CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN (Expte. S/484/13 REDES ABANDERADAS)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

Dª. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz
Dª. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Barcelona, a 2 de julio 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/484/13 Redes Abanderadas, 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., BP ESPAÑA, S.A., LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L. (ambas Grupo LENCE), CERRO DE LA CABAÑA S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO MACAR, S.A. (MACARSA) y ESTACION DE SERVICIO LORQUI, S.L., 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 fechas 22 a 24 de julio de 2013, fueron efectuadas inspecciones en las sedes de BP ESPAÑA, S.A. (BP) y CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S.A. (CEPSA CP), de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación de 19 de julio de 2013.

4. Con fecha 29 de julio de 2013 se procedió al desglose del expediente 474/13, en dos expedientes, el S/474/13 y el S/484/13, y se acordó la incoación del presente expediente sancionador contra REPSOL, S.A. (REPSOL), COMPAÑIA ESPAÑOLA DE PETROLEOS S.A.U (CEPSAU) y BP ESPAÑA, S.A. (BP) 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 (folios 1 a 3).

5. Con fecha 30 de julio de 2013, fue incorporada al expediente la documentación recabada en la inspección de 27 y 28 de mayo de 2013 en la sede de REPSOL (folios 26 a 115) y en las inspecciones de 22 a 24 de julio de 2013 de las sedes de CEPSA CP (folios 117 a 125) y de BP (folios 127 a 175).

6. A su vez, con esa misma fecha de 30 de julio de 2013, se requirió a la extinta CNE para que aportara versiones confidenciales de los Informes mensuales de supervisión de la distribución de carburantes en estaciones de servicio y de los Informes de supervisión del mercado español de estaciones de servicio por municipios correspondientes al periodo 2012-2013. Su contestación tuvo entrada en la extinta CNC el 2 de agosto de 2013 (folios 247 a 700).

7. Asimismo el día 30 de julio de 2013, se requirió a CEPSA CP para que confirmara si su matriz CEPSAU podía acceder a la información recabada en su sede en la inspección de 22 a 24 de julio o si por el contrario ésta debía considerarse también confidencial respecto a su matriz. Su contestación tuvo entrada con fecha 31 de julio de 2013, concediéndose el acceso (folio 226).

8. 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). Igualmente, BP interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento ordinario contra la Resolución mencionada, recurso que también fue desestimado por a AN en su sentencia de 30 de marzo de 2015.

9. 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).

10. Con fecha 9 de agosto de 2013, tuvo entrada en la DI de la extinta CNC escrito de alegaciones de BP (folios 723 a 728).

11. Durante la instrucción del presente expediente solicitaron su personación como interesados las siguientes entidades y empresas:

    - Con fecha 9 de agosto de 2013, la Confederación de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES, folios 729 y 730), siéndole concedida mediante Acuerdo de la DI de 2 de septiembre de 2013 (folio 856).

    - Con fecha 17 de septiembre de 2013, la Federación Nacional de Asociaciones de Transporte de España (FENADISMER, folios 917 a 921), concediéndosele por Acuerdo de la DI en la misma fecha de su solicitud (folio 937).

    - Con fecha 21 de octubre de 2013, CEPSA CP (folios 1066 a 1068), siéndole concedida por Acuerdo de la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC, de 9 de enero de 2014 (folio 1189).

12. Con fecha 31 de octubre de 2013, tuvo entrada escrito de alegaciones de CEPSAU y CEPSA CP solicitando la devolución de toda la documentación recabada en la sede de CEPSA CP y que había sido incorporada al expediente S/484/13 y el archivo de las actuaciones en lo que afecta a estas sociedades (folios 1082 a 1095). Mediante acuerdo de la instructora del expediente de 10 de diciembre de 2013 se denegó esta solicitud (folios 1125 y 1126).

13. Con fecha 10 de noviembre de 2013, se acordó la incorporación de determinada documentación relativa a CEPSAU y CEPSA CP desglosada del expediente S/474/13 (folios 1200 a 1222). Asimismo con fecha 10 de diciembre de 2013 se acordó la incorporación de documentación adicional

relativa a CEPSAU y CEPSA CP desglosada del expediente S/474/13 (folio 1224).

14. Con fecha 21 de noviembre de 2013, se acordó la incorporación de determinada documentación relativa a REPSOL desglosada del expediente S/474/13 (folios 1134 a 1188).

15. Con fecha 25 de noviembre de 2013, tuvo entrada escrito de alegaciones de BP en el que proporcionaba determinadas explicaciones relativas a cómo debía interpretarse el contenido de determinadas comunicaciones recabadas en la inspección de su sede de 22 a 24 de julio de 2013 e incorporadas al expediente (folios 3187 a 3413).

16. El 10 de diciembre de 2013, se acordó el desglose de toda la documentación de BP que obraba en el expediente S/474/13, 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 CP. Contra dicho Acuerdo CEPSAU y CEPSA CP interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, tramitado por el cauce especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Dicho recurso fue desestimado por la Audiencia Nacional, mediante sentencia de fecha 23 de enero de 2015.

17. Con fecha 27 de marzo de 2014, la DC solicitó a la Dirección de Energía (DE) de la CNMC un análisis de los precios diarios de venta al público de G95 y GOA en determinadas estaciones de servicio (folio 2340). La contestación a dicha solicitud se recibió con fecha 4 de abril de 2014 (folios 2487 a 2585).

18. Con fecha 2 de abril de 2014, la DC acordó la incorporación de determinada documentación recabada en la inspección de la sede de REPSOL de 27 y 28 de mayo de 2013 (folios 2342 a 2410) así como en la inspección de la sede de CEPSA CP de 22 a 24 de julio de 2013 (folios 2412 a 2416).

    A su vez, el 15 de abril de 2014, REPSOL solicitó la confidencialidad de la documentación recabada en su inspección e incorporada al expediente el 2 de abril de 2014, aportando versión no confidencial (folios 2588 a 2659).

19. El 3 de abril de 2014 la DC acordó la ampliación de la incoación de este expediente incoándose a LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. (LENCE), CERRO DE LA CABAÑA, S.L. (CERRO DE LA

CABAÑA), ESTACIÓN DE SERVICIO MACAR, S.A. (MACARSA) y ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. (LORQUI).

20. Con fecha 14 de mayo de 2014 se acordó la incorporación de documentación recabada en formato electrónico durante la inspección de la sede de REPSOL de 27 y 28 de mayo de 2013 (folios 2866 a 3007). El 6 de junio de 2014, REPSOL solicitó la confidencialidad de dicha documentación (folio 3032), concediéndose parcialmente por acuerdo de 10 de junio de 2014.

21. El 26 de junio de 2014, la DC formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue notificado a REPSOL, CERRO DE LA CABAÑA y MACARSA con fecha 27 de junio de 2014, y a LENCE, LORQUI, CEPSAU y CEPSA CP, BP, CEEES y FENADISMER con fecha 30 de junio de 2014.

22. Los escritos de alegaciones de las partes al PCH tuvieron entrada en la CNMC en las siguientes fechas:

- CEPSAU y CEPSA CP, el 16 de julio de 2014 (folios 4291 a 4305).

- BP y CEEES, el 17 de julio de 2014 (folios 4308 a 4310 y 4311 a 4314 respectivamente).

- MACARSA, el 18 de julio de 2014, fuera del plazo concedido (folios 4315 a 4319).

- LORQUI., el 25 de julio de 2014, (presentado mediante correo administrativo el 24 de julio de 2014) folios 4403 a 4461).

- REPSOL, el 25 de julio de 2014, (presentado mediante correo administrativo el 23 de julio de 2014) (folios 4462 a 4614).

- LENCE, el 30 de julio de 2014 (presentado mediante correo administrativo el 26 de julio de 2014) (folios 4693 a 4754).

- CERRO DE LA CABAÑA, el 22 de agosto de 2014 (folios 4925 a 4934), dentro del plazo establecido para ello.

En sus alegaciones, REPSOL, LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L., propusieron la práctica de pruebas documentales, que fueron denegadas por la DC (folios 5054 a 5056).

23. Con fecha 18 de julio de 2014, se acordó, a solicitud de CERRO DE LA CABAÑA y MACARSA, el levantamiento de la confidencialidad de determinados folios para estas dos empresas. Los días 20 y 22 de agosto de

2014, tuvieron entrada nuevos escritos de alegaciones al Pliego de MACARSA (folios 4855 a 4924) y de CERRO DE LA CABAÑA, S.L. (folios 4925 a 4934).

Asimismo, CERRO DE LA CABAÑA, S.L. propuso la práctica de pruebas documentales, que también fueron denegadas por la DC (folios 5054 a 5056).

24. El 25 de julio de 2014 LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. interpusieron recurso (R/AJ/0302/14) contra los Acuerdos de 22 de julio de 2014, en virtud de los cuales se les denegaba el acceso a determinada información declarada confidencial. El Consejo desestimo el recurso mediante Resolución de 2 de octubre de 2014 y, consecuentemente, el 10 de octubre de 2014 se procedió al levantamiento de la suspensión.

25. Con fecha 6 de agosto de 2014, se requirió a CEPSA CP para que aportase información relativa a su filial ESTACIÓN DE CEDILLO, S.L. y a las estaciones de servicio gestionadas por ella en la provincia de Toledo (folio 4802). Su contestación tuvo entrada con fecha 14 de agosto de 2014 (folios 4819 a 4853).

26. Con fecha 14 de octubre 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 (folio 4962).

27. El 27 de octubre de 2014, la DC dictó Propuesta de Resolución, que fue notificada el 28 de octubre a REPSOL, CEPSAU y CEPSA CP, MACARSA, BP, CEEES, FENADISMER y CERRO DE LA CABAÑA, y el 29 de octubre a LORQUI y LENCE.

28. Las partes presentaron escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución, que tuvieron entrada en la CNMC en las siguientes fechas:

- CEPSAU y CEPSA CP, el 11 de noviembre de 2014 (folios 5184 a 5188).
- CEEES, el 13 de noviembre de 2014 (folios 5198 a 5207).
- LENCE, el 17 de noviembre de 2014, conteniendo la solicitud de la práctica de prueba ante el Consejo (folios 5208 a 5235).
- CERRO DE LA CABAÑA, el 19 de noviembre de 2014, conteniendo la solicitud de la práctica de pruebas ante el Consejo (folios P.5331 a 5358).

- REPSOL, el 19 de noviembre de 2014, conteniendo la solicitud de confidencialidad de los datos aportados en las alegaciones (folios P. 5364 a 5434).

- LORQUI, el 21 de noviembre de 2014 (folios P. 5435 a 5444).

29. Con fecha de 18 de noviembre de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC (folio 5236).

30. Con fecha 5 de marzo de 2015, 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 6 de marzo de 2015.

31. Los días 27 de febrero y 6 de marzo de 2015, REPSOL solicitó el acceso al presente expediente (folios 5471 y 5472). Con fecha 10 de marzo de 2015 según lo dispuesto en el artículo 31 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) (aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero), REPSOL tomó vista del expediente (folio 5484).

32. Con fecha 11 de marzo de 2015, 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 6 de abril de 2015, y con efectos desde el 5 de abril de 2015, la Sala resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.

33. Con fecha 30 de marzo de 2015, se notificó nuevo requerimiento de información necesaria para resolver, consistente en información sobre volumen de negocios, acordado por la Sala de Competencia de la CNMC. El día 13 de abril de 2015 se recibió contestación de LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L, así como de ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUI mientras que el escrito de respuesta de CERRO DE LA CABAÑA tuvo entrada en la CNMC el 22 de abril de 2015. El 14 de abril de 2015 se acordó el levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente.

34. La Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC emitió informe favorable en su reunión de 9 de abril de 2015.

35. El 16 de abril de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de REPSOL mediante el que ponía en conocimiento de este organismo la interposición del recurso contencioso-administrativo especial para la protección jurisdiccional de derechos fundamentales ante la Audiencia Nacional contra el Acuerdo de Requerimiento de Información mencionado en el antecedente anterior, en el que solicitaba la suspensión de este último así como de cualquier acto que lo ejecutara. Como consecuencia, el 23 de abril de 2015, el Consejo de la CNMC acordó suspender el cómputo del plazo máximo del procedimiento.

    Mediante Auto de 19 de mayo de 2015, la Audiencia Nacional denegó la medida cautelar solicitada por REPSOL. Este Auto fue notificado a la CNMC a través de Lexnet el 1 de junio de 2015, por lo que el 2 de junio se levantó la suspensión del plazo máximo para resolver este expediente.

36. Con fecha 11 de junio de 2015 (folios 5674-5681), se acordó nuevo requerimiento de información necesaria para resolver, consistente en información sobre volumen de negocios, procediéndose a la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente. Dicho requerimiento fue contestado por las empresas requeridas con fecha 18 de junio (CERRO DE LA CABAÑA folios 5711 a 5714), 23 de junio (LENCE, folios 5715 y 5716) y 26 de junio (REPSOL, folios 5719 a 5800). Con fecha 29 de junio de 2015 se acordó el levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente.

37. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 2 de julio de 2015.

38. Son interesados:

- REPSOL S.A (REPSOL)
- LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L. (LENCE)
- ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. (LORQUI)
- CERRO DE LA CABAÑA, S.L. (CERRO DE LA CABAÑA)
- ESTACIÓN DE SERVICIO MACAR, S.A. (MACARSA)
- COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A.U. (CEPSAU)
- CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A (CEPSA CP)
- 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.

Según la "Memoria correspondiente al ejercicio 2014", incluida en su Informe de cuentas anuales, disponible en la página web de la empresa[1], REPSOL, S.A. figura inscrita en el Registro Mercantil de Madrid y fue constituida en 1986, teniendo 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.

2.- La investigación y desarrollo de otras fuentes de energía distintas a las derivadas de los hidrocarburos y su explotación, fabricación, importación, almacenamiento, distribución, transporte, venta, exportación y comercialización.

3.- La explotación de inmuebles y de la propiedad industrial y de la tecnología que disponga la Sociedad.

4.- La comercialización de todo tipo de productos en instalaciones anexas a estaciones de servicio y aparatos surtidores y a través de las redes de comercialización de los productos de fabricación propia, así como la prestación de servicios vinculados al consumo o utilización de estos últimos.

---

1 http://www.annualreport.repsol.com/memoria2014/downloads/pdf/es/informeAmarillo/Cuentas_Anuales_Repsol_2014.pdf

5.- La prestación a sus sociedades participadas de servicios de planificación, gestión comercial, “factoring” y asistencia técnica o financiera, con exclusión de las actividades que se hallen legalmente reservadas a entidades financieras o de crédito.

Su objeto social contempla también el desarrollo de las actividades anteriores de modo indirecto, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho y, en particular, a través de la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo.

Según la misma Memoria 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. Por otro lado, la Sociedad presta determinados servicios a sus filiales en relación con las actividades de ingeniería, sistemas de información, administración, servicios de gestión patrimonial, formación y otras actividades centralizadas.

Repsol, S.A. es la sociedad dominante del Grupo Fiscal Consolidado 6/80, en el que se integran todas aquellas sociedades residentes en España, participadas, directa o indirectamente, en al menos un 75% por la sociedad dominante y que cumplan determinados requisitos. El número de sociedades que componen el mencionado Grupo Fiscal en el ejercicio 2014 es de 52, siendo las más significativas las siguientes: la propia Repsol, S.A., Repsol Petróleo, S.A., Repsol Trading, S.A., Repsol Química, S.A., Repsol Butano, S.A., Repsol Exploración, S.A. y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.

Las principales participaciones en su capital social se encuentran repartidas entre Caixabank – 11,83%, Sacyr – 9,23%, Pemex – 9,34% y Temasek – 6,26%.

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 [30-40] % en 2012.

En 2013 la compañía puso en marcha una prueba piloto de un nuevo modelo de negocio basado en una creciente automatización de puntos de venta, abriendo 26

instalaciones de este nuevo modelo de negocio low cost bajo la marca Campsa Express[2], por lo que a finales de 2014, en España, contaba con 3.585 puntos de venta, de los cuales el 71% tenía un vínculo fuerte y el 29% eran de gestión propia. En el resto de países, las estaciones de servicio se reparten entre Portugal (440), Italia (250) y Perú (374).

REPSOL S.A. es la matriz, entre otras, de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CAMPSA, ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. (CAMPSARED), PETRÓLEOS DEL NORTE, S.A. (PETRONOR) y NOROIL, S.A., distribuyendo combustible de automoción bajo estas marcas.

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

IPIC (International Petroleum Investment Company) es, desde agosto 2011, el propietario del 100% de CEPSA.

[2]Información obtenida del Informe Anual 2013 de Repsol, disponible en http://www.repsol.com/imagenes/es_es/Informe_anual_2013_tcm7-675774.pdf

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

En el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de Estaciones de Servicio, CEPSA ocupa el segundo lugar, ostentando en 2010 una cuota del 16% por volumen de ventas y del 17% por número de estaciones de servicio en gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A. Por lo que se refiere al mercado mayorista extra-red al canal de Estaciones de Servicio, CEPSA ostentó una cuota del [15-20] % en 2011[3].

CEPSA cuenta con una red de 1.809 estaciones de servicio en España, Portugal, Andorra y Gibraltar, de las que 1.529 se localizan en España[4].

1.3. 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. Por lo que se refiere al mercado mayorista extra-red al canal de Estaciones de Servicio, BP ostentó una cuota del [10-15] % en 2011[5].

La red de distribución de BP está integrada fundamentalmente por estaciones con gestión independiente (vínculos DODO y CODO/COFO), a diferencia de CEPSA y REPSOL que integran en sus redes de distribución estaciones de servicio de gestión propia e independiente.

1.4. LENCE TORRES, S.L. Y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L.

[3] 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 (2 de octubre de 2012).
[4] Información obtenida del Informe anual y de responsabilidad corporativa 2012 y de la web de Cepsa www.cepsa.com.
[5] 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 (2 de octubre de 2012).

LENCE TORRES, S.L. es una empresa familiar con sede en Lugo dedicada al comercio al por menor de combustibles, carburantes y lubricantes. Su accionista mayoritario es D. JLF[6] [propietario del Grupo Lence].

LENCE TORRES, S.L. gestiona 5 gasolineras en la provincia de Lugo, todas ellas con bandera REPSOL.

COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. es una filial de LENCE TORRES, S.L. que gestiona 3 gasolineras en la provincia de Lugo, también todas ellas con bandera REPSOL.

1.5 ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L.

ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. es una sociedad con sede en Lorquí, Murcia, dedicada al comercio al por menor de combustibles, carburantes y lubricantes.

La ES de Lorquí comercializa combustibles bajo la bandera de REPSOL.

D. JJAG es el administrador único de la sociedad.

1.6 CERRO DE LA CABAÑA, S.L.

CERRO DE LA CABAÑA, S.L. es una sociedad con sede en Madrid dedicada al comercio al por menor de combustible para la automoción en establecimientos especializados. Gestiona la estación de servicio del mismo nombre situada en el kilómetro 7,1 de la autovía A3, que tuvo imagen Repsol hasta febrero de 2012. En la actualidad tiene imagen blanca.

D. ATM es su administrador único y figura como apoderado D. FJVB.

1.7. ESTACIÓN DE SERVICIO MACAR, S.A.

ES MACAR, S.A. es una sociedad con sede en Madrid dedicada al comercio al por menor de combustible para la automoción en establecimientos especializados. Gestiona la estación de servicio del mismo nombre situada en la Calle Cea Bermúdez, nº 32 de Madrid. Esta estación de servicio tuvo imagen Repsol hasta octubre de 2012. En la actualidad tiene imagen BP.

D. ALTB (padre de D. ATM [administrador único de CERRO DE LA CABAÑA, S.L.]) es su administrador único.

[6] Los nombres de personas físicas han sido sustituidos por iniciales. Se mantendrán las mismas iniciales siempre que se haga referencia a la misma persona.

Tanto CERRO DE LA CABAÑA como MACAR S.A. pertenecen al llamado "Grupo Mateo", que está configurado por al menos 6 estaciones de servicio controladas por la familia Mateo.

1.8. 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 estaciones de servicio situadas en todo el territorio nacional, agrupadas en 34 asociaciones.

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

1.9. 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.

II. 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 ventas[7].

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		

[7] Informe CNE *"El mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio, 10 de octubre de 2012*".

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 (como REPSOL, CEPSA o BP) 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

<u>Mercado de distribución mayorista de carburantes de automoción</u>

En lo respecta a la actividad de distribución mayorista de carburantes de automoción, cabe decir que dicha actividad es llevada a cabo por los operadores al por mayor y consiste en la venta de carburante a las estaciones de servicio, siendo por tanto una actividad intermedia entre la de refino y la distribución minorista. Las empresas autorizadas para desarrollar esta actividad deben reunir una serie de requisitos y estar inscritos en un Registro de operadores al por mayor de productos petrolíferos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Según el *"Informe sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción"* elaborado por la extinta Comisión Nacional de Competencia, la competencia en el mercado mayorista se produce entre los operadores con refinerías nacionales y los importadores de carburantes producidos en el exterior. El que el operador tenga o no capacidad de controlar el precio final de venta al público es crucial, por cuanto le otorga un instrumento de retorsión. El operador con dicha capacidad puede amenazar de forma creíble con que responderá con una reducción del precio final de venta al público como medida disuasoria ante el intento de cualquier importador de introducir producto importado a precios bajos y reducir el precio de venta final al público. Se pierde así la posibilidad de que operadores independientes realicen una competencia real a los operadores tradicionales con poder de mercado.

Además, tal y como se desprende del citado "*Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España*" (CNC), el coste de transporte juega un

papel importante, no siendo generalmente competitivo para los operadores al por mayor transportar el combustible a pequeña escala en distancias superiores a los 100-150 Km. Por ello, generalmente se considera que la dinámica de la competencia tiene un fuerte carácter regional o local.

Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe sobre el expediente de concentración económica C/86/04 Disa/Shell, de 20 de diciembre de 2004, consideraba que el solapamiento de las áreas geográficas cubiertas para cada centro de almacenamiento se traducía en el encadenamiento de las distintas áreas de influencia, interrelacionando las políticas de precios de operadores cuyos centros de almacenamiento están distantes. Por ello, tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia han definido en principio una dimensión geográfica nacional de estos mercados, si bien el TDC ha reconocido que en España cabe apreciar matices regionales y por ello, cuando las diferencias fueran suficientemente significativas, podría hacerse conveniente la definición de mercados geográficos regionales.

En esta misma línea argumentativa, encontramos casos comunitarios como el expediente COMP/M.3516 - REPSOL YPF / SHELL Portugal, de fecha 13 de septiembre de 2004.

Por último, la antigua CNE estimaba que las redes de EESS de los operadores constituyen el 83% de las EESS en España, porcentaje muy superior al de otros países europeos. Por tanto, el peso del mercado mayorista extra-red es reducido en relación con el consumo nacional de carburantes de automoción. Además, la mayor parte de los suministros entre operadores y EESS se realizan mediante contratos de abanderamiento que comportan normalmente el suministro de carburantes en exclusiva y de largo plazo (de acuerdo con la Resolución CNC 2575/04 DISA CANARIAS, el 80% de las EESS en la España peninsular son propiedad de los operadores mayoristas o están vinculadas con éstos a muy largo plazo, superior a 5 años), lo que reduce enormemente la competencia en este mercado y crea importantes barreras de entrada al mismo derivadas de los efectos de red.

Mercado de distribución minorista de carburantes de automoción

Por otro lado, en cuanto al 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 mayorista y 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 y nacionales.

En todo caso, como ya ha señalado esta Sala en otras resoluciones (por ejemplo en el expte. S/0469/12 Fabricantes de papel y cartón ondulado) y, anteriormente, el Consejo de la antigua CNC (entre otras, en su resolución de 12 de enero de 2012, (Expte. S/0179/09, Hormigón y productos relacionados), remitiéndose em ambos casos a la doctrina del Tribunal de Justicia, la delimitación exacta del mercado relevante no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC, por cuanto se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto, como los acuerdos de fijación de precios, lo que resulta predicable de las conductas objeto de investigación en el presente expediente.

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. ACUERDO DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE PRECIOS ENTRE REPSOL Y EL GRUPO LENCE (LENCE TORRES S.L. Y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL S.L.)

El Grupo Lence actualmente gestiona siete estaciones de servicio en la provincia de Lugo (en el momento de los hechos gestionaba ocho pero la ES 5008 ES SAN CRISTÓBAL ha sido cerrada) que comercializan combustible de automoción bajo bandera REPSOL y en régimen de suministro "comisionista". En este mismo entorno, REPSOL tiene varias estaciones de servicio de su red propia (Cred) que compiten directamente con las del Grupo Lence.

De acuerdo con la documentación recabada en la inspección de la sede de REPSOL, en abril de 2013 tuvo lugar una reunión entre el propietario del Grupo Lence y el Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL, en la que, entre otras cuestiones, se discutieron los precios de venta al público (PVP) de las estaciones de servicio con bandera Repsol en Lugo.

En un correo interno de REPSOL, de fecha 17 de abril de 2013, con Asunto "Reunión Director con Grupo Lence 15-4-13. Revisión de precios" se hace referencia a esta reunión en los siguientes términos:

> *"[…] En la reunión mantenida con el Sr*. [JLF] *titular del Grupo Lence que tiene las siguientes instalaciones vinculadas con nosotros (3573, 5008, 5603, 33136, 92801, 96313, 96674 y 96763), con asistencia de nuestro Dtor, D.* [JLME] [Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL]*, en dicha reunión, se trataron varios temas de actualidad y se adquiere algún compromiso para reconducir planteamientos y propuestas complejas […].*
> *El caso que os traslado ahora es el de los precios, ya que en la reunión se ha tratado, recogiendo la siguiente propuesta:*
> *Los precios de Repsol, o al menos de su Grupo, deben ser iguales en todas sus EESS […]*
> *Los precios de Repsol tienen que estar alineados con los de CEPSA ES 34093 […]*
> *Ruego se trate de ver alguna actuación a la mayor brevedad posible, ya que de nuestras acciones depende que podamos deshacer las ideas del Sr*. [JLF] [Propietario Grupo Lence] *de tomar acciones unilateralmente que serían perjudiciales a medio plazo, ya que todas sus EESS son […]"* (folios 94 y 95).

En correo interno de REPSOL, enviado por el Jefe de Precios en Repsol CPP al Jefe de Desarrollo Comercial en la delegación regional de Repsol CPP en A Coruña, de fecha 18 de abril, en respuesta al anterior se señalan las acciones a tomar en relación al Grupo Lence, consistentes en:

> *"1.- Configuración de un entono denominado Lugo-capital, con referencia al precio de la Estación de Servicio 34093 y en el que se incluyen las siguientes instalaciones:*
> *- 3573 ES Lence Torres, 4059 Cred San Rafael, 96763 ES Lence Torres, 5603 ES Complejo San Cristóbal, S.L., 5604 Cred La Campiña, 13245 Cred Muja, 15364 Carqueixo, 15877 Cred La Muralla, 33136 ES Lence Torres, 34073 Cred Nadela, 92801 ES Lence Torres y 96313 Complejo S. Cristóbal.*
> *- Todas estas instalaciones tendrán su precio referenciado a la instalación de Cepsa.*

2.- Configuración de un entorno denominado Lugo-A6 con referencia al precio de la Estación de Servicio […] en el que se incluyen las siguientes instalaciones:
- *96674 ES Gomean y 5008 San Cristóbal S.L.*
- *Todas estas instalaciones tendrán su precio referenciado a la instalación de Cepsa"* (folio 93).

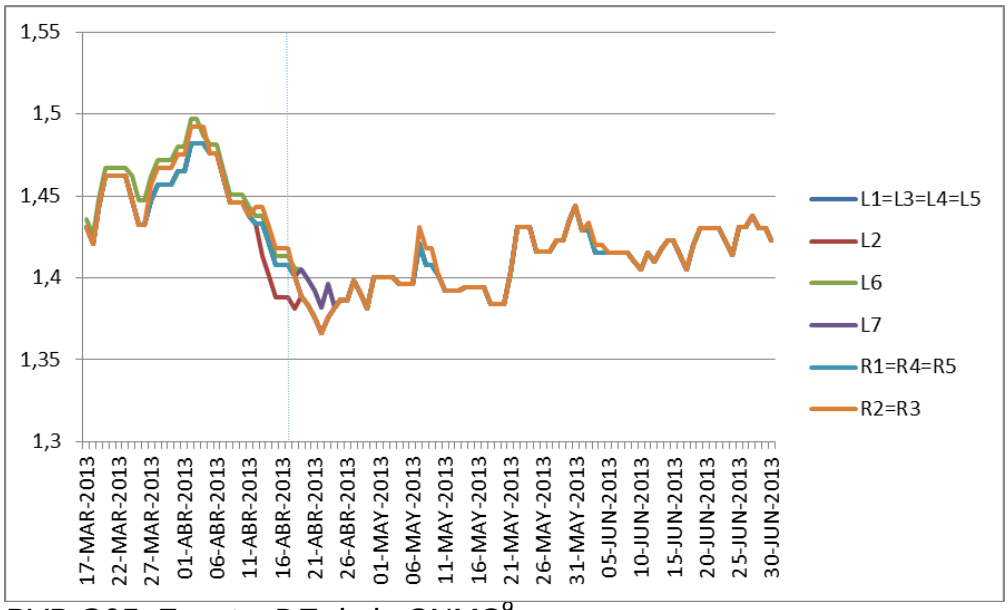
Con fecha 23 de mayo de 2013 en un correo interno de REPSOL relativos a la situación competitiva de Lugo en los siguientes términos:

"- […] El 17 de abril se desplazó [JLME] [Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL]*, a la Delegación y se reunió con* [JLF] *(propietario del Grupo Lence, […].*
- *En dicha reunión, entre otras cosas, acordaron que los precios de todas las EES del Grupo Lence fueran los mismos y que no fueran superiores a los precios de Cepsa en Lugo.*
- *El 18 de abril se informa a la DR6 y DR60 de las acciones a realizar por precios, que básicamente consistieron en configurar un entorno en Lugo capital (12 EES, 7 de la RedAb y 5 de Cred) referenciado a la ES de Cepsa de Lugo y un entorno de Lugo A6 (2 EES de RedAb) […].*
- *El 23 de abril y ante peticiones de la DR de RedAb se fusionan los dos entornos […].*
- *Desde esa fecha y hasta ahora, se está realizando un seguimiento especial […]"* (folios 98 y 99).

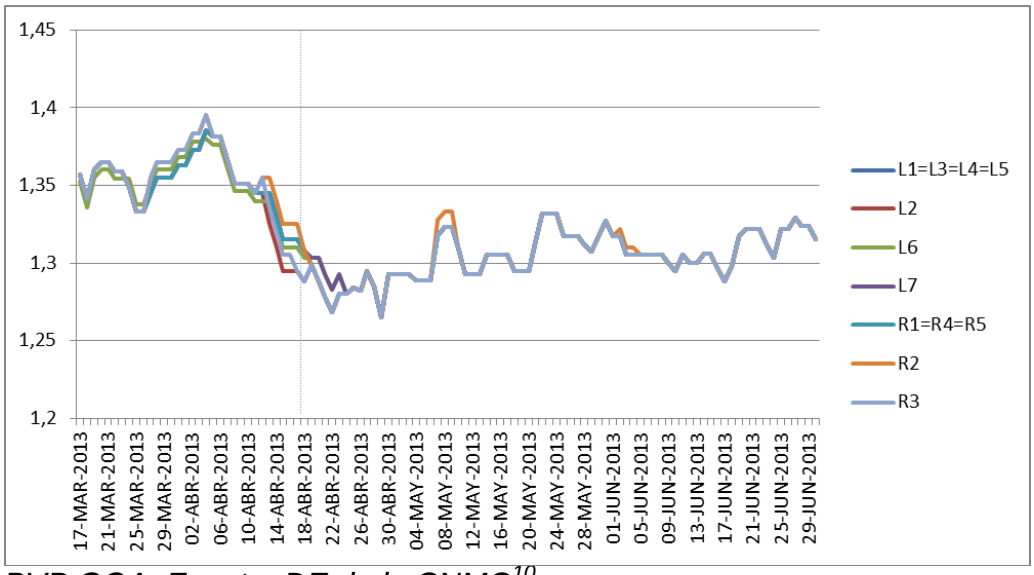
Según la información trasladada por la Dirección de Energía de la CNMC, antes de la reunión de 17 de abril entre el Director de ventas directas de REPSOL y el propietario del Grupo Lence existían diferencias en los precios comunicados por las estaciones de servicio de REPSOL en Lugo –propias y abanderadas-. Los siguientes gráficos muestran que a partir de esa fecha la coincidencia en precios es prácticamente absoluta (folios 2487 a 2547).

Gráficos 1 y 2. Evolución de los PVP diarios en el primer semestre de 2013 de G95 y GOA en las estaciones de servicio con rótulo REPSOL, CAMPSA y PETRONOR ubicadas en O Ceao, O Corgo, Gomean, Louzaneta, Lugo, Muxa, Nadela y La Tolda[8].

[8] *Para una correcta interpretación de estos datos es preciso tener en cuenta que en el caso de las estaciones de servicio gestionadas por LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. es el operador –en este caso, REPSOL- quien comunica los pvp al Ministerio, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la ORDEN ITC/2308/2007, de 25 de julio, por la que se determina la forma de remisión de información al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre las actividades de suministro de productos petrolíferos. El mismo artículo establece que en el caso de que el distribuidor minorista establezca precios diferentes a los máximos o recomendados por el operador, deberá comunicar los precios reales al Ministerio.*



PVP G95. Fuente: DE de la CNMC[9]



PVP GOA. Fuente: DE de la CNMC[10]

En un nuevo correo interno de REPSOL de fecha 9 de mayo de 2013 con asunto "RE: Precios Lugo (9/05/13)" se recogen *"algunos comentarios aclaratorios sobre la situación en Lugo":*

---

[9] *Las leyendas corresponden a las siguientes estaciones de servicio: L1-5603 ES COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, L2-92801 ES LENCE TORRES, L3-3573 ES LENCE TORRES, L4-96313 ES COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, L5-96763 ES LENCE TORRES, L6-96674 GOMEAN, L7-5008 SAN CRISTÓBAL, R1-5604 CRED LA CAMPIÑA, R2-15877 CRED LA MURALLA, R3-4059 CRED SAN RAFAEL, R4-13245 CRED MUJA y R5-34073 CRED NADELA.*

[10] Ídem.

