del límite del 10% se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013) y en dos sentencias de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013).

A este respecto, el Tribunal Supremo señala en el FD 8º de la citada sentencia de 29 de enero de 2015 que la expresión “volumen de negocios total” del artículo 63.1 de la LDC como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente la correspondiente al mercado afectado por la conducta:

“La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción (...).”

Igualmente, el Alto Tribunal rechaza que los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC actúen como “umbrales de nivelación” o “límites

extrínsecos” postulada hasta ahora por la Autoridad de Competencia en línea con la Comisión Europea. Según la sentencia, tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse.

Por último, señala el Tribunal Supremo en el ejercicio de graduación de las sanciones la Autoridad de Competencia deberá seguir tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la LDC, antes citado, entre ellos, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma.

Al hilo de lo anterior, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados:

7.3. Determinación de la multa

Tal y como ya se ha señalado, cada una de las infracciones imputadas en el presente expediente es considerada muy grave por la LDC, que determina para la sanción de las mismas una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014.

Por otro lado, tal y como señala el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 29 de enero de 2015, dicho 10% debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador. Dicho porcentaje *“marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica”*. Siendo ello así, el 10% debe reservarse como *“respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría”*, en este caso, las muy graves.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Respecto a la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, ya se ha reseñado que el mercado afectado es el mercado de distribución minorista de carburantes de automoción.

Como recuerda la DC en su PR “El mercado de distribución de carburantes es un mercado estratégico, cuyo buen funcionamiento incide en toda la estructura productiva del país, por tratarse de un insumo fundamental en el transporte por carretera de personas y bienes. Por lo tanto, la distorsión de las condiciones competitivas en el mismo tendrá efectos no solo sobre el precio de los combustibles sino que éstos se propagarán reduciendo la competitividad global del país.

Se trata además de un mercado caracterizado por la presencia de grandes operadores verticalmente integrados (REPSOL, CEPSA, BP, GALP, DISA) que están presentes tanto en el mercado mayorista extra-red a estaciones de servicio como en el mercado minorista de distribución de combustible a través de estaciones de servicio. Esto va a propiciar que las distorsiones de la competencia en uno de los eslabones de la cadena de valor de suministro de combustible se propague a otros eslabones, intensificándose sus efectos”.

Según han expuesto las autoridades de competencia y regulatorias españolas y también las comunitarias en diversos informes, el mercado minorista de carburantes de automoción evidencia una elevada concentración a nivel nacional, tanto por número de estaciones de servicio como por volumen de ventas. Repsol es el principal operador, seguido de Cepsa y BP. Como expone la DC en su PR en el mercado minorista “*REPSOL, CEPSA, GALP y DISA suman en torno al 68% del mercado por número de estaciones de servicio y 72% por volumen de ventas*”. Por su parte, en el mercado mayorista de carburantes en España, REPSOL, CEPSA, GALP y DISA suman en torno al 75% del mercado.

La extinta CNE estimó que en 2011 en España existían unas 10.000 estaciones de servicio, de las cuales 7.900 estarían integradas en las redes de operadores petrolíferos, 1.800 pertenecerían a minoristas independientes y 300 estarían ubicadas en centros comerciales (supermercados e hipermercados).

España es el quinto país de la UE por número de EESS (por detrás de Italia, Francia, Alemania y Reino Unido). De acuerdo con datos de la CNE y de un estudio preparado para la Comisión Europea, el valor del índice Herfindahl-Hirschman (HHI), que mide la concentración de la oferta por número de estaciones de servicio, era de 2.233 en España en 2009, frente a valores de 1.868 en Francia, 1.258 en Italia, 1.217 en Alemania y 835 en Reino Unido.

Respecto a la cuota de las empresas imputadas se reproduce a continuación la Tabla 2, que muestra las cuotas de las principales compañías, tanto en número de EESS como en volumen de ventas.

TABLA 2: CUOTAS EN EL MERCADO MINORISTA A TRAVÉS DE EESS. AÑO 2010		
OPERADOR	POR Nº EESS	POR VOLUMEN VENTAS
GASOLINA 95		
REPSOL	39%	45%
CEPSA	17%	16%
BP	7%	12%
GALP	7%	5%
DISA	5%	6%
OTROS	25%	16%
GASÓLEO A		
REPSOL	38%	45%
CEPSA	16%	16%
BP	7%	9%
GALP	7%	6%
DISA	5%	5%
OTROS	27%	21%

Fuente: Informe de la CNC sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España

Tanto la dimensión y características del mercado afectado por las distintas infracciones imputadas (art. 64.1 a) como la duración de las mismas (art. 64.1 d) son muy variables, alcanzando desde una duración de varios años (2011 a 2013) que afecta, al menos, a toda la zona de Levante y podría extenderse hasta la totalidad del mercado nacional para los intercambios de información estratégica entre CEPSA y REPSOL, hasta una duración de un mes y afectación a localidades concretas en los casos de los pactos y acuerdos entre CEPSA y DISA en Ceuta, CEPSA y REPSOL en Brea de Aragón e Illueca (Zaragoza), pasando por una duración de un año (2012) para el intercambio de información entre DISA y MEROIL en Sant Joan Despí (Barcelona).

Atendiendo a dicha duración y dimensión, el alcance de cada infracción (art. 64.1 c), el efecto de la misma sobre consumidores y usuarios (art. 64.1 e) así como los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de su ejecución (art. 64.1 f) también son muy variables, destacando en todo caso el alcance, efectos y beneficios derivados de los intercambios de información estratégica entre CEPSA y REPSOL desde 2011 a 2013, tanto por su duración, como por sus efectos directos en varias provincias de distintas Comunidades Autónomas, así como potenciales en la totalidad del territorio español como consecuencia de la interacción ilícita entre las dos operadoras con mayor cuota de mercado, que intercambiaban información estratégica sobre precios y estrategias comerciales.

Estimada la alegación de REPSOL respecto a la posible valoración de un agravante de comisión repetida de infracciones previstas en la LDC, la Sala no estima que existan circunstancias agravantes o atenuantes.

Atendiendo a los criterios determinantes que establece el artículo 64 para fijar la cuantía de la sanción, debe tenerse en cuenta que el tipo de infracción que se sanciona es muy grave, puesto que afecta a acuerdos horizontales entre competidores en el mercado con efectos sobre la competencia intermarca.

Asimismo, para la determinación de la multa deben tenerse en cuenta los volúmenes de negocio remitidos por las empresas en respuesta al requerimiento de la Sala de Competencia efectuado el 27 de noviembre de 2014 (folios 10322-10352), que fue contestado por las empresas a lo largo del mes de diciembre: CEPSAU (19 de diciembre, folios 10422 a 10428), DISA (22 de diciembre, folios 10432 a 10437), GALP (22 de diciembre, folios 10452 a 10462), MEROIL (19 y 29 de diciembre, folios 10447 a 10451) y REPSOL (23 de diciembre, folios 10463 a 10468). En los volúmenes de negocio remitidos constan tanto el volumen de negocio total de cada empresa, como los volúmenes de negocio directamente afectados por cada infracción.

La consideración de la facturación total de una empresa el año anterior a la sanción debe evaluarse atendiendo las exigencias del principio de proporcionalidad, modulando la sanción a imponer para que sea proporcionada al beneficio ilícito derivado de la infracción, también en empresas con diversas ramas de producción ("multiproducto") o con actividades no afectadas por la infracción imputada. Este es el criterio que expone el Tribunal Supremo cuando afirma, en la sentencia de 29 de enero de 2015, lo siguiente:

"Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007."

En este sentido, resulta pertinente tomar en consideración lo señalado por la Comunicación británica relativa a multas⁶, en cuya nota 16 puede leerse:

⁶ "OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty", de septiembre de 2012, disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf

“In applying the steps to individual undertakings in multi-party cases, the OFT will observe the principle of equal treatment, which is articulated by the Court of First Instance (now the General Court) in the Tokai Carbon case as follows: ‘The fact nonetheless remains that ... [the Commission] must comply with the principle of equal treatment, according to which it is prohibited to treat similar situations differently and different situations in the same way, unless such treatment is objectively justified (FETTCSA, paragraph 406).’ (See Case T-236/01 Tokai Carbon Co. Ltd and Others v Commission [2004] ECR II-1181, at paragraph 219). In doing so, the OFT will take account of the judgment of the Competition Appeal Tribunal (the CAT) in the Kier Construction judgment that, ‘...it is perfectly rational for a bigger undertaking to receive a more severe penalty than a smaller company... However, this does not mean that penalties should be precisely proportionate to the relative sizes of the undertakings on which they are imposed... it will not necessarily be fair or proportionate to impose on a bigger company a penalty which reflects the same proportion of its total worldwide turnover as a penalty imposed on a smaller company represents in relation to the latter’s turnover.’ (See Kier Group plc and others v Office of Fair Trading [2011] CAT 3, at [177]).”

Bajo tales consideraciones, el tipo sancionador que se aplica sobre el volumen total de ventas en el ejercicio anterior para determinar la multa podrá ser reducido cuando actuar de otra forma conduzca a una clara desproporción entre la multa resultante y la estimación del beneficio ilícito obtenido por la empresa.

Por tanto, visto el tipo de infracción y su contexto jurídico-económico y atendiendo al peso que la conducta tiene en la estructura final de cada operador imputado y a sus cuotas de mercado, así como los volúmenes de mercado afectado, se ha decidido imponer multas de VEINTE MILLONES DE EUROS a REPSOL (20.000.000€), DIEZ MILLONES DE EUROS a CEPSA (10.000.000€), UN MILLON TRESCIENTOS MIL EUROS a DISA (1.300.000€), OCHOCIENTOS MIL EUROS a GALP (800.000€) y TRESCIENTOS MIL EUROS a MEROIL (300.000 €).

En virtud de todo lo anterior, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se han acreditado las siguientes infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa

de la Competencia así como del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución, consistentes en los siguientes acuerdos e intercambios de información entre competidores:

1. Acuerdo para la coordinación en las Estaciones de Servicio de Brea de Aragón e Illueca en julio de 2013 entre CEPSA y REPSOL; pacto de no agresión entre CEPSA y REPSOL en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra; intercambios de información estratégica entre CEPSA y RESOL durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora.
2. Pacto de no agresión en precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo entre ambas en relación a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013.
3. Intercambios de información entre DISA y MEROIL en 2012 en relación a los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí y en 2013 en relación a sus márgenes operativos.
4. Intercambio de información entre GALP y MEROIL relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsable de la citada infracción a las siguientes empresas:

1. REPSOL, S.A. por las conductas del apartado 1 anterior.
2. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. por las conductas de los apartados 1 y 2 anteriores.
3. DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A., por las conductas de los apartados 2 y 3 anteriores.
4. MEROIL, S.A. por las conductas de los apartados 3 y 4 anteriores.
5. GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A. por la conducta del apartado 4 anterior.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

1. A REPSOL, S.A. una multa de 20.000.000 €.

2. A la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. una multa de 10.000.000 €.
3. A DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A. una multa de 1.300.000 €.
4. A MEROIL, S.A. una multa de 300.000 €.
5. A GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A. una multa de 800.000 €.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

QUINTO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la 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.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución aprobada, **por mayoría simple**, en el día de hoy, 20 de Febrero del 2015, en el marco del Expediente Sancionador S/0474/13 Precios Combustibles Automoción.

DISCREPANCIA que desarrollo y fundamentos en los siguientes **MOTIVOS**

PRIMERO.- PROEMIO.-

Con el carácter de **previo pronunciamiento** entiendo procedente hacer una sucinta relación de ANTECEDENTES-HECHOS PROBADOS, por su concreta relevancia en el dictado de esta Resolución y subsiguiente Voto Particular Discrepante.

1º El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambos extintos), el día **30 de Julio del 2009** dictó una Resolución administrativa en el marco del Expediente Sancionador **S/0652/07 REPSOL-CEPSA-BP**.

Resolución administrativa que es **el antecedente causal** de este Expediente Sancionador S/0474/13 Precios Combustibles Automoción; y del posteriormente desglosado S/0484/13 Redes Abanderadas.

2º El Expediente Sancionador S/0474/13 Precios Combustibles Automoción, en su día, fue turnado a los Consejeros Don Fernando Torremocha y García-Sáenz y Don Benigno Valdés Díaz.

La Ponencia llevó al Pleno Ordinario de esta SALA DE COMPETENCIA a celebrar en la ciudad de Barcelona **DOS ACUERDOS**:

- El primero de ellos, la solicitud de información del volumen de negocios de las operadoras en el mercado afectado. Acuerdo que fue vencido por la mayoría simple de esta Sala de Competencia, por entender ser necesario (1) no el volumen de negocios en el mercado afectado; (2) no el del operador con capacidad legal (legitimación) de infringir con sus conductas las normas de competencia, etc.; (3) **sino el volumen de negocios MUNDIAL de las cabeceras del Grupo**.

Esta pretensión fue inasumible para la Ponencia, lo que dio lugar a dos efectos. El primero de ellos, la formulación de sendos Votos Particulares. El segundo, un cambio de Ponencia.

- El segundo Acuerdo una concreción de las alegaciones presentadas por las partes imputadas y una solicitud de práctica de pruebas a la Propuesta

de Resolución ex Artículo 50 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

El Acuerdo fue rechazado del tenor que obra a los Folios 10.327 y siguientes de este Expediente Sancionador S/0474/13 Precios Combustibles Automoción.