- *[…] Los precios recomendados para todas las estaciones de servicio del Grupo Repsol en este entorno son los mismos.*
- *El diferencial existente […] se explica por la rebaja que ha realizado un arrendatario comisionista contra su comisión (posibilidad que existe en su contrato).*
- *Desconocemos si Lence tiene intención de repercutirnos dicha rebaja […]"* (folio 110)

Y añaden lo siguiente:

- *[…] Acaba de confirmarme el gerente de Lence que tienen precio monolito 1,310 cent€/l goA […] Han decidido igualar precio con Cepsa (contra su margen-"ya nos lo repercutirá"-), mientras Repsol no cumpla el compromiso adquirido con ellos de equiparar precio con Cepsa. […]*

Con fecha 27 de mayo de 2013, el Delegado Regional de la zona, JIGP [11] informa a D. JLME [Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL] del contenido de una nueva reunión mantenida con el propietario del Grupo Lence con fecha 24 de mayo: "[JLME], *te informo de la reunión que mantuvimos el pasado viernes* [ARL] [Jefe de Desarrollo Comercial en la delegación regional de Repsol Comercial en A Coruña] *y yo con* [JLF] *y su hija en sus oficinas de Lugo"* (folio 114). En su contestación, el Director de ventas directas de REPSOL señala lo siguiente: "[JIGP]. *El viernes estuvimos tocando este tema en Madrid y hemos acordado que hay que convencerle de que eche atrás el dto de PVP. Creo que sería bueno que nos volviésemos a acercar este jueves, a ver si le podemos convencer"* (subrayado añadido, folio 114).

3.2. ACUERDO DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE PRECIOS ENTRE REPSOL Y ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L.

Según correos internos de fecha 28 de enero de 2013 y 14 de febrero de 2013 REPSOL tiene en la provincia de Murcia en enero de 2013 cuatro proyectos low cost (folio 2343 y 2346).

Además, según se desprende del correo interno de REPSOL de fecha 30 de noviembre de 2012, a principios de diciembre de 2012 la ES 96808 de Espinardo, en Murcia Norte, perteneciente a la red propia de estaciones de servicio de REPSOL (gestionadas por la propia operadora), tenía los mismos precios que las

[11] REPSOL divide el territorio nacional en Delegaciones Regionales que se ocupan de la red de estaciones de servicio abanderadas en esa zona. Lugo pertenece a la Delegación Regional 6ª.

otras 4 EESS de la red REPSOL de su entorno[12], (folio 2889). La estación de servicio de Lorquí, también de bandera REPSOL y gestionada por un tercero independiente, está situada a unos 12 km de distancia de las anteriores y mantenía precios inferiores a los del entorno de Murcia Norte (folio 2890).

En correo interno de REPSOL remitido por D. APE, Director de Desarrollo y Red Abanderada (en 2012) a la persona que posteriormente le sustituiría en ese cargo, al Gerente de Desarrollo Oil y Precios de REPSOL y al Subdirector de Planificación y Evaluación de EESS de España de REPSOL, de fecha 4 de diciembre de 2012 y asunto "REUNIÓN ARANGUREN", se refieren los siguientes acuerdos alcanzados:

> *"De acuerdo con lo hablado esta mañana, te comento los acuerdos alcanzados con* [JJAG] [Administrador único ES LORQUÍ]:
>
> 1. *Tema Lorquí: […].*
> 2. *Tema Low Cost Murcia: explicado el proyecto Low cost como una ES automatizada, sin tarjetas Solred y precio de acuerdo al entorno (-3 cts/litro en este caso). Pensaban que se trataba de una ES con rebaja de 7 céntimos y aceptando Solred. Aclarado el asunto no rebajamos más de 3 céntimos en esta ES.*
>
> *Es importante que seguimos [sic] con rigor los acuerdos anteriores para que no afecten al cierre de negociaciones con el Grupo Aranguren en Madrid"* (folio 67).

En una cadena de correos entre D. FMR, Gerente de Desarrollo Oil y Precios de Repsol, D. AVG [Director de Desarrollo de Negocio e Innovación de REPSOL] y D. APE [Director de Desarrollo y Red Abanderada REPSOL en 2012] entre el 5 y el 9 de diciembre de 2012, relativos a los compromisos alcanzados con el Sr. JJAG [Administrador único ES LORQUÏ] en Murcia, el segundo señala al tercero lo siguiente: "[APE], *tenemos que hablar de este tema cuando puedas. Si metemos los pvp en las negociaciones ya no nos quedará ninguna barrera por romper"* (folio 66). El Director de Desarrollo y Red Abanderada REPSOL responde que *"no se trata de una negociación. […] en estos momentos no podemos arriesgar el cierre del acuerdo con este grupo en Madrid"* (folio 66).

La situación de precios en el entorno de Murcia Norte tras la implementación del proyecto low cost y según se recoge en la documentación obrante en el expediente, es la siguiente: la ES 96808 de Espinardo aplica una rebaja de 3 cts en el precio de la gasolina 95 respecto a las otras estaciones de servicio de

[12] En el entorno «Murcia Norte » definido por REPSOL en sus documentos internos hay otras 4 estaciones de la red REPSOL además de la ES 96808 de Espinardo, situadas 3 en Murcia capital y otra en Espinardo (folio 2889)

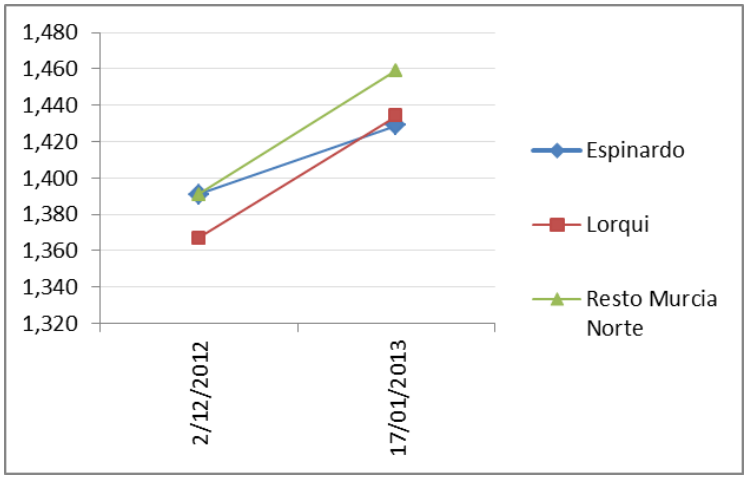
Repsol del entorno (folios 2889 y 2890). La estación de servicio de Lorquí, por su parte, mantiene un diferencial significativo con respecto a las estaciones "convencionales" de este entorno y ligeramente superior al de la low cost (folio 2892).

La siguiente tabla recoge esta evolución de los precios en Espinardo, Repsol-Murcia Norte y Lorquí tras la implementación del proyecto low cost:

PVP G95	Pre- low cost (2/12/12)	Post- low cost (17/1/13)
ES 96808 Espinardo	1,391	1,429
Resto EESS Repsol Murcia Norte	1,391	1,459
ES Lorqui	1,367	1,434

Elaboración propia. Los datos Pre-low cost se extraen de los correos REPSOL de (folios 2889 y 2890). Los datos Post-low cost del correo de (folio 2892).

Gráfico 3. PVP de la G95 en la ES 96808 de Espinardo, ES de Lorquí, y resto de estaciones de servicio del entorno "Murcia Norte" antes y después de la implementación del proyecto low cost en Espinardo.



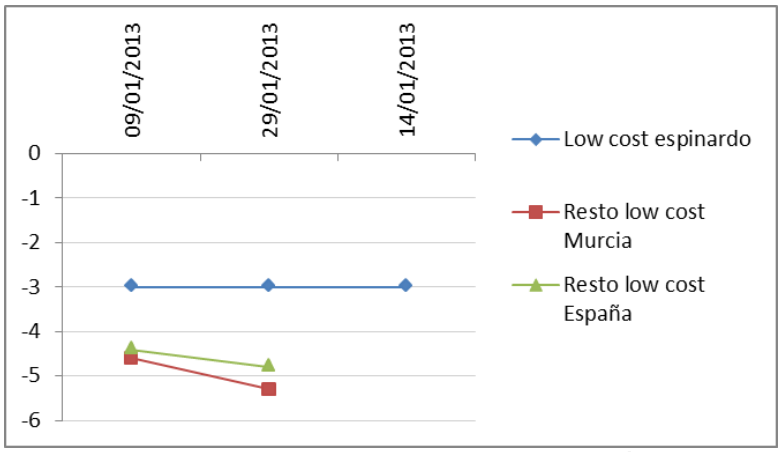
PVP de la G95. Fuente: elaboración propia a partir de datos de REPSOL correspondientes a dos fechas concretas.

En correo interno de REPSOL remitido por AZM, Subdirector de Planificación y Evaluación de Estaciones de Servicio de España, de fecha 28 de enero de 2013 y asunto *"Revisión precios piloto low cost"* se adjunta *"fichero con las rebajas acordadas en la reunión del pasado viernes para las EESS del piloto de low cost […]"* (folio 2342). En este fichero se observa cómo la rebaja sobre la referencia provincial en enero de 2013 aplicada en el proyecto low cost de la ES 96808 de Espinardo ha sido de 3 céntimos, mientras que en el resto de los proyectos low cost de la región esta rebaja ha sido superior (entre 4 y 7 céntimos). (folios 2342 y 2343)

D. FMR, Gerente de Desarrollo Oil y Precios de REPSOL, en correo de 14 de febrero de 2013 con asunto "SITUACIÓN PRECIOS E.E.S.S. LOW COST" envía un cuadro en el que en la última columna se recoge el posicionamiento en precio de las distintas EESS reseñadas. En relación a la ES 96808 de Espinardo el posicionamiento en precio que se recoge es *"precio Repsol otro margen – 3cts*[13]*"* (folio 2344 a 2346).

En el siguiente gráfico se recogen los descuentos medios sobre la referencia aplicados por REPSOL en sus proyectos low cost en España y en la región de Murcia en las primeras semanas de 2013, así como el correspondiente a la ES 96808 de Espinardo. En él se aprecia que el descuento en la low cost de Espinardo se mantiene fijo en los 3 céntimos mientras que en los demás proyectos low cost de REPSOL este descuento es mayor y además aumenta a lo largo del mes de enero de 2013. Para el caso particular de Murcia, el descuento aplicado por REPSOL en los otros tres proyectos low cost que mantiene en la región el descuento medio es superior al del resto de España:

Gráfico 4. Descuento sobre la referencia aplicado en la ES 96808 de Espinardo, descuento medio aplicado en las demás low cost de Murcia y descuento medio aplicado en las demás low cost de España.



Descuentos sobre referencia. Fuente: elaboración propia a partir de datos de REPSOL correspondientes a 2 fechas concretas para todas las low cost de REPSOL y una tercera fecha adicional para la low cost de Espinardo.

3.3. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE REPSOL Y CERRO DE LA CABAÑA S.L.

[13] En Espinardo hay otra ES de la red propia de Repsol, en el margen contrario, la ES 33095 Espinardo, no incluida en el proyecto *low cost*.

Según queda recogido en una cadena de correos internos de Repsol de 1 de febrero de 2012, 31 y 13 de enero de 2012 recabados en la inspección de la sede de la compañía con asunto: "RV: 15109 CERRO DE LA CABAÑA (MADRID)" (folios 2347 y 2348, VNC 2596 y 2597), a principios de febrero de 2012 REPSOL inició una acción de precios en el entorno de la ES Cerro de la Cabaña, como respuesta a la intención manifestada por esta estación de servicio de finalizar su contrato de suministro exclusivo con REPSOL:

> *"Ante la posibilidad de que la ES de referencia finalice contrato el próximo 31 de enero y pase a suministrarse de la competencia, debiéramos estar preparados (…) para: - retirar la imagen de esta ES; - iniciar acción de precios […]"* (folio 2348).
> *"Como acordado, iniciamos la acción de precio en las 3 EESS del entorno de Cerro de la Cabaña. Se prevé su desvinculación el […] pero iniciamos la acción de rebaja ahora y aplazamos la acción de clientes de tarjetas"* (folio 2347).

En un correo interno de REPSOL de fecha 13 de febrero de 2012 con el asunto *"SEGUIMIENTO ACCION PRICING "CERRO DE LA CABAÑA*" se describen los elementos esenciales de esta acción de precios, y la reacción del entorno. En particular, y en relación a la ES Cerro de la Cabaña, se indica que no ha habido reacción por su parte:

> *"*
> - ***Inicio campaña de precios****: 2 de febrero de 2012*
> - ***Política aplicada****: -3 cts €/lt en todos los productos*
> - ***Ámbito de aplicación****: EES Guibe, GPV Vallecas y Fundosa Santa Eugenia*
> - ***Reacciones****:*
> - ***E.S. Cerro de la Cabaña****: no han cambiado su posicionamiento habitual, aplicando los precios recomendados […]"* (folio 2349)

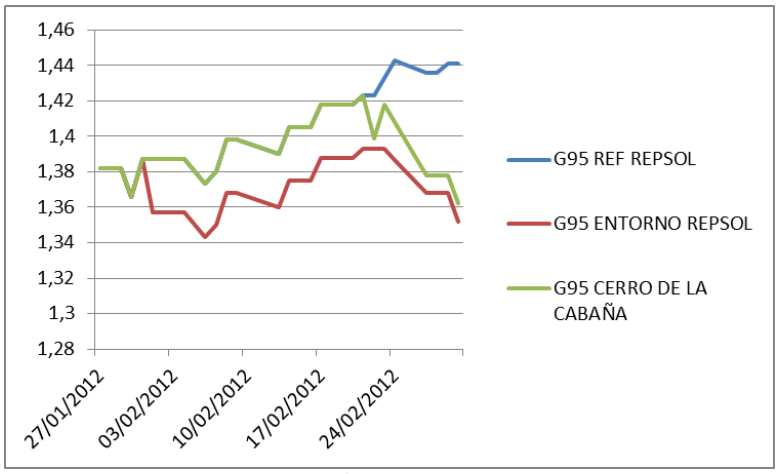
En los gráficos de los folios 2353 y 2354 elaborados por REPSOL bajo las rúbricas *"CERRO CABAÑA: EVOLUCIÓN PVP G95 ENTORNO" y "CERRO CABAÑA: EVOLUCIÓN PVP GOA ENTORNO"* se recoge la evolución de los pvp en el entorno de Cerro de la Cabaña entre el 1 de enero y el 1 de marzo de 2012. En ellos se refleja lo siguiente:

- Hasta el 2 de febrero de 2012 los pvp de Cerro de la Cabaña y de las 3 estaciones involucradas en la acción de precios (Fundosa, GPV y Guibe) eran iguales entre sí y coincidentes con el precio de referencia provincial de Repsol.
- A partir de esa fecha, REPSOL aplica en las tres estaciones de servicio citadas una rebaja de tres céntimos en el precio de venta al público respecto al precio de referencia. Cerro de la Cabaña, que

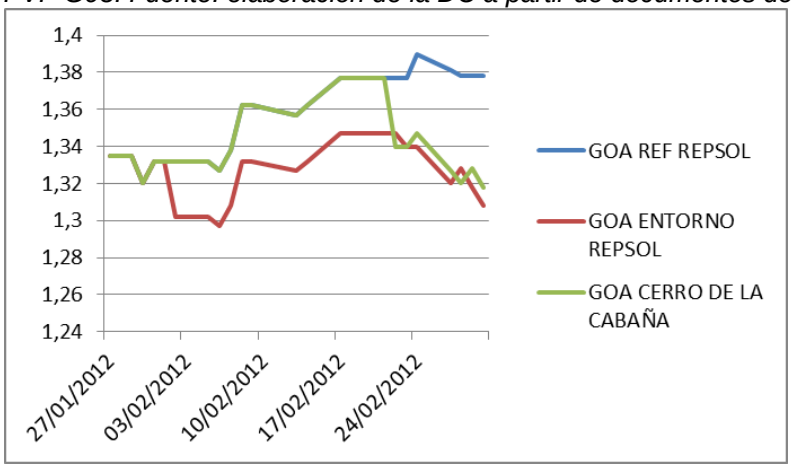
mantiene bandera REPSOL al menos hasta el 16 de febrero, aplica un precio igual a la referencia de REPSOL.

- A partir del 21 de febrero Cerro de la Cabaña abandona el precio de referencia de REPSOL. Ya con otra bandera, establece un PVP igual al de las estaciones involucradas en la acción de precios. A partir de este momento puede observarse como REPSOL inicia un descenso de precios que es, a su vez, seguido por la estación de servicio, operación repetida por ambos en sucesivas fases a modo de guerra de precios. Así, REPSOL aplica en las tres estaciones de servicio del entorno de Cerro de la Cabaña descuentos cada vez superiores y Cerro de la Cabaña sigue estos movimientos, desvinculándose del precio de referencia de REPSOL.

Gráficos 5 y 6. Evolución de los PVP diarios de G95 y GOA entre el 27 de enero y el 1 de marzo de 2012 en las estaciones de servicio de Cerro de la Cabaña y GPV, Fundosa y Guibe, así como del precio de referencia REPSOL.



PVP G95. Fuente: elaboración de la DC a partir de documentos de REPSOL (folio 2353)



PVP GOA. Fuente: elaboración de la DC a partir de documentos de REPSOL (folio 2354)

- La documentación recabada en la inspección de la sede de REPSOL e incorporada en este expediente en los folios 35, 1136, 2352, 2353, 2357, 2362, 2372, 2379, 2385, 2386, 2391 y 2893 a 2924, relativa al seguimiento que hace el operador de los pvp en el entorno de Cerro de la Cabaña, muestra que la guerra de precios continúa durante todo el año 2012, con rebajas en relación al precio de referencia de hasta más de 10 cts, si bien a finales de diciembre el diferencial aplicado por REPSOL en las estaciones involucradas en esta acción respecto a su precio de referencia se reduce a tres céntimos. Esta reducción del descuento obedece, según se recoge en un correo interno de REPSOL de 20 de diciembre de 2012 enviado por el Gerente de Desarrollo Oil y Precios de REPSOL al Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal, a la voluntad de REPSOL de facilitar un acercamiento a, entre otros, los propietarios de la estación de Cerro de la Cabaña:

  "Con relación al tema "precios" en aquellos entornos especiales de Madrid (Cerro de la Cabaña […]) me gustaría saber tu opinión sobre la oportunidad de ir fijando la diferencia en -3 cts sobre la media del entorno teniendo en cuenta lo siguiente: […]
  Ver cómo reacciona el triunvirato ([AOH-FJVB-ATM]*) no olvidando que en breve tendremos que iniciar una negociación (…) y sería quizás un mensaje "no explícito" de buena voluntad ya que vendría en el marco general de los movimientos que tengamos que realizar a nivel diario. En el caso de que su reacción fuera "regular" volveríamos a los -5 cts dentro de los movimientos diarios normales"* (folios 2866 y 2867).

A partir de enero de 2013 los precios de Cerro de la Cabaña y de las EESS de REPSOL del entorno se igualan, estableciéndose en el nivel marcado por la referencia provincial de REPSOL menos tres céntimos. Esta igualdad se mantiene hasta principios de abril de 2013 (folios 2357, 2362, y 2925 a 2963).

Con fecha 21 de marzo de 2013 tuvo lugar una reunión entre representantes de REPSOL y D. ATM [administrador único CERRO DE LA CABAÑA S.L.], D. AOH[14] [administrador de la empresa SETOR, S.A., con varias EESS abanderadas por REPSOL en la Comunidad de Madrid] y D. FJVB [apoderado de CERRO DE LA CABAÑA S.L.].

Consta en el expediente el acta de esta reunión *("REUNIÓN GRUPO MADRID 21/MARZO/2013"),* que fue recabada en la inspección de la sede de REPSOL

[14] D. AOH figura en la base de datos Informa como apoderado de al menos 5 estaciones de servicio en la provincia de Madrid. No obstante la Dirección de Competencia no ha acreditado la existencia de ningún acuerdo o intercambio de información relacionados con sus estaciones de servicio.

(folios 1138 a 1140). Según consta en el acta, se trata de la *"tercera reunión, continuación de las celebradas el 14/01 y el 18/02".*

En relación a los precios de Cerro de la Cabaña, el acta recoge lo siguiente:

> *"PRECIOS: […] CERRO DE LA CABAÑA: Insiste* [FJVB] *en que su posición será siempre de al menos -2 cts frente a la referencia del entorno, aduciendo que es en lo que al menos se debe valorar la marca.*
>
> *Actualmente estamos igualados a -3cts vs entorno en FUNDOSA, ORTIZ, GPV VALLECAS y GILMASA.*
> *En este entorno es donde más daño dice AO que le estamos produciendo. Revisamos evolución de ventas […].*
> *El intento de aproximación de final de febrero, cuando nos situamos en -1cts, no tuvo el fruto esperado […]"* (folios 1138 y 1139).

Tras esta reunión, en correo interno de REPSOL de 22 de marzo de 2013 enviado por el Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL al Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal, se valora la situación *("desde la anterior reunión de fecha 18 de febrero de 2013 hemos percibido […] un endurecimiento de su posición negociadora" (folio 2367))* y se señala la siguiente línea de actuación:

> *"- Favorecer el clima de negociación, elevando los PVP en los entornos conflictivos de precio con afección directa a las EES de dichos subgrupos, hasta igualar, en 2 ó 3 movimientos los PVP moda/provincia.*
>
> *- se prevé que en las 3 EES sin imagen puedan posicionarse 1 ó 2 cts por debajo de nuestros PVP.*
>
> *- Posteriormente, transcurridos 5 ó 6 días, se mantendría una nueva reunión […]"* (folio 2368).

En un correo electrónico de fecha 26 de marzo de 2013 REPSOL enviado por el Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal al Gerente de Desarrollo Oil y Precios de REPSOL, hace referencia a un cambio en su política de precios en el entorno de Cerro de la Cabaña, dando por finalizada la guerra de precios y subiendo los precios:

> *"Se han recibido instrucciones de modificar las reglas de decisión en los entornos de Madrid que se incluyen en el detalle del correo. Dicha modificación supone lo siguiente […]:*
> ▪ ***Regla anterior:*** *rebaja mínima de 3 cts vs precio de referencia de Madrid, y evitar estar por debajo, igualando siempre lo antes posible al competidor.*
> ▪ ***Nueva regla:*** *ir reduciendo en 2/3 movimientos el diferencial hasta estar en todas las EESS a precio de referencia de Madrid. […]" (folio 2369).*

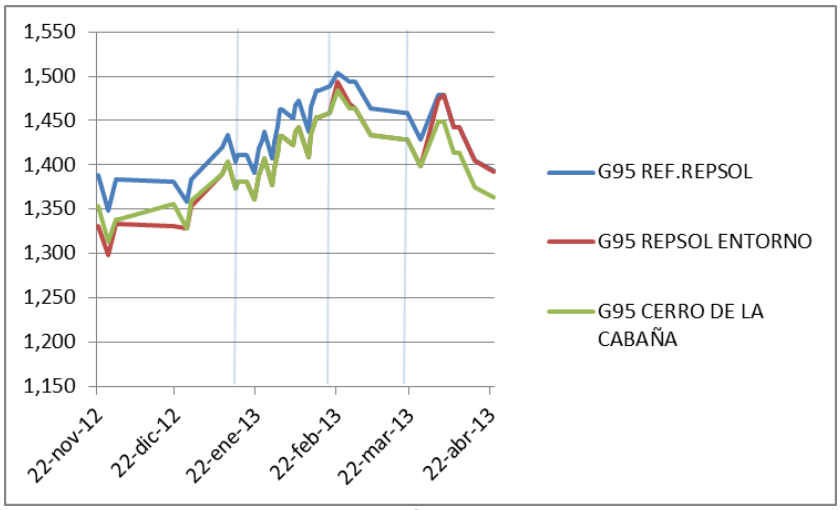
Los correos internos de REPSOL de abril de 2013 reflejan la aplicación de esta nueva regla. A partir de entonces tiene lugar un acercamiento progresivo de los precios de REPSOL en el entorno de Cerro de la Cabaña a la referencia provincial y un incremento relativo de precios. Así lo muestran los correos de 2 de abril de 2013, en el que para Cerro de la Cabaña se recoge una rebaja máxima de este entorno respecto a la referencia provincial de -0,5 cts para la gasolina 95 y de -0,5 cts para el gasóleo (folio 2377*),* y el correo de 4 de abril de 2013, donde la regla ya recoge una rebaja máxima en el entorno respecto a la referencia provincial de 0,0 cts para ambos productos (folio 2383), manteniéndose así dos semanas después (folio 2389).

En un correo interno de Cepsa de fecha 4 de abril de 2013 con asunto *"Grupo Madrid"* se hace referencia a este cambio de política: *"Para vuestra información, os comunico que la política de precios que hacía Repsol en las estaciones próximas al Grupo Madrid […] ha cambiado desde la semana pasada, situándose en unos precios más normales"* (folio 2416).

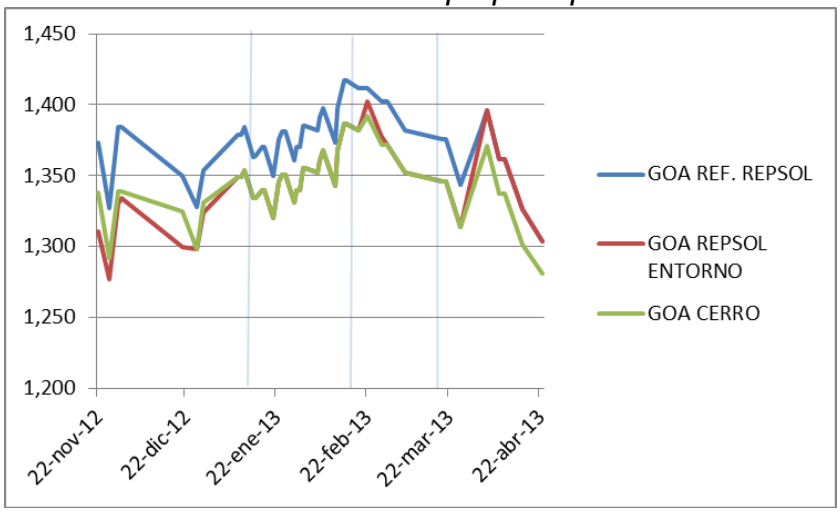
En los siguientes gráficos se recoge la evolución de los pvps de gasolina y gasóleo en el entorno de Cerro de la Cabaña desde mediados de noviembre de 2012 hasta finales de abril de 2013. Se han marcado con líneas verticales los momentos correspondientes a las 3 reuniones que mantuvieron REPSOL y los gestores de Cerro de la Cabaña mencionadas (14/01, 18/02 y 21/03 de 2013)

Gráficos 7 y 8. Evolución de los pvp diarios de G95 y GOA entre el 22 de noviembre de 2012 y el 23 de abril de 2013 en la ES de Cerro de la Cabaña y las EESS de REPSOL del entorno (GPV, Fundosa y Guibe), así como del precio de referencia REPSOL[15].

[15] Para la elaboración de estos gráficos se han utilizado los datos obtenidos de los cuadros de seguimiento elaborados por REPSOL. Se disponen de datos relativos a pvp para 44 días dentro del periodo señalado (folios 2407, 2357, 2362, 2372, 2379, 2385 y 2386, 2391 y 2893 a 2963).



PVP G95. Fuente: elaboración propia a partir de documentos internos de Repsol

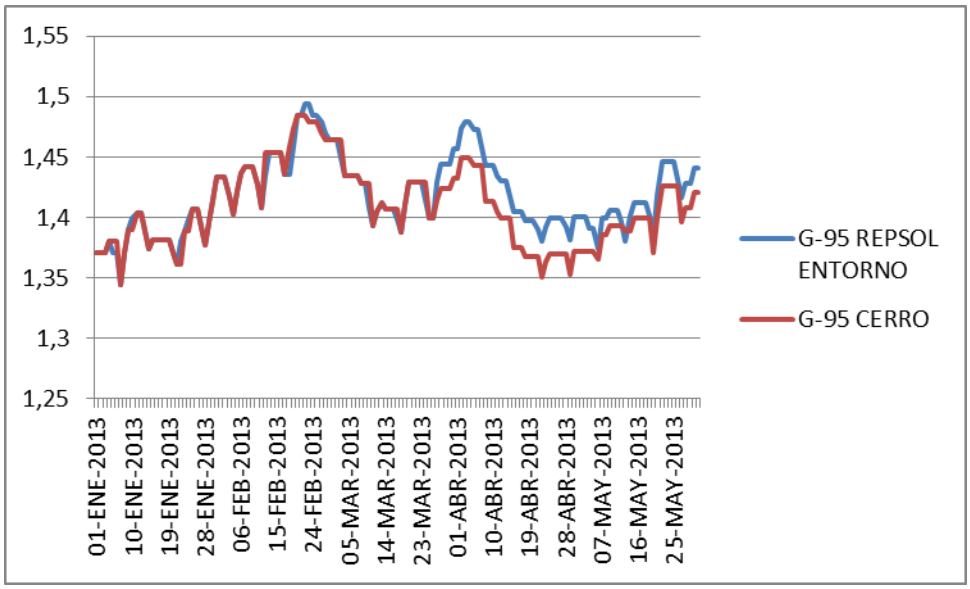


PVP GOA. Fuente: elaboración propia a partir de documentos internos de Repsol

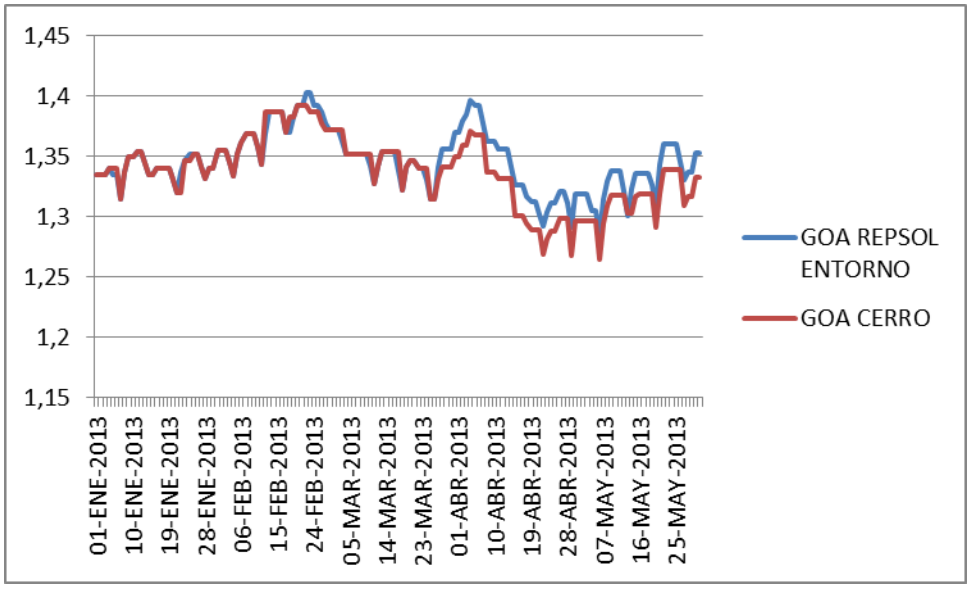
Los siguientes gráficos recogen la evolución de los precios de venta de G95 y GOA en el primer semestre de 2013 aportados por la Dirección de Energía de la CNMC. Los reflejan cómo a partir de la reunión de 21 de marzo de 2013 se pone fin a la guerra de precios en el entorno de Cerro de la Cabaña.

Gráficos 9 y 10. Evolución de los pvp diarios de G95 y GOA en el primer semestre de 2013 en las estaciones de Cerro de la Cabaña y las estaciones de bandera REPSOL del entorno[16]

[16] Estos gráficos están elaborados con los precios comunicados por las estaciones de servicio al Ministerio. Los precios de Cerro de la Cabaña son los comunicados por la propia estación, no por el operador. Los de las estaciones de servicio Repsol son comunicados por el propio operador (folios 2548 a 2572).



Fuente: DE de la CNMC



Fuente: DE de la CNMC

3.4. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE REPSOL Y ESTACIÓN DE SERVICIO MACAR, S.A. (CEA BERMÚDEZ)

La estación de MACARSA situada en Madrid, en el número 32 de la Calle Cea Bermúdez tuvo imagen REPSOL hasta octubre de 2012, en que firma un acuerdo de abanderamiento con BP. En un correo interno de REPSOL de 28 de octubre de 2012 enviado por el Director Ejecutivo del Área Comercial al Director General de Negocios, se hace referencia a este cambio:

> *"A continuación de lo que ya comentamos parece confirmarse que* [ATM] [Administrador único de CERRO DE LA CABAÑA S.L.] *[…] habrán llegado a la firma de dos contratos de abanderamiento con BP. Se trataría de la ES Etessa (ES doble en el km 7 de la NIV) y otra*[17] *[…]"* (folio 2396).

Y en el mismo correo de 28 de octubre de 2012 con asunto *"Fwd:* [ATM-FJVB]*: Tema BP"* REPSOL señala que *"[…] tenemos que preparar una respuesta a BP"* (folio 2396).