SEGUNDO.- LEY 1/2002 de 21 de Febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

Por afectar al orden público procesal procede abordar inicialmente las alegaciones de las partes, en orden a la competencia objetiva y funcional de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para instruir vía Dirección de Competencia y para resolver vía Sala de Competencia, este Expediente Sancionador S/0474/13 Precios Combustibles Automoción, por cuanto de no ser competentes y no acordarse la inhibición, ello comportaría ex lege una nulidad de actuaciones ex Artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

1º La Propuesta de Resolución manifiesta literalmente, en las Páginas 44 y 45, **Parágrafo 6.5 Sobre la responsabilidad y participación concreta de las empresas**

(268) La información que obra en el expediente permite acreditar una serie de acuerdos e intercambios de información entre distintas operadoras de productos petrolíferos que, si bien se han producido de forma bilateral, en el sentido de que sólo dos de ellas participaban en cada uno de los acuerdos e intercambios (...).

2º Previamente en las páginas 12 y siguientes establecía

Parágrafo 5.3 obrante a la página 17 “DISA y GALP estaciones de servicio en Palencia”.

Parágrafo 5.4 obrante a la página 18 “MEROIL y DISA estaciones de servicio en el entorno de San Joan Despí” (Comunidad Autónoma de Cataluña), sin alineamiento posterior en los tres días siguientes.

Parágrafo 5.5 obrante a la página 18 “GALP y MEROIL han mantenido contactos en relación a un contrato de servicio y abanderamiento SIN CITAR”.

*Parágrafo 5.6 obrante a las páginas 18 y 19 “**REPSOL y MEROIL descargas en el Puerto de Barcelona**” (Comunidad Autónoma de Cataluña).*

*Parágrafo 5.7 obrante a la página 19 “**REPSOL y ALCAMPO estaciones de servicio en Soria capital**” (Comunidad Autónoma de Castilla y León).*

*Parágrafos 5.8 y 5.9 “**REPSOL y BP son objeto de Expediente S/0484/13 Redes Abanderadas, desglose del S/0474/13 y exoneración de BP**”.*

Brea de Aragón e Illueca en Julio 2013 (Comunidad Autónoma de Aragón).

Acuerdo puntual en Ceuta entre el 5 Junio y el 6 Julio 2013 (Ciudad Autónoma de Ceuta).

3º Parágrafo III.2 Alegaciones relativas al contenido del Pliego (fondo), Apartado III.2.1 Cuestiones generales

(13) En relación a la valoración conjunta de los hechos acreditados que realiza la DC en el Pliego:

- *REPSOL alega que el Pliego no describe la existencia de una infracción única o global entre las empresas imputadas, sino una serie de conductas que en ningún caso conforman un Plan Conjunto de Actuación y que la valoración conjunta de los hechos responde a los prejuicios que tiene la DC sobre el funcionamiento competitivo del sector, revelando por parte del órgano de instrucción una falta de objetividad e imparcialidad que no es razonable, dada la irrelevancia de las conductas finalmente imputadas. REPSOL expresa además su rechazo a la calificación de “instigador de comportamientos anticompetitivos” que se le atribuye en el apartado (258) del Pliego respecto a hechos por los que no le imputa una infracción.*
- *CEPSA por su parte señala que la DC valora determinados hechos desconectados entre sí, estableciendo una relación causa-efecto que no se corresponde con la realidad y que estos hechos constituirán en todo caso prácticas muy específicas que habrían tenido lugar en mercados de producto y geográficos muy acotados.*
- *GALP alega que la valoración conjunta recogida en el párrafo (268) del Pliego no está justificada, ya que los contactos entre operadores fueron de carácter bilateral, por lo que deberían analizarse de forma autónoma, individual e individualizada para determinar, caso por caso, su aptitud anticompetitiva. Además en el Pliego no se reflejan contactos de carácter multilateral, ni vínculos entre las diferentes conductas que la DC considera acreditadas. Esta*

valoración conjunta agrava la situación jurídica y procesal de GALP en virtud de conductas de otros operadores petrolíferos a los que GALP es completamente ajena.

-----0-----

La Ley 1/2002 de 21 de Febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia dispone en su **Artículo 1 Puntos de conexión** que “corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989 de 17 de Julio (***mutatis mutandi aplicable a la Ley 15/2007***) respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 (***mutatis mutandi artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007***) de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas”.

Al efecto sigue diciendo en su apartado segundo que “en todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguiente casos: a) cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma; b) cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma”.

En todo caso y como principio general de competencia objetiva y funcional de actuación en materia de defensa de la competencia, la Ley concreta en su apartado tercero que “corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en materia del ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia (***por extensión aplicable a la Ley 15/2007***) respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 (***artículos 1, 2 y 3***) de la mencionada Ley cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma”.

La Dirección de Competencia concreta y establece que

“en ningún momento de la instrucción (Pliego de Concreción de Hechos y Propuesta de Resolución) ha hecho mención o imputado a las partes la existencia de una conducta única o global, ni la existencia de un Plan Conjunto

de Actuación” antes al contrario ha dejado acreditado que los hechos-conductas que se les imputan

Página 43 párrafo (268) sobre la responsabilidad y participación concreta de las empresas imputadas, la Dirección de Competencia literalmente establece “la información que obra en el expediente permite acreditar una serie de acuerdos e intercambios de información entre distintas operadoras de productos petrolíferos, que si bien se han producido de forma bilateral (....)

En la siguiente página 67 párrafo (72) “en ningún momento en el PCH esta Dirección ha hecho mención a la existencia de una infracción única o global, ni a la existencia de un Plan Conjunto de Actuación entre todas las empresas imputadas. De hecho el Pliego refleja de forma clara en diversas ocasiones que los hechos acreditados constituyen contactos de carácter bilateral (apartados 234 y 268) en el sentido que SÓLO DOS de ellas participan en cada uno de los acuerdos e intercambios”.

Y que, en lo relativo a Ceuta es un acuerdo puntual.

-----0-----

La Propuesta de Resolución (vía Dirección de Competencia) en el periodo de instrucción, en cumplimiento de y con lo dispuesto en el Artículo 2.1 de la Ley 1/2002 de 21 de Febrero, tantas veces citada, **debió someter** las referidas conductas infractoras imputadas a las empresas, **al mecanismo de asignación** previsto en la misma, a fin de determinar el órgano competente para conocer e instruir, a los efectos prevenidos en el Artículo 1.3 de la misma Ley.

En mérito a todo lo anterior y sin prejuzgar, en este momento, la existencia o inexistencia de conductas infractoras, esta SALA DE COMPETENCIA ha debido abstenerse de conocer e inhibirse a favor de las Autoridades de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas en donde geográfica y temporalmente se han producido las mismas. Y ello por imperio de la Ley.

TERCERO.- ARTICULO 101 TFUE.-

En todo caso, bien sea que el ámbito geográfico es el propio de las Comunidades Autónomas (como este Consejero discrepante considera), bien lo sea el nacional, lo que deviene meridianamente claro, preciso y concluyente es que las conductas imputadas a la operadoras **no tienen dimensión comunitaria, por lo que no pueden ser tipificadas en el Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.**

En apoyo de nuestra tesis citamos la recientísima **STS de 15 de Octubre del 2014 Recurso de Casación 3563/2011** dictada por la Excma. Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en cuyo Fundamento Jurídico Noveno dispone

“NOVENO. En el sexto y último motivo de su Recurso “Hormigones Cántabros S.L.,” denuncia la infracción del “principio de proporcionalidad” de las sanciones regulado por el Artículo 131 de la Ley 30/1992.

El desarrollo argumental del motivo se contrae, en su mayor parte, a hacer un elogiado repaso de alguna de las coordinadas interpretativas aplicable al cómputo de las multas, sujeto al principio de proporcionalidad. Trae a colación, tanto los criterios establecidos (1) por la Comisión Nacional de la Competencia en su “Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones” derivada de las infracciones de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007; (2) y de los Artículos 81 y 82 del Tratado; (3) como de las “Directrices” para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del Artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del Artículo 65 del Tratado CECA, adoptados por la Comisión Europea y publicados en el Diario Oficial de 14 de Enero de 1998; y (4) se refiere igualmente a dos Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en los asuntos T-36/05 y T-65/99.

A este respecto, baste con decir,

- A. Que la citada Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia no resultaba aplicable al caso de Autos, por razones temporales (se refiere al cálculo de las multas según los criterios de la Ley 15/2007) **además de que aquella Comunicación no tiene valor normativo vinculante.***
- B. Que las conductas colusorias sancionadas **no tenían dimensión comunitaria**, esto es, no afectaban al comercio entre Estados, razón por la cual no les era de aplicación el Reglamento número 17 del Consejo, de 6 de Febrero de 1982, como primer Reglamento de aplicación de los Artículos 81 y 82 del Tratado, **ni tampoco estos últimos artículos.***
- C. A fortiori, **tampoco** lo eran las Directrices de la Comisión para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del Artículo 15 del referido Reglamento que, por lo demás, **tampoco** tienen carácter vinculante, ni su eventual infracción puede fundamentar un motivo casacional, **precisamente** porque no es una norma del Ordenamiento Jurídico Español.*
- D. En cuanto a las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (en la actualidad, Tribunal General) que son citadas, se refieren a supuestos de actuación de la Comisión Europea **en el marco de aplicación de las normas comunitarias.***

CUARTO.- LEGITIMACIÓN.-

Por afectar al orden público procedimental, procede entrar a conocer las consideradas como **LAS PARTES** en este Expediente Sancionador S/0474/13 Precios Combustibles Automoción.

1º La Propuesta de Resolución en las páginas 7 y siguientes, parágrafo 3 las enumera así

- 3.1 REPSOL SA.
- 3.2 COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS SAU y CEPSA COMERCIAL PETROLEO SA.
- 3.3 DISA CORPORACION PETROLIFERA SA.
- 3.4 GALP ENERGIA ESPAÑA SA.
- 3.5 MEROIL SA.
- 3.6 **BP ESPAÑA SA.**
- 3.7 CONFEDERACION EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEES)
- 3.8 FEDERACION NACIONAL DE ASOCIACIONES DE TRANSPORTE DE ESPAÑA (FENADISMER).

2º Posteriormente, la Propuesta de Resolución, página 103 parágrafo VIII establece

Segundo.- Que se declare responsable de dichas infracciones a REPSOL SA (...) COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS SAU (...) DISA CORPORACION PETROLIFERA SA (...) MEROIL SA (...) y GALP ENERGIA ESPAÑA SA.

BP ESPAÑA SA., ha desaparecido como imputada y sancionable, al haber sido causa de DESGLOSE para integrar el Expediente Sancionador S/0484/13 Redes Abanderadas, siendo finalmente EXONERADA de conducta infractora.

3º Finalmente, la Resolución aprobada en el día de hoy, **por mayoría simple**, de esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la página 106, Parte Dispositiva resuelve

Segundo.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsable de la citada infracción (del Artículo 1 Ley 15/2007 y Artículo 101 TFUE) a las siguientes empresas:

- 1. REPSOL SA
- 2. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS SAU
- 3. DISA CORPORACION PETROLIOFERA SA
- 4. MEROIL SA
- 5. GALP ENERGIA ESPAÑA SA.

BP ESPAÑA S.A., desaparece de la enumeración (lista) de las empresas a sancionar, al haber sido causa de DESGLOSE para integrar el Expediente Sancionador S/0484/13 Redes Abanderadas, siendo finalmente EXONERADA de conducta infractora.

4º Nuestra inmediata antecesora, la Comisión Nacional de la Competencia en el Expediente Sancionador S/0652/07 REPSOL-CEPSA-BP, ***antecedente causal de éste que nos ocupa***, el día 30 de Julio del 2009, dictó una Resolución administrativa de la que fue Ponente la Consejera Doña Pilar Sánchez Núñez, en cuyo apartado de HECHOS PROBADOS (páginas 12 y siguientes, *Parágrafo 1. Identificación de los imputados*) y en la que este Consejero hoy discrepante, participó como Vicepresidente de la misma, concretaba

“Las empresas imputadas en el presente expediente son: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA; CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO SA; Y BP OIL ESPAÑA SA.

La Resolución aprobada en el día de hoy, ***por mayoría simple***, la cita y sigue pormenorizadamente, ***pero se aparta de ella en un solo particular: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.***, que sustituye por REPSOL SA; ***CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A.***, que sustituye por COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS SAU; y ello, a los efectos de sancionar y cuantificar la sanción.

Enfatizar que la totalidad de Sentencias que, seguidamente cito, traen causa de dicho Expediente y Resolución de 30 de Julio del 2009 y del que, indubitadamente, es el antecedente causal este Expediente Sancionador S/0474/13 Precios Combustibles Automoción y el desglosado S/0484/13 Redes Abanderadas.

5º La Audiencia Nacional, Sección Sexta, en el Recurso Contencioso-Administrativo 528/2009 dictó Sentencia el día 5 de Noviembre del 2012, de la que fue Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Mercedes Pedraz Calvo, en cuya relación de antecedentes establecía que

“Visto el recurso contencioso administrativo núm 528/2009 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ESTACIONES DE SERVICIO (...) frente a la Administración del Estado (...) sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de Julio de 2009 relativa a sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia (...) siendo codemandados CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO SA (...) REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA (...) y BP OIL ESPAÑA SA (...).