En correo de 26 de noviembre de 2012 sobre el seguimiento de determinadas acciones de precios en Madrid, en relación a MACARSA CEA BERMÚDEZ se señala lo siguiente: *"**GNAS**: **estamos a -1 cts €/lt en G95 y a -1 cts €/lt en G98. GOAS: estamos a -1 cts €/lt en GOA e+**. REBAJA MAX ENTORNO VS REF. MAD: -3,0 GNA 95 y -3,0 GOA"*[18] (folio 2405).

Según consta en correos internos de REPSOL de 9 de enero enviado por la Analista de Precios de Desarrollo de Negocio e Innovación al Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal entre otros, y 21 de marzo de 2013, enviado por [RMM] al Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal entre otros, (folios 2355 y 2361) sobre el seguimiento de determinadas acciones de precios en Madrid, se mantiene la misma acción de precios en relación a MACARSA CEA BERMÚDEZ.

En marzo de 2013 la rebaja se incrementa, tal y como se recoge en un correo de fecha 21 de marzo: *"**GNAS**: **estamos a -2 cts €/lt en G95 y a -2 cts €/lt en G98. GOAS: estamos a -2 cts €/lt en GOA e+**. REBAJA MAX ENTORNO VS REF. MAD: -3,0 GNA 95 y -3,0 GOA"* (folio 2361).

En la citada reunión de 21 de marzo de 2013 entre los representantes de REPSOL y de CERRO DE LA CABAÑA S.L. (el Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL junto con otros dos empleados de la empresa y el Administrador único de CERRO DE LA CABAÑA, el Administrador de la empresa SETOR, S.A. y el Apoderado de CERRO DE LA CABAÑA), y según se recoge en el acta, se cita el entorno de Cea Bermúdez en los siguientes términos:

> *"Entorno CEA BERMÚDEZ: Insistencia respecto a lo irracional por nuestra parte de bajar PVP en un entorno de este tipo en el centro de Madrid.* [ATM] *insiste en que él mantiene sólo un diferencial de 1 cts €/litro, esperando que*

[17] La otra estación de servicio con la que se acordó el abanderamiento con BP fue, precisamente, la de MACARSA.
[18] Las EESS del entorno MACARSA con las que Repsol desarrolla esta acción son la ES de Cesena (San Francisco de Sales, 44), GPV-Ríos Rosas (Ríos Rosas, 1) y Geslama-Oil (Bravo Murillo, 12).

nosotros ajustemos al alza. Que no entiende la guerra desatada contra él por haber cambiado de bandera" (folio 1138).

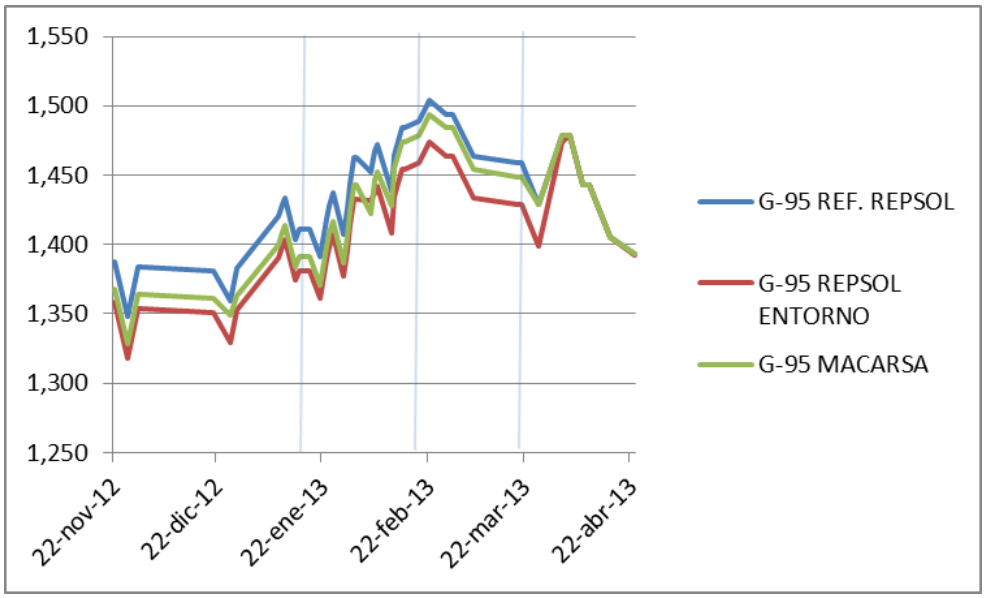
Según se refleja en el correo interno de REPSOL de 26 de marzo de 2013 enviado por el Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal al Gerente de Desarrollo Oil y Precios de REPSOL, el cambio aplicado por REPSOL a partir del 26 de marzo de 2013 también afecta al entorno de Cea Bermúdez, donde también se pone fin a la rebaja de precios,

> *"Se han recibido instrucciones de modificar las reglas de decisión en los entornos de Madrid que se incluyen en el detalle del correo. Dicha modificación supone lo siguiente […]:*
> ▪ ***Regla anterior:*** *rebaja mínima de 3 cts vs precio de referencia de Madrid, y evitar estar por debajo, igualando siempre lo antes posible al competidor.*
> ▪ ***Nueva regla:*** *ir reduciendo en 2/3 movimientos el diferencial hasta estar en todas las EESS a precio de referencia de Madrid. En caso de que el competidor se ponga por debajo, mantener precio de referencia de Madrid. No se ha establecido límite a esa posición"* (folio 2369)

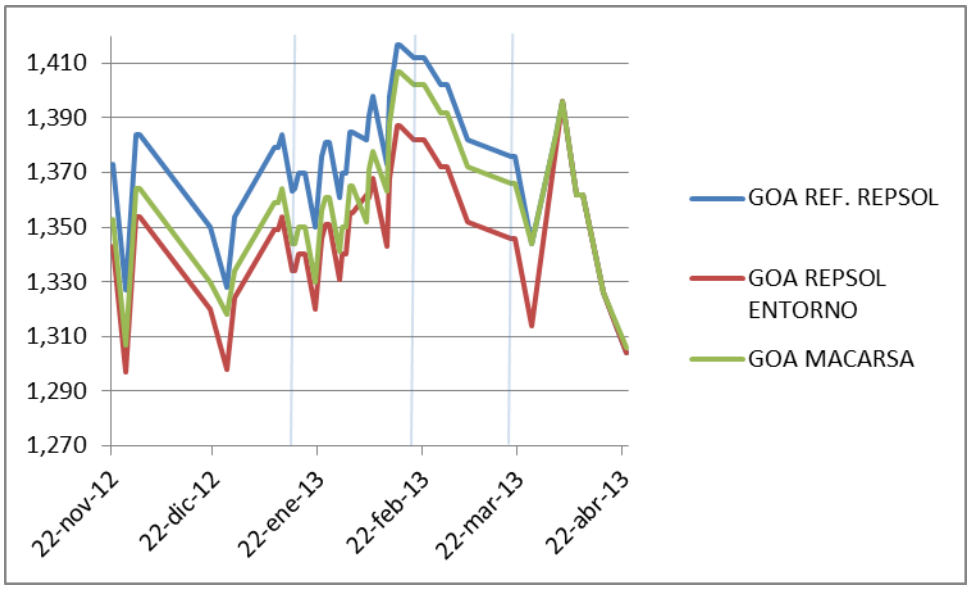
Tras la reunión de 21 de marzo de 2013 REPSOL elimina la rebaja que venía aplicando en el entorno sobre su precio de referencia provincial y MACARSA aplica precios iguales a los de REPSOL, eliminando el diferencial de 1 ct que mantenía esperando a que REPSOL *"ajustara al alza".* Tanto los precios de MACARSA como los que venía aplicando BP con anterioridad eran en general inferiores a esta referencia, como se ve en los siguientes gráficos, en los que también se han marcado con líneas verticales los momentos correspondientes a las tres reuniones que mantuvieron REPSOL y los gestores de MACARSA CEA BERMÚDEZ mencionadas (14 de enero, 18 de febrero y 21 de marzo de 2013).

Gráficos 11 y 12. Evolución de los pvp de G95 y GOA entre el 22 de noviembre de 2012 y el 23 de abril de 2013 en las estaciones de servicio de MACARSA CEA BERMÚDEZ (BP) y las estaciones de bandera REPSOL en este entorno (Cesena, Geslama y GPV-Ríos Rosas), así como del precio de referencia REPSOL[19].

[19] Para la elaboración de estos gráficos se han utilizado los datos obtenidos de los cuadros de seguimiento elaborados por REPSOL. Se dispone de datos relativos a pvp para 45 días dentro del periodo señalado (folios *2359, 2365, 2375, 2381, 2388, 2394 y 2964 a 3007*).



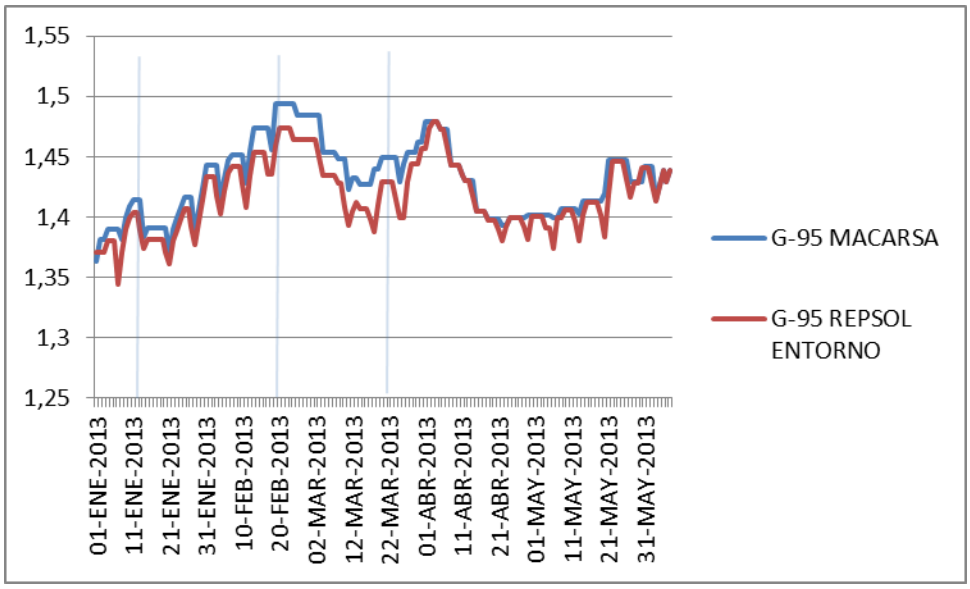
PVP G95. Fuente: elaboración propia a partir de documentos internos de REPSOL.



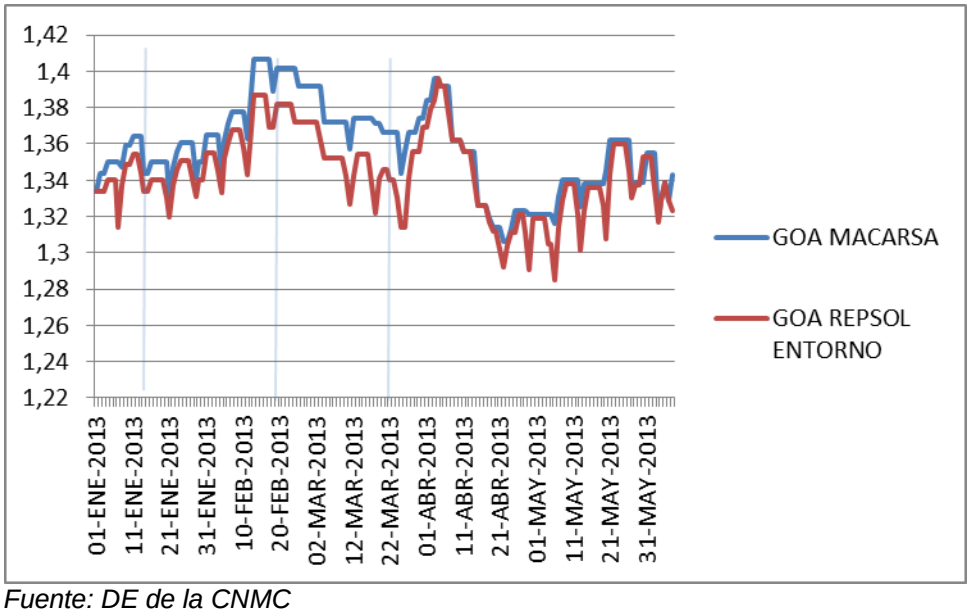
PVP GOA. Fuente: elaboración propia a partir de documentos internos de REPSOL.

En la información aportada por la Dirección de Energía en contestación al requerimiento de información de la DC se refleja cómo la guerra de precios en el entorno de MACARSA finaliza tras la reunión de 21 de marzo de 2013. A partir de este momento, los precios de las estaciones de ambas banderas se alinean.

Gráficos 13 y 14. Evolución de los pvp diarios de G95 y GOA en el primer semestre de 2013 en las estaciones de MACARSA CEA BERMÚDEZ y las estaciones de bandera REPSOL del entorno[20]



Fuente: DE de la CNMC



Fuente: DE de la CNMC

[20] Estos gráficos están elaborados con los precios comunicados por las estaciones de servicio al Ministerio. Los precios de MACARSA CEA BERMÚDEZ son los comunicados por la propia estación (folios 2573 a 2585) y los de las estaciones de REPSOL los comunicados por el operador.

3.5. COORDINACIÓN EN MATERIA DE PRECIOS ENTRE CEPSA Y ENERGÉTICOS ANDALUCÍA S.L.

Con fecha 20 de diciembre de 2012, D. AMM, gerente de ENERGÉTICOS ANDALUCÍA S.L., sociedad que gestiona al menos dos estaciones de servicio en Granada (C/San Jacinto 33 y C/ Luis Amador, 26), escribió a D. JLMM, Director de ventas directas de CEPSA, un correo en el que solicitaba una compensación por pérdidas alegando que *"en todo momento nuestra política comercial ha sido visada por vosotros"* y que *"Delegación en todo momento nos impulsaba a vender alegando que al final del año se compensarían dichas pérdidas, como era práctica habitual"* (folios 719 y 720).

El anterior correo es reenviado internamente por el Director de ventas directas de CEPSA con, entre otros, los siguientes comentarios:

> *"Nadie en esta organización ha transmitido que se debería vender a cualquier precio sin preocuparnos del margen […].*
> *La compensación únicamente puede venir dada por desajustes en el precio de venta a la filial y precios alternativos. […]"* (folio 719).

COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A.U. es el principal accionista de ENERGÉTICOS ANDALUCÍA, con una participación del 51%, según la información obtenida de la base de datos Informa.

3.6. COORDINACIÓN EN MATERIA DE PRECIOS ENTRE CEPSA Y ES CRUCE DEL CEDILLO S.L.

En Cedillo del Condado (Toledo) hay una estación con bandera CEPSA, que es gestionada por un tercero independiente (CRUCE DEL CEDILLO, S.L.). CEPSA no gestiona directamente ninguna estación de servicio en este entorno. Según el correo electrónico de fecha 22 de mayo de 2013 enviado por el administrador de la ES CRUCE DEL CEDILLO, el entorno competitivo está integrado por otras tres estaciones: una GALP (Carranque), una REPSOL (Yuncos) y una BP (Numancia) (folio 721).

En ese mismo correo de 22 de mayo de 2013, D. JMP, administrador de la ES CRUCE DEL CEDILLO S.L., situada en el punto kilométrico 17 de la carretera CM 404, en Cedillo del Condado (Toledo) remite un correo a D. EAL, Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA con el asunto *"política de precios 10609",* en el que comenta lo siguiente:

> *"Como sabes, por el tema de esta competencia en precios que tenemos por la zona, en enero o febrero estuvimos con* [BCG] *y contigo hablando del tema y se decidió subir los precios durante la semana y luego durante el fin de*

semana se bajaban un poco, a ver si la competencia se fijaba en nosotros y ellos también aflojaban y todos subíamos el precio. […]
Te escribo este correo porque el día 25 se acaba la promoción del precio mínimo, por lo que creo que podíamos volver a las tarifas de precio que teníamos antes […]" (folio 721).

3.7. INTERFERENCIAS EN LA POLÍTICA DE PRECIOS DE CEPSA EN SAX (ALICANTE) POR LOS ABANDERADOS.

En un correo de CC, Director de Explotación de CEDIPSA, a D. EAL, responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA de 19 de enero de 2012 relativo a la estación de servicio que CEPSA abrió en Sax (Alicante) en 2011, se señala lo siguiente:

"Las ventas diarias de Sax no acaban de arrancar […].
[…] Arrancamos con promoción del 6% pero se quejaron los abanderados de La Morenica y Vidal Rico y tuvimos que quitar la promoción. Tuvimos los 1,2 cts/litro para el profesional en la tienda y también tuvimos que quitarlo por quejas de los abanderados […].
[…] Estamos atados de pies y manos por lo que te pido que si en alguna reunión sale el tema «ya recurrente» de lo malos que somos frente a abanderados y gestores, con este caso también podamos explicar LOS SACRIFICIOS QUE HACEMOS en el sentido contrario" (folio 2412).

3.8. COMUNICACIONES ENTRE BP Y OPERADORES DE SU RED DE DISTRIBUCIÓN RELATIVAS A PRECIOS

En la inspección llevada a cabo en la sede de BP entre el 22 y el 24 de julio de 2013 se recabaron una serie correos electrónicos fechados entre el 22 de enero y el 25 de junio de 2013 en los que se hacía referencia a acuerdos y negociaciones relativos a precios entre BP y gestores de estaciones de servicio de su red abanderada (folios 966 a 994), como por ejemplo:

"Después de las reuniones mantenidas […] hemos llevado a cabo diferentes acciones con el departamento de precios para ser competitivos en las diferentes zonas: […] Bajamos toda la zona […] para adecuar nivel de precios a la competencia […]" (folio 968)

"Quería comentar cómo estamos con los precios del […]. He mirado las 4 estaciones que menciona en su e-mail abajo: […] Respecto a la cara estamos -5 milésimas de media por debajo y respecto a la barata +4 milésimas por encima (estas dos estaciones están una enfrente de la otra). […] Está preciando por debajo de nuestras estaciones también (por cuenta propia)" (folios 970 y 971).

"Por favor, confírmame algo antes de que me encuentre yo con (…) para que el mensaje que le llegue a (…) sea bueno, de que estamos trabajando en ello y preciándoles correctamente" (folio 972).

"Ayer estuvimos reunidas con (…) y éstas son las estaciones donde necesitamos trabajar un poco más en el tema de precios. (…) Reconoció que los precios respecto a la competencia en enero y febrero han mejorado pero que todavía en varias estaciones estamos por encima de la competencia" (folio 974).
"(…) es la única estación que no he mencionado dado que hemos definido dos zonas diferentes ahora y prefiero ver las diferencias de precios que vamos a tener en (…) para poder encauzar la conversación por un lado o por otro" (folio 981).

"Te envío un resumen de lo acordado durante las reuniones del jueves 30 de mayo y hoy día 3 de junio. Pongo los comentarios abajo en rojo. Han quedado sin resolver 5 estaciones […]" (folio 983).

"La (…) lleva sin cambiar los precios semanas, le he pedido a (…) que lo mire todos los días (folio 985).

[…] Solución: no preciar por encima de las (…) para no perder a los clientes que se mueven por allí y así acortar las distancias con la (…)" (folio 986).

"Por favor, volved al acuerdo que teníamos con (…). Está claro que la estación entre el precio y el (…) está sufriendo" (folio 994).

"Seguimos misma línea […]. Verificar precio y ajustar por favor para informar a la estación. Saludos" (folio 994).

La red de distribución de combustibles con bandera BP está integrada fundamentalmente por estaciones de servicio en vínculo DODO y CODO/FO. Según BP, el número de estaciones gestionadas directamente por el operador es marginal: en el periodo referido, BP sólo tenía 2 estaciones COCO (folio 3714).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la

Competencia (LCNMC), 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 del TFUE:

1. **REPSOL S.A.**: las prácticas anticompetitivas acreditadas imputables a REPSOL son:
    - Acuerdo entre REPSOL y las empresas del grupo Lence LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. para la coordinación de los precios de venta al público en sus estaciones de servicio en el entorno de Lugo alcanzado en abril de 2013.
    - Acuerdo entre REPSOL y ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. en diciembre de 2012 en virtud del cual REPSOL se comprometió a no aplicar en la ES 96808 de Espinardo descuentos superiores a 3 cts/l.

- Intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA, S.L. en una reunión mantenida el 21 de marzo de 2013.

No se imputa a REPSOL el intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público con MACAR S.A. ya que la DC no considera acreditado que los participantes en dicha reunión ostentaran la representación legal de MACAR S.A.

2. **LENCE TORRES S.L. Y COMPLEJO SAN CRISTOBAL S.L.:** la práctica anticompetitiva acreditada imputable a LENCE TORRES Y COMPLEJO SAN CRISTOBAL es:

   - Acuerdo entre REPSOL y las empresas del grupo Lence LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. para la coordinación de los precios de venta al público en sus estaciones de servicio en el entorno de Lugo alcanzado en abril de 2013.

3. **ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ S.L.:** la práctica anticompetitiva acreditada imputable a ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ es particularmente:

   - Acuerdo entre REPSOL y ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. en diciembre de 2012 en virtud del cual REPSOL se comprometió a no aplicar en la ES 96808 de Espinardo descuentos superiores a 3 cts/l.

4. **CERRO DE LA CABAÑA, S.L.:** la práctica anticompetitiva acreditada imputable a CERRO DE LA CABAÑA es:

   - Intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA, S.L. en una reunión mantenida el 21 de marzo de 2013.

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, en línea con la propuesta de la DC, 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 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".

Las razones expuestas por el antiguo TDC respecto a conductas de naturaleza vertical han sido reiteradas por las sucesivas autoridades de competencia españolas tanto en expedientes referidos a este tipo de conductas (como por ejemplo, el expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, finalizado mediante Resolución de 30 de julio de 2009) como en casos relativos a conductas de naturaleza horizontal (como en la reciente Resolución de 20 de febrero de 2015, relativa al expte. S/0474/13 Precios de combustibles de automoción, relativa a diversos acuerdos horizontales entre las principales operadoras petrolíferas presentes en España). Las mismas razones deben aplicarse, por ello, al examinar las conductas de naturaleza horizontal investigadas en el presente expediente que, por su alcance y características, afectan a distintas Comunidades Autónomas que constituyen una parte significativa del mercado nacional.

A este respecto no pueden dejar de señalarse las especiales características del mercado español de distribución minorista de combustibles, ampliamente analizado en diversos informes de las antiguas CNC y CNE que han sido anteriormente reseñados. Dicho mercado, como exponen claramente los citados informes, se caracteriza por la existencia de sucesivas y amplias redes de contratos de exclusividad con estaciones de servicios que se extienden a todo el territorio nacional y están encabezadas por las principales operadoras mayoristas de combustible con capacidad de refino en España (REPSOL, CEPSA, BP), alcanzando en 2011, según la CNE, "*el 60% de las estaciones de servicio en España y el 63% en términos de ventas*"[21].

Los Tribunales comunitarios han destacado que la existencia de redes de contratos de exclusividad semejantes a las descritas, que alcanzan la totalidad del territorio de un estado miembro, pueden impedir la penetración de competidores procedentes de otros Estados miembros y, así, consolidar compartimentaciones de carácter nacional y perjudicar el comercio entre Estados miembros.

Así lo expone claramente el Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General) en su sentencia de 8 de junio de 1995, en el asunto T-7/93 (Langnese Iglo GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas).

[21] Informe CNE *"El mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio, 10 de octubre de 2012*".

"119 […] hay que recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, para poder perjudicar al comercio entre los Estados miembros a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, un acuerdo entre empresas debe permitir prever con un grado suficiente de probabilidad, partiendo de un conjunto de elementos objetivos de hecho y de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre los Estados miembros y ello de manera que haga temer que podría obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros (véase, recientemente, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1994, Parker Pen/Comisión, T-77/92, Rec. p. II-549, apartado 39, y también la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 22).

120 A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia considera que el efecto acumulativo que resulta de la existencia de una red de contratos de exclusividad, que se extiende a todo el territorio de un Estado miembro y cubre aproximadamente el [...] % del mercado de referencia (véase el apartado 105 supra), puede impedir la penetración de competidores procedentes de otros Estados miembros y, en consecuencia, consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando así la interpenetración económica que pretende establecer el Tratado (véase, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1972, Cementhandelaren/Comisión, 8/72, Rec. p. 977)".

En el presente caso, el efecto acumulativo de las redes paralelas de contratos de exclusividad, se ven reforzados por las prácticas anticompetitivas investigadas y sancionadas en anteriores expedientes de competencia (expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP y expte. S/0474/13, PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN) y también por las prácticas colusorias investigadas y acreditadas en la presente resolución. Todas y cada una de estas prácticas (cuya existencia, en lo que se refiere al expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en las recientes sentencias de 22 de mayo y 2 de junio de 2015) acrecientan la inexpuganiblidad del mercado español de distribución minorista de combustibles, consolidando la compartimentación del mismo dentro del mercado europeo, con la consiguiente afectación del comercio entre los Estados miembros.

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 la 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], KMEGermany 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 distintas infracciones muy graves de la LDC por parte de REPSOL, LENCE TORRES, S.L., COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. y CERRO DE LA CABAÑA.

En concreto la DC 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 entre REPSOL y las empresas del grupo Lence LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. para la coordinación de los precios de venta al público en sus estaciones de servicio en el entorno de Lugo alcanzado en abril de 2013.*
2. *Acuerdo entre REPSOL y ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. en diciembre de 2012 en virtud del cual REPSOL se comprometió a*

no aplicar en la ES 96808 de Espinardo descuentos superiores a 3 cts/l.

3. *Intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA, S.L. en una reunión mantenida el 21 de marzo de 2013.*

Segundo. Que se declare responsable de dichas infracciones a REPSOL, S.A. por las conductas del apartado 1, 2 y 3, a las empresas del grupo Lence LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L por la conducta del apartado 1, a ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. por la conducta del apartado 2, y 3, a CERRO DE LA CABAÑA, S.L por la conducta del apartado.

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, LENCE TORRES, S.L., COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L., ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. y CERRO DE LA CABAÑA entre los años 2012 y 2013, constituyen distintas prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. Ha quedado acreditado que se han producido una serie acuerdos de coordinación en materia de precios así como intercambios de información estratégica relativa a precios, entre un operador mayorista y diversos gestores independientes que pertenecen o han pertenecido a su red abanderada.

Por tanto, la DC considera que los acuerdos o intercambios de información se han producido entre miembros de una misma red empresarial de distribución. Estas redes empresariales son sistemas de cooperación empresarial que integran a varias empresas jurídicamente independientes que sostienen a la vez relaciones de cooperación y de competencia entre ellas.

Cabe señalar que el efecto inmediato de los acuerdos e intercambios de información en este tipo de redes es una reducción sustancial de la competencia intramarca, eliminándose la incertidumbre en cuanto a la política de precios del competidor necesaria para el correcto funcionamiento del mercado. En un mercado muy transparente y caracterizado por la presencia de tres grandes operadores verticalmente integrados que concentran más de un 60% del mercado

de distribución minorista[22] el debilitamiento de la competencia intramarca es particularmente perjudicial y los efectos son graves.

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 conducta desarrollada por REPSOL Y MACARSA, descrita en el apartado 3.4 de los Hechos Acreditados, la DC en su P.R. concluye afirmando "*en la medida en que esta Dirección acepta que MACARSA no estuvo representada en la reunión y que, por lo tanto, no puede imputársele ningún intercambio de información derivado de manifestaciones realizadas en la misma y que procede el archivo de las actuaciones en lo referente a estos hechos, no sería necesario entrar a analizarlas".*

  Al aceptar que MARCARSA no estuvo representada en las reuniones acreditadas, la DC modifica la calificación jurídica efectuada en el PCH en relación con los hechos acreditados relativos a los contactos mantenidos entre REPSOL y la ES MACARSA, en los siguientes términos:

  (i) Se modifica la calificación jurídica de los contactos entre REPSOL y ESTACION DE SERVICIO MACAR, S.A., relativos al intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público en una reunión mantenida el 21 de marzo de 2013, considerándose que no queda acreditado que el asistente a dicha reunión, D. [ATM], *hijo del administrador único de MACARSA, tenga formalmente capacidad para representar a MACARSA ni para obligarse en su nombre, considerándose que no queda acreditada por tanto 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]

- Con respecto a las conductas desarrolladas entre CEPSA y empresarios que operan en su red de distribución, descritas en los apartados 3.5, 3.6 y 3.7. de los Hechos Acreditados, la DC finalmente no imputa a dichas empresas en el PCH, por los siguientes motivos (folio 5282):

  - En relación con la correspondencia electrónica entre CEPSA y ENERGÉTICOS ANDALUCÍA: la DC entiende que no cabe la aplicación de una infracción del artículo 1 de la LDC o 101 del TFUE en la medida en que estos artículos sólo se aplican a acuerdos entre operadores independientes y en el presente expediente ha quedado

[22]Según el Informe de la CNE de 10 de octubre de 2012 titulado "*El mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de Estaciones de Servicio*", éste se caracteriza por la concentración del mercado minorista de grupos con refino, que detentan una cuota del 60% en número de estaciones de servicio y del 63% en ventas.

acreditado que CEPSA es accionista mayoritario de ENERGÉTICOS ANDALUCÍA, con una participación superior al 50%, por lo que ambos operadores son considerados parte de la misma empresa por el derecho de defensa de la competencia.

- En relación con las comunicaciones entre CEPSA y la ES CRUCE DEL CEDILLO: la DC estima que no ha quedado acreditado que CEPSA gestione directamente ninguna ES en el entorno competitivo de CRUCE DEL CEDILLO, por lo que dicha conducta no caería dentro del ámbito de las investigadas en este expediente.
- En relación con el acondicionamiento de la política comercial de la ES de CEPSA en Sax (Alicante) por las abanderadas del operador en el entorno: la DC considera que no ha quedado acreditada la existencia de una infracción de competencia, en tanto que no constan reuniones en las que se haya discutido sobre precios de venta al público y existe una explicación económica alternativa a la concertación.

- Con respecto a las conductas desarrolladas entre BP y operadores de su red de distribución relativas a precios, descritas en el apartado 3.8 de los hechos Acreditados, la DC finalmente no imputó a dicha empresa en el PCH.

  La DC considera, por un lado, que BP ha probado que las comunicaciones con los gestores de su red se referían a precios mayoristas y no a precios de venta al público. Y, por otro lado, que la estructura de la red de distribución de BP está integrada por ES cuyo vínculo contractual con BP es “DODO” y “CODO”, por lo que las relaciones entre BP y sus abanderados serían de carácter vertical y, por tanto, no comprendidas dentro del objeto del presente expediente (folio 5283).

CUARTO. Alegaciones presentadas a la propuesta de resolución

De conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 18 de noviembre 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 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.

Las empresas imputadas han presentado alegaciones a dicha Propuesta de Resolución, algunas de ellas coincidentes, que a continuación son contestadas por esta Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

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

4.1.1. Sobre la calificación de las conductas como acuerdos horizontales (Repsol folio 5384)

REPSOL afirma que la propia DC reconoce que los acuerdos existentes entre REPSOL y las EESS de su red son de naturaleza vertical aunque ello no le impida apreciar una dimensión horizontal *"que pretende aislar para su imputación como un acuerdo horizontal"* (folios 5385 y 5386). Así, considera que la DC aprecia y califica los hechos erróneamente y que en el caso del Grupo LENCE y la ES LORQUI en las fechas a las que se refiere la DC, REPSOL tenía suscritos con ambos contratos de comisión por cuenta ajena tipo CODO, por lo que estas empresas le prestaban servicios de intermediación en la venta de combustible a cambio de una comisión pactada (folio 5386). Añade que el que REPSOL también distribuyera en sus entornos directamente combustible a través de otras EESS tipo CODO o DODO es irrelevante, ya que esa dimensión horizontal no afecta a la dimensión vertical de la relación existente entre REPSOL y las EESS gestionadas por empresarios independientes (folio 5386). Indica, además, que las Directrices Verticales de la Comisión Europea contemplan la posibilidad de que una empresa opere en más de un plano de la cadena de producción o distribución y que calificar dichos acuerdos verticales como horizontales constituye un error de hecho por parte de la DC (folios 5386 a 5388).

Asimismo, entiende que la DC reconoce que los acuerdos entre REPSOL y las EESS de su red tenían un objeto legítimo y que las EESS tuvieron libertad para establecer el precio de venta de forma autónoma (folio 5388). No obstante, expone que, a pesar de ello, *"la DC pretende hacer abstracción de la realidad jurídica y económica aislando conductas de forma artificiosa e inadmisible"* (folio 5390) y que, por tanto, *"el razonamiento de la DC basado en la selección arbitraria de los hechos (…) y la adulteración del contexto real y de la naturaleza de las relaciones entre las partes es arbitrario e ilegal"* (folio 5391)

Concluye que la DC aprecia y califica los hechos erróneamente al entender que las conductas analizadas tienen carácter horizontal en lugar de naturaleza vertical (folio 5392).

LORQUI alega que, durante el período en el que se imputa la infracción, el régimen de suministro contratado con REPSOL era el de comisión, por lo que no puede considerarse a este operador como su competidor (folio 5436).

CERRO DE LA CABAÑA afirma que las reuniones a las que asistieron sus "gestores" versaban sobre la prórroga de determinados contratos de abanderamiento de REPSOL que afectaban a otras EESS de las cuales dichos

"gestores" eran administradores. Por tanto, concluye que lo tratado en las mismas fueron asuntos verticales exclusivamente, sólo concernientes a relaciones entre operador y los dueños de determinadas gasolineras, sin que se abordaran temas de carácter horizontal (folio 5333).

Respuesta de la Sala

Esta Sala entiende que las anteriores alegaciones deben de ser desestimadas por los siguientes motivos.