La Audiencia Nacional, Sección Sexta, en el Recurso Contencioso-Administrativo 659/2009 dictó Sentencia el día 5 de Noviembre del 2012 de la que fue Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Concepción Mónica Montero Elena, en cuya relación de antecedentes establecía que

*“Visto el recurso contencioso-administrativo que ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA** (...).*

La Audiencia Nacional, Sección Sexta, en el Recurso Contencioso Administrativo 2/2009 Derechos Fundamentales, dictó Sentencia el día 6 de Junio del 2012, de la que fue Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Ana Isabel Resa Gómez, en cuya relación de antecedentes establecía

*“Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA** (...)*

Finalmente, la Sección Séptima, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, en el Recurso de Casación 2789/2012 dictó Sentencia el día 31 de Octubre del 2013, de la que fue Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas, en cuya relación de antecedentes establecía

*“Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (...) el recurso de casación número 2789/2012 (...) interpuesto (...) en nombre y representación de **REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA** (...)*

-----0-----

Es incuestionable que la totalidad de órganos jurisdiccionales citados, en exigencia obligada de plantearse **prima facie** su capacidad para conocer (objetiva, funcional y territorialmente hablando), tanto en la vía previa administrativa, como en la posterior jurisdiccional, lo primero que tuvieron que valorar era **la personalidad jurídica de los intervinientes**, estudiando los apoderamientos societarios que tenían atribuidos (objeto social) mediante los otorgamientos notariales (escrituras públicas) y su posterior anotación en el Registro Mercantil (hojas, asientos, notas marginales, etc.).

Previamente, tanto Notario como Registrador tuvieron que valorar a los intervinientes y pasar **un doble filtro de calificación** del documento que se presentaba a su consideración, para poder ser otorgado e inscrito, en este caso,

como persona jurídica con plena capacidad de obrar, accionar y obligarse en el mundo del derecho (responsabilidad), estableciendo el objeto social como causa necesaria del contrato de sociedad.

En consecuencia, la Resolución aprobada en el día de hoy siguiendo miméticamente la Propuesta de Resolución que fuera elevada a esta SALA DE COMPETENCIA debió configurar en Derecho la correcta titularidad de las empresas imputadas, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A., y CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO S.A., como reales intervinientes en este mercado de suministro de carburantes en las estaciones de servicio.

Y ello, a mayor abundamiento, cuando ambas empresas hoy imputadas y sancionadas hicieron alegaciones en este sentido (al Pliego de Concreción de Hechos y a la Propuesta de Resolución) que no fueron consideradas, **lo que no aconteció** en el Expediente Sancionador que se cita en la página 98 al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre del 2010.

QUINTO.- PRUEBA: ADMISIÓN y/o DENEGACIÓN: MOTIVACIÓN.

En el **MOTIVO PRIMERO (Proemio)** de este Mi Voto Particular Discrepante, en el *Apartado 2º* establecía

(....) La Ponencia llevó al Pleno Ordinario de esta Sala de Competencia a celebrar en la ciudad de Barcelona, DOS ACUERDOS:

(....)

El segundo Acuerdo una concreción de las alegaciones presentadas por las partes imputadas y una solicitud de práctica de pruebas a la propuesta de Resolución ex Artículo 50 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

*El Acuerdo fue rechazado del tenor que obra a los **Folios 10.327 y siguientes** de este Expediente Sancionador S/0474/13 Precios Combustibles Automoción.*

En consecuencia, considero innecesario repetir lo por mí manifestado en su momento y simplemente dejarlo enunciado, a los efectos que seguidamente estableceré.

1º El Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, autoriza a las partes interesadas en el Expediente Sancionador a hacer alegaciones, proponer la práctica de pruebas e, incluso, solicitar Vista.

Ello no ha acontecido así en este Expediente Sancionador tal y como ha quedado documentalmente probado a los **Folios 10.327 y siguientes**.

Lo que contraviene lo previsto en dicho precepto legal, en armonía y concordancia con lo ordenado en el Artículo 26 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2º En este concreto MOTIVO deviene procedente citar, por su especial interés, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre del 2009**, dictada en el Recurso de Casación interpuesto por SOS CUETARA contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de Enero del 2008, **en la que anula la Resolución** del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de Junio de 2007, en el marco del Expediente Sancionador S/612/2006 ACEITES 2 **“por vulneración del derecho de defensa ex Artículo 24 CE”**.

El argumento central de dicha Sentencia anulatoria lo es **“por entender que determinadas pruebas denegadas durante la tramitación del procedimiento eran decisivas, en términos de defensa, para la recurrente, por su potencial valor exculpativo”**.

En este sentido, lo más relevante de dicha Sentencia es la fijación de unas pautas por las que debe regirse la admisión-denegación de pruebas en el procedimiento sancionador. A saber

*“Para que pueda apreciarse vulneración del Artículo 24 de la Constitución Española la prueba denegada debe tener **potencial influencia** en términos de defensa.*

*El carácter decisivo se justifica con **una argumentación razonable** por el interesado, sobre la posible influencia de la prueba en el resultado de la resolución sancionadora.*

*Por el contrario, no se le puede exigir al imputado que justifique que la prueba a solicitar va a determinar con certeza su absolución, puesto que tal circunstancia es una **probatio diabólica**, imposible de llevar a cabo.*

*La denegación de pruebas en las que se argumente por el interesado/imputado esta influencia decisiva exige una **motivación clara**, indicándose las razones por las que el órgano instructor o sancionador no comparte tal argumentación.*

SEXTO.- VOLUMEN DE NEGOCIOS EN EL MERCADO AFECTADO.-

En el **MOTIVO PRIMERO (Proemio)** de este Mi Voto Particular Discrepante, en el *Apartado Segundo* dejaba manifestado

“2º El Expediente Sancionador S/0474/13 Precios Combustibles Automoción, en su día, fue turnado a los Consejeros (...).

La Ponencia llevó al Pleno Ordinario de esta SALA DE COMPETENCIA a celebrar en la ciudad de Barcelona DOS ACUERDOS:

*El primero de ellos, la solicitud de información del volumen de negocios de las operadoras en el mercado afectado. Acuerdo que fue vencido por la mayoría simple de esta Sala de Competencia, por entender ser necesario (1) no el volumen de negocios en el mercado; (2) no el del operador con capacidad legal (legitimación) de infringir con sus conductas las normas de competencia, etc.; (3) **sino el volumen de negocios MUNDIAL de las cabeceras del Grupo.***

Esta pretensión fue inasumible para la Ponencia, lo que dio lugar a dos efectos. El primero de ellos, la formulación de sendos Votos Particulares. El segundo, un cambio de Ponente.

La Resolución aprobada en el día de hoy, de la que discrepo lo es por las siguientes consideraciones:

1ª al ser REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., y CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A., las reales operadoras en este mercado de suministro de productos petrolíferos (combustible a las Estaciones de Servicio) el volumen de negocios es el propio de las mismas, en dicho mercado y nunca el atribuible al GRUPO MUNDIAL., al que pudieran pertenecer.

2ª los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, aplicables a estas conductas, marcan y establecen un segmento sancionador perfectamente definido en los mismos: para las conductas calificadas como leves desde el 0,001 al 1%; para las conductas calificadas como graves desde el 1,001 al 5%; y para las conductas calificadas como muy graves desde el 5,001 al y hasta el 10%.

Siempre tras una motivación razonada.

3ª y ello dentro del principio de proporcionalidad frente al principio de disuasión, término éste no contenido en ningún precepto legal que lo pudiera amparar.

4ª y todo ello, a la luz de lo pronunciado y desarrollado en la Sentencia de 29 de Enero del 2015 dictada por la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que, también, declara la **ilegalidad de la Comunicación de Sanciones** que se ha venido aplicando por esta Sala de Competencia; así como la inaplicación en el Estado Español de directrices, reglamentos, sentencias comunitarias, etc., cuando el mercado afectado es el nacional.

Item más, al abordar el volumen de negocios **total** en el mercado afectado, equipara el adjetivo total a empresas uniproducción (en este caso, de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA y Cepsa Estaciones de Servicios SA) por su carácter de operador independiente del Grupo al que puedan pertenecer, en el mercado afectado.

Y solamente el adjetivo total se convertiría en sustantivo, para aquellas empresas multiproducción, que no se han acogido a lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico. En todo caso, la división societaria de objetivos **es una exigencia con rango de Ley**, en el sector energético, en orden a la transparencia de los mercados. Al que no será ajeno la transposición de la Directiva Europea sobre Eficiencia Energética, una Orden Ministerial.

Decisión que este Consejero entiende deberá ser contemplada en el futuro, por cuanto **abre dos tablas sancionadoras, que conllevan una disfunción**, en suaves palabras de la Excm. Sala

Así, por este **MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, fecha ut supra.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 19 de febrero de 2015, en el marco del Exp. S/474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- El Exp. S/474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN fue originalmente turnado a los Consejeros D. Fernando Torremocha y García-Sáenz y a quien suscribe. En calidad de Ponentes, elevamos a la SALA de COMPETENCIA, en su sesión del día 27 de noviembre de 2014, dos *Propuestas de Acuerdo*. Sobre el contenido (y desenlace) de la primera de ellas escribí en mi *Voto Particular Discrepante* al ACUERDO (no propuesto por nosotros) efectivamente aprobado en esa fecha dentro del marco de este Expediente, **y su contenido lo doy por reproducido aquí.**

La **segunda** de nuestras *Propuestas de Acuerdo* pedía la aprobación de la SALA para: «Tener por hechas las alegaciones a la Propuesta de Resolución que conforman los escritos presentados por las partes interesadas, y unirlos al Expediente de su razón; así como de los documentos aportados; y admitir la doble prueba documental solicitada por [UNA DE LAS EMPRESAS IMPUTADAS EN EL EXPEDIENTE]; y la testifical propuesta por [OTRA DE LAS EMPRESAS IMPUTADAS], con los anteriores pronunciamientos y particularidades». Los Ponentes elevamos esta *Propuesta de Acuerdo* por estimar que esos actos eran convenientes para la recta confección de nuestra Ponencia. La *Propuesta* fue rechazada.

En razón de ello entendí que, *si no podía acceder a información que consideraba necesaria para elaborar la Ponencia*, carecía de sentido para mí continuar con ella; en consecuencia, remití escrito al Sr Secretario de la SALA del siguiente tenor: «[...] *carece de sentido para mí formular una Ponencia para la Resolución del Expediente [porque] nunca podría ser una Propuesta de cuya bondad pudiera estar absolutamente convencido [...]* En consecuencia, te ruego transmitas al *Ilre. Consejero D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, co-Ponente*, y a los restantes *Iltres. Consejeros de la SALA*, mi decisión de no proseguir con la citada Ponencia y su consiguiente *Propuesta de Resolución.*»

Por iguales razones, renunció asimismo el Consejero co-ponente. El Expediente fue turnado a otro miembro de la SALA y las mencionadas pruebas y vista nunca se llevaron a cabo. Por lo tanto, y a falta de una explicación por parte de la SALA (más allá del mero hecho de que DC así lo entiende) de por qué

dichas vistas y pruebas no podrían añadir información relevante para la resolución del Expediente, siempre tendré la duda de si lo efectivamente resuelto no habría podido ser en alguna medida distinto, o simplemente matizado, a la luz del resultado de aquéllas, de haber podido ser realizadas.

SEGUNDO.- Consecuencia –en parte– de lo anterior es que no puedo estar convencido de que la trascendencia dada en el Expediente a las infracciones analizadas sea conmensurada a ellas. ¿Se trata *realmente* de infracciones con afectación al comercio **internacional**? ¿O estamos ante conductas infractoras **puntuales**, **bilaterales** y con escasa, si alguna, **relación espacial y temporal entre sí**?

Las conductas prohibidas de las que se hace responsables a las empresas imputadas están descritas en las páginas 92 y 93 de la *Resolución*. Dejando a un lado, *por el momento*, la que se describe como «*diversos intercambios de información [entre CEPSA y] REPSOL acaecidos al menos durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora*», las demás no poseen, a mi juicio, capacidad para afectar al mercado internacional, ni siquiera al nacional, únicamente al generado en sus respectivos entornos locales y, a lo sumo, autonómicos.

La imputación referida a «*diversos intercambios de información [entre CEPSA y] REPSOL acaecidos al menos durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas, etc.*» podría, en principio, ser un asunto bien distinto. Las interesadas alegan que los intercambios de información a los que hace referencia la imputación son los estrictamente necesarios para el cumplimiento de contratos legales por los que están vinculadas; y/o que esa información no va más allá que lo que esos contratos exigen; y/o que es pública; y que de ningún modo tiene por objeto desvirtuar el funcionamiento competitivo del mercado.

Discernir si un intercambio de información entre empresas ligadas por determinados contratos se ajusta a lo estrictamente necesario para cumplir con ellos o si excede ese límite adentrándose en el terreno vedado de entorpecer el normal funcionamiento de la competencia, con frecuencia es una tarea difícil. La *Resolución* la lleva a cabo en su apartado 4.1.3 y en la página 93, pero en la argumentación desliza un elemento que no ayuda a la solucionar el problema, sino que lo complica.

En efecto, un elemento indiciario de que –en casos como el presente– las empresas están llevando sus intercambios de información más allá de lo

estrictamente necesario para cumplir con sus obligaciones contractuales es el *secretismo* con el que esos intercambios se realizan. Pero la *Resolución* dice lo siguiente (pág. 93): «Este intercambio de información [...] se ha acreditado que se realiza sin ninguna cautela ni garantía de confidencialidad [...] por ninguna de las dos operadoras, ya sean emisor o receptor de la información».