Las prácticas imputadas en este expediente tienen lugar entre REPSOL y empresarios independientes que operan o han operado en sus redes de distribución. Es preciso tener en cuenta que REPSOL es un operador petrolífero integrado verticalmente, presente tanto en el mercado de suministro mayorista de combustibles de automoción como en el de venta minorista a través de sus propias EESS y que los empresarios independientes a los que se hace referencia operan únicamente en este último mercado. En concreto, las EESS de LORQUI y del Grupo LENCE operan bajo contratos de comisión en exclusiva para la comercialización de combustibles y carburantes en los que asumen riesgos comerciales, mientras que la ES CERRO DE LA CABAÑA estuvo abanderada por REPSOL hasta febrero de 2012, ostentando en la actualidad imagen blanca.

En relación con esta última ES, CERRO DE LA CABAÑA, el intercambio de información que se le imputa tiene lugar en marzo de 2013, fecha en la que esa estación ya tenía imagen blanca. Por tanto, en esa fecha CERRO DE LA CABAÑA no pertenecía a la red de distribución de REPSOL. Esto es, no puede mantenerse que dicho intercambio de información tenía carácter vertical, dado que en ese momento REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA competían directamente en el mercado minorista de venta de combustible sin ningún tipo de relación vertical. REPSOL llega a reconocer que se trataba de un competidor (folio 5420) pero indica, al igual que CERRO DE LA CABAÑA, que el objeto de la reunión de 21 de marzo de 2013 era lícito por estar basado en la continuidad de determinados contratos de abanderamiento con REPSOL que afectaban a otras EESS, sitas en las provincias de Madrid y Toledo, entre las que no se encontraba CERRO DE LA CABAÑA (folios 5416 y 5333). No obstante, como manifiesta la DC y comparte esta Sala, dicho intercambio de información se considera anticompetitivo y afectaba tanto a REPSOL como a CERRO DE LA CABAÑA, tal y como se expone en el apartado 4.1.4 de este fundamento jurídico, al que esta Sala se remite. Por tanto, en este caso, la evidencia muestra que nos encontramos ante conductas anticompetitivas de carácter horizontal.

La situación es diferente en lo relativo a las EESS LORQUI y LENCE y su relación con REPSOL. En estos casos, dichas EESS tienen firmados contratos de

comisión en exclusiva para la comercialización de combustibles y carburantes con REPSOL (folios 4600 a 4614 y 4580 a 4596, respectivamente).

Ambos contratos recogen en el apartado primero de su cláusula quinta que *"El COMISIONISTA comercializará los combustibles y carburantes en nombre y por cuenta de REPSOL COMERCIAL, en el precio y demás condiciones fijados por la misma como principal y propietario de los productos. No obstante, el agente comisionista tendrá plena libertad para repartir su comisión con los clientes, por lo que podrá reducir el precio efectivo pagado por éstos, mediante incentivos a su cargo, sin disminuir los ingresos a abonar a REPSOL COMERCIAL como principal, que se corresponderán con la integridad del precio fijado por ésta"* (folios 4603 y 4583). Por tanto, se trata de contratos firmados por REPSOL con empresarios independientes en los que éstos deben de tener libertad suficiente para poder establecer su propia política comercial y así poder competir tanto con otros empresarios independientes como con REPSOL, sin que éste pueda fijar, recomendar o incidir, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible. En base a esto último y de acuerdo con la DC existe, por tanto, una dimensión vertical en dicha relación, en la que REPSOL es proveedora de las EESS, pero también una horizontal, dadas las EESS propias de REPSOL. En dicha dimensión horizontal REPSOL compite directamente con LORQUI y LENCE en el mercado minorista de distribución de combustible de automoción en EESS. Esta Sala no niega, por tanto, que exista una relación vertical entre REPSOL y LORQUI y LENCE, lo que se niega es que la conducta que se les imputa sea subsumible en dichas relaciones.

Esto es, las prácticas imputadas a REPSOL vienen referidas a: (i) un acuerdo entre este operador y LENCE para la coordinación de los precios de venta al público en sus EESS en el entorno de Lugo y (ii) un acuerdo entre REPSOL y LORQUI en el que REPSOL se comprometió a no aplicar descuentos superiores a 3 céntimos/litro en la ES 96808 de ESPINARDO. Por tanto, se trata de acuerdos que versan sobre precios de venta al público y descuentos, que no quedan amparados por la relación vertical de suministro. En virtud de los contratos suscritos, REPSOL podía negociar legítimamente con estas EESS en relación con el precio máximo que les imponía, pero no en relación con sus condiciones comerciales. Motivo por el que las mismas deben incardinarse en relaciones horizontales entre competidores ilegítimas. La inclusión de dichas condiciones comerciales en las negociaciones mencionadas supone, cuanto menos, un intercambio de información anticompetitivo, como se argumenta en los apartados 4.1.2 y 4.1.3 de este fundamento jurídico.

Así, como han venido considerando los extintos TDC y CNC y afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2010 *"es un hecho que formalmente las EESS pueden alejarse del precio máximo/recomendado por la OP, tal y como reconocieron los extintos SDC y TDC en las tantas veces citadas*

resoluciones de los expedientes 490/00 y RTDC 493/00". En términos similares se ha manifestado la CNMC, como indica la DC, en su Resolución de 20 de diciembre de 2013, en el Expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP:

"- En el caso de que la estación de servicio asuma riesgos significativos, con independencia del tipo de contrato y su denominación, éste queda sometido a la normativa de competencia, siendo la propia estación de servicio la que ha de establecer de manera autónoma su propia política comercial y por tanto el precio de venta al público.

- Lo anterior no impide que, en el caso de comisionistas sujetos a la normativa de competencia por asumir riesgos significativos (denominados en el sector "agentes impropios" o "comisionistas impuros"), el operador pueda establecer un precio de venta al público máximo, siempre y cuando éste no actúe como fijo y que, por lo tanto, la estación de servicio pueda hacer descuentos con cargo a su comisión.

- Por el contrario, en el caso de revendedores la fijación de un precio de venta al público, aunque éste sea máximo, supone una infracción del artículo 1 de la LDC. En este supuesto sólo es lícito el establecimiento de precios recomendados" (subrayado añadido).

Por tanto, REPSOL no puede afirmar que la propia DC reconoce que los acuerdos existentes entre REPSOL y las EESS de su red son de naturaleza vertical (folio 5385). Se insiste, lo que la DC señala y esta Sala comparte es que los contratos de suministro a los que se ha hecho mención establecen una serie de relaciones verticales entre operador y comisionistas dentro de las cuales puede admitirse la negociación de determinadas cuestiones concretas. Sin embargo, lo que la DC acierta a considerar como anticompetitivo y esta Sala también, es la negociación sobre las condiciones comerciales de esas EESS o respecto a otras EESS gestionadas o abanderadas, totalmente ajenas a la relación vertical que invoca REPSOL. En la medida, pues, que los acuerdos que se imputan a REPSOL, LORQUI y LENCE se entienden insertos dentro de materias consideradas no negociables, ni la DC ha reconocido que los mismos sean de naturaleza vertical ni esta Sala lo considera así.

Por los mismos argumentos, no puede aceptarse que REPSOL afirme que la DC reconoce que los acuerdos entre REPSOL y las EESS de su red tenían un objeto legítimo (folio 5388). Tampoco que las EESS tuvieron libertad para establecer el precio de venta de forma autónoma, en concreto, el Grupo LENCE. Así, si bien la DC señala al respecto que a pesar de lo tratado en la reunión de 17 de abril siguió existiendo "cierta" competencia intramarca, también indica que ésta es menor tras dicha reunión, ya que LENCE contaba con la certeza de que REPSOL mantendría sus precios de venta al público en el mismo nivel que el precio máximo recomendado, reduciendo así los incentivos de LENCE a aplicar descuentos

significativos, lo que provoca tanto un daño a la competencia en el mercado como a los consumidores

El hecho, por tanto, de que los acuerdos tengan lugar entre el operador y gestores independientes que pertenecen a su red abanderada provoca un efecto inmediato de reducción sustancial de la competencia intramarca. Esta reducción es especialmente perjudicial en un mercado en el que la competencia intermarca es muy limitada y que se caracteriza por su gran transparencia y por la presencia de tres grandes operadores verticalmente integrados que concentran más de un 60% del mercado de distribución minorista y en el que se ha acreditado la existencia de prácticas anticompetitivas de fijación indirecta de precios realizadas por dichos tres grandes operadores.

Por último, si bien es cierto, como dice REPSOL, que las Directrices Verticales de la Comisión Europea contemplan la posibilidad de que una empresa opere en más de un plano de la cadena de producción o distribución (folios 5386 a 5388), también lo es que el párrafo 12 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (*Directrices horizontales de la Comisión)* señala que *"Los acuerdos celebrados entre empresas situadas en niveles distintos de las cadenas de producción o distribución, es decir los acuerdos verticales, se rigen en principio por el Reglamento (UE) n 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas («el Reglamento de restricción de categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas») y por las Directrices sobre restricciones verticales. No obstante, puesto que los acuerdos verticales, por ejemplo, los de distribución, son concluidos entre competidores, los efectos del acuerdo sobre el mercado y los posibles problemas de competencia pueden ser similares a los acuerdos horizontales".*

4.1.2. Acuerdo entre REPSOL y el GRUPO LENCE en materia de coordinación de los precios de venta al público en sus EESS en el entorno de Lugo alcanzado en abril de 2013

REPSOL, en relación con el objeto de la conducta, señala que la DC no puede considerar que el mismo fuera eliminar la competencia intra-marca y obviar que la conducta de REPSOL tiene un objeto pro-competitivo: competir con CEPSA (folios 5400 a 5405).

Añade que las pruebas documentales no acreditan que el objeto de la conducta sea la coordinación en precios de las EESS del entorno, incluidas las del Grupo LENCE, y que la DC, a pesar de reconocer el lenguaje ambiguo o confuso de los correos, no efectúa una valoración conjunta de las mismas. De este modo,

considera que la valoración de la DC sobre las pruebas es parcial ya que se basa en una selección de los hechos. En este sentido, menciona dos correos electrónicos, uno de 9 de mayo y otro de 18 de abril, ambos de 2013, que demuestran que el objeto de la conducta era competir con CEPSA. Insiste en que los correos electrónicos a los que hace mención la DC no revelan intención alguna de REPSOL en disuadir al Grupo LENCE de aplicar descuentos en el precio de venta, sino que en ellos se pretendía evitar que REPSOL tuviera que asumir dicho descuento y que el Grupo LENCE no abandonara su contribución a un descuento compartido (folio 5401).

Concluye que la prueba demuestra que la actitud de REPSOL fue competitiva, fomentando la competencia inter-marca y sin limitar la competencia intra-marca (folio 5404 y 5405).

Por su parte, el Grupo LENCE cuestiona la veracidad de las pruebas en las que se sustentan los cargos, correos electrónicos y gráficos (folio 5211 a 5213).

Asimismo, alega que obran en el expediente otros correos electrónicos no mencionados por la DC que matizan el contenido de los utilizados como prueba de cargo y demuestran que no hubo acuerdo alguno entre REPSOL y LENCE y que, por tanto, son exoneratorios para el Grupo LENCE (folios 5215 a 5225).

Por último, LENCE considera que no puede acusársele de intercambio de información con REPSOL en la medida en que no ha dado ni ha obtenido información relevante capaz de reducir la competencia (folios 5226 y 5227).

Respuesta de la Sala

En relación con las alegaciones que vierte REPSOL respecto al objeto de la conducta, esta Sala entiende que deben ser desestimadas.

Así, esta Sala no niega que los correos a los que REPSOL hace referencia en sus alegaciones traten fundamentalmente de su estrategia competitiva frente a los precios establecidos por uno de sus competidores, CEPSA, pero lo cierto es que entre ellos también se incluyen, dentro de esa estrategia, referencias tanto a un intercambio de información confidencial como un acuerdo de coordinación de precios con el Grupo LENCE, como demuestran las pruebas obrantes en el expediente.

En primer lugar, los diferentes correos que obran en el expediente evidencian cómo REPSOL no trata su política comercial frente a CEPSA al margen de una actuación concertada con el Grupo LENCE en Lugo, sino que ésta última queda insertada en la misma dada la *"relevancia que el […] tiene para la […]"* (folio 93) por el alto porcentaje de la cuota de ventas de este Grupo en Lugo [*"un* [30-40%]

de la cuota de ventas de Lugo (y el [60-70] *% de la cuota de ventas de REPSOL en Lugo)"* (folio 96)] que lo convierte en el *"[…]"*, en referencia a la Delegación Regional 6 de REPSOL (folio 98).

Así, el correo de 17 de abril de 2013, en cuyo asunto se señala *"REUNION DIRECTOR CON GRUPO LENCE 15-04-13. REVISION DE PRECIOS"* (folio 94), es indicativo de ello. En este correo, que el Jefe de desarrollo comercial en la delegación regional de Repsol Comercial en A Coruña envía, entre otros, al Jefe de Precios en REPSOL CPP, se reconoce explícitamente que en la reunión que uno de los directivos del Grupo REPSOL mantuvo con el titular del Grupo LENCE se informó de que los precios de venta al público de REPSOL debían ser iguales en todas sus EESS y estar alineados con los de CEPSA ES 34093, sin ser superiores (folio 94). Así, en la medida en que REPSOL puso en conocimiento del Grupo LENCE la política de precios de venta al público que iba a aplicar en sus EESS, considerada como secreto comercial por 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 de la Comisión*), facilitó información confidencial a un competidor. Como indica la DC, ese intercambio de información no podía considerarse lícito en tanto que no trataba de los precios máximos recomendados por el operador al comisionista, sino de los precios de venta al público a aplicar por el primero.

Sobre este tipo de intercambio de información se manifiestan las *Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal* (en adelante, *las Directrices horizontales*), que indican en su párrafo 58 que pueden restringir la competencia *"el intercambio de información también puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores".* En este caso, las EESS de REPSOL compiten directamente con las EESS del Grupo LENCE, por lo que este intercambio de información permitía reducir la incertidumbre y eliminar potencialmente la competencia intramarca en el entorno de Lugo, de modo que REPSOL no sólo garantizaba al Grupo LENCE que pudiera competir con CEPSA sino que también le garantizaba no tener que competir con las EESS propias de REPSOL.

El Grupo LENCE alega que *"ni hemos dado, ni obtenido, información relevante con posibilidades de reducir la competencia"* y que *"en el expediente no existe prueba alguna de que nos hayamos intercambiado información sobre precios, ni en general, ni la específica sobre los precios de venta de las estaciones de la propia REPSOL"* (folio 5227). Sin embargo, ha quedado acreditado que REPSOL

facilitó al Grupo LENCE información confidencial y como se indica en el párrafo 62 de las *Directrices horizontales:*

> *"Una situación en la que solo una empresa revela información estratégica a su competidor o competidores que la acepta(n) también puede constituir una práctica concertada. Estas revelaciones pueden ocurrir, por ejemplo, a través de contactos por correo postal, correo electrónico, llamadas telefónicas, reuniones etc. En este caso carece de importancia si solo es una empresa la que unilateralmente informa a sus competidores de su comportamiento previsto en el mercado, o si todas las empresas participantes se informan recíprocamente de sus respectivas deliberaciones e intenciones. Cuando es una única empresa la que revela a sus competidores información estratégica referente a su futura política comercial, se reduce para todos los competidores implicados la incertidumbre estratégica en cuanto a la operación futura del mercado y se incrementa el riesgo de disminución de la competencia y de comportamiento colusorio. Por ejemplo, es probable que la simple asistencia a una reunión en la que una empresa revela sus planes de precios a sus competidores se incluya en el ámbito de aplicación del artículo 101, incluso aunque no haya un acuerdo explícito de subir los precios. Cuando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos".*

Por tanto, la comunicación de información confidencial por parte de REPSOL, principal operador mayorista en España y con una cuota en la provincia de Lugo superior al 30 %, al Grupo LENCE que concentra el [60-70] % de la cuota de ventas de REPSOL en Lugo, debe ser calificada como una práctica colusoria, presumiéndose que el Grupo LENCE aceptó dicha información en la medida en que adaptó su conducta de mercado a la misma. Así, esta Sala estima que si LENCE no hubiera tenido la certeza del nivel de precios de las EESS de REPSOL, pudiera haber aplicado descuentos mayores o más generalizados sobre los precios máximos recomendados, beneficiando a los consumidores, ya que el hecho de conocer de antemano que REPSOL no iba a aplicar en sus EESS precios inferiores, reducía los incentivos de LENCE. Pero no sólo eso, sino que, como muestran los gráficos 1 y 2 de la PR (folio 5252), desde el 17 de abril y hasta el 30 de junio de 2013 la coincidencia de los precios de venta al público de LENCE y de REPSOL es prácticamente absoluta (folios 2487 a 2547).

Por otro lado, el correo de 23 de mayo de 2013, que el Jefe de Precios en REPSOL CPP remite al Director de Desarrollo de Negocio e Innovación, reitera lo ya expuesto en el correo electrónico anteriormente citado destacando que *"En*

dicha reunión, ente otras cosas, acordaron que los precios de todas las EES del Grupo Lence fueran los mismos y que no fueran superiores a los precios de Cepsa en Lugo" (folio 98; subrayado añadido). Por tanto, no nos encontramos únicamente ante un intercambio de información confidencial, sino ante un auténtico acuerdo en materia de precios en el que REPSOL y LENCE pactaron igualar sus precios de venta al público de todas sus EESS en el entorno de Lugo, como indica la DC y como prueban tanto este correo como los gráficos señalados en el párrafo anterior elaborados con los datos facilitados por la Dirección de Energía de la CNMC.

Esta Sala destaca que a REPSOL y a LENCE se les imputa un acuerdo de coordinación de los *precios de venta al público* en sus EESS de Lugo y no un acuerdo de fijación de *precios de venta máximos*, tal y como pretenden las alegantes. La negociación de los precios de venta *máximos recomendados* por el operador entre éste y su comisionado es lícita, como se indica en la PR. Lo que no es lícito es que operador y comisionado pacten igualar los *precios de venta al público* en sus EESS, pues el comisionado debe poder mantener su independencia para decidir los descuentos a aplicar contra su comisión.

En este sentido, REPSOL insiste en que los correos electrónicos mencionados por la DC no revelan intención suya alguna en disuadir al Grupo LENCE de aplicar descuentos en el precio de venta. Por el contrario, explica que en ellos se pretendía evitar que REPSOL tuviera que asumir dicho descuento y que el Grupo LENCE no abandonara su contribución a un descuento compartido (folio 5401). Esta Sala no puede compartir este argumento, en tanto que de los hechos acreditados se desprende lo contrario, que REPSOL se inquieta ante posibles rebajas de precios por parte de LENCE como muestra el correo de 9 de mayo de 2013 en el que indica *"[…] es el más barato del ENTORNO (…) Solicito […]"* (folio 111) o el correo electrónico de 23 de mayo de 2013 *"los días puntuales que […] ha estado por debajo de nuestro precio máximo recomendado, el […] ha optado por rebajar los precios, contra su comisión, e igualar los precios de la […], rebajas que han provocado cierta inquietud en […] aunque los diferenciales no son relevantes (el último caso fue el 22 de mayo y el diferencial era 1ct€/lt en e+ y 1,1ct€/lt en G95)"* (folio 99; subrayado añadido). Esa inquietud de REPSOL se traduce finalmente en un cambio de actitud por parte de LENCE, que acaba adaptando sus precios de venta al público a los de REPSOL, como se puede comprobar en el correo de 15 de mayo de 2013 *"a primera hora de la mañana, […] tenía todas sus EE.S con el precio de Diesel 1,303. A esta hora (10 de la mañana), las ha cambiado todas a 1,305, excepto […] que continúa a 1,303"* (folio 106). En dicho correo aparece una tabla en la que se recogen los datos de los precios de venta al público del diésel (e+) y la gasolina 95 (efitec 95), entre otras, de las EE.SS. del Grupo LENCE y REPSOL en el entorno de Lugo que, efectivamente, coinciden, salvo los de la ES […] (0,002ct€ por debajo).

En ese mismo correo el Director de Desarrollo de Negocio e Innovación transmite al Jefe de Precios en REPSOL CPP que en Lugo REPSOL tiene varios frentes abiertos y le efectúa un resumen de la situación *"en […] se nos están juntando varias cosas, una pequeña guerra de precios con […] (…), el inicio de una guerra de precios entre […] (la sensibilidad de […] ha crecido exponencialmente y ya […]), (…) "experimentos " low-cost […] y la toma de decisión de si queremos […]"* (folio 99; subrayado añadido).

Por tanto, esta Sala no puede aceptar las alegaciones de REPSOL en relación a que los correos se referían únicamente a su estrategia competitiva con respecto a CEPSA en la medida en que la misma incluía igualar sus precios con los de LENCE, como se ha expuesto. Además, no sólo se trata de una infracción por objeto sino también por efectos, en la medida en que los datos de los gráficos 1 y 2 de la PR muestran cómo a partir del 17 de abril de 2013 se produjo un alineamiento de los precios de venta al públicos de las EESS de REPSOL y el Grupo LENCE en Lugo, reduciendo considerablemente la competencia intra-marca. Reducción que, además, priva a los consumidores de potenciales bajadas de precios adicionales derivadas de políticas comerciales más agresivas por parte de LENCE o de la propia REPSOL.

En cuanto a las alegaciones relativas a la veracidad de los correos y los datos de los gráficos, cuestionada por LENCE, y la valoración parcial de las pruebas, alegada tanto por ésta como por REPSOL, esta Sala entiende que deben ser, igualmente desestimadas.

LENCE afirma que no se sabe si los correos son auténticos, ya que *"nadie lo afirma ni lo acredita. La CNMC no se ha preocupado de adverarlos"* (folio 5211).

En el marco del régimen del procedimiento administrativo general, el artículo 80 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (en adelante, *Ley 30/1992*) señala que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

Sobre los medios de prueba admisibles en derecho se pronuncia el artículo 299 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*:

"*1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:*

1.º Interrogatorio de las partes.

2.º Documentos públicos.

3.º Documentos privados.

4.º Dictamen de peritos.

5.º Reconocimiento judicial.

6.º Interrogatorio de testigos.

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias".

Por su parte, el artículo 137.4 de la *Ley 30/1992*, relativo a la presunción de inocencia en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, recoge que se admitirán las pruebas que sean adecuadas para la determinación de los hechos y responsabilidades.

Por otro lado, en virtud del artículo 137.3 de la *Ley 30/1992, "Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados".*

A ello hay que añadir que el artículo 27 de la LCNMC se expresa en términos similares a como lo hacía el derogado artículo 40 de la LDC, estableciendo que *"el personal funcionario de carrera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, debidamente autorizado por el director correspondiente, tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de esta ley"*.

Los correos electrónicos que constan en el expediente, en concreto, los contenidos en los folios 26 a 115, fueron recabados en la inspección de 27 y 28 de mayo de 2013 que tuvo lugar en la sede de REPSOL por parte de funcionarios de la extinta CNC que ostentaban la condición de agente de la autoridad, siendo capaces de determinar los hechos y las responsabilidades de los implicados en

ellos. Por tanto, teniendo en cuenta la normativa mencionada, los correos electrónicos controvertidos no sólo se obtuvieron de acuerdo con lo dispuesto en la misma sino que las alegaciones interpuestas no han sido capaces de desvirtuarlos, por lo que tienen valor probatorio adecuado y suficiente.

LENCE añade que *"lo que un empleado cuente a su jefe inmediato sobre una gestión que se le ha encomendado, no es fiable, porque naturalmente el inferior tratará de demostrar el celo que desplegó, aunque no sea verdad"* (folio 5212). La inspección se realizó sin conocimiento previo alguno sobre la misma por parte de REPSOL que, además, resulta imputada en este expediente, por lo que esta Sala, de acuerdo con lo esgrimido por la DC, no tiene razones para creer que lo afirmado por los diferentes empleados de REPSOL en los correos controvertidos no es cierto, máxime cuando LENCE no ha aportado ninguna prueba que lo desvirtúe y cuando ha quedado acreditado que los hechos imputados han producido efectos en el mercado afectado. A ello hay que añadir que dichos correos también sirven de base para la imputación de REPSOL, por lo que no tendría sentido que diversos cargos directivos de esta empresa expresaran en ellos hechos inventados que podrían perjudicar gravemente a su empresa.

En cuanto a los gráficos incluidos por la DC en la PR, LENCE indica que se vuelven a incluir *"sin adjuntarnos el informe, ni detallar los datos considerados para emitir ese informe, ni su procedencia; como si fuera la Biblia; y ciertamente no lo es"* (folio 5212). Como menciona la DC en su PR, dichos datos fueron obtenidos a través de la Dirección de Energía de esta CNMC. Los mismos se encuentran incorporados en el expediente, folios 2487 a 2547, en su versión confidencial y en su versión no confidencial. LENCE ha podido consultar esta última desde abril de 2014 y examinar los datos que figuran en las mismas, dado que esta última versión tan sólo censura el vínculo contractual de las EESS del Grupo CEPSA y Grupo REPSOL que aparecen en las mismas. De ello se desprende, que ha podido comprobar por sí mismo que, pues aunque no recojan los precios efectivos aplicados en las EESS del Grupo LENCE, sí prueban que se hizo efectiva la propuesta planteada en la reunión de 17 de abril de 2013 entre ambos competidores (que REPSOL aplicaría los mismos precios a las EESS de su red y a las del GRUPO LENCE).

No estamos, pues, ante presunciones basadas en indicios insuficientes sino ante hechos plenamente acreditados, tal y como acaba de verse, lo que se corrobora además por la prueba directa de la ejecución del indicado acuerdo, recogida en los datos y gráficos que la DC incorpora a su PR.

Tampoco puede afirmarse, como señalan tanto REPSOL como LENCE, que la DC valore parcialmente las pruebas y que no tome en consideración correos exoneratorios de la conducta de REPSOL y LENCE (folios 5401 y 5405 y 5214 a 5219, respectivamente). Lo que la DC valora son los hechos que permiten

acreditar que, efectivamente, REPSOL y el Grupo LENCE infringieron la normativa de defensa de la competencia, evidenciándose los mismos con total claridad en determinados correos electrónicos, sirviendo el resto para ayudar a comprender el contexto en el que se produjeron y a reconstituir globalmente las circunstancias acaecidas. No se puede afirmar, por tanto, que la DC no los haya tenido en cuenta. Los correos calificados de "exoneratorios" a los que las alegantes hacen referencia fueron considerados en su justo contexto y en éste quedó demostrado que REPSOL y LENCE acordaron coordinar sus precios de venta al público, sin que los correos "exoneratorios" hayan sido capaces de desvirtuar ni los hechos ni sus efectos.

Como señala la Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de diciembre de 2013, en referencia a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07 al referirse a la carga de la prueba:

> *"(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)".*

4.1.3. Acuerdo entre REPSOL y ES LORQUÍ en diciembre de 2012 en virtud del cual REPSOL se comprometió a no aplicar en la ES 96808 de ESPINARDO descuentos superiores a 3 céntimos/litro

LORQUI da por reproducidas sus alegaciones al PCH en tanto que no las considera contestadas en la PR. Reitera que el entorno competitivo definido por la DC no se corresponde con la realidad. Así, considera que las EESS competidoras con LORQUI son las que se encuentra entre los 100 y los 300 metros de distancia: Eurogasa y Papa Ali, lo que acreditó en sus alegaciones al PCH (folios 5435 y 5436) y entiende que su entorno competitivo estaría formado por las EESS *"ubicadas a una distancia no superior a 5 kilómetros"* (folio 5438).

Asimismo, LORQUI alega que no ha intervenido en las pruebas recabadas por la DC y que sirven para imputarle en este expediente (folio 5436). Añade que la negociación que mantuvo con REPSOL se basó fundamentalmente en recabar su apoyo para ser competitiva con las EESS Eurogasa y Papa Ali. Así, en la misma reivindicó descuentos de entre 7 y 8 céntimos con la finalidad de acercarse a los precios de estas dos EESS, descuentos aplicados en una ES de Alcantarilla, estación de REPSOL, pero ésta los consideró elevados y finalmente acordaron un descuento de 5 céntimos por un período de un mes (folio 5441). Insiste en que en dicha negociación no se mencionó la ES de Espinardo por dos razones: (i) porque ni existía ni se le comunicó que fuera a existir; y (ii) porque es una ES fuera de su entorno competitivo, sin ninguna carretera en común y que no se encuentra en la misma población ni puede afectar a sus ventas.

Por último, señala que los indicios que la DC utiliza para imputarle son *"vagos, insostenibles e insuficientes"* y que su pretensión real es imputar a REPSOL (folio 5442).

REPSOL coincide con la definición de entorno competitivo descrita por la ES LORQUI (folios 5408 a 5412) y añade que no se hace referencia en los documentos obrantes en el expediente a la ES ESPINARDO y que en ellos REPSOL distingue claramente el entorno de Lorquí y el de Murcia Norte, donde se incluye la ES ESPINARDO, además de acreditar que no gestiona directamente ninguna ES en el entorno de Lorquí (folio 5413).

REPSOL coincide, igualmente, con LORQUI en la delimitación que efectúa del objeto de la reunión entre ambas, considerando que era lícito y legítimo, y afirma que *"no existe ninguna prueba [de] que REPSOL haya acordado limitar el descuento en la estación low cost de Espinardo en atención a un supuesto interés de Lorqui en limitar la competencia de esta estación"* (folio 5415).

Respuesta de la Sala

En relación con las alegaciones de REPSOL y LORQUI en relación con la configuración que efectúa la DC del entorno competitivo de la ES LORQUI, esta Sala entiende que deben ser desestimadas.

Estas alegaciones ya fueron respondidas por la DC en la PR, por lo que esta Sala se remite a la misma, destacando que los distintos entornos geográficos varían según la ES que se tome como referencia, de modo que entre entornos contiguos pueden generarse efectos de sustitución en cadena que provoca el solapamiento de unos con otros.

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 y que se han venido recogiendo en diferentes informes y resoluciones[23]. Como se ha venido advirtiendo, 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, cual es el caso de REPSOL. De esta forma, se produce una interrelación de las políticas de precios de operadores cuyos centros de almacenamiento están distantes.

Por ello, no es posible aceptar las alegaciones efectuadas por ambos competidores en relación con que la ES ESPINARDO no forma parte del entorno de la ES LORQUI, no se la menciona en las pruebas obrantes en el expediente y no existía en el momento en el que se cometió la infracción. Esto es así en la medida en que, como matiza la DC: (i) es la que más le podría perjudicar por ser la ES de REPSOL más cercana a la ES LORQUI; (ii) el correo de 4 de diciembre de 2012 señala *"**no rebajamos más de 3 céntimos <u>en esta ES</u>**"* (folio 70; subrayado añadido), que indica que la referencia es en relación a una única ES, no a todos los proyectos low cost de la región como pretenden las alegantes y (iii) es la única ES de REPSOL low cost en Murcia en la que el descuento no es superior a los 3 céntimos.

A ello hay que añadir que no es cierto que la ES ESPINARDO no aparezca mencionada en los correos electrónicos que obran en el expediente. En el mismo no sólo se evidencia implícitamente que se trata de dicha estación por las razones expuestas anteriormente, sino que también se hace mención explícita a ella en un correo de 15 de febrero de 2013 que el Delegado Regional de REPSOL en Valencia remite a uno de los directivos de dicha operadora, para explicar la situación de precios de las EESS low cost. En dicho correo de 15 de febrero de 2013 (folio 2344) se señala expresamente lo siguiente:

[23] 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, 2012; Expediente del Tribunal de Defensa de la Competencia de concentración económica C86/04 Disa/Shell; Informe de la CNC de seguimiento del Informe de Carburantes para Automoción, entre otros.

> *"Excepto las manifestaciones que nos ha realizado tanto […] sobre las afecciones que entienden tendrán por el […], no hay comentarios al respecto"*.

Este correo de 15 de febrero responde a otro anterior, en el que se adjuntaban los datos relativos al posicionamiento en precio de diferentes EESS a 14 de febrero de 2013. Entre dichas estaciones se incluía la ES 96808 ESPINARDO, sobre la que se indicaba expresamente: *"PRECIO REPSOL OTRO MARGEN -3 CTS"* (folio 2346).

Como se aprecia en el gráfico 4 incluido en la PR, elaborado a partir de los datos de REPSOL y dónde se analiza la referencia aplicada en esta ES ESPINARDO en relación con el descuento medio aplicado en las demás low cost de Murcia y con el descuento aplicado en el resto de low cost de España, el descuento en la low cost de ESPINARDO se mantiene fijo en 3 céntimos entre el 9 y el 14 de enero de 2013, mientras que en el resto de proyectos low cost este descuento es mayor y, además, tiende a incrementarse a lo largo de las fechas consideradas.

Al margen de que LORQUI alegue que en el momento de la reunión de REPSOL la ES 96808 ESPINARDO no existía, lo cierto es que es dato no resulta relevante en la medida en que la reunión tuvo lugar el 4 de diciembre de 2012 y aunque la ES no iniciara su andadura hasta enero de 2013, en dicha reunión REPSOL puso en conocimiento de la ES LORQUI su proyecto low cost, como acredita el correo electrónico de la misma fecha que obra en este expediente (folio 70). Así, en ese correo se dice textualmente *"De acuerdo con lo hablado esta mañana te comento los acuerdos alcanzados con […] [administrador único de la ES LORQUI]: (…) Tema Low Cost Murcia: explicado el proyecto Low cost como una ES automatizada, sin tarjetas Solred y precio de acuerdo al entorno (-3 Cts/litro en este caso). Pensaban que se trataba de una ES con rebaja de 7 céntimos y aceptando Solred"* (folio 70, subrayado añadido).

A ello hay que añadir que, en relación con la alegación de LORQUI referida a que los indicios que la DC utiliza para imputarle son *"vagos, insostenibles e insuficientes"* (folio 5442), como señala la Audiencia Nacional en la sentencia reseñada en el apartado anterior, la sentencia de 27 de diciembre de 2013, en referencia a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07, en materia de defensa de la competencia los documentos fragmentarios de que dispone la DC deben de poder completarse mediante deducciones que permitan reconstruir los hechos:

> *"(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)."*

No obstante, ninguna de las alegantes niega la reunión mantenida entre ambas el 4 de diciembre de 2012 y en el correo de dicha fecha que el Director de Desarrollo y Red Abanderada Estaciones de Servicio de REPSOL en España remite al Delegado Regional de REPSOL en Valencia queda probado que en dicha reunión se llegó a un acuerdo *"Aclarado el asunto no rebajamos más de 3 céntimos en esta ES"*, acuerdo que debía de cumplirse dada su importancia para las alegantes *"Es importante que seguimos con rigor los acuerdos anteriores para que no afecten al cierre de negociaciones con el Grupo Aranguren en Madrid"* (folio 70). Importancia reiterada en el correo de 9 de diciembre de 2012 en el que REPSOL niega que sea un tema sobre el que pueda seguir negociándose en la medida en que considera que el acuerdo ya se ha cerrado y debe cumplirse *"No se trata de una negociación (…) no podemos arriesgar el cierre del acuerdo con este grupo en Madrid"* (folio 66).

En cuanto a la alegación de LORQUI referida a que no ha intervenido en los correos electrónicos utilizados como pruebas de cargo por la DC, esta Sala entiende que debe ser también desestimada.

Ello es así, en primer lugar, porque en el expediente ha quedado acreditado que REPSOL puso en conocimiento de la ES LORQUI la política comercial que iba a seguir en la ES 96808 ESPINARDO, tras dar a conocer su proyecto low cost y los precios a aplicar en el mismo, como se ha mencionado anteriormente. Esto es, tuvo lugar un intercambio de información confidencial claramente anticompetitivo y teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo 62 de las *Directrices horizontales* no se considera necesaria una participación activa de la ES LORQUI en relación a la misma para considerar que se ha infringido la LDC, pues "*Una situación en la que solo una empresa revela información estratégica a su competidor o competidores que la acepta(n) también puede constituir una práctica concertada. (…) Cuando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión,*

por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos".

A ello hay que añadir que, además, en dicha reunión se alcanzó un acuerdo, un compromiso firme de REPSOL de no aplicar en la ES 96808 ESPINARDO una rebaja de precios superior a 3 céntimos (inferior a la aplicada en otros proyectos low cost) con la finalidad de facilitar las negociaciones con el Grupo Aranguren en Madrid. Dicho acuerdo viene recogido expresamente en los correos de 4 y 9 de diciembre de 2012, coadyuvando el resto de correos electrónicos obrantes en el expediente a corroborar que, efectivamente, dicho acuerdo se llevó a término y produjo efectos en el mercado afectado.

Como señala la Audiencia Nacional en su sentencia de 22 de enero de 2013 en relación con la utilización de pruebas indiciarias en el derecho de defensa de la competencia:

> *"Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda".*

Por ello, no constituye un requisito necesario el que LORQUI haya participado en las comunicaciones electrónicas que sirven para imputarle una infracción de la LDC en este expediente, es suficiente con que dichas comunicaciones evidencien su participación en la conducta imputada.

Por último, como ya se ha comprobado, las pruebas desmienten que, tal y como afirma REPSOL, el objeto de la reunión entre REPSOL y la ES LORQUI fuera lícito y legítimo. En el mercado minorista de distribución de combustible, caracterizado por su elevada transparencia y concentración y la existencia de redes paralelas de acuerdos de suministro en exclusiva de los principales operadores petrolíferos que limitan la competencia inter-marca, este acuerdo en materia de precios limitó también la competencia intra-marca, privando a los consumidores de los potenciales beneficios derivados de una política de precios más agresiva por parte de la low cost 96808 de ESPINARDO.

4.1.4. Intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público entre REPSOL y ES CERRO DE LA CABAÑA en una reunión mantenida el 21 de marzo de 2013

CERRO DE LA CABAÑA confirma que las reuniones de 14 de enero, 18 de febrero y 21 de marzo de 2013 tuvieron lugar, pero discrepa acerca de que estuviera representada y del objeto de las mismas. Señala que a ellas asistieron sus "gestores" pero que éstos, además, controlaban un importante número de puntos de venta y que las mismas versaron sobre la prórroga de determinados contratos de abanderamiento con REPSOL que afectaban a otras EESS de las cuales dichos gestores eran los administradores y que ello ha sido corroborado por REPSOL (folio 5333).

Añade que no hay ninguna prueba en el expediente que permita acreditar que en la tercera reunión los gestores de la ES CERRO DE LA CABAÑA afirmaron que ellos mantendrían un precio inferior en unos 2 céntimos de euro al de REPSOL, pues dicha afirmación entienden que fue realizada por el apoderado de la ES, no por su administrador, que no participó en dicho asunto (folio 5335).

Alega, asimismo, que CERRO DE LA CABAÑA aplicó su propia política comercial de forma competitiva, que REPSOL decidió unilateralmente iniciar o acabar acciones de precios en la zona y que los autores de los correos no tenían claro si la información controvertida se refería a la ES CERRO DE LA CABAÑA o a otras EESS (folio 5339, 5340 y 5351).

Igualmente, señala que CERRO DE LA CABAÑA no intercambió información en materia de precios con REPSOL, que no hay prueba alguna en el expediente que muestre que REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA discutieran sobre los precios de venta al público a seguir en el futuro y que, por tanto, no existe la concertación de la que se le acusa. Pero que, en todo caso, la información controvertida no es confidencial, no tiene importancia comercial alguna y podría fomentar la competencia. Por tanto, entiende que no resulta de aplicación la normativa a la que se refiere la DC (folios 5341).

Por último, rechaza la autoría del correo electrónico controvertido mientras no sea confirmada por su autor y niega que el contenido del acta sea veraz (folio 5348).

REPSOL, por su parte, niega tanto que la información controvertida tenga el carácter de confidencial como que reduzca la incertidumbre en el mercado afectado y la define como irrelevante e inconsistente con la conducta de REPSOL. Añade que REPSOL tenía conocimiento de la misma antes de que iniciara la acción de precios, como indica que la DC reconoce, y que su decisión de cesar la acción de precios fue unilateral (folios 5418 a 5421).

Respuesta de la Sala

Con respecto a las alegaciones de CERRO DE LA CABAÑA sobre su representación en las reuniones de 14 de enero, 18 de febrero y 21 de marzo de

2013 y el objeto de éstas, esta Sala entiende que han de ser desestimadas por las siguientes razones.

En primer lugar, ni CERRO DE LA CABAÑA ni REPSOL desmienten la existencia de dichas reuniones, si bien discrepan del contenido de las mismas. Ambas señalan que su objeto consistía en la prórroga de determinados contratos de abanderamiento con REPSOL que afectaban a otras EESS diferentes a CERRO DE LA CABAÑA. Pero lo cierto es que el acta de la reunión de 21 de marzo constituye una prueba directa de que en la misma se trató, entre otros temas, como tercer punto del orden del día, el de los precios y, dentro del mismo, los precios en relación con la ES CERRO DE LA CABAÑA, a la que se cita expresamente, como se puede corroborar en el folio 1138.

Por tanto, resulta irrelevante que dicha reunión tuviera formalmente como objeto tratar temas concernientes a otras estaciones de servicio en la medida en que también se trataron cuestiones relativas a la estrategia de precios de la ES CERRO DE LA CABAÑA. Así, aunque el objeto inicial de dicha reunión no hubiera sido tratar el tema de los precios que en un futuro iba a aplicar CERRO DE LA CABAÑA, lo cierto es que, según consta en el acta de la reunión de 21 de marzo de 2013 (folios 1138-1140), no sólo se trataron estos temas sino que los comentarios al respecto fueron realizados por el apoderado de CERRO DE LA CABAÑA. En este sentido, esta ES no puede alegar que su apoderado no tenía capacidad para obligarla.

De este modo, CERRO DE LA CABAÑA discrepa acerca de que estuviera representada, ya que considera que, aunque a las mismas asistieron su apoderado y su administrador único, ni el apoderado de esta ES tenía competencia para obligarla ni acudían para tratar temas concernientes a CERRO DE LA CABAÑA ni fue formalmente convocada (folios 5333, 5335 y 5349). En relación con esto último, a los efectos que aquí nos atañen, resulta irrelevante si CERRO DE LA CABAÑA fue o no convocada formalmente a la reunión del 21 de marzo de 2013, porque lo cierto es que tanto su apoderado como su administrador único asistieron e intervinieron en la misma en relación con cuestiones que afectaban a la ES CERRO DE LA CABAÑA, al margen de que acudieran en representación de otras EESS abanderadas por REPSOL.

En cuanto a la falta de capacidad del apoderado de esta ES para obligarla, con carácter general, las autoridades de competencia (por todas, la Resolución de 19 de febrero de 2015 en el expediente S/0474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN) han venido considerando que las empresas no pueden desvincularse, mediante meras afirmaciones genéricas, de las actuaciones de sus empleados contrarias a la competencia que han sido acreditadas en la investigación. No se requiere, pues, que los empleados consten ni como apoderados de la empresa ni como administradores de ésta 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 esta línea se pronuncia el TJUE en su Sentencia de 7 de febrero de 2013, en la que concluye que el artículo 101.1 TFUE *"debe de interpretarse en el sentido de que para comprobar la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia no es necesario que se demuestre un comportamiento personal del representante legal de una empresa ni la autorización personal por dicho representante, mediante un mandato, de la conducta de su empleado que participó en una reunión contraria a la competencia".*

Asimismo, por su aplicación al presente caso, procede destacar los siguientes párrafos de dicha sentencia:

"25 *Procede recordar, a este respecto, que la aplicación del artículo 101 TFUE no supone una actuación ni aun un conocimiento por parte de los socios o de los gerentes principales de la empresa afectada, sino la actuación de una persona autorizada a obrar por cuenta de la empresa (sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 97).*

26 *Por otra parte, tal como señaló la Comisión, la participación en acuerdos colusorios prohibidos por el Tratado FUE normalmente es una actividad clandestina que no está sujeta a reglas formales. Es poco común que un representante de una empresa participe en una reunión provisto de un mandato para cometer una infracción.*

27 *Además, según reiterada jurisprudencia, cuando se haya probado que una empresa ha participado en reuniones entre empresas con un carácter claramente contrario a la competencia, corresponde a esa empresa aportar indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que participaba en ellas con unas intenciones diferentes a las de éstos. Para que la participación de un empresa en una reunión de ese tipo no pueda considerarse una aprobación tácita de una iniciativa ilícita ni una adhesión a su resultado, dicha empresa debe distanciarse públicamente de tal iniciativa de modo que los demás participantes consideren que pone fin a su participación, o bien denunciarla ante los órganos administrativos (sentencia de 3 de mayo de 2012, Comap/Comisión, C-290/11 P, apartados 74 y 75, y la jurisprudencia citada).*

En consecuencia, las pruebas obrantes en el expediente permiten acreditar que, en la reunión de 21 de marzo de 2013, los gestores de la ES CERRO DE LA

CABAÑA afirmaron que ellos mantendrían un precio inferior en unos 2 céntimos de euro al de referencia del entorno, tal y como acredita el folio 1138. Por tanto, la alegación de CERRO DE LA CABAÑA debe ser desestimada.

En relación con la autoría del correo electrónico controvertido ya se pronunció sobre ello la DC en la respuesta a las alegaciones al PCH. Esta Sala comparte dicho argumento y, por tanto, entiende que esta alegación también debe de ser desestimada.

CERRO DE LA CABAÑA sigue negando la autoría y veracidad del acta de la reunión de 21 de marzo de 2013. Sin embargo, como ya expuso la DC, este documento constituye una prueba lo suficientemente sólida como para imputar a la alegante, tanto por su contenido como por la forma en la que fue obtenido. Así, el documento mismo fue recabado legalmente en la inspección de la sede de REPSOL de 27 de mayo de 2013, inspección que gozó del elemento sorpresa característico de este tipo de actos y que fue llevada a cabo por funcionarios de la CNMC a los que se reconoce la condición de agentes de la autoridad en función de lo dispuesto en el artículo 27 LCNMC. Dicho documento fue localizado en el despacho del Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal, que lo recibió el día 22 de marzo de 2013, justo al día siguiente de que tuviera lugar la reunión, adjunto a un correo electrónico que le fue remitido por el Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL quien, como prueba tanto dicho correo como el acta anexa al mismo, asistió a dicha reunión. Así, en él se indica *"como continuación a lo conversado ayer en relación a las negociaciones con el […] y más en concreto con la reunión mantenida en el día de ayer, te adjunto un resumen de la citada reunión"* (folio 2366). Como señala la DC, esta Sala no tiene motivos para dudar de la veracidad de dicho contenido no sólo porque se haya recabado respetando las normas legalmente previstas sino también porque se trata de un correo que un directivo de REPSOL envía a otro directivo de REPSOL, del que depende funcionalmente, y no hay razones aparentes para entender que entre directivos de una misma empresa se puedan verter informaciones falsas, especialmente teniendo en cuenta que dicha documentación podía ser objeto de investigación por parte de las autoridades de competencia y resultar perjudicial para la propia REPSOL.

Por otro lado, en cuanto a la falta de requisitos de dicho documento para poder ser calificado de "acta oficial", las alegantes principalmente se centran en aspectos meramente formales del documento probatorio, cuestionando la falta de constancia de la fecha y de la firma de los asistentes en el documento. REPSOL llega a afirmar que dicho documento *"no es un acta. Como mucho será la recapitulación personal de esa reunión"* (folio 4517). Pero incluso si fuera una recapitulación personal, entonces sería una recapitulación del Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL, por lo que tratándose de un directivo de REPSOL, este operador debería de reconocer la importancia y el valor que la

misma tiene así como su credibilidad. No obstante, como recuerda el Tribunal Supremo, por todas, 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*". Por tanto, si se exigiera el umbral de prueba propuesto tanto por CERRO DE LA CABAÑA como por REPSOL y la participación activa de las empresas imputadas en todos los documentos probatorios como si de un 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 carecen de la formalidad que CERRO DE LA CABAÑA requiere en sus alegaciones, por ejemplo a través de informes o correos internos de las empresas, como en este caso.

A lo anterior hay que añadir que el contenido del documento ha permitido a la DC determinar los hechos y las responsabilidades de los implicados en ellos. De hecho, la DC ha podido demostrar que el comportamiento posterior de los partícipes en la reunión mencionada fue acorde con lo manifestado en la misma, sin que las alegaciones interpuestas hayan sido capaces de desvirtuar estos hechos. En consecuencia, esta Sala considera que el acta de la reunión de 21 de marzo de 2013 goza de valor probatorio adecuado y suficiente.

En relación con las alegaciones de CERRO DE LA CABAÑA y REPSOL referidas a que la información intercambiada no tiene carácter confidencial, esta Sala entiende que deben ser desestimadas.

A pesar de que CERRO DE LA CABAÑA manifiesta que no hay prueba alguna de que intercambiara información en materia de precios con REPSOL, los hechos acreditados muestran lo contrario. Como ya se ha expuesto, el folio 1138 acredita que su apoderado y su administrador único asistieron a la misma y que, al margen de que trataran otros temas, transmitieron información a REPSOL sobre su futura estrategia en materia de precios de venta al público de combustible, con referencia expresa a "CERRO DE LA CABAÑA", confirmando que su política comercial a seguir *"será siempre de al menos -2cts frente a la referencia del entorno"* (folio 1138).

Dicha información goza del carácter de secreto comercial en virtud de lo dispuesto en el párrafo 18 de la *Comunicación de la Comisión "Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar (…) la estrategia comercial (…) y la estrategia de ventas".* CERRO DE LA CABAÑA reveló a REPSOL su política de precios a seguir, eliminando la incertidumbre de este operador en relación con los precios futuros de CERRO DE LA CABAÑA y creando así condiciones de mercado diferentes a las propias de un mercado que funciona en libre competencia. Y es dicho intercambio el que aquí se imputa a

CERRO DE LA CABAÑA y REPSOL, no si la decisión de finalizar la guerra de precios fue una decisión unilateral o no de REPSOL como alegan ambas operadoras (folios 4521 y 5342). Si bien es cierto que dicha decisión vino facilitada por el conocimiento que tuvo REPSOL, en la reunión de 21 de marzo, de la política de precios que iba a seguir CERRO DE LA CABAÑA.

REPSOL alega asimismo que se trata de información ya conocida y que la ausencia de marca conlleva un posicionamiento en precio en esos niveles por debajo del entorno (folios 4523 y 5339) así como que la DC reconoce en la PR (párrafo 101) que REPSOL conocía previamente dicha información. Sin embargo, esta Sala estima que REPSOL confunde los argumentos de la DC. Esto es, la DC diferencia entre la política seguida hasta ese momento por CERRO DE LA CABAÑA y la política a seguir por esta ES en el futuro, distinción compartida por esta Sala. De este modo, el conocimiento que REPSOL tenga en relación con la primera es perfectamente comprensible, dado el elevado grado de transparencia del mercado afectado y que se trata de información ya publicada. Sin embargo, el conocimiento previo de la política a seguir por CERRO DE LA CABAÑA en el futuro constituye un intercambio de información anticompetitivo, en la medida en que los datos intercambiados gozan de la calificación de secreto comercial, como ya se ha indicado, no constituyendo información pública.

En este sentido, en relación con las alegaciones de REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA relativas a que no es anticompetitivo vender más barato ni la publicidad que de ello se haga hacia los consumidores en general, esta Sala insiste en que no es esto lo que se imputa a ambas empresas. Lo que resulta anticompetitivo y, por tanto, se les imputa a las mismas, es el intercambio de información entre competidores sobre la estrategia a seguir en relación con los precios de venta de combustible en el mercado minorista de distribución que tuvo lugar en la reunión de 21 de marzo de 2013, sin que los argumentos esgrimidos por las alegantes hayan sido capaces de desvirtuarlo. Por ello, en respuesta a las alegaciones de CERRO DE LA CABAÑA, sí existe una diferencia entre la licitud de publicitar anuncios dirigidos a los consumidores acerca de una bajada de precios y la ilicitud de informar sobre este tipo de estrategias a los competidores en el mercado afectado en una reunión a puerta cerrada. En palabras del Tribunal General de la UE, sentencia de 12 de diciembre de 2014 en el asunto T-562/08: "*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*".

Dicho intercambio de información constituye, pues, una práctica anticompetitiva en función de lo dispuesto en el párrafo 58 de la *Comunicación de la Comisión "el intercambio de información también puede dar lugar a efectos restrictivos de la*

competencia, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores". Ello es así en la medida en que la consecuencia inmediata de dicho intercambio de información fue el cambio de la política comercial de este operador, que finalizó la guerra de precios que había protagonizado hasta ese momento y ajustó sus precios al alza.

Asimismo, debe entenderse contrario a lo dispuesto en los artículos 1 LDC y 101 TFUE, considerándose práctica concertada en tanto que aunque fue CERRO DE LA CABAÑA únicamente la que divulgó información considerada estratégica, dicha información fue aceptada por REPSOL, ya que no sólo no se opuso a la misma, sino que adaptó a la misma su comportamiento en el mercado. Así, señala el párrafo 62 de la *Comunicación de la Comisión* que *"Una situación en la que solo una empresa revela información estratégica a su competidor o competidores que la acepta(n) también puede constituir una práctica concertada. Estas revelaciones pueden ocurrir, por ejemplo, a través de contactos por correo postal, correo electrónico, llamadas telefónicas, reuniones etc. En este caso carece de importancia si solo es una empresa la que unilateralmente informa a sus competidores de su comportamiento previsto en el mercado, o si todas las empresas participantes se informan recíprocamente de sus respectivas deliberaciones e intenciones. Cuando es una única empresa la que revela a sus competidores información estratégica referente a su futura política comercial, se reduce para todos los competidores implicados la incertidumbre estratégica en cuanto a la operación futura del mercado y se incrementa el riesgo de disminución de la competencia y de comportamiento colusorio. Por ejemplo, es probable que la simple asistencia a una reunión en la que una empresa revela sus planes de precios a sus competidores se incluya en el ámbito de aplicación del artículo 101, incluso aunque no haya un acuerdo explícito de subir los precios. Cuando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos".*

Por todo lo expuesto, este intercambio de información sobre las intenciones individuales de CERRO DE LA CABAÑA en cuanto a su conducta futura relativa a precios constituye una restricción de la competencia por objeto en la medida en que tenía capacidad suficiente para producir efectos contrarios a la competencia en el mercado afectado. Pero es que, además, estos efectos se produjeron. Dicho intercambio de información confidencial afectó a la competencia al anular tanto la incertidumbre estratégica de REPSOL como su independencia en la toma de decisiones sobre sus futuras políticas comerciales y su incentivo para competir con CERRO DE LA CABAÑA, lo que conllevó que REPSOL diera por finalizada su guerra de precios y ajustara sus precios al alza, en perjuicio de los consumidores, que se ve privado de los precios más baratos. No puede hablarse,

pues de que dicho intercambio de información sea pro-competitivo y genere eficiencias, como defiende CERRO DE LA CABAÑA.

4.2. Sobre las alegaciones relativas a la vulneración de derechos fundamentales

4.2.1. Sobre la vulneración de los derechos de defensa

LENCE solicita la nulidad del expediente y de los acuerdos derivados del mismo (folio 5228) por la indefensión a la que se ha visto sometido tras negarle la DC el acceso a la versión confidencial de los correos electrónicos que avalan su imputación por haber sido declarados confidenciales (folios 5228 a 5232). Expone que todo ello le causa indefensión en la medida en que considera que muchos de ellos son exoneratorios para el Grupo LENCE (folio 5231) y que la DC ha rechazado la práctica de las pruebas propuestas por LENCE (solicitar dichos correos a REPSOL; folio 5232). Por ello, entiende que se ha producido una desviación de poder en este expediente al declarar y mantener dicha confidencialidad cuando esos correos no contienen ninguna estrategia comercial de REPSOL que sea necesario proteger ante LENCE (folio 5232) y acusa a la DC de manipulación y ocultación de pruebas (folio 5233). Por último, como motivo adicional de indefensión alega la falta de referencia de la PR tanto a la sanción que la DC propone al Consejo que se imponga como al volumen de negocio a considerar (folio 5233 y 5234).

<u>Respuesta de la Sala</u>

Esta Sala entiende que deben ser desestimadas las alegaciones vertidas por el Grupo LENCE en relación con la indefensión que le ha ocasionado la denegación de acceso a la versión confidencial de determinados documentos que obran en el presente expediente, por los siguientes motivos.

En primer lugar, cabe hacer mención a la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el concepto de indefensión así como a los preceptos normativos que regulan el acceso al expediente en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia y el tratamiento de la información confidencial en los mismos.

De este modo, 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 aquélla 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”.*

Sobre el tratamiento de la información confidencial establece el artículo 42 LDC que *“En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la presente Ley y en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado”.*

Bajo esta perspectiva cabe analizar los hechos acaecidos que el Grupo LENCE considera que han vulnerado su derecho de defensa, a fin de determinar si dicha vulneración ha tenido lugar, aunque esta Sala ya se pronunció sobre los mismos en su Resolución de 2 de octubre de 2014 (Expediente R/AJ/0320/14, COMPLEJO SAN CRISTÓBAL).

Así, mediante Diligencia de 29 de julio de 2013, la DC incorporó de modo “cautelarmente confidencial” los documentos comprendidos en los folios 26 a 115 con la finalidad de que pudieran ser revisados por REPSOL, en tanto que eran documentos recabados en la inspección de su sede, y solicitada la confidencialidad de aquéllos considerados secretos comerciales. El 20 de agosto de 2013 tuvo entrada en la CNMC solicitud de confidencialidad de REPSOL, acompañada de una versión censurada de los mismos (folios 766 a 885). El primer acceso de las alegantes al expediente tuvo lugar el 24 de abril de 2014, fecha en la que aún figuraban los folios controvertidos como cautelarmente confidenciales, por lo que la DC no pudo facilitarles los mismos, aunque sí hizo entrega tanto de la solicitud de confidencialidad de REPSOL como la versión censurada aportada por la empresa. No puede acusarse a la DC, por tanto, de “mala fe” (folio 5228), máxime cuando tras la aceptación parcial de la confidencialidad solicitada por REPSOL, el 16 de mayo de 2014 la DC incorporó una versión censurada de oficio de los folios 26 a 115 (folios 3015 a 3019) y, en el

segundo acceso al expediente de las alegantes, el 23 de julio de 2014, éstas pudieron acceder a todo lo actuado hasta la fecha, incluida la resolución de confidencialidad relativa a los folios controvertidos así como la versión censurada de oficio de los mismos. Tampoco puede acusarse a la DC, por tanto, de un "misterioso e inexplicado cambio" (folio 5229), ya que el hecho de que en esta ocasión se facilitaran los documentos solicitados obedeció a los motivos expuestos: en esos momentos ya se había declarado la confidencialidad de los documentos controvertidos y en el tomo público del expediente constaba la versión censurada de los mismos. Por ello no es posible afirmar que la DC no ha facilitado el acceso de LENCE a los documentos controvertidos ni que éstos consistan en "páginas en blanco" (folio 5231), ya que únicamente se mantiene confidencial la información considerada sensible para REPSOL.

A ello hay que añadir que tanto en el PCH como en la PR únicamente se ha hecho referencia a información que figura en el tomo público del expediente, en el que constan las versiones censuradas de los documentos solicitados, sin que haya sido utilizada información declarada confidencial para sustentar las imputaciones a LENCE, contra lo que manifiesta ésta. De hecho, la propia DC se desvió de la solicitud de confidencialidad de REPSOL y realizó versiones censuradas de oficio de los documentos controvertidos, manteniendo censurados aquéllos cuya confidencialidad había solicitado REPSOL y que consideraba irrelevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados. No es posible admitir, pues, la alegación de LENCE en referencia a que los correos que se citan en el PCH y en la PR no están en el expediente que se les ha entregado, sin que efectúe mayores consideraciones y señalando únicamente que *"en su momento, si preciso fuere, acreditaremos cómo estaba el expediente que se nos facilitó a nosotros"* (folio 5231). LENCE podía haber aportado dicha prueba, en su caso, en cualquier momento procesal anterior a la resolución del expediente, sin embargo, no lo ha hecho.

LENCE añade que la DC no tiene en consideración el contenido de determinados correos electrónicos que figuran en el expediente y que exonerarían a su Grupo pues *"manifiestan contundentemente que nosotros no hemos adoptado ni cumplido ningún acuerdo sobre precios con Repsol"* (folio 5231). Como ya se ha respondido en el fundamento 4.1.2 relativo a la acreditación de las conductas y sus efectos en el mercado, esta Sala comparte la valoración de la DC y considera que los mismos no son capaces de desvirtuar los hechos acreditados y descargar de responsabilidad a LENCE. A ello hay que añadir que en la PR únicamente se ha reflejado la información que permite acreditar que LENCE ha incurrido en una infracción de la normativa de defensa de la competencia y que el resto de información contenida en el expediente no es capaz de refutar. Tampoco LENCE ha aportado una explicación racional alternativa a la conducta que se le imputa para descartar su responsabilidad que, en el caso de existir, debería de ser capaz de proporcionar al margen de los correos internos de REPSOL que obran en este

expediente. Tal y como reconoce el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 26 de enero de 2015 *«En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (STC 258/2007, de 18 de diciembre (RTC 2007, 258)), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa"* (…) *Como ha afirmado la AN en su sentencia de 16 enero 2008 "el examen de la resolución denegatoria de las pruebas no admitidas, y de la propia resolución sancionadora, pone de manifiesto, a juicio de esta Sala que efectivamente la recurrente ha razonado la relación entre las pruebas inadmitidas y su finalidad, en este caso, no probar hechos, sino privar de validez a otras "pruebas" sobre las que, al menos parcialmente, descansa el acta de la inspección. Sin embargo, no ha resultado razonado de modo convincente que la resolución del procedimiento hubiera sido absolutoria si se hubieran practicado"».*

Por otro lado, LENCE tuvo acceso al expediente desde el momento de su incoación, el 29 de julio de 2013 y accedió al mismo en dos ocasiones, el 24 de abril y el 23 de julio de 2014, pudiendo consultar 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. Asimismo, interpuso las alegaciones que consideró oportunas: tanto al PCH como a la PR, mediante escritos que tuvieron entrada en la CNMC los días 30 de julio y 17 de noviembre de 2014, respectivamente y, además, con fecha de 25 de julio de 2014, en virtud del artículo 47 LDC, interpuso recurso ante el Consejo de la CNMC.

Por tanto, LENCE ha podido disponer de todos los meses que ha durado la instrucción del expediente desde su incoación para acceder al expediente y, además, ha tenido 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) y la posibilidad adicional de interponer el recurso previsto en el artículo 47 LDC ante el Consejo de la CNMC.

El propio Grupo LENCE reconoce en su escrito de alegaciones a la PR que conoce los hechos que se le imputan y las pruebas en las que se basan los mismos *«"las sociedades conocen qué hechos se les imputan y en base a qué pruebas, teniendo la oportunidad de alegar durante la instrucción…" Ciertamente.»* (folio 5231; subrayado añadido). La CNMC no oculta ningún otro hecho que no conste en el expediente, al contrario de lo manifestado por la alegante (folio 5233), y al que el Grupo LENCE no haya tenido acceso, motivo por el que esta Sala entiende que la práctica de las pruebas propuestas por LENCE (solicitar dichos correos a REPSOL; folio 5232) deben de ser rechazadas, aunque no sólo porque no permiten desacreditar los hechos ni alterar la resolución final a favor de LENCE, sino también porque los correos que LENCE solicita ya están en

su poder, como muestra el hecho de que los haya incorporado al texto de su escrito de alegaciones a la PR.

Al hilo de lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2014 no aprecia que se haya vulnerado el derecho de defensa de la actora en el procedimiento que falla en la medida en que ésta tenía conocimiento de los hechos imputados y recordando sus pronunciamientos al respecto en su Sentencia de 17 de junio de 2013, señala que *«Concretamente respecto de la confidencialidad, "la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991 , recaída en el asunto Hércules Chemicals, a tenor de la cual, (…) la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados". (Sentencia del TS de ocho de Junio de dos mil once (RJ 2011, 5159) , recurso 2385/2007).*

Aplicando tal doctrina al supuesto de autos no podemos apreciar indefensión porque todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción y la sanción, han sido conocidos por la recurrente, y sin que concrete la forma en que la confidencialidad le ha causado indefensión material."

Este planteamiento es igualmente aplicable al presente caso, por lo que no puede apreciarse indefensión ya que la recurrente ha conocido todos los hechos imputados, así como la base documental de los mismos. Esto es, la imputación se ha realizado en base a los documentos conocidos por la actora».

Por todo lo expuesto, esta Sala considera que la DC ha actuado con objetividad y transparencia, respetando lo dispuesto por el legislador y valorando tanto el derecho de defensa de LENCE con plenitud de medios y sin limitaciones indebidas como el derecho de REPSOL a la protección de sus secretos comerciales. No es posible, pues, apreciar la desviación de poder en este expediente al declarar y mantener dicha confidencialidad como alega el Grupo LENCE (folio 5232) ni se puede permitir que se acuse a la DC de manipulación y ocultación de información ni de prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos u obstrucción a la justicia, como señala la alegante (folio 5233) sin ningún tipo de prueba acreditativa fehaciente y constatable que sustente tan grave acusación.

En este sentido, se recuerda lo indicado en el Auto del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006 *"Situados, pues, en esta perspectiva, no puede considerarse*

motivación suficiente a efectos del levantamiento de la confidencialidad la mera alegación, huérfana de mayores consideraciones, de que el documento concernido figura en el expediente y fue valorado por la Administración autora del acto ni es motivación suficiente la afirmación escueta de que ese documento resulta necesario para la articulación de la demanda, como tampoco puede justificarse tal pretensión en alegaciones genéricas de corte preventivo por las que se pretenda examinar globalmente determinados documentos únicamente para cerciorarse de su interés o intrascendencia. La declaración de confidencialidad está reservada por el Ordenamiento Jurídico a unos organismos (el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) configurados conforme a un status de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no solo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica. Es precisamente la trascendencia social y económica de los datos que a través de esa declaración se protegen y su asentamiento en el juicio técnico de unos organismos que gozan formal y materialmente de reconocida autoridad científica en ámbitos tan intrincados y especializados, lo que determina que el levantamiento de esa confidencialidad no puede basarse solo en afirmaciones de principio. Al contrario, frente al vacío argumental en que nos encontraríamos si admitiéramos como suficiente ese orden de afirmaciones, es la argumentación de quien reclama la entrega del material confidencial, su contraste con las razones esgrimidas por las partes enfrentadas y su proyección sobre los motivos que justificaron el otorgamiento de la protección y el contenido mismo del material así protegido, lo que permitirá a esta Sala basar su decisión en algo más que planteamientos voluntaristas o apodícticos".

Por último, la alegación de LENCE en relación con la falta de referencia en la PR tanto a la sanción que la DC propone al Consejo que se imponga como al volumen de negocio a considerar (folio 5233 y 5234), esta Sala considera que debe de ser, igualmente, desestimada.

Así, la alegante señala que el artículo 18 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, RD 1398/1993), recoge que en la PR debe de especificarse la sanción que se propone que se imponga. Si bien ello es cierto, también lo es que el artículo 1.1 de ese mismo Reglamento establece, en relación con su objeto que *"La potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, <u>en defecto total o parcial de procedimientos específicos</u> previstos en las correspondientes normas"*. En este sentido, se recuerda que la LDC establece su propio procedimiento sancionador, específico en materia de defensa de la competencia, al que también se refiere la LCNMC en su artículo 29.3 en los siguientes términos: *"En concreto, el*

procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se regirá por las disposiciones específicas previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio".