¿Se puede interpretar esto como un indicio de que, aún en caso de que el intercambio de información discutido fuera «excesivo», las empresas no lo habrían realizado con el ánimo de falsear la competencia? ¿Puede ser considerado como un, al menos ligero, atenuante de la conducta? La SALA le da la vuelta a esa posibilidad: ese intercambio de información, por ser realizado «sin ninguna cautela ni garantía de confidencialidad [...] por ninguna de las dos operadoras, emisor o receptor de la información», y siendo perfectamente conocedoras «de la importancia de cualquier intercambio de información sobre precios en un mercado como el que se examina» (pág. 94), es una clara muestra de desidia e irresponsabilidad por su parte. Por ejemplo (pág. 51 de la *Resolución*, énfasis añadido):

«El párrafo 23 de la Comunicación indica que “No se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa”. Como señala REPSOL, el día 17 de mayo de 2012 se publicaron en diferentes direcciones de internet notas de prensa en las que se informaba sobre dicha promoción entre REPSOL y El Corte Inglés. No obstante, el día 15 de mayo de 2012 esa información no era pública, por lo que, dado el carácter sensible de la misma, debía calificarse como confidencial. A pesar de este claro carácter confidencial esta información se comunicó a un competidor directo de REPSOL dos días antes, sin ninguna cautela, difundiéndose a través de la estructura empresarial de CEPSA sin ninguna restricción y alcanzando no sólo al Delegado de Levante de CEPSA (área geográfica dónde se encontraba la ES afectada) sino también al Jefe de Área de la Delegación Regional Centro. Incluso ha quedado acreditado que el Delegado de Levante solicitó mayor información sobre la campaña. Como señala la DC, a pesar de que dicha comunicación de la campaña podría considerarse legítima en la medida en que REPSOL venía obligado a ello en calidad de gestor abanderado según el contrato de abanderamiento suscrito, resulta contraria a las normas de competencia si se tienen en cuenta las circunstancias en las que se llevó a cabo. Como ya se ha comentado, CEPSA y REPSOL son las dos mayores operadoras del país [...] Esto significa que es muy elevado el riesgo de que los intercambios de información entre ambas puedan producir efectos anticompetitivos. Por ello, es indispensable una especial diligencia en su actuación controlando que dicha información se utilice únicamente para los fines que justifican su comunicación y garantizando su difusión limitada. De este modo, REPSOL debía, al menos, haber advertido a CEPSA del uso limitado que podía hacer de la misma mientras que CEPSA debía de haber evitado que dicha información llegara a empleados diferentes

de los encargados de la gestión de la ES. Sin embargo, esta especial diligencia no se ha observado en ninguno de los dos operadores.»

Así las cosas, creo necesario volver a insistir en que *no puedo estar convencido de que la trascendencia dada en el Expediente a las infracciones analizadas sea **conmensurada** a ellas*. Fue con el fin intentar clarificar este asunto que los ponentes iniciales solicitamos las vistas y pruebas que la SALA denegó.

TERCERO.- Cuando una empresa con personalidad jurídica propia que forma parte de un grupo empresarial más amplio, o que está participada mayoritariamente por otra entidad jurídica, comete una infracción, *¿a quién debe imputarse? ¿A la empresa infractora? ¿Al grupo empresarial del que forma parte (o, si es el caso, a la entidad que ostenta mayoría accionarial en la infractora)? ¿A ambas?*

Este asunto parece no ser pacífico en Derecho. Mi opinión, dictada meramente por la lógica económica, y por ello de valor sólo relativo, es que lo apropiado es imputar a ambas, *pero no en los mismos términos*: a la infractora procede imputarla como tal, y al grupo empresarial al que pertenece (o a la entidad que posee la mayoría de sus acciones) sólo en tanto que *responsable subsidiaria* que deberá hacerse cargo de la sanción eventualmente impuesta a la efectivamente infractora si ésta no pudiera hacerle frente.

Pero si no aparece imputada la efectivamente infractora sino la matriz del grupo al que pertenece, o la entidad con mayoría accionarial en ella, entonces hay una alta probabilidad de que a la hora de imponer una sanción se entre en un callejón de difícil salida; y en el Expediente que nos ocupa, es posible que, de forma innecesaria, estemos en presencia de ese problema. La Resolución dice (pág. 1) que el Expediente ha sido «*incoado contra REPSOL S.A, CEPSA S.A.U., DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A., MEROIL S.A. y GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A. por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia [...]»* en el mercado de distribución de carburantes de automoción. En consecuencia, una vez considerado probadas esas infracciones, la Resolución sanciona a esas empresas (pág. 108).

Algunas de las imputadas alegaron ante la DC que, en su opinión, se estaba imputando a la entidad equivocada, porque ellas no operan en el mercado afectado por la infracción; y que, en consecuencia, a quien se debía imputar era a las empresas de sus respectivos grupos que sí operan en ese mercado y que son, por tanto, las autoras materiales de la supuesta infracción. Esta alegación, formulada sobre el *procedimiento*, no fue tomada en cuenta.

En mi opinión la alegación no es superflua porque: **(a)** no es irrelevante para el administrado que se impute a una u otra de las entidades descritas; y **(b)** tampoco lo es para la CNMC, aunque sólo sea como forma de evitar litigios innecesarios. En el primer caso, es muy relevante a quién se imputa, y en concepto de qué, porque la Ley obliga a las sociedades del grupo a mantener contabilidades separadas y desde este punto de vista es la entidad que resulta imputada quien debe provisionar sus cuentas por la posible sanción (a veces multimillonaria); y porque tras la STS de 29 de enero de 2015 la cuantía de la sanción debe estar en función del ingreso *consolidado* de la entidad imputada, de modo que es de gran importancia a *quién* se imputa, a la infractora o al grupo entero al que pertenece.

La SALA resuelve este tema recurriendo a una Sentencia del TS que entiende confirmadora de su opinión de que *da lo mismo imputar a una u otra entidad*, la infractora o la cabecera de grupo (o, si es el caso, la accionista mayoritaria). STS de 17 de noviembre de 2010 (pág. 99 de la *Resolución*, *énfasis añadido*):

«[...] en el expediente 490/00 REPSOL se ha respetado el principio acusatorio [...] aunque pueda advertirse la comisión de una irregularidad formal [...] al considerar autor responsable de la infracción [...] no puede desconocerse que del conjunto de las actuaciones se desprende inequívocamente que las empresas denunciadas e investigadas y contra las que se dirigió el expediente, fueron las empresas REPSOL, S.A. y su filial REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. [...] la sanción impuesta a REPSOL, S.A., se ha producido en el seno de un procedimiento en el que se ha respetado plenamente su derecho de defensa, tanto en la fase de instrucción ante el Servicio de Defensa de la Competencia como en el procedimiento resolutorio [...] pues observamos que no se ha cuestionado que las conductas anticompetitivas [...] debieran imputarse exclusivamente a su filial REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.»

Nada que objetar al contenido de esta Sentencia: Si la empresa «matriz» es imputada **junto con** la empresa perteneciente a su grupo autora material de la infracción, y no hace constar durante la fase de instrucción que las conductas anticompetitivas debieran haberse imputado a su «filial», lo lógico es interpretar que no ha tenido reparos a lo instruido en ese terreno cuando era el momento de tenerlos.

Pero ese no es el caso que nos ocupa. En primer lugar, aquí no están imputadas la «matriz» y la «filial» autora material de la infracción, *sino únicamente la matriz*; y ésta **sí ha alertado a la instrucción** de dos, a su juicio, anomalías (pág. 95 de la *Resolución*): **(1ª)** la entidad imputada es REPSOL, S.A., que «carece de actividad en el mercado de distribución de carburantes (y, por lo tanto, de volumen de negocios en esa actividad)»; y **(2ª)** «la sociedad que desarrolla

dichas actividades es Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.» Lo mismo ocurre con otras imputadas en este Expediente.