Este procedimiento es desarrollado por el RDC, que en su artículo 34 indica *"La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución"*.

Esto es, dicho artículo no especifica que en la propuesta de resolución dictada por la DC deba recogerse el importe de la sanción a imponer. Será la resolución propiamente dicha, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC tal y como establece el artículo 70.2 de la LDC, la que contendrá esa referencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.2 LDC, que contempla que *"Las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán contener: (…) d) La imposición de multas".* En ese mismo sentido se pronuncia el artículo 38.3 RDC, sobre el contenido de la resolución, cuando indica que *"Igualmente, en virtud del artículo 53.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá (…) imponer multas (…)"*. Por tanto, es al Consejo de la CNMC y no al órgano instructor al que corresponde imponer las sanciones pertinentes, siendo en este momento procesal en el que procede hacer referencia a los importes a los que ascienden las mismas así como al volumen de negocio a considerar, tal y como efectivamente se expone en el fundamento jurídico séptimo.

A lo anterior ha de añadirse que la propuesta de la DC, aún sin contener una cifra exacta acerca de la cuantía de la sanción, contiene todos los elementos previstos en el artículo 64 LDC para cuantificar la misma: hechos y antecedentes (dimensión y características del mercado y cuota en el mismo), responsabilidad imputada (duración de la infracción), efectos en el mercado, agravantes y atenuantes, lo que permite una defensa completa por parte de los imputados.

Todo ello pone de manifiesto, en primer lugar, que esta CNMC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar el derecho de defensa del Grupo LENCE y, en segundo lugar, que el derecho de defensa de LENCE ha quedado plenamente garantizado puesto que el instructor ha cumplido escrupulosamente con los requisitos establecidos por el legislador. Por tanto, el Grupo LENCE ha

podido defenderse en términos reales y efectivos durante toda la tramitación del expediente, sin que su derecho de defensa se haya visto menoscabado.

4.2.2. Sobre la vulneración del principio de igualdad

LENCE alega que a otros imputados en este expediente sí se les ha dado acceso a documentos confidenciales (folio 5231) mientras que a LENCE se le ha denegado, lo cual vulnera el principio de igualdad (folio 5232).

REPSOL (folio 5392), por su parte, alega que la DC le ha tratado de forma discriminatoria en comparación con BP y CEPSA y que la explicación utilizada por la DC para exonerar a dichos operadores es de aplicación a REPSOL, esté o no presente de forma directa en los entornos geográficos correspondientes (folios 5392 y 5393). Así, indica que: (i) los acuerdos que se le imputan son acuerdos verticales en lugar de horizontales (folio 5395); (ii) que negociar sobre los precios de venta con las EESS que tiene abanderadas es legal siempre que no se imponga un determinado precio de venta (folio 5394); y que (iii) el trato discriminatorio que sufre alcanza la valoración de los hechos que afectan a otros operadores en comparación con los que le afectan a REPSOL (folio 5396).

Respuesta de la Sala

En relación con las alegaciones de REPSOL y LENCE en cuanto a que la DC ha vulnerado el principio de igualdad, esta Sala entiende que deben ser desestimadas en tanto que descarta que se haya producido la vulneración alegada.

Tres son los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional para apreciar la concurrencia de una vulneración del principio de igualdad: (i) aportación de un término idóneo de comparación demostrativa de la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido trato diferente; (ii) que el trato desigual no esté fundado en razones objetivas que lo justifiquen; y (iii) que el juicio comparativo se desarrolle en el marco de la legalidad, pues no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto por el ordenamiento jurídico. Esta Sala considera que las alegaciones presentadas por REPSOL y LENCE no cumplen estos tres requisitos, razón por la que no se aprecia la vulneración alegada, y ello por los motivos que se exponen a continuación.

LENCE indica que a CERRO DE LA CABAÑA y a MACARSA se les concedió el levantamiento de la confidencialidad solicitada en relación con determinados correos de REPSOL, muy similares a los obrantes en el expediente relacionados con LENCE, mientras que a LENCE le fue denegada su solicitud. Sin embargo, no

se puede establecer una relación de identidad entre ambas situaciones dado que, en este caso, no existe un término válido de comparación que permita llevar a cabo el juicio de igualdad y el trato desigual se funda en razones objetivas.

Así, si bien el artículo 42 de la LDC que regula el tratamiento de la información confidencial, establece como se ha mencionado en el apartado anterior 4.2.1., que *"En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales",* permitiendo, pues, que las partes en un procedimiento puedan solicitar la confidencialidad de determinada información obrante en el mismo, ello no constituye un principio absoluto. Y ello es así en la medida en que viene matizado por las circunstancias de cada caso en particular. En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011 cuando hace alusión a que "*el concepto "confidencial" es un concepto jurídico indeterminado por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter".* De igual forma, ha sido señalado reiteradamente tanto por el Consejo de la extinta CNC como por el de la CNMC en sus Resoluciones, por todas, la de 2 de abril de 2014 (R/DC/0009/14, EUROPAC), que especifica que:

> *«en el párrafo 22 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 (en adelante, La Comunicación): "Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse".*
>
> *Asimismo, deben ponderarse otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son los derechos de defensa de quienes son imputados en el procedimiento».*

Por tanto, ni la declaración de confidencialidad ni su levantamiento constituyen un derecho del recurrente, sino que son producto del resultado de valorar los diferentes principios en juego atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, valoración formulada siempre de forma motivada. Corresponde, pues, analizar la documentación referida a cada caso concreto para determinar no sólo si procede su confidencialidad sino también, en su caso, si ésta ha de levantarse.

De este modo procedió la DC en el presente expediente acordando, con fecha 18 de julio de 2014, el levantamiento total o parcial de la confidencialidad de determinados folios en base a que los datos contenidos en los mismos se consideraban necesarios para esclarecer los hechos investigados y salvaguardar los derechos de defensa de CERRO DE LA CABAÑA y MACARSA en la medida en que les proporcionaba una mejor comprensión de los documentos señalados en el PCH para su imputación (folios 4323 a 4326).

Sin embargo, en el caso de LENCE, tal y como se ha argumentado en el apartado anterior 4.2.1., ni la DC ni esta Sala aprecian que la confidencialidad de los documentos controvertidos (folios 26 a 115) afecte a su derecho de defensa ni que sean necesarios para esclarecer los hechos. Así lo expuso la DC en su Acuerdo de denegación de acceso a la versión confidencial de los documentos de REPSOL de 22 de julio de 2014 *"por considerar que su derecho de defensa queda plenamente garantizado ya que toda la información recogida en los Hechos Acreditados del Pliego de Concreción de Hechos relativa a LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L., figura en el tomo público del expediente, obrando en el mismo versiones censuradas de los folios a los que hace referencia su escrito de acuerdo con las resoluciones de confidencialidad dictadas con fecha 19 de mayo y 10 de junio de 2014".* Y del mismo modo se pronunció la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en su Resolución de 2 de octubre de 2014, expediente R/AJ/0302/14 COMPLEJO SAN CRISTOBAL, que desestima el recurso interpuesto por LENCE contra el Acuerdo mencionado y que concluye que: "*De acuerdo con lo expuesto, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L y LENCE TORRES, S.L.".*

Por tanto, entendiendo que los documentos confidenciales a los que las alegantes hacen referencia no han sido utilizados para sustentar las imputaciones a LENCE y que ésta conoce los hechos que se le imputan y las pruebas que los avalan, esta Sala entiende que la DC no ha vulnerado el derecho a la igualdad de trato de LENCE en relación con CERRO DE LA CABAÑA y MACARSA.

En cuanto a las alegaciones de REPSOL referidas al trato discriminatorio recibido por la DC en relación con BP y CEPSA, esta Sala entiende que deben ser, igualmente, desestimadas.

Estas alegaciones ya han sido contestadas por la DC en la PR y la mayor parte de las mismas también han sido respondidas por esta Sala en otros fundamentos jurídicos de esta Resolución. En cuanto a estas últimas, esta Sala se remite, por una parte, a lo dispuesto en el fundamento jurídico cuarto, apartado 4.1.1., de esta Resolución acerca de que los acuerdos que se le imputan a REPSOL son horizontales en lugar de verticales. Y, por otra parte, a los apartados 4.1.2, 4.1.3 y 4.1.4. también del fundamento jurídico cuarto, en relación con la ilegalidad de negociar sobre los precios de venta al público con las EESS que tiene abanderadas.

Por ello, esta Sala no va a volver sobre los mismos argumentos, sino que se remite a ellos insistiendo en que las prácticas que se imputan a REPSOL tienen lugar en el seno de relaciones horizontales y que los acuerdos e intercambios de

información imputados versan sobre precios de venta al público de combustible. Como señalan los apartados mencionados, en el caso de CERRO DE LA CABAÑA la horizontalidad de la conducta es evidente en cuanto que se trata de una ES de marca blanca que, en el momento de producidos los hechos, ya no estaba abanderada por REPSOL. En el caso de LENCE y LORQUI, sin embargo, se trata de EESS abanderadas por REPSOL pero que compiten con ella en los entornos geográficos definidos por la DC. Así, en la medida en que los acuerdos e intercambios de información imputados no se refieren a precios de venta recomendados ni a las condiciones de suministro del combustible, sino a las condiciones comerciales (precios y descuentos) aplicados por REPSOL en su red de EESS, no es posible englobar dicha conducta en una relación vertical de suministro como persigue REPSOL.

En relación al trato discriminatorio alegado por REPSOL con respecto a la valoración que la DC efectúa de los hechos que le afectan a esta operadora en comparación con los que se imputan a BP y CEPSA, esta Sala considera que los criterios empleados para considerar o no acreditados las infracciones imputadas han sido los mismos en los tres casos, como indica la DC.

Sin embargo, las circunstancias en las que se llevan a cabo cada una de las conductas analizadas difieren en cada uno de ellos, no siendo posible establecer una conexión de identidad entre los mismos.

Así, como se ha argumentado ya en el fundamento jurídico anterior *4.1.Sobre la acreditación de las conductas y sus efectos en el mercado,* no es posible obviar que REPSOL se encuentra en los entornos geográficos definidos en este expediente de forma directa mediante su propia red de estaciones de servicio y que los hechos acreditados muestran cómo ha intercambiado información y ha adoptado acuerdos con competidores directos que resultan anticompetitivos.

En cambio, en el caso de CEPSA: (i) o bien se trata de relaciones verticales; (ii) o bien no está presente en el entorno geográfico competitivo correspondiente; (iii) o bien la DC no ha acreditado ninguna infracción de la LDC. Así, a pesar de mantener también una importante red de EESS propias, CEPSA resulta ser, por un lado, el accionista mayoritario de ENERGÉTICOS DE ANDALUCÍA, con una participación superior al 50%, lo que implica que no se pueda considerar una empresa independiente de CEPSA sino que se entiende que ambas constituyen una única entidad económica, formando parte de la misma empresa, según lo dispuesto en el párrafo 11 de las *Directrices horizontales de la Comisión.* Por otro lado, CEPSA no se encuentra en el entorno geográfico competitivo de la ES CRUCE DEL CEDILLO y, por lo tanto, no se puede considerar competidora directa de la misma. Como consecuencia de ello, sus relaciones no son susceptibles de ser encuadradas dentro de las relaciones entre operadores petrolíferos y empresarios independientes que compiten en el mercado minorista

de distribución de combustible bajo la misma bandera, sino que se trata de relaciones de carácter vertical, por lo que su objeto difiere del objeto del presente expediente. En relación con las ES de CEPSA en Sax (Alicante), la DC no ha acreditado ninguna infracción del derecho de defensa la competencia, en tanto que considera que existe una explicación económica de los hechos alternativa a la concertación entre ambas ES que supone entender la práctica analizada como resultado de una decisión unilateral.

Por último, en el caso de BP, esta operadora ha acreditado que la estructura de su red de distribución está integrada por EESS DODO y CODO, a diferencia de REPSOL y CEPSA, lo que supone que la relación entre BP y sus abanderados es vertical y no horizontal, que es la que se analiza en el presente expediente.

Por todo lo expuesto, esta Sala entiende que el derecho a la igualdad de trato de REPSOL en el presente expediente no se ha visto vulnerado por la DC en ningún momento.

4.2.3. Sobre la falta de imparcialidad de la DC y la violación de la presunción de inocencia.

REPSOL alega que la DC pretende dar a entender que de las conductas que analiza y valora es posible inferir la existencia de conductas más graves presumiendo que sus pruebas han sido destruidas. Añade que el hecho de que la DC pretenda dar a entender que las conductas que le imputa son una muestra de la totalidad de las mismas, vulnera su derecho a la presunción de inocencia (folio 5376).

Asimismo, señala que determinadas afirmaciones de la DC demuestran un prejuicio contra REPSOL y un afán de sancionar a dicha empresa impropio de un organismo público y, en relación con ellas, menciona las siguientes: (i) el error de considerar acuerdos horizontales lo que son relaciones verticales, que se aplica en perjuicio de REPSOL empleando la tipificación discriminatoriamente; (ii) la solicitud al Consejo de aplicación de un agravante a REPSOL por competir en precios; (iii) la atribución a REPSOL de una responsabilidad especial, sin fundamento e ilícita, por ocupar una posición dominante en el mercado; (iv) los efectos de las conductas no sólo se producen en los micro-entornos que la DC ha establecido sino que tiene efectos intra-comunitarios y pueden afectar a los consumidores de la UE e incluso a la competitividad global del país (folio 5378).

<u>Respuesta de la Sala</u>

Esta Sala entiende que las alegaciones de REPSOL 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 REPSOL se sustentan en pruebas directas de la participación de REPSOL en las conductas que se le imputan, documentos recabados legalmente, la mayoría de ellos en la inspección de la propia sede de REPSOL y que no han sido desvirtuados por las alegaciones presentadas.

Así, lo que la DC declara tanto en el PCH como en la PR es que la documentación que obra en el expediente permite acreditar la existencia de varios acuerdos -(i) acuerdo entre REPSOL y LENCE en orden a coordinar los precios de venta al público en el entorno de Lugo 2013 y (ii) acuerdo entre REPSOL y LORQUI en diciembre de 2012 por el que REPSOL se comprometió a no aplicar en la ES 96808 ESPINARDO descuentos superiores a 3 cts/l- a la vez que intercambios de información -el intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA en una reunión mantenida el 21 de marzo de 2013. Y son estas prácticas y no otras las que se le imputan a REPSOL a través de pruebas de cargo legítimas y válidas, por lo que probada la comisión de la infracción, se considera destruida la presunción de inocencia.

Sobre la referencia de REPSOL a las inferencias de la DC en relación con la existencia de conductas más graves y la destrucción de las pruebas que lo acreditan, cabe concluir con las afirmaciones que el propio Tribunal Supremo viene efectuando y que hace suyas la Audiencia Nacional, por todas, en su Sentencia de 1 de octubre de 2013, 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 todo lo expuesto, esta Sala entiende que los reproches de REPSOL hacia la actuación de la DC en el presente expediente no pueden ser admitidos, en la medida en que la DC ha respetado en todo momento lo dispuesto en la normativa de defensa de la competencia, siendo su actuación objetiva e imparcial.

En segundo lugar, sobre el supuesto prejuicio de la DC hacia REPSOL y su supuesto afán de sancionar a este operador, esta Sala, en vista de los hechos acreditados, no puede sino discrepar de los argumentos esgrimidos por REPSOL.

Así, se reitera que ha quedado demostrado en el presente expediente que las conductas que se le imputan están basadas en relaciones horizontales entre REPSOL y sus competidores directos en el mercado minorista de combustible, por lo que esta Sala se remite a lo ya expuesto sobre este tema en el apartado 4.1.1. del fundamento jurídico cuarto de esta Resolución.

En cuanto a que la DC solicita del Consejo la aplicación de un agravante a REPSOL, el artículo 64.2 LDC recoge expresamente entre los criterios para la determinación del importe de las sanciones las siguientes circunstancias agravantes: *"a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley. b) La posición de responsable o instigador de la infracción"*.

Así, ha de tenerse en cuenta que REPSOL ya ha sido sancionado por este organismo en relación con prácticas anticompetitivas de carácter vertical, expedientes 652/07 REPSOL/CEPSA/BP y 490/00 REPSOL, así como prácticas anticompetitivas de carácter horizontal, expediente S/0474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN. En los dos primeros expedientes, 652/07 y 490/00, la Audiencia Nacional ratificó, con fechas de 6 de junio de 2012 y 11 de julio de 2007, respectivamente, las conductas sancionadas por los extintos CNC y TDC. En este último caso (490/00 REPSOL), dicho fallo fue compartido por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 17 de noviembre de 2010. Por tanto, la comisión repetida de infracciones de la LDC es plenamente aplicable a REPSOL como agravante.

En relación con que *"la DC pretende en la Propuesta que se aplique una agravante a esta parte por competir en precios (de hecho por ¡bajar los precios de venta!)"* (folio 5377), esta Sala vuelve a insistir en que lo que se imputa a REPSOL son prácticas anticompetitivas en las que este operador no compite en precios sino todo lo contrario. Así, ha quedado acreditado que tanto los acuerdos que REPSOL ha adoptado con LENCE y LORQUI como los intercambios de información con CERRO DE LA CABAÑA han producido efectos en el mercado que se han traducido en una reducción sustancial de la competencia intramarca y el consiguiente perjuicio ocasionado al consumidor. Sobre ello se pronuncian los apartados 4.1.2. , 4.1.3. y 4.1.4. del fundamento jurídico cuarto de esta Resolución y a los mismos se remite esta Sala.

Con respecto a que la DC atribuye a REPSOL una responsabilidad especial que este operador considera sin fundamento e ilícita por ocupar una posición

dominante en el mercado, esta Sala entiende que tal atribución se encuentra suficientemente justificada. De este modo, en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de estaciones de servicio, REPSOL es la empresa líder, ostentando en 2012 una cuota del [40-50] % por volumen de ventas y del [30-40] % por número de estaciones de servicio en gasolina 95, y cifras similares en gasóleo. Y en el mercado mayorista extra-red al canal de EESS, REPSOL ostentó una cuota del [30-40] % en 2012. Por tanto, es el operador con mayor cuota en estos mercados, por lo que su posición dominante en los mismos es indiscutible. Así lo expone también la extinta CNE en su *Resolución de 30 de mayo de 2013 por la que se establecen y publican las relaciones de operadores dominantes en los sectores estratégicos* (BOE de 10 de julio de 2013), en la que en su relación de operadores dominantes del sector de carburantes incluye entre los operadores dominantes a REPSOL. El hecho de que también aparezca como operador dominante CEPSA no modifica ni el índice de cuotas por volumen de ventas de REPSOL ni por el número de sus estaciones de servicio ni las conductas acreditadas imputadas a REPSOL ni la especial responsabilidad en las mismas de este operador, dado que dicha posición de REPSOL en el mercado afectado le permitía desarrollar estrategias con la finalidad de, en palabras de la DC, *"disciplinar la competencia"*. Así, tenía capacidad suficiente para mantener guerras de precios ante cambios de bandera o políticas comerciales agresivas, dando a entender que haría frente a cualquier ataque. De hecho, incluso alguno de los empresarios independientes incoados en este expediente reprochan la actitud de REPSOL en referencia al poder que le otorga su posición dominante en el mercado afectado. Por ejemplo, MACARSA, en su escrito de alegaciones al PCH indica que *"MACAR, S.A. (…) es una simpe víctima de la posición dominante de REPSOL en el mercado español. Al cambiar su abanderamiento a BP, ha sido objeto de una brutal acción de precios como represalia por parte de REPSOL"* (folios 4317). Por todo ello, sobre REPSOL recae una especial responsabilidad en dichas conductas, tanto por su posición en el mercado como primer operador nacional como por la capacidad de actuación que ello le confiere. Esta *"posición de responsable"* está expresamente recogida en el artículo 64.2 como circunstancia agravante, tal y como ya se ha comentado.

Por último, en relación con la alegación de REPSOL referida a que la DC considera que los efectos de las conductas no sólo se producen en los micro-entornos que ha establecido sino que tiene también efectos intra-comunitarios, esta Sala se remite a lo expuesto en el apartado 4.3.1. *Sobre la falta de competencia de la CNMC para la resolución del presente expediente* del fundamento jurídico cuarto de esta Resolución, en la medida en que en el mismo se abordan ambas cuestiones.

En consecuencia, en la medida en que: (i) 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; (ii) las alegaciones efectuadas por REPSOL no han sido capaces de desvirtuar esos hechos y (iii) REPSOL ha estado presente en las tres conductas imputadas en este expediente, esta Sala no puede apreciar, bajo ninguna perspectiva, vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia de REPSOL.

4.3. Sobre las alegaciones al procedimiento

4.3.1. 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 al acuerdo de coordinación de precios con LENCE en el entorno de Lugo en abril de 2013 como sobre el acuerdo con LORQUI para no aplicar descuentos superiores a tres céntimos/litro en la ES ESPINARDO y el intercambio de información estratégica con CERRO DE LA CABAÑA relativa a los precios de venta al público en marzo de 2013. Entiende que ello es así en la medida en que se trata de tres conductas diferenciadas producidas en tres entornos geográficos locales diferenciados y en momentos temporales distintos, sin que exista conexión entre dichas conductas. De este modo, considera que dado que no se producen efectos supra-autonómicos, sino que éstos se limitan a dichos entornos, la DC carece de competencia para resolver y corresponde asumir dichas funciones al Consello Galego da Competencia, el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia y el órgano de defensa de la competencia de Madrid, respectivamente. De lo contrario, los actos dictados por la DC podrían ser declarados nulos de pleno derecho (folio 5378).

Añade que la DC no acredita que las conductas que imputa alteren o puedan alterar la competencia en un ámbito supra-autonómico o en el conjunto del mercado nacional ni justifica los efectos de sustitución en cadena que generan solapamiento de los diferentes entornos competitivos. Señala que la propia DC limita las conductas a entornos locales y que no hay indicación de interacción competitiva o efecto entre dichos entornos ni entre entornos colindantes que permitan apreciar un efecto dominó. Además, expone que el supuesto “efecto dominó” que la DC utiliza para atribuirse la competencia es incompatible con los argumentos utilizados para exonerar a CEPSA y BP (folio 5380).

Insiste en que las tres conductas imputadas son diferenciadas que no afectan tres comunidades sino que tienen efectos limitados a entornos locales infra-autonómicos por lo que la DC no puede justificar su competencia en que REPSOL opera en el conjunto del territorio nacional y las conductas afectan a tres Comunidades Autónomas, ya que ello no respeta lo establecido en 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 (Ley 1/2002). Ni siquiera en lo concerniente al desbordamiento del ámbito de Madrid

en relación con el intercambio de información con CERRO DE LA CABAÑA, en la medida en que la DC considera lícito el objeto de la reunión (folio 5381).

Asimismo, considera que las conductas no son susceptibles de producir efectos en el comercio intra-comunitario (folio 5383).

Por último, señala que la CNMC se aparta de precedentes anteriores sin motivación alguna (folios 5383 y 5384).

CERRO DE LA CABAÑA alega que el entorno geográfico de esta EESS establecido por la DC se limita a un ámbito territorial muy delimitado y concreto (folio 5332) y que en el expediente no hay prueba alguna que permita comprobar la construcción teórica que efectúa la DC, en relación con que la conducta alegada desborda el ámbito de la Comunidad de Madrid. Afirma que el entorno competitivo de CERRO DE LA CABAÑA está constituido por 21 EESS abanderadas tanto por REPSOL como BP, GALP y CEPSA entre otras, situadas en un círculo a su alrededor entre 1,5 y 2 km y en la nacional A3 a una distancia máxima de 12 km (folio 5344). Señala que *"el entorno de Cerro de la Cabaña, no trasladó, como ondas en un estanque, perniciosos efectos anti-competitivos hacia Valencia. Realmente lo que ocurrió es que, desde entonces hay más y mejor competencia entre los minoristas y ello ha redundado en beneficio de los consumidores"* (folio 5346). Por todo ello, niega la competencia de la CNMC para instruir y resolver el presente expediente, considerando infringido por ello el artículo 1 de la *Ley 1/2002* (folio 5348).

Respuesta de la Sala de Competencia

Esta Sala considera que las alegaciones anteriores deben ser desestimadas por las razones que se exponen a continuación.

Indica la Ley 1/2002 en su exposición de motivos que *"considera el Tribunal Constitucional* [en su sentencia de 11 de noviembre de 1999] *que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas"* (subrayado añadido)

Así, el apartado segundo de su artículo 1 recoge entre los casos en los que se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, los siguientes: *"a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico 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 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" (subrayado añadido).

Y añade su apartado quinto que *"Corresponderá en todo caso al Estado: la aplicación en España de los artículos 81 y 82* [artículos 101 y 102 TFUE] *del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el artículo 25 c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* [artículo 5.1.f) LCNMC]*"* (subrayado añadido).

Bajo este marco normativo ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que las conductas imputadas a las incoadas tienen lugar en diversas Comunidades Autónomas: Galicia, Madrid y Murcia. No obstante, las alegantes han mostrado sus diferencias con la DC en relación al entorno competitivo definido por ésta tanto en el PCH como en la PR.

De este modo, CERRO DE LA CABAÑA, aun pareciendo en un primer momento conforme con la delimitación del entorno competitivo efectuada por la DC, acaba señalando que *« Ese "entorno" está constituido por las siguientes estaciones de servicio, que están en un círculo a su alrededor de entre 1,5 y 2 Km, y en la nacional A3, a una distancia máxima de 12 kilómetros, desde el 7,100 en que está Cerro de la Cabaña, hasta el P.K. 19,500 de una de Rivas Vaciamadrid"*. Así, afirma que dicho entorno, que abarcaría unos 12 kilómetros, está conformado por 21 EESS entre las que se encuentran EESS de REPSOL, CEPSA, BP, GALP, hipermercados y numerosas gasolineras "blancas" (folios 5343 a 5345).

REPSOL, por su parte, aun reconociendo en su correo interno de 13 de febrero de 2012 que el entorno de CERRO DE LA CABAÑA está constituido por *"EES Guibe, GPV Vallecas y Fundosa Santa Eugenia"* (folio 2349) en el acta de la reunión del Grupo Madrid el 21 de marzo de 2013 añade también *ORTIZ* y *GIMALSA* (folio 1138) y en sus alegaciones a la PR afirma que *"existen en el mismo [entorno de CERRO DE LA CABAÑA] un gran número de estaciones de servicio de distintas marcas y tipo"*. Por su parte, LORQUI también discrepa con la delimitación de su entorno competitivo que se expone en la PR e indica que entre la ES LORQUI y la ES ESPINARDO existen 19 estaciones de servicio (folio 5436 y 5437) y que, por proximidad y uniformidad en el trayecto, su entorno competitivo estaría formado por las EESS ubicadas a no más de cinco kilómetros, haciendo referencia a 7 EESS, de las cuales dos se encontrarían en LORQUI y las otras cinco en Molina de Segura. Es más, LORQUI en sus alegaciones al PCH manifiesta que incluso podría verse más afectada por una ES situada a 16 km de la ES LORQUI, que por la de ESPINARDO, situada a 12 km: *"existiendo otras estaciones del tipo LOW COST como ES CAMPSA ubicada en el polígono de Alcantarilla a una distancia de 16 kilómetros de ES Lorquí y con PVP 7 céntimos más baratos que las estaciones de REPSOL, nos veríamos afectados más por esta estación que por la de Espinardo"* (folio 4409).

Por último, ha de añadirse que dentro del entorno competitivo del Grupo LENCE en Lugo definido por la DC y no discutido ni por LENCE ni por REPSOL podemos encontrar EESS que se encuentran a una distancia aproximada de 25,5 kilómetros (96674 LENCE TORRES[24] y 96313 COMPLEJO SAN CRISTÓBAL[25]) o incluso a unos 39 kilómetros (3573 LENCE TORRES[26] y 96313 COMPLEJO SAN CRISTÓBAL).

Esto es, en palabras de REPSOL, los entornos competitivos *"no están determinados y su definición es subjetiva"* (folio 4647). Ello es así en la medida en que los mismos varían en función de la ES que se tome como referencia, esto es, la que se considere su epicentro. En el presente expediente la DC ha sido coherente con los hechos acreditados, estableciendo los entornos competitivos en función de las EESS que se veían afectadas por las conductas llevadas a cabo por las imputadas, bien porque las mismas lo reconocían así directamente en las pruebas obrantes (caso de REPSOL y LENCE y CERRO DE LA CABAÑA) o bien porque dichas pruebas apuntaban a ese entorno y no otro (caso de REPSOL y LORQUI).

Pero a ello hay que añadir que la delimitación geográfica de aquéllos no se considera absoluta, pues en tanto que entornos contiguos pueden verse afectados en la medida en que entre los mismos se generan efectos de sustitución en cadena, tal y como indica la DC y han venido señalando diferentes informes de las extintas CNE y CNC. Así, ya en 2009 la CNC afirmaba en su *Informe sobre la Competencia en el Sector de Carburantes de Automoción de julio de 2009* que "*La importancia del elemento local ha sido puesta de manifiesto en distintas ocasiones por la CNC. Los consumidores finales suelen acudir a aquellas EESS próximas a su centro de actividad. No obstante, existe cierto solapamiento entre las áreas de influencia de estaciones de servicio, apareciendo interacciones competitivas entre estaciones vecinas y un encadenamiento de áreas de influencia entre EESS más alejadas".* El *Informe de la CNE de 10 de octubre de 2012* sobre *El mercado español de distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio* llegaba a la misma conclusión: "*Por lo que se refiere al mercado geográfico, el mercado de distribución minorista de carburantes para la automoción está caracterizado por un importante componente local (…). Por otra parte, en diversas resoluciones, la CNC ha dejado constancia de que existe cierto solapamiento entre las áreas de influencia de estaciones de servicio que provoca un encadenamiento con áreas de influencia de gasolineras más alejadas*" (subrayado añadido en las dos citas).

[24] En GOMEAN-O CORGO: A-6, PK -479 (CASTROVERDE) MD, Lugo.
[25] En AV AVDA. BENIGNO RIVERA, 99 P.I. CEAO, Lugo.

[26] En Calla San Roque, 90-92, Lugo.

De este modo, esta característica propia del mercado minorista de combustibles de automoción que han venido definiendo dichas autoridades es especialmente evidente en este expediente en algunas conductas, percibiéndose en las mismas interacciones competitivas entre estaciones vecinas que provocan un encadenamiento con áreas de influencia de gasolineras más alejadas. Éste es el caso tanto de LORQUI como de CERRO DE LA CABAÑA. En este último caso especialmente, dada la ubicación de la ES CERRO DE LA CABAÑA en la autovía A-3, que une la provincia de Madrid con las de Valencia, Alicante y Murcia, pasando por ciudades como Albacete.

Por otro lado, las pruebas obrantes en este expediente acreditan que las negociaciones que tuvieron lugar entre REPSOL y la ES LORQUI en la Región de Murcia buscaban facilitar el cierre de las negociaciones con el Grupo Aranguren en la Comunidad de Madrid: *"no se trata de una negociación. (…) en estos momentos no podemos arriesgar el cierre del acuerdo con este grupo en Madrid"* (folio 66). En relación con CERRO DE LA CABAÑA, esta propia ES afirma que a las reuniones asistieron representantes tanto de Madrid como de Toledo *"el objeto de las reuniones llevadas a cabo entre **REPSOL y D.*** **[ATM, D. FJVB** y **D. AOH]** **[**Administrador único de CERRO DE LA CABAÑA, Apoderado de CERRO DE LA CABAÑA y Administrador de la empresa SETOR, S.A, respectivamente]**,** *fue negociar la continuidad o no, de los citados contratos de suministro de gasolinas y gasóleos con abanderamiento y exclusiva de suministro, que tenían concertadas ciertas empresas representadas por dichos señores en las provincias de Madrid y de Toledo (contratos DODOS)"* (folio 5333) y añade que *"**El Sr.*** **[FJVB]** **[**Apoderado de CERRO DE LA CABAÑA] ***es Consejero Delegado de las siguientes empresas, que explotan gasolineras todas ellas abanderadas de REPSOL y cuyos contratos también habían de prorrogarse o extinguirse en las fechas de las reuniones a las que se refiere este hecho: ESTACIÓN DE SERVICIO RONDA DE SEGOVIA, S.A (En Madrid); ALCORCÓN, S.A. (En Alcorcón, Madrid); ESTACIÓN DE SERVICIO GARCÍA NOBLEJAS, S.L. (En Madrid); y ESTACIÓN DE SERVICIO DOS LUISES (En Toledo)"*** **(folio 5334).**

Además, en el expediente se pueden encontrar diversos correos electrónicos de REPSOL en los que se hace referencia a la aplicación de una misma política comercial en EESS ubicadas en diferentes Comunidades Autónomas (Madrid, Comunidad Valenciana y Andalucía). Por ejemplo, en el correo de 20 de diciembre de 2012 el Gerente Desarrollo Oil y Precios Dirección Desarrollo de Negocio e Innovación Red EESS España responde al Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal *"Aplicaos con efecto cero horas del sábado los ajustes en entornos de Madrid con el nuevo criterio y las tres provincias comentadas en la misma línea"* (folio 2866). En ese mismo correo se incluye otro de 20 de diciembre de 2011 en el que se indica *"OK. Tambien -3 en Castellon Almeria y granada"* (folio 2866). Asimismo, el correo de 26 de marzo de

2013 es también muestra de ello, pues en él la Analista de Precios, Desarrollo de Negocio e Innovación de REPSOL remite un correo al Gerente Desarrollo Oil y Precios Dirección Desarrollo de Negocio e Innovación Red EESS España en cuyo asunto se especifica *"Re: SEGUIMIENTO PVP AV. TENERIFE, C. CABAÑA, PARLA, SETOR N-1, ETESSA, MACARSA y DENIA"* (folio 2370), en el que se expone la situación de determinadas EESS que se encuentran en Madrid así como de una ES ubicada en DENIA (provincia de Alicante).

En segundo lugar, y en conexión con lo expuesto en el párrafo anterior, ha de tenerse presente que, tal y como indicaba la CNC en su *Informe sobre la Competencia en el Sector de Carburantes de Automoción de julio de 2009,* que los principales operadores actúan a nivel nacional siguiendo una estrategia comercial nacional: *"Además, gran parte de las EESS forman parte de redes nacionales y muchas de las decisiones por el lado de la oferta se adoptan a nivel nacional (gama de productos, prácticas comerciales, etc.). Por ello, a pesar de reconocer el componente local en la competencia entre EESS, se considera que el mercado geográfico a analizar tiene una dimensión nacional"*. De este modo, el encadenamiento de áreas de influencia entre estaciones de servicio a nivel regional y supraregional puede alcanzar el mercado nacional. En términos similares se pronuncia el Informe de la CNE de 10 de octubre de 2012 *"El mercado español de distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio"* añade que *"Adicionalmente, muchos parámetros relevantes de la oferta como la gama de productos ofrecida, el nivel de servicio (por ejemplo, el horario de apertura) suelen decidirse sobre una base nacional, lo que podría llevar a considerar una dimensión geográfica peninsular"*.

El desarrollo de una estrategia comercial a nivel nacional así como el solapamiento entre áreas de influencia y los efectos de red anteriormente comentados resulta especialmente evidente en varias de las conductas investigadas en el presente expediente que afectan a REPSOL. Así puede observarse en diferentes correos electrónicos de este operador que en los mismos intervienen tanto personas que desempeñan cargos de responsabilidad a nivel nacional como delegados regionales con competencia en provincias contiguas e incluso en Comunidades Autónomas vecinas. Por ejemplo, en el correo de 17 de abril de 2013 (folio 94), relacionado con las conductas imputadas a REPSOL y LENCE en Lugo. Este correo es enviado por el Jefe de Desarrollo Comercial en la delegación de REPSOL en A Coruña, provincia *contigua* a la de Lugo, entre otros, al Jefe de Precios en REPSOL con copia, entre otros, al Gerente de Desarrollo Oil y Precios de REPSOL y al Director de ventas directas de REPSOL. Igualmente, en el correo electrónico de 4 de diciembre de 2012 (folio 67), el Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL explica los acuerdos alcanzados con la ES LORQUI al Delegado Regional de REPSOL en Valencia, Comunidad Autónoma *contigua* a la Región de Murcia, con copia a Director de

ventas directas de REPSOL, al Gerente de Desarrollo Oil y Precios de REPSOL y al Subdirector de Planificación y Evaluación de EESS de España de REPSOL.

Más significativo resulta aún el correo de 26 de marzo de 2013 (folio 2369), en relación con los hechos que se imputan a REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA, en el que el Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal responde al Gerente de Desarrollo Oil y Precios de REPSOL con copia al Director de Desarrollo de Negocio e Innovación de REPSOL. Esto es, en este caso interviene un directivo con responsabilidades no sólo en España sino también en Portugal, por lo que la comunicación excedía no sólo del ámbito regional sino también del nacional. Ello es otra evidencia adicional de la existencia de unas prácticas susceptibles de tener afectación sobre el comercio intracomunitario.

En tercer lugar, teniendo en cuenta todo lo mencionado anteriormente y en tanto que REPSOL participa en las tres conductas imputadas, que tienen lugar en territorios de tres Comunidades Autónomas diferentes y, por tanto, capacidad de producir efectos en un ámbito supraautonómico, esta Sala entiende que el órgano competente para resolver el presente expediente es la CNMC. Como indica la Audiencia Nacional en su sentencia de 3 de mayo de 2013 *"el criterio para la asignación entre el Estado y las Comunidades Autónomas de la competencia para perseguir y sancionar las conductas restrictivas no es la naturaleza nacional, autonómica o local del mercado de producto relevante en cada caso, sino el ámbito geográfico infra autonómico o supra autonómico de los efectos restrictivos de la competencia que produce o puede producir una determinada conducta".* Y añade en sus sentencias de 12 de marzo de 2014 y de 30 de abril de 2014 que "*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." (...)*

Al alcance nacional de las infracciones imputadas hay que añadir, como ya se ha adelantado, los potenciales efectos que las mismas pueden desplegar en el comercio entre los Estados miembros. Así dado el carácter internacional de REPSOL en cuanto operador global y multinacional, su liderazgo en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS, los potenciales efectos que otros mercados relacionados con éste, como el turismo o el sector de la logística y distribución, pueden desarrollar en el comercio intracomunitario desde el punto de vista de la demanda y el poder de los acuerdos de compra exclusiva como barrera de entrada de nuevos proveedores, esta Sala entiende que las conductas analizadas son susceptibles de infringir lo dispuesto en el artículo 101 del TFUE.

Como indica la DC, en relación con la aplicabilidad de la normativa comunitaria entre operadores y explotadores de EESS y a su capacidad de afectar al comercio entre Estados miembros, los extintos TDC y CNC han venido manifestando en resoluciones anteriores, por todas, la Resolución de 30 de marzo de 2005 en el expediente A 325/02 Contratos BP Oil España que, aun tratándose de prácticas entre empresas de un mismo Estado y en un ámbito geográfico localizado:

"- 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".

Esta tesis fue avalada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de junio de 2000, en la que razonó que en el ámbito de distribución de combustibles, un único acuerdo puede quedar dentro tanto de la aplicación del Tratado TCE como de la LDC, incluso tratándose de empresas ubicadas en un mismo Estado y en un ámbito geográfico localizado, debido al poder de los acuerdos de compra exclusiva como barrera de entrada de nuevos proveedores, máxime si el mercado de referencia presenta una clara tendencia al oligopolio, como es el caso.

Junto a las anteriores consideraciones debe resaltarse que la CNCM es la única autoridad española con competencia para la aplicación del artículo 101 TFUE, en función de lo dispuesto en el apartado quinto del artículo 1 de la Ley 1/2002, aplicación que esta Sala considera pertinente.

En base a todo ello, esta Sala entiende que las conductas imputadas en el presente expediente deben ser resueltas por la CNMC.

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

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

CERRO DE LA CABAÑA (19 de noviembre de 2014; folios 5331-5358) ha solicitado:

a) La admisión de la prueba documental consistente en que se libre de oficio al Geoportal de gasolineras del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, al objeto de que, por quién corresponda, se remitan al Consejo de la CNMC los volúmenes, expresados en millones de litros y sin distinción de productos, que declararon como vendidos, durante el año 2013, las siguientes gasolineras: CERRO DE LA CABAÑA, S.L., sita en la N-III Madrid-Valencia p.k. 7,100 (Madrid), la situada en Avenida de la Albufera nº 319 (Madrid), la situada en la calle Real de Arganda nº 74 (Madrid) y la situada en el p.k. 0,280 de la Carretera M-203 (Madrid).

b) Prueba documental consistente en que se libre de oficio al Geoportal de gasolineras del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, al objeto de que, por quién corresponda, se remita a la DC el volumen conjunto, expresado en millones de litros y sin distinción de productos, que declararon como vendidos durante el año 2013, la totalidad de las estaciones de servicio y unidades de suministro emplazados en el municipio de Madrid, en la Comunidad Autónoma de Madrid, así como en la totalidad del Estado Español incluidas las Islas Canarias.

c) Prueba Testifical consistente en el interrogatorio de D. JLME, Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL, quien deberá ser citado en la empresa para la que trabaja, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. a fin de que responda las preguntas en relación a la reunión entre su empresa y varios empresarios el día 21 de Marzo de 2013, al "acta" supuestamente por el redactada y a las informaciones vertidas en la expresada reunión y sus efectos.

LENCE TORRES, S.L., y COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L. solicitan por su parte prueba documental, consistente en que se requiera a REPSOL *"Todos los correos internos de su organización entre el 15 Abril y 30 Mayo 2013, que tengan alguna relación con los precios u organización de la venta de carburantes en el área de Lugo (…) Y entre ellos, específicamente, los correos de personas y fechas que enumeramos y que aparecen transcritos en nuestro escrito de Descargos"* (folio 5230). Así como que se les facilite los documentos del

expediente que han venido solicitando: *"(…) todos los documentos de Repsol en el expediente que hayan sido declarados confidenciales y que tengan relación con nosotros y, específicamente, todas las comunicaciones entre personas de Repsol y sus sociedades vinculadas, entre el 15 Abril y 31 Mayo 2013 en que se haga referencia a conversaciones o comportamientos con o del Grupo Lence. Con ampliación del plazo para formular Descargos"* (folios 5228 y 5229).

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 no admitir las pruebas documentales y testificales solicitadas por la entidad CERRO DE LA CABAÑA, ni la prueba documental solicitada por LENCE TORRES, S.L., y COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L., al entender esta Sala que las mismas no hubiesen aportado información concluyente para desvirtuar la valoración en relación con las conductas objeto de esta Resolución.

En relación con las pruebas solicitadas por LENCE, y de conformidad con la DC, los documentos que solicita ya obran en el expediente, si bien, LENCE sólo puede consultar la versión no confidencial de los mismos. No obstante, esta Sala ya ha justificado apartado *4.2.1 Sobre la vulneración de los derechos de defensa* de esta Resolución que el mantenimiento de la confidencialidad de estos correos no vulnera el derecho de defensa de LENCE y que los mismos no constituyen prueba exoneratoria de las prácticas anticompetitivas que se le imputan. Asimismo, ha constatado que LENCE conoce el contenido completo de dichos correos electrónicos en la medida en que los ha conseguido a través de terceros [*"son muchos los textos de correos de Repsol, que obran en el expediente –por lo que hemos podido conocer a través de terceros"* (folio 5216) o *"hay textos de Repsol que obran en el expediente -y que nosotros hemos podido llegar a conocer a pesar de la contumaz ocultación que de ellos hace la CNMC-"* (folio 5222)] y reproducido en sus alegaciones a la PR (folios 5216 a 5218; 5222 a 5225). Esta Sala entiende, por tanto, que la práctica de esta prueba debe denegarse.

En cuanto a las pruebas solicitadas por CERRO DE LA CABAÑA, las dos primeras ya fueron rechazadas por la DC. Esta Sala comparte el argumento dado por ésta y entiende que ambas deben ser desestimadas en la medida en que no persiguen desvirtuar los hechos sino que su finalidad consiste en establecer el carácter poco relevante de esta ES en el mercado nacional para alegar la falta de la competencia de la CNMC en la investigación y resolución de este expediente. Sin embargo, esta Sala ya ha justificado las razones por las que considera que la CNMC es el organismo competente para instruir y resolver este procedimiento en el apartado 4.3.1 *Sobre la falta de competencia de la CNMC para la resolución del presente expediente*, sin que las pruebas mencionadas sean susceptibles de probar lo contrario y considerándolas, por tanto, improcedentes.

En cuanto a la prueba testifical de uno de los directivos de REPSOL, es solicitada por CERRO DE LA CABAÑA porque entiende que a este directivo, que la DC considera autor del acta de la reunión de 21 de marzo de 2013 entre REPSOL y empresarios de ESSS independientes, no se le ha recibido declaración ni se le ha preguntado acerca de su autoría ni sobre el contenido del acta. Por ello, CERRO DE LA CABAÑA niega dicha autoría mientras no sea reconocida por dicho directivo, así como la veracidad del contenido del acta (folio 5348).

Sin embargo, esta Sala considera esta prueba innecesaria y entiende que la misma debe ser desestimada. Ello es así en tanto que REPSOL ya ha dado su versión de los hechos en sus alegaciones, pudiendo haber aportado junto a ella la versión de dicho empleado sin haberlo hecho ni haber incidido en la veracidad del acta. Es más, REPSOL ni cuestiona que la reunión tuviera lugar [*"la reunión de 21 de marzo de 2013 se produce entre Repsol y empresarios de estaciones de servicio con contratos vigentes para la comercialización de combustible en exclusiva bajo la imagen de Repsol"* (folio 4520)] ni que a ella asistiera este directivo ni la autenticidad del documento (sólo su consideración como "acta") ni el

contenido de éste [“*el hecho de que se revele que una estación de servicio tenga precios inferiores a los del entorno, es irrelevante”* (folio 5418)]. Por tanto, esta Sala estima que la declaración de este Directivo no es susceptible de desvirtuar los hechos acreditados ni, por tanto, de alterar la calificación jurídica o conclusiones alcanzadas por la DC en la PR.

En consecuencia, ninguna de las pruebas propuestas constituyen pruebas idóneas a los efectos de desvelar hechos que hagan posible una resolución favorable para las solicitantes.

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, por lo que deben desestimarse.

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, REPSOL (folios 5364-5429) ha aportado información sobre la que solicita la declaración de confidencialidad de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LDC.

Asimismo, todas las empresas han aportado en sus alegaciones a la PR 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. Igualmente, 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

El artículo 1 de la LDC dispone en su apartado primero que:

> *“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La fijación de las condiciones de venta o compra”.*

En términos similares, el artículo 101 del TFUE recoge también en su primer apartado que:

> *"Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción"*.

Las autoridades de defensa de la competencia han venido defendiendo (por todas, la Resolución del TDC de 22 de noviembre de 2006 Juguetes de Cataluña (expediente 605/05), que las conductas tipificadas en el artículo 1 de la LDC están prohibidas si cumplen al menos una de las siguientes condiciones: (i) Tener el objeto, aunque no lo consiga; (ii) Poder producir el efecto, aunque no haya propósito; o (iii) Haber producido el efecto, incluso sin perseguirlo.

De acuerdo con todo ello y con lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, esta Sala considera que ha quedado acreditado que REPSOL y determinados empresarios independientes que operan u operaban en su red de distribución han llevado a cabo, entre 2012 y 2013, un conjunto de conductas prohibidas tanto por el artículo 1 de la LDC como por el artículo 101 del TFUE, constitutivas de una infracción por objeto. Dichas conductas, consistentes en la coordinación en materia de precios y en intercambios de información confidencial, se concretan en las siguientes:

(i) Acuerdo entre REPSOL y LENCE, en abril de 2013, para la coordinación de los precios de venta al público en sus estaciones de servicio en el entorno de Lugo;

(ii) Acuerdo entre REPSOL y LORQUI, en diciembre de 2012, en virtud del cual REPSOL se comprometió a no aplicar en la ES 96808 de ESPINARDO descuentos superiores a 3 cts/l;

(iii) Intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA, en una reunión mantenida el 21 de marzo de 2013.

Estas conductas se enmarcan en el mercado de distribución mayorista y minorista de carburantes de automoción en España, en tanto que las mismas tienen lugar entre operadores verticalmente integrados -presentes tanto en el mercado de suministro mayorista como en el de venta minorista a través de su red de

estaciones propias- y empresarios independientes que operan únicamente aguas abajo. Este mercado viene caracterizado por su alto grado de transparencia y concentración así como por redes paralelas de acuerdos de suministro en exclusiva de los principales operadores petrolíferos que introducen importantes barreras a la entrada y limitan la competencia intermarca.

El funcionamiento competitivo del mercado exige que cada operador decida su comportamiento de manera independiente, sin ningún tipo de acuerdo. Por tanto, los empresarios independientes que asumen riesgos comerciales (salvo que hayan firmado contratos de agencia puros) deben tener libertad para establecer su política comercial para poder competir tanto con otros empresarios independientes como con los operadores verticalmente integrados, incluidos los de su propia red, incluso cuando hayan firmado contratos de suministro en exclusiva y abanderamiento. En este último caso, se sostienen relaciones de cooperación y de competencia, por lo que los acuerdos e intercambios de información en este tipo de redes empresariales reducen sustancialmente la competencia intramarca. El *Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España de 10 de octubre de 2012* así lo indica: "*En cuanto a la intensidad de competencia entre EESS abanderadas, los datos disponibles muestran que la competencia entre estaciones de la misma bandera es bastante reducida. Ello puede comprobarse a partir de las diferencias entre los precios de venta al público recomendados por los suministradores (PVR) y los precios de venta al público efectivamente aplicados por las EESS abanderadas por aquéllos (PVP)".*

En consecuencia, en un mercado en el que ya de por sí la competencia intermarca se encuentra limitada, la pérdida de competencia intramarca puede incrementar el riesgo de colusión en perjuicio del consumidor final. Como indica el párrafo 73 de las *Directrices horizontales de la Comisión "Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio*". En este sentido, son las diferencias de precio entre EESS de un mismo entorno o perímetro geográfico las que presentan una mayor capacidad para generar competencia en el mercado. En caso contrario, el daño repercute en el consumidor, ya que, como añade el párrafo 73 mencionado: *"La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el periodo de ajuste a los nuevos precios".*

De este modo, teniendo en cuenta que REPSOL es la empresa líder en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS y que casi el 70% de los puntos de venta de su red tiene un vínculo fuerte y casi el 30% restante son de gestión propia, las prácticas acreditadas revisten una especial gravedad de cuya responsabilidad REPSOL no

puede exonerarse alegando, entre otras razones, su inserción en relaciones comerciales de carácter vertical, cuyos límites conoce perfectamente como principal operadora de petróleos en España

En este sentido, en el presente expediente se evidencia que los intercambios de información de REPSOL con las EESS que operan o han operado en su red de distribución exceden de lo que correspondería a una relación vertical de suministro entre operador y ES, en la medida en que los mismos no versan sobre precios máximos recomendados por el operador, como alegan las imputadas, sino sobre precios de venta al público y descuentos que no se encuentran amparados por dichas relaciones verticales. La posición negociadora privilegiada de REPSOL en el mercado le ha permitido desarrollar acciones estratégicas tomando la iniciativa e influyendo de forma determinante en las políticas comerciales de sus competidores en el mercado de distribución minorista de combustibles, pertenezcan o no a su red. La conducta de REPSOL es, por tanto, particularmente grave, dado que cualquier acuerdo o intercambio de información entre competidores para no competir a la baja en precios supone, pues, una grave restricción a la competencia que es particularmente nociva para el consumidor.

Por otro lado, los acuerdos e intercambio de información acreditados en el presente expediente constituyen infracciones por objeto, en la medida en que, por su propia naturaleza, son aptos para restringir la competencia. De este modo:

(i) El objeto del acuerdo entre REPSOL y LENCE residía en la igualación de precios de venta al público de combustible en todas las EESS dependientes de ambos Grupos ubicadas en el entorno de Lugo;

(ii) El objeto del acuerdo entre REPSOL y LORQUI consistía en que REPSOL no aplicara rebajas superiores a 3 céntimos/litro en la ES 96808 ESPINARDO a cambio de conseguir finalizar con éxito sus negociaciones con el Grupo Aranguren en Madrid.

(iii) El objeto del intercambio de información estratégica entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA radicaba en la eliminación de la incertidumbre del mercado en relación con los precios de venta al público de combustible de la ES CERRO DE LA CABAÑA para permitir a REPSOL finalizar la guerra de precios iniciada el año anterior en el entorno de esta ES y eliminar de forma escalonada la rebaja que venía aplicando sobre sus precios.

Por tanto, el objeto de todas estas prácticas es manifiestamente contrario a la normativa reguladora de defensa de la competencia en la medida en que modifican los incentivos de las partes a competir reduciendo, en consecuencia, la presión competitiva y los incentivos a reducir precios no sólo entre las partes implicadas, perjudicando la competencia intramarca, sino también para otros

competidores, dada la transparencia del mercado, restringiendo así también la competencia intermarca. Pero, principalmente, estas conductas persiguen el alza de los precios de venta al público de combustible en dichos entornos geográficos, lo que repercute directamente en el consumidor final, siendo especialmente perjudicial para éste al privarle de las potenciales bajadas de precios derivadas de una política comercial más agresiva propia de un contexto competitivo.

En virtud de lo señalado y de lo dispuesto en el párrafo 74 de las *Directrices horizontales de la Comisión, "los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1"*.

Como expuso el Consejo de la extinta CNC en su Resolución de 26 de abril de 2011, expediente, S/0107/08 Plataforma del Mejillón, la fijación de precios constituye una infracción por objeto de la normativa de defensa de la competencia: *"la fijación de precios y el reparto de mercado son conductas que objetivamente distorsionan la competencia".* Este argumento fue corroborado por la Audiencia Nacional tanto en su Sentencia de 19 de junio de 2013 como en la de 10 de julio de 2014, al desestimar los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Asociación Gallega de Mejillón de Ares-Betanzos (APROMAR) y la Federación de Asociaciones de Mejilloneros Arosa y Norte (FARN), respectivamente, contra dicha Resolución.

La Resolución del Consejo de la extinta CNC de 19 de enero de 2012, expediente S/0280/10 Suzuki/Honda, se pronunciaba en el mismo sentido en relación con los intercambios de información entre operadores: *"Asimismo, un intercambio de información entre competidores constituirá una práctica concertada restrictiva de la competencia por objeto cuando por su propia naturaleza sea concretamente apto, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para dar lugar a una restricción de la competencia, lo que es particularmente probable cuando las empresas competidoras intercambian datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro".*

Por tanto, sería posible apreciar el ilícito administrativo y determinar las responsabilidades correspondientes aunque los mismos no se hubieran ejecutado o puesto en práctica.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 abril 2013 *"El TJCE ha facilitado determinados criterios para analizar si un acuerdo, una decisión o una práctica concertada son contrarios a la competencia. En concreto, ha distinguido entre prácticas con un objeto contrario a la competencia y prácticas con efectos contrarios a la competencia, porque en el texto del artículo 81 CE, el objeto y el efecto contrarios a la competencia no son condiciones acumulativas,*

sino alternativas, para apreciar si una práctica es contraria a la competencia, como resulta de la conjunción "o" que las separa.

Lo anterior exige llevar a cabo, en primer término, un examen del objeto de la práctica prohibida, con la consecuencia de que si resulta que el acuerdo que estamos examinando tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, entonces el examen de sus efectos concretos es innecesario o superfluo.

Tal distinción entre infracciones por objeto e infracciones por efecto, se basa en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el funcionamiento del juego normal de la competencia".

Pero es que, además, no sólo las tres conductas imputadas son especialmente aptas para producir efectos sino que, de hecho, los han producido. Así, ha quedado acreditado en este expediente que en el caso del acuerdo entre REPSOL y LENCE, es evidente la coincidencia de precios entre las EESS de ambas a partir del 17 de abril de 2013, fecha de la reunión entre un directivo de REPSOL y el propietario del Grupo LENCE y, por lo menos, hasta el 30 de junio (Gráficos 1 y 2 del apartado *III. Conductas Investigadas*). En el caso de REPSOL y LORQUI, se constata que, tras la implementación del proyecto low cost en la ES 96808 de ESPINARDO, REPSOL cumple su compromiso de no aplicar en esta ES rebajas superiores a 3 céntimos, a pesar de que en sus otros proyectos low cost, no sólo en Murcia sino también en el resto de España, aplica rebajas superiores y cada vez mayores en enero de 2013 (Gráficos 3 y 4 del apartado *III. Conductas Investigadas*). Por último, en cuanto al intercambio de información estratégica entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA, durante 2012 REPSOL mantiene una guerra de precios con rebajas de hasta más de 10 céntimos en el entorno de CERRO DE LA CABAÑA, si bien a partir de la tercera reunión entre ambas empresas, el 21 de marzo de 2013, REPSOL pone fin a dicha guerra de precios. Se observa, asimismo, cómo a partir de entonces REPSOL elimina escalonadamente la rebaja que venía aplicando desde 2012, igualando los precios de sus EESS en este entorno a su referencia provincial mientras que CERRO DE LA CABAÑA aplica una política de precios igual a los de REPSOL menos un diferencial de 2 céntimos (Gráficos 5 a 10 del apartado *III. Conductas Investigadas*).

A ello hay que añadir que no puede olvidarse que en las tres conductas imputadas interviene un gran operador, REPSOL, líder en el mercado y con presencia en todo el territorio nacional, de modo que tales conductas acreditadas, por la propia estructura del mercado y las evidencias expuestas, tienen la aptitud de producir efectos mucho más allá de estos entornos, como se ha explicado, especialmente teniendo en cuenta la competencia ya debilitada en el mercado de distribución minorista de combustibles existente en España derivada de las

prácticas anticompetitivas de fijación indirecta de precios ejecutadas por REPSOL (y otros operadores petrolíferos en sus respectivas redes), ya sancionadas por la anterior autoridad de competencia en 2009 y recientemente confirmadas por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de mayo y 2 de junio de 2015.

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 cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

Por último, la DC acepta en su PR las alegaciones de MACARSA y considera que ésta no estuvo representada en la reunión de 21 de marzo de 2013 en la que participó REPSOL en la medida en que a la misma asistió el hijo del administrador de la sociedad y no éste, por lo que entiende que aquél no tiene capacidad ni para representar a MACARSA ni para obligarse en su nombre y, por tanto, que la relación filial existente entre ambos no es suficiente para imputar a MACARSA.

Sin embargo, las autoridades de defensa de la competencia han venido defendiendo y reiterada jurisprudencia ha corroborado que no es necesario que conste una *autorización formal* para representar a una empresa para que ésta se considere representada en una reunión, ni siquiera un conocimiento por parte de los socios o de los directivos principales.

Ya en 1983 el TJUE se pronunció en este sentido en su Sentencia de 7 de junio de 1983 en los asuntos acumulados 100/80, a 103/80 Musique Diffusion française and Others v Commission al señalar *"97 A este respecto, conviene subrayar que los apartados 1 y 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 autorizan a la Comisión a imponer multas a las empresas y a las asociaciones de empresas cuando «deliberadamente o por negligencia» hayan cometido infracciones. La aplicación de esta disposición no supone una actuación ni aun un conocimiento por parte de los socios o de los gerentes principales de la empresa afectada, sino la actuación de una persona autorizada a obrar por cuenta de la empresa".*

Más recientemente, el TJUE se ha manifestado en los mismos términos en su Sentencia de 14 de marzo de 2013 en el asunto T-588/08 Dole Food Company, Inc, Dole Germany OHG v Commission *"581 Asimismo, es preciso recordar que, según la jurisprudencia, la imputación a una empresa de una infracción del artículo 81 CE no supone una actuación ni aun un conocimiento por parte de los socios o de los gerentes principales de la empresa implicada en esa infracción, sino la actuación de una persona autorizada a obrar por cuenta de la empresa (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 97, y*

sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2002, Brugg Rohrsysteme/Comisión, T-15/99, Rec. p. II-1613, apartado 58), capacidad que las demandantes no niegan por lo que respecta a sus empleados implicados en las comunicaciones previas a la fijación de precios".

Por lo tanto, esta Sala entiende que, en este caso, no se trata de un problema de falta de mandato o encargo legal sino de que, independientemente de la relación filial existente entre padre e hijo, resulta necesario verificar si los hechos acreditados permitirían confirmar que este último actuaba de forma general para MACARSA y asistía a las reuniones en función de esa capacidad.

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.

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.

Esta Sala considera que ha quedado suficientemente acreditado en este expediente 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. La existencia de numerosos correos electrónicos de los cuales se desprenden acuerdos en materia de coordinación de precios e intercambios de información estratégica entre las empresas, documentos acreditativos de la existencia de reuniones entre ellas con propósitos similares, son evidencias que permiten realizar tal aseveración.

Toda la documentación obrante en el expediente constituye elemento probatorio suficiente para considerar la existencia de una actuación consciente y ambicionada 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." (folio 5375).

Esta Sala considera que dicha alegación (nuevamente expuesta por REPSOL en su escrito de 26 de junio de 2015, aportando la información sobre volúmenes de negocio requerida por esta Sala) debe ser desestimada. Respecto a la ausencia de actividad en el mercado de distribución de carburantes a la que REPSOL alude, 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 S.A.	*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 S.A.	*A28047223*	*59,30%*	*F.PROPIAS (25/02/2014)*
PETROLEOS DEL NORTE SOCIEDAD ANONIMA	*A48053243*	*22,09%*	*REG. MERCAN. (31/12/2013)*
REPSOL S.A.	*A78374725*	*18,39%*	*REG. MERCAN. (31/12/2013)*
GASOGU S.L.	*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, los tribunales comunitarios y españoles, vienen considerando que en los casos en los que una matriz participa en el 100% o casi en su totalidad

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.

Reiterada jurisprudencia comunitaria avala este argumento, por todas, 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"*[27].

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 24.2 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:

[27] 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*".

En el presente expediente, 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 CPP desarrolle su actividad empresarial en este área comercial de forma independiente de la empresa matriz y ello motivara su exclusión del expediente sancionador. Sin embargo, a pesar de que REPSOL alegue que no tiene actividad en dicho mercado, lo cierto es que las cuentas anuales consolidadas de REPSOL S.A., publicadas en su página web[28], corresponden a *Repsol, S.A. y sociedades participadas que configuran el Grupo Repsol*. Esto es, en sus cuentas anuales se consolidan sus participadas, lo que supone la inclusión de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (participada en un 99,78% por REPSOL S.A. de acuerdo con sus cuentas anuales) en ellas. De este modo, las ganancias o pérdidas de REPSOL CPP, con inclusión de los beneficios obtenidos a raíz de las conductas que se le imputan, se reflejaron en las ganancias o pérdidas del grupo Repsol en su conjunto.

[28] Memorias para los ejercicios 2014 y 2012 disponibles, respectivamente, en http://www.annualreport.repsol.com/memoria2014/downloads/pdf/es/informeAmarillo/Cuentas_Anuales_Repsol_2014.pdf y http://memorias.repsol.com/memoria2012/es/cuentasAnuales.html

Según la estructura accionarial reseñada, REPSOL ostentaría el control sobre REPSOL CPP, 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.

REPSOL alegó similares argumentos a los expuestos ante el Tribunal General de la UE contra la Decisión C (2007) 4441 final, de 3 de octubre de 2007 Comisión Europea (Asunto COMP/38.710 – Betún España). En dicha Decisión la Comisión concluyó que RPA/Rylesa, Repsol Petróleo y Repsol YPF constituían una única empresa a efectos de aplicación del artículo 81 del TCE, sobre la presunción de ejercicio efectivo de una influencia decisiva por una sociedad matriz en su filial que le pertenece al 100 % o casi en su totalidad. Además de basarse en esa presunción de influencia decisiva de la matriz en su filial de propiedad exclusiva o casi exclusiva, la Comisión se apoyó, entre otros factores, en que los resultados financieros de RPA/Rylesa estaban consolidados con los de Repsol YPF y en que tanto RPA/Rylesa como Repsol Petróleo y Repsol YPF incluían el nombre de "Repsol" en su denominación.

La Sentencia del TGUE, de 16 de septiembre de 2013, en el asunto T-496/07, Caso Repsol Lubricantes y Especialidades y otros contra la Comisión Europea, comparte la argumentación de la Comisión Europea expuesta y desestima los motivos que en los que apoya sus pretensiones en este sentido: (i) el segundo motivo, basado en la insuficiente motivación de la imputación a Repsol YPF de la responsabilidad solidaria en cadena por la participación de RPA/Rylesa en la infracción; (ii) el tercer motivo, basado en la aplicación errónea de la presunción de ejercicio efectivo por las matrices de una influencia decisiva en el comportamiento de sus filiales; (iii) el cuarto motivo, basado en un error de hecho y de Derecho que vicia el análisis de los medios de prueba aportados por las demandantes en apoyo a la autonomía comercial de RPA/Rylesa; y (iv) el quinto motivo, acerca de que los indicios de la relación accionarial de las tres sociedades no pueden reforzar la presunción de ejercicio efectivo de una influencia decisiva.

Entre los argumentos que expone para desestimar dichos motivos, cabe destacar por su interés los siguientes párrafos:

"*132*
Atendiendo a la jurisprudencia mencionada en el apartado precedente, el comportamiento infractor de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en

cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartado 58).

133
En efecto, en tal situación, la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por lo tanto, integran una única empresa, en el sentido del concepto antes definido. En consecuencia, el hecho de que una sociedad matriz y su filial formen una única empresa en el sentido del artículo 81 CE permite que la Comisión dirija una decisión que imponga multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción (sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión , antes citada, apartado 59)

149
Ahora bien, no es una relación de instigación relativa a la infracción entre la sociedad matriz y su filial ni, con mayor motivo, una implicación de la primera en dicha infracción, sino el hecho de que constituyan una sola empresa en el sentido del artículo 81 CE lo que habilita a la Comisión para dirigir la decisión sancionadora a la sociedad matriz. Por consiguiente, la sociedad matriz es sancionada personalmente por una infracción que se considera que cometió ella misma por razón de los vínculos económicos y jurídicos que la unían a su filial y le permitían determinar la conducta de ésta en el mercado (sentencia de 17 de mayo de 2011 , Elf Aquitaine /Comisión, antes citada, apartado 180).

210
En segundo término, en contra de lo que mantienen las demandantes, la Comisión indica fundadamente en el considerando 397, letra d), de la Decisión impugnada que el uso del nombre «Repsol» en la denominación de RPA/Rylesa no puede calificarse de intrascendente. En efecto, ese uso permite a dicha filial utilizar la «marca Repsol» y su valor comercial para promover sus actividades, de modo que el comportamiento de RPA/Rylesa puede afectar a la reputación del grupo Repsol en conjunto. Por tanto, no es irrazonable pensar que una sociedad matriz, como Repsol YPF, al permitir que una filial y una filial de ésta utilicen en el mercado el mismo nombre que ella, controla las actividades de esas sociedades y sus potenciales consecuencias en su reputación ante los consumidores". (subrayado añadido).