CUARTO.- La *Resolución* aborda la cuantificación de la sanción en los Apds. 7.2 y 7.3, pág. 101-7. En mi opinión, la cuantificación no está adecuadamente motivada.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que, sobre la base de los Artículos 62, 63 y 64, el órgano sancionador determine **un porcentaje concreto** dentro del intervalo (0%,10%) cuando la infracción es muy grave, porcentaje que al ser aplicado al volumen de negocios consolidado de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa, da **como resultado** el monto de ésta. En otras palabras, la Ley opera en sentido “% **del volumen de negocios en el ejercicio...→monto de la multa**”.

No es conforme a Derecho que el órgano sancionador decida *el monto* de la multa sin determinar previamente el % del intervalo sancionador (0%, 10%) que, sobre la base de los elementos previstos en el Art. 64, entiende ajustado a la infracción imputada. A ese respecto, conviene recordar:

(1) Lo establecido por la AN (por todas, SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013, énfasis añadido): «Una interpretación [...] conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% **debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, [...] pero razonando en cada caso [...] la fijación del concreto porcentaje**».

(2) Lo establecido por repetidas Sentencias del TS (por todas, STS de 29 de enero de 2014, en el Recurso de Casación Núm. 2872/2013), confirmado el criterio de la AN antes citado, en el sentido de que las multas deben imponerse **«en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados»**.

Pero la Resolución no opera de ese modo porque, *saltando el paso obligado de determinar qué % dentro del intervalo (0%, 10%) entiende adecuado sobre la base de los elementos considerados en el Art. 64, directamente impone las multas* reflejadas en la página 107. Eso deja el monto de las sanciones sin motivación expresa.

Cuando el órgano sancionador opera de esa forma (a mi juicio contraria a Derecho), suele ser posible, por mor de simple curiosidad, operar en sentido inverso y saber, a posteriori, a qué % del volumen de ingreso consolidado equivale la multa. Basta con resolver la sencilla ecuación:

$$\% = \frac{\text{Multa}}{\text{Volumen de Ingresos Consolidado}} \cdot$$

Pero en este caso ni siquiera esa curiosidad puede ser satisfecha porque la *Resolución* no dice qué volumen de ingresos consolidado se utiliza y sobre qué base lo hace: ¿El de la «filial» efectivamente infractora, o el de la «matriz» del grupo al que pertenece? Si el de la matriz, ¿el nacional o el mundial? En esas condiciones la anterior ecuación, por más que elemental, no puede resolverse.

QUINTO.- Por otro lado, en el caso específico de *REPSOL, S.A.* difícilmente se hubiera podido aplicar el Art. 64 para determinar el concreto % al que obliga el Art. 63, y esto enlaza con lo expuesto en el Apartado *TERCERO* anterior, a propósito de la *conveniencia*, aunque sólo sea por razones prácticas, de no proveer resquicio alguno de controversia en la imputación.

En efecto, la referida entidad informó en su día a la DC de que ella no operaba en el mercado de distribución de carburantes de automoción, por lo que su volumen de negocios en esa actividad (la afectada por la infracción) es nulo, e hizo notar que quien debiera ser imputada es su participada *REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S. A.* (*vid.* Apartado *TERCERO* más arriba), alegación que no tuvo el menor efecto en el Expediente.

Con posterioridad, ya en la fase de resolución del Expediente, la SALA solicitó de la imputada, *REPSOL, S. A.*, el volumen de negocios en la actividad afectada por la infracción. En respuesta, la empresa respondió: «Cero (0€)», y ello fue incorporado al Expediente sin que, al parecer, la Ponencia apreciara nada curioso en ello, dejándolo pasar.

Ahora bien, si el volumen de negocios de la efectivamente imputada en el mercado afectado por la infracción es cero, también lo son su cuota de mercado en esa actividad y su beneficio ilícito resultante de infringir en ella la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. En esas condiciones, es imposible utilizar el Art. 64 para determinar el porcentaje concreto dentro del intervalo (0%, 10%) al que se refiere el Art. 63 (y toda la jurisprudencia del TS y la AN). Por ello, o se utiliza el volumen de la «filial», **que no está imputada**, o se debe imponer la multa... por otros medios, como en efecto se ha hecho.

Un embrollo que, como ya he señalado, hubiera sido muy fácil evitar simplemente con haber imputado a las dos, la «filial» infractora y su «matriz»: a la primera, en tanto que *infractora material*; y a la segunda, en tanto que *responsable subsidiaria* que debería hacerse cargo de la sanción en el caso de que la «filial» infractora no pudiera hacerle frente.

SEXTO.- Tampoco parece ser un asunto pacífico en Derecho *cuándo* (es decir, *en qué ocasiones*) la Autoridad de Competencia puede hacer uso de la figura «*infracción restrictiva por objeto*» como alternativa a la figura «*infracción restrictiva por efecto*». La primera es el recurso perfecto para evitar la necesidad de tener que evaluar los efectos provocados por una conducta infractora (una tarea con frecuencia ardua por técnicamente intrincada); pero su uso generalizado representa, en mi opinión, un problema.

La Comisión Europea, lo ha venido haciendo de forma rutinaria; y el Tribunal General de la Unión, aceptándolo. Pero recurso indiscriminado a la «*restricción por objeto*» está provocando gran alarma entre los académicos y los profesionales practicantes. Se argumenta, a mi juicio con razón, que una infracción sólo puede ser tratada «por objeto» si existe un teorema económico consolidado capaz de demostrar que una acción o conjunto de acciones determinadas por parte de las empresas a fortiori tiene efectos que restringen el funcionamiento de la competencia. En el resto de los casos, la Autoridad de Competencia debe probar que así ocurre, en lugar de someter al administrado a la **prueba diabólica** de que sea él quien demuestre que no ocurre.

Por ejemplo: si estamos en presencia de un cártel que ha llevado a cabo las acciones que lo definen como tal, no es preciso demostrar que esas acciones han tenido un efecto nocivo sobre la competencia; y si simplemente está *en proceso* de llevarlas a cabo, tampoco es preciso probar que tienen el potencial entorpecer el proceso competitivo. La Teoría Económica ya lo ha probado, *con fuerza de teorema*.

Pero en el caso que nos ocupa no estamos en presencia de un cártel, sino de –a mi juicio– conductas bilaterales, puntuales y sin clara conexión espacial ni temporal entre ellas. No encuentro en absoluto justificado evitar el análisis de sus efectos específicos recurriendo a la mera calificación de «*restricciones por objeto*». Para justificar ese tratamiento, la *Resolución* menciona una Sentencia del TJ (13 diciembre 2012, Asunto C-226/11), pero no la *posterior* de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-67/13 P, en la que el propio TJ impone límites al uso de dicha caracterización (énfasis añadido):

[...] el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» sólo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus

efectos [...] se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos [anticompetitivos]»

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 20 de febrero de 2015.