En un sentido similar se pronuncia el TJUE en su reciente sentencia de 5 de marzo de 2015, que resuelve los recursos presentados por la Comisión y dos empresas privadas contra la sentencia de 13 de diciembre de 2012 dictada por el TGUE (Versalis y Eni/Comisión, T-103/08), al señalar que:

"40

(…) al formar parte la sociedad matriz y su filial de una misma unidad económica y constituir, por lo tanto, una única empresa en el sentido de lo dispuesto en el artículo 81 CE, la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción.

41

También se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular de la totalidad o la casi totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial (sentencia Eni/Comisión, EU:C:2013:289, apartado 47).

42

En tales circunstancias, basta que la Comisión demuestre que todo o casi todo el capital de una filial pertenece a su sociedad matriz para concluir que concurre tal presunción. La Comisión podrá, seguidamente, declarar que la sociedad matriz está obligada solidariamente al pago de la multa impuesta a su filial, a no ser que dicha sociedad matriz, a la que incumbe destruir tal presunción, aporte suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véanse las sentencias Akzo Nobel y otros/Comisión, EU:C:2009:536, apartado 61, y Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 57)". (subrayado añadido)

A todo lo anterior hay que añadir que REPSOL se desdice de sus propios argumentos al reconocer en sus alegaciones a la PR que el Grupo REPSOL constituye una única empresa a efectos del derecho de defensa de la competencia: *"Pues bien sin perjuicio de que el grupo Repsol en su conjunto sea una sola empresa a efectos de las normas de competencia (es decir que es la misma empresa la que suscribe los contratos con Lence y la que vende el combustible directamente en el entorno)"* (folio 5399).

Por cuanto antecede, esta Sala considera que procede la imputación de responsabilidad de REPSOL por la conducta desplegada y acreditada de su filial 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 de casi la totalidad del capital social de la filial (99,78%). 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, REPSOL no ha hecho.

7.2.- Sobre el artículo 63.1.c) de la LDC

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.

REPSOL ha alegado que el volumen de negocios que se debe tomar en consideración para determinar la sanción será el correspondiente a los entornos geográficos identificados y durante el período de tiempo que la infracción ha tenido lugar: *"la exigencia de proporcionalidad también exige la toma en consideración de los volúmenes de venta efectivamente realizados en los entornos identificados y ello, además, teniendo en cuenta de forma pertinente la duración de la conducta imputada que en los tres casos no llega a un mes. Ello siguiendo de forma estricta lo ordenado por la Audiencia Nacional respecto a la cuantificación de sanciones"* (folio 5427)

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. Elementos de graduación conducentes a concretar la escala de la sanción

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.

Conviene a este respecto tomar en consideración los factores generales o globales de la conducta, dejando para un posterior análisis y concreción (individualización) los factores específicos referentes a la conducta de cada uno de los infractores, incluidas, en su caso, circunstancias agravantes y atenuantes de carácter individual.

Algunos elementos permiten considerar la conducta como especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC. En este sentido, la conducta afecta directamente a la formación de los precios por parte de las empresas implicadas, lo cual es calificado por la LDC como infracción *muy grave*. Ello se debe a que, con carácter general, las conductas empresariales que se desvían del marco de la libre concurrencia entrañan una pérdida de bienestar social, y el cártel es una desviación máxima.

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 /os 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".

Esta intensificación de efectos anticompetitivos se ve acrecentada, más allá de la propia estructura del mercado, por la existencia de otras prácticas contrarias a la competencia ejecutadas por las principales operadoras del mercado, como la fijación indirecta de precios sancionada por la antigua CNC en su expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP (recientemente confirmada por el Tribunal Supremo), así como por las prácticas colusorias de naturaleza horizontal sancionadas por esta Sala de Competencia en el expediente S/0474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES DE AUTOMOCIÓN.

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 *"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 ventas*".

Por su parte, en el mercado mayorista de carburantes en España, REPSOL, CEPSA y BP suman más del 65% del mercado.

Añade la DC que *"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 los tres grandes operadores en España, REPSOL, CEPSA y BP, 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%
GASÓLEO A		
REPSOL	38%	45%
CEPSA	16%	16%
BP	7%	9%

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

Asimismo, es necesario destacar que, de acuerdo con la Resolución de 26 de septiembre de 2014 de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se determina el listado anual de operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota superior al porcentaje establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y la creación de empleo, REPSOL tiene una cuota superior al 30% en términos de número de estaciones de servicio en las provincias de Lugo, Madrid y Murcia, provincias directamente afectadas por la infracción.

En este sentido y en referencia a la dimensión y características del mercado afectado por las distintas infracciones imputadas (artículo 64.1.a), estas afectan, directa e indirectamente a diferentes zonas de España, extendiéndose, por un lado, a toda la provincia de Lugo y, por otro lado, afectando a determinadas localidades de Murcia (Lorquí y Espinardo) y a la ciudad de Madrid, pero extendiéndose todas ellas hacia mercados territoriales mayores, provinciales y regionales, hasta alcanzar el mercado nacional teniendo en cuenta que en las tres conductas participa el operador más importante a nivel nacional como lo es REPSOL, y tomando también en consideración que en los documentos obrantes en el expediente se acredita que algunas de dichas conductas tienen implicaciones también en otros lugares de España (como en el caso del acuerdo entre REPSOL y LORQUI, en el que uno de sus objetivos era conseguir finalizar con éxito las negociaciones con el Grupo Aranguren en Madrid o la presencia de responsables de determinadas EESS de Toledo en la reunión de 21 de marzo de 2013 entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA).

En cuanto a la duración de las conductas (art. 64.1 d), las mismas difieren entre sí, aunque coinciden en el tiempo entre finales de diciembre de 2012 y el primer semestre de 2013. En concreto, el acuerdo entre REPSOL y LENCE tiene una duración de, al menos, dos meses y 13 días: a partir del 17 de abril de 2013 y, por lo menos, hasta el 30 de junio de 2013. El acuerdo entre REPSOL y LORQUI

tiene una duración de, al menos, dos meses y diez días: desde el 4 de diciembre de 2012 hasta por lo menos el 14 de febrero de 2013. Y, el intercambio de información entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA tiene lugar el 21 de marzo de 2013 pero sus efectos se extienden, por lo menos, hasta el 31 de mayo de 2013, teniendo una duración también de, al menos dos meses y diez días.

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 registran cierta variabilidad, destacando en todo caso el alcance, efectos y beneficios derivados de los intercambios de información estratégica obtenidos por REPSOL en la medida en que participa en las tres conductas imputadas y éstas producen efectos directos en diferentes provincias y Comunidades Autónomas así como potenciales en la totalidad del territorio español dada su posición de líder en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores aquí expuestos permite concretar, dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios de cada sujeto responsable en 2014, la valoración de la *densidad antijurídica* de la conducta, y conduce a este Consejo a considerar que el reproche sancionador en este expediente debe ser efectivamente disuasorio. La ponderación entre disuasión y proporcionalidad conduce en este caso a imponer sanciones en el tramo bajo de la escala que discurre del cero al 10%, teniendo en cuenta la duración acreditada de las conductas. Todo ello sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer en la fase de individualización de las sanciones atendiendo a la conducta de cada empresa.

7.4.- Individualización de las sanciones e importe final de las multas

Partiendo de lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta la necesaria individualización de las sanciones, esta Sala, de acuerdo con la DC, considera la existencia de circunstancias agravantes en función de lo dispuesto en el artículo 64.2 LDC, al entender que REPSOL: (i) está presente en las tres conductas imputadas en este expediente; (ii) es un operador verticalmente integrado y primer operador nacional en los mercados afectados; (iii) ha sido sancionado anteriormente por conductas anticompetitivas en los expedientes 652/07 REPSOL/CEPSA/BP y 490/00 REPSOL; y (iv) ha llevado a cabo estrategias agresivas de seguimiento y penalización pare evitar la fuga de sus abanderados (caso de CERRO DE LA CABAÑA) lo que permite considerarle en una posición de responsable o instigador de la infracción. Por todo ello, esta Sala considera que la atribución de responsabilidades entre REPSOL y las diferentes EESS imputadas en el presente expediente no debe ser simétrica sino que debe atender a las especiales responsabilidades de los operadores y al resto de circunstancias agravantes descritas.

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 tanto sobre la competencia intermarca como la competencia intramarca, dado que se trata de operadores que pertenecen o han pertenecido a la misma red de distribución. Asimismo, otro elemento importante a considerar es la naturaleza de insumo esencial para la actividad económica que tienen los combustibles de automoción que constituyen el objeto de la concertación sancionada, lo que permite deducir un daño más extenso en muchos sectores de la economía.

Por otro lado, para la determinación de la multa deben tenerse en cuenta los volúmenes de negocio remitidos por las empresas en respuesta a los Acuerdos de requerimiento de información de la Sala de Competencia de 5 de marzo de 2015 (folios 5502-5504) y 11 de junio de 2015 (folios 5674-5681), que fueron contestados por las empresas a lo largo del mes de abril y junio de 2015: REPSOL (16 de abril, folios 5586 a 5616; y 26 de junio, folios 5719 a 5800), LENCE (13 de abril, folios 5542 a 5556 y 5557 a 5564; y 23 de junio, folios 5715 y 5716), LORQUI (13 de abril, folios 5565 a 5569) y CERRO DE LA CABAÑA (22 de abril, folios 5617 a 5618; y 18 de junio, folios 5711 a 5714). 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 multas[29], en cuya nota 16 puede leerse:

> *"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 lo que se refiere al caso que ocupa a esta Resolución, la conducta anticompetitiva se traduciría en una disminución de la incertidumbre a la que se habrían enfrentado tanto REPSOL como las estaciones de servicio imputadas en ausencia del ilícito. En este sentido, los acuerdos sobre precios a aplicar y los

[29] "*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
"Cuando aplique este procedimiento a operadores individuales en casos en los que exista una pluralidad de partes, la OFT respetará el principio de igualdad, tal y como fue expuesto por el Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General) en el caso de Tokai Carbon: "En cualquier caso, … [la Comisión] debe respetar el principio de igualdad de trato según el cual está prohibido tratar situaciones comparables de manera diferente y situaciones diferentes de manera idéntica, a menos que tal trato esté justificado objetivamente (sentencia FETTCSA, apartado 406)" (Ver Asunto T-236/01 Tokai Carbon Co. Ltd y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. [2004] ECR II-1181, apartado 219). A este respecto, la OFT también tendrá en cuenta la sentencia del Competition Appeal Tribunal (CAT) en el caso Kier Construction: "…es completamente lógico que un operador de mayor tamaño reciba una sanción más severa que un operador de pequeño tamaño…Sin embargo esto no significa que las sanciones deban ser absolutamente proporcionales al tamaño relativo de los operadores sobre las que se imponen…no es necesariamente proporcionado o equitativo que la multa impuesta a una gran empresa refleje la misma proporción de su volumen de negocios total a escala mundial que la multa impuesta a una empresa de menor tamaño respecto del volumen de negocios de esta última". (Ver Kier Group plc and others v Office of Fair Trading [2011] CAT 3, at [177])."

intercambios de información producidos alteran el normal funcionamiento del mercado de distribución minorista de combustibles, eliminando la incertidumbre propia de un mercado en competencia al coordinar subidas de precios. Los efectos de las conductas, sin embargo, no permanecen aislados en áreas perfectamente delimitadas sino que, tal y como se ha descrito anteriormente en la presente resolución, se solapan y desbordan siguiendo determinadas interacciones competitivas entre estaciones de servicio vecinas que provocan un encadenamiento con áreas de influencia de gasolineras más alejadas, lo que determina una incidencia, al menos de ámbito provincial o incluso regional entre las áreas de influencia locales de las estaciones de servicio afectadas por las infracciones acreditadas. En este sentido, hay que tener en cuenta que el volumen de negocios obtenido por REPSOL en las provincias de Lugo, Madrid y Murcia exclusivamente durante el periodo considerado en la infracción supera […] euros. Al contrario de lo que afirma REPSOL en su escrito de 26 de junio en respuesta al requerimiento de información sobre volúmenes de negocio, los datos sobre volúmenes de negocio de distribución minorista de combustibles en las provincias afectadas ya fue un requerimiento realizado por el órgano de instrucción en la notificación del PCH (folio 4013) que la empresa no ha proporcionado hasta sucesivos y reiterados requerimientos de esta Sala.

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 22.590.000 euros a REPSOL S.A., 110.186 euros a LENCE TORRES S.L., 3.615 euros a COMPLEJO SAN CRISTOBAL S.L., 28.075 euros a LORQUI S.L. y 148.763 euros a CERRO DE LA CABAÑA S.L.

En la tabla siguiente se muestran el volumen de negocios total de las empresas incoadas en 2014; el tipo sancionador adecuado a la conducta ilícita de cada empresa, dentro del arco sancionador indicado en el artículo 63.1 de la LDC, que se ha fijado teniendo en cuenta los criterios del artículo 64; y la sanción monetaria que resulta de aplicar el tipo sancionador al volumen de negocios total en el año anterior a la sanción.

Empresa	*Volumen de negocios total (VT, en €) en 2014*	*Tipo sancionador (%)*	*Multa (en €)*
REPSOL S.A.	2.259.000.000	1,00 %	22.590.000
LENCE TORRES, S.L.	14.691.473	0,75 %	110.186
COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L.	481.998	0,75 %	3.615
ES LORQUI, S.L.	3.743.276	0,75 %	28.075
CERRO DE LA CABAÑA, S.L.	19.835.123	0,75 %	148.763

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 entre REPSOL S.A. y las empresas LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. para la coordinación de los precios de venta al público en sus estaciones de servicio en el entorno de Lugo alcanzado en abril de 2013.
2. Acuerdo entre REPSOL y ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. en diciembre de 2012 en virtud del cual REPSOL se comprometió a no aplicar en la ES 96808 de Espinardo descuentos superiores a 3 cts/l.
3. Intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA, S.L. en una reunión mantenida el 21 de marzo 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 de los apartados 1, 2 y 3 anteriores.
2. LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. por la conducta del apartado 1 anterior.
3. ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L., por la conducta del apartado 2 anterior.
4. CERRO DE LA CABAÑA, S.L. por la conducta del apartado 3 anterior.

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

1. A REPSOL, S.A. una multa de 22.590.000 €.
2. A LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. una multa de 113.801 euros €.
3. A ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. una multa de 28.075 €.
4. A CERRO DE LA CABAÑA, S.L. una multa de 148.763 €.

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 la Resolución aprobada en el día de hoy, en el marco del Expediente Sancionador S/0484/13 REDES ABANDERADAS.

DISCREPANCIA que entiendo procede, dado que en la deliberación no fueron atendidas y que, ahora, sucintamente concreto y desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

PRIMERO.- PROEMIO.-

1º el presente Expediente Sancionador S/0484/13 Redes abanderadas, ***trae causa antecedente,*** en la Resolución administrativa dictada por el hoy extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día 30 de Julio del 2009, en el marco del Expediente Sancionador S/652/07 REPSOL-CEPSA-BP y del que este Consejero, hoy discrepante, conoció en su condición de Vicepresidente del mismo.

En dicha Resolución administrativa quedaron acreditados, entre otros particulares, los siguientes:

*"**a)** En orden a la **legitimación de los operadores,** como empresas imputadas, lo fueron:*

- REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTS PETROLIFEROS SA.
- CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO SA.
- y BP OIL ESPAÑA SA.

b)** Los antedichos operadores de productos petrolíferos imputados, a los efectos de valoración de los contratos que les vinculan (comisionistas o revendedores) con las estaciones de servicio, lo eran **cómo y en tanto qué operadores integrados verticalmente.

***c)** En cuanto a la graduación de la sanción se afirmaba : "Atendiendo a los criterios determinantes que establece el art.10 para fijar la cuantía de la sanción tenemos que el tipo de infracción que se sanciona es **GRAVE,** puesto que conlleva una fijación vertical de precios con efectos sobre la competencia intramarca. **Sin embargo,** debe tenerse en cuenta que la conducta se ha aplicado **NO** sobre la totalidad de las EESS sino sobre una parte de ellas (las gestionadas bajo regímenes CODO y DODO) y que esta práctica **no ha favorecido ni sólo ni principalmente a los tres imputados. También los distribuidores,** ya sea como propietarios o gestores de las EESS se han visto*

> ***beneficiados*** *al verse impedidos a reducir los precios a costa de su comisión o descuento.*
>
> *Por tanto, visto el tipo de infracción y su contexto jurídico-económico y atendiendo al peso que las EESS (….) tienen en la estructura final de cada operador imputado y a sus cuotas de mercado, se ha decidido imponer multas de* ***CINCO MILLONES DE €UROS*** *a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA.*
>
> ***c)*** *Resolución administrativa con posterioridad* ***confirmada*** *en varias dictadas por la Ilma Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por la Excma Sala Tercera del Tribunal Supremo, que seguidamente concretaré.*

2º Las conductas examinadas ***no lo han sido por objeto,*** al excluirse la conformación de un cártel, toda vez que ***"****se reconoce expresamente estar en presencia de contactos bilaterales, puntuales y locales, con determinación de una temporalidad de tres días, lo que imposibilita la calificación de las conductas como únicas y continuadas".*

Por consiguiente, las conductas instruidas, examinadas e imputadas ***lo han sido por efectos,*** *que en todo caso no han sido concretados.*

3º El concepto de ***similitud*** en los precios (precios similares) en técnica estadística no se mantiene argumentativamente, por cuanto estamos en presencia de céntimos de euro y acaecidos en periodos temporales, limitados y puntuales.

Pero tampoco en Teoría Económica, por cuanto ***la convergencia en precios es el desiderátum a alcanzar en un mercado de competencia perfecta.***

4º La ***equivalencia observacional,*** a efectos estadísticos, deviene explicativa ante la existencia de dos hechos relevantes: los monolitos y la obligatoriedad que tienen los operadores de elevar periódicamente al Ministerio de Industria los precios de los carburantes a aplicar en la semana siguiente, siguiendo lo dispuesto en la Orden ITC/2308/2007 de 25 de Julio.

5º Finalmente, si la conducta observada puede ser explicada de ***forma contradictoria y desde dos perspectivas diferentes,*** ello NO puede llevar a

concluir que una de ellas debe necesariamente prevalecer sobra la otra y, mucho menos, en el ámbito de un expediente sancionador.

Necesitando, siempre y en todo caso, de una exposición razonada y motivada. Lo que tampoco ha acontecido.

SEGUNDO.- ANTECEDENTES: MI RESOLUCIÓN.

Los anteriores particulares fueron desarrollados por mí, en tanto que ***inicial*** Ponente de este Expediente Sancionador S/0484/13. Particulares fácticos y jurídicos que hoy reitero, siquiera lo sea sucintamente.

TERCERO.- INCOMPETENCIA: CONDUCTAS IMPUTADAS: BITERALIDAD. LEY 1/2002.

Es antecedente causal ***remoto*** la Resolución administrativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinto) de 30 de Julio del 2009, dictada en el marco del Expediente Sancionador S/652/07 REPSOL-CEPSA-BP.

Es antecedente causal ***inmediato*** de éste, el Expediente Sancionador S/0474/13 Precios combustible automoción, expediente que con posterioridad y al amparo de lo prevenido en el Artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia, la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ***procedió al desglose*** lo que dio lugar a la formación de dos Expedientes Sancionadores: el S/0474/13 Precios combustibles automoción ; y el presente, S/0484/13 Redes abanderadas.

Por turno fui nombrado Ponente de ambos expedientes sancionadores, siendo mis Ponencias vencidas y nuevamente turnadas.

La Dirección de Competencia establece y concreta en el Expediente Sancionador S/0474/13 Precios combustibles automoción, ***antecedente causal,*** que los hechos-conductas que se imputan a las partes son

> *"Página 43 parágrafo (268) sobre la responsabilidad y participación concreta de las empresas imputadas, establece que "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 parágrafo (72) " (….) en ningún momento del 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* ***SOLO DOS de ellas participan en cada uno de los acuerdos e intercambios".***
>
> *Y que, en lo relativo a Ceuta* ***es un acuerdo puntual".***

-----0-----

En este Expediente Sancionador S/0484/13 Redes abanderadas, la Propuesta de Resolución que eleva la Dirección de Competencia, según dejé establecido en el Antecedente Octavo (Práctica de pruebas o denegación) ***obrante a las páginas 84, 85 y 86 "acuerda denegar la prueba propuesta por*** *Repsol; Lence Torres SL y Complejo San Cristobal SL; y Cerro de La Cabaña SL.,* ***pues se está imputando una conducta bilateral".***

Y en el Antecedente Noveno, la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, ***obrante a las páginas 84, 85 y 86,*** al abordar la calificación jurídica y la responsabilidad de los autores, en el parágrafo (113) establece literalmente que

> ***"estos acuerdos (….) e intercambios de información se han producido de forma bilateral, en el sentido que SOLO DOS de ellas han participado en CADA UNA de las conductas imputadas".***

-----0-----

Por ello, al concretarse y definirse ***los ámbitos geográficos*** (Calle Cea Bermúdez, en Madrid ; Lugo capital ; y Murcia capital), así como ***los temporal*** (diferentes y distantes en el tiempo, dada su bilateralidad), del tenor anteriormente relatado, entendía y sigo entendiendo que la ***Instrucción de este Expediente Sancionador S/0484/13 Redes abanderadas,*** en aplicación de lo prevenido en 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, ***correspondería hacerla a las Autoridades de Competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid, de Galicia y de la Región de Murcia, respectivamente.***

Y en consecuencia, los servicios de instrucción de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ***debieron inhibirse en el conocimiento e instrucción*** en favor de las Comunidades Autónomas citadas.

Y ello, a mayor abundamiento cuando esta Resolución finalmente aprobada en el día de hoy, en su página 124 establece indubitadamente que ***"Los efectos de las conductas (….) se solapan y desbordan (….) lo que determina una incidencia al menos de ámbito provincial o incluso regional en las áreas de influencia locales de las estaciones de servicio afectadas por las infracciones acreditadas"***

CUARTO.- INCOMPETENCIA por segunda causa.-

Esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día ***11 de Junio del 2015*** dictó un Acuerdo de Requerimiento de Información que, en el Fundamento de Derecho Cuarto (Sobre la Información requerida a REPSOL) decía

> *Por Acuerdo de 5 de Marzo de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC requirió a REPSOL la siguiente información: el volumen de negocios total del Grupo REPSOL en 2014* ***en España y en todo el mundo.***
> ***ACUERDA***
> ***3) A REPSOL :*** *el volumen de negocios total del Grupo REPSOL y de REPSOL SA., en 2014* ***en España y en todo el mundo (….).***

La Resolución al pedir a las empresas imputadas por conductas infractoras, ***el volumen mundial de negocios*** presupone con valor iuris tantum, que la infracción se ha cometido no a nivel ciudad ; ni siquiera a nivel comarcal ; ni tampoco a nivel autonómico; ni siquiera a nivel nacional; ni tampoco a nivel de Unión Europea; y si a nivel mundial.

En consecuencia, por tales razonamientos, entiendo que los servicios de instrucción de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ***debieron, cuando menos, inhibirse en el conocimiento a favor de la autoridad de competencia de Unión Europea, dando traslado a todos y cada uno de los Estados miembros de este Expediente Sancionador.***

QUINTO.- LEGITIMACION PARA SER PARTE.-

Decía en mi Ponencia que ***"por afectar al orden público procedimental, procede entrar a conocer la conformación de las partes en este expediente, en orden a su correcta legitimación como infractoras de las normas de competencia, en concreto, del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia".***

La Dirección de Competencia en su Informe Propuesta de Resolución (páginas 6,7,8 y 9 ; parágrafos 3.1 ; 3.2 ; 3.3 ; 3.4 ; 3.5 ; 3.6 y 3.7) concretaba como partes imputadas a las siguientes

3.1 REPSOL SA.
3.2 COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS SAU y CEPSA COMERCIAL DE PETROLEOS (CEPSA).
3.3 BP ESPAÑA SA.
3.4 LENCE TORRES SL., y COMPLEJO SAN CRISTOBAL SL.
3.5 ESTACION DE SERVICIO LORQUI SL.
3.6 CERRO DE LA CABAÑA SL.
3.7 ESTACION DE SERVICIO MACAR SA.

-----0-----

Nuestra antecesora, la Comisión Nacional de la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador S/0652/07 REPSOL-CEPSA-BP ***antecedente causal de éste,*** el día 30 de Julio del 2009 dictó una Resolución administrativa de la que fue Ponente la Sra. Consejera Doña Pilar Sánchez Nuñez, en cuyo apartado de Hechos Probados (páginas 12 y siguientes, parágrafo 1. Identificación de los imputados) establecía indubitadamente

> ***"Las empresas imputadas en el presente expediente son REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA; CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO SA; y BP OIL ESPAÑA SA."***

-----0-----

La Audiencia Nacional, Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en el Recurso 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 indubitadamente

> *"Visto el recurso contencioso administrativo núm. 528/2009 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la CONFEDEREACION 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 codemandadas* ***CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO SA (…) REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA (….) y BP OIL ESPAÑA SA (…)".***

Y en este orden y sentido le siguen, sin ánimo de agotar el tema, las dictadas los días 5 de Noviembre del 2012 Recurso 659/2009; el día 6 de Junio

del 2012 Recurso 2/2009 Derechos Fundamentales; 31 de Octubre del 2013 Recurso de Casación 2789/20…

-----0-----

Por todo ello entendía entonces y sigo entendiendo ahora, que ***Si*** la totalidad de los intervinientes (empresas denunciantes, empresas denunciadas y Tribunales de Justicia) de manera uniforme, constante y reiterada ***han sentenciado*** que las empresas que tienen capacidad de obrar, obligarse e infringir preceptos de competencia, en este concreto campo de la actividad económica (distribución de productos petrolíferos vía estaciones de servicio) son ***REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA ; CEPSA ESTACIONES DE SERVICIOS SA; y BP OIL ESPAÑA SA.,*** por qué regla de tres y con que causa o motivación, esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia imputa en este Expediente Sancionador S/0484/13 Redes abanderadas a Repsol SA, a Cepsa SA, y BP Oil SA., se pronuncia en contrario inmotivadamente.

Y dado que éstas no han sido expresamente imputadas en el Expediente Sancionador que nos ahora nos ocupa, al no haberse seguido contra mismas ***la interlocución exigida por la Ley ex Artículo 24.1 de la Constitución Española, NO PUEDEN AHORA SER SANCIONADAS,*** en aras a los consagrados principios fundamentales constitucionales de legalidad y seguridad jurídica.

SEXTO.- PRUEBA: ADMISION y/o DENEGACION: MOTIVACION.-

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su Artículo 50 apartado tercero dispone que *"(….) y en su caso,* ***proponer las pruebas*** *que consideren oportunas".* Y en su apartado cuarto que *"practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará Propuesta de Resolución que será notificada a los interesados para que, en un*

plazo de quince días, ***formulen las alegaciones que tengan por convenientes".***

El Código Civil, en su Artículo 1214 ordena que *"incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de la extinción al que la opone".* Precepto legal normativo, que en los usos forenses se ha traducido por *"incumbe al prueba al que dice y no al que niega",* por cuanto tanto el Ordenamiento Jurídico como la doctrina jurisprudencial prohíben lo que se conoce como ***"prueba diabólica o inversión de la carga de la prueba".***

Y todo ello a la luz, en concordancia y armonía con los mandatos de los Artículos 9, 24.2 y 103 de la Constitución Española.

En mi Propuesta de Resolución citaba y reitero ahora por su especial interés y relevancia en este concreto punto, la ***STS 10 Diciembre 2009*** dictada en el Recurso de Casación interpuesto por SOS Cuétara 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 del 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 la Sentencia lo es ***"por entender que determinadas pruebas denegadas durante la tramitación del procedimiento eran decisivas, en términos de defensa, para los recurrentes por su potencial valor exculpatorio".***

En este sentido, lo más relevante de la citada 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 la 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 parte del 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 exige **una motivación clara,** indicándose las razones por las que el órgano instructor o sancionador no comparte tal argumentación.*

En mérito a todo lo anterior, entendía y sigo entendiendo ahora: ***debió accederse a la práctica de las pruebas solicitadas por las partes imputadas y hoy sancionadas, en orden a evitar su indefensión.***

Con el ítem añadido que, han sido las propias empresas imputadas las que han aportado al Expediente ***CUADROS DE ISOCRONAS en los entornes de Lugo Capital y Murcia Capital,*** que tampoco fueron tenidos en consideración valorativa ni en la Propuesta de Resolución, ni tampoco en la Resolución aprobada, pero que en todo caso ***tienen el valor de prueba plena al tratarse de documentos públicos de GEOPORTAL del Ministerio de Industria.***

Y en esta misma línea, se encuentra la no definición de los contratos mercantiles que vinculan a las partes (COCO, CODO, DODO, DOCO, Estaciones blancas o independientes) con lo que ello conlleva en orden a la determinación de obligaciones-derechos y cualificación y calificación del negocio jurídico subyacente : contrato de agencia, contrato de concesión o distribución, contrato de comisión, contrato de reventa, etc; con la necesaria acreditación de asunción de los riesgos vinculados a la venta, de los daños a asumir, etc.

Y todo ello como necesidad iuris et de iure para calificar las conductas a imputar.

Esta carencia enunciativa y calificadora, a mi entender, vicia de nulidad la imputación de conducta (efecto), por inexistencia de causa sobre la que deba valorarse, concretarse y sancionarse.

SEPTIMO.- VOLUMEN DE NEGOCIOS EN EL MERCADO AFECTADO: SANCION.-

La muy reciente ***STS 29 Enero 2015 Recurso de casación 2872/2013*** concreta que la sanción debe siempre y en todo caso imponerse a las imputadas en ***el marco del mercado afectado por la conducta.***

Y en consecuencia, a la luz de lo ordenado en los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, ***abandonada definitivamente la posibilidad de aplicar la Comunicación por ilegal,*** la sanción-multa deberá aplicar el porcentual en función de la gravedad de la conducta ***sobre el volumen de negocios del año inmediatamente anterior a su imposición,*** tras una motivación razonada acorde con el principio de proporcionalidad.

Al respecto decir que en este Expediente Sancionador, a mi leal saber y entender, no se cumplen dos requisitos condicionantes con valor sine qua non, saber

1º la conducta debe ser imputada, ex principio de seguridad jurídica y en aplicación del principio de tipicidad, a la empresa legitimada para actuar en el mercado geográfico y de producto. En el caso que nos ocupa lo son Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA; Cepsa Estaciones de Servicio SA; y BP Oil España SA.

Pero al darse la circunstancia negativa que las citadas no han sido imputadas sensu strictu, no pueden ser sancionadas conforme a Derecho.

2º a contrario sensu, si los han sido Repsol SA; Cepsa SA; y BP Oil SA., que al no tener actividad en el mercado de distribución y venta de productos petrolíferos en las estaciones de servicio, no pueden ser imputadas conforme a Derecho, por carecer de legitimación para serlo.

-----0-----

En cuanto al orden sancionador, la Resolución aprobada, según lectura de la página 126 (últimos dos párrafos) y 127 actúa incorrectamente, en términos jurídicos, por cuanto primeramente concreta el montante final de la multa o

sanción a imponer; para en un segundo término, aplicar el porcentual. Acción metafísicamente imposible.

Así en la página 124 se dice *"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* (debe entenderse mundial) *así como los volúmenes de mercado afectado,* ***se ha decidido imponer multas de*** *22.590.000 euros a REPSOL; 110.186 euros a Lence; 3.615 a Complejo San Cristobal; 28.075 a Lorqui; y 148.763 euros a Cerro de La Cabaña".*

Dándose una doble discriminación: de una parte, entre Repsol y el resto de las empresas sancionadas, al aplicar a la primera un porcentual del 10% del volumen de negocios mundial, y a las segundas, la conducta concretada a un periodo temporal y geográfico que no ha sido tenido en cuenta a la primera a la que, ítem más de aplican circunstancias modificativas de la responsabilidad, tales como el haber sido anteriormente sancionada.

Y de otra, no se tiene en consideración lo resuelto en la Resolución administrativa del Consejo de la Comisión nacional de la Competencia (hoy extinto) en la que califica la conducta como grave, frente a la actual que la califica como muy grave, lo que supone en la práctica una sanción de €uros 5.000.000 frente a la actual de €uros 22.590.000; y ello, cuando las conductas en aquel entonces lo fueron como únicas y continuadas y en este expediente, como bilaterales, únicas y concretadas temporal y geográficamente.

-----0-----

En mi Voto Particular discrepante a la Resolución aprobada en el Expediente Sancionador S/0474/13 Precios combustibles automoción terminaba diciendo

"Item más, al abordar el volumen de negocios ***total*** *en el mercado afectado (la citada Sentencia) equipara el adjetivo total a empresas uniproducto (en este caso, REPSOL*

COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA., y CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO SA).

Y solamente el adjetivo total se convertiría en sustantivo para aquellas empresas multiproducto, ***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 ajena la transposición de la Directiva Europea sobre Eficiencia Energética.*

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

En el interim, la Ilma Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la muy reciente ***SAN 25 Marzo 2015 Recurso 237/2011,*** en su Fundamento de Derecho Cuarto dispone

"CUARTO.- *En cuanto a las partes se señala que Iberdrola SA., es la cabecera de un grupo de sociedades que desarrollan actividades fundamentalmente en los sectores eléctrico y gasista, tanto en España como en otros países. El Grupo Iberdrola desarrolla distintas líneas de negocio del mercado eléctrico, tales como producción, distribución y comercialización así como Iberdrola Distribución Eléctrica SA., es la sociedad del grupo dedicada a la distribución de energía eléctrica. Por su parte, Iberdrola Comercializadora de Último Recurso SAU opera desde 2009 en el suministro de último recurso".*

En consecuencia y en aplicación de tal realidad, reconocida jurisprudencialmente, ***mutatis mutandi,*** la misma deviene de aplicación a las sociedades que desarrollan actividades diversas, y en el caso que nos ocupa, pertenecientes al Grupo Repsol, al Grupo Cepsa y al Grupo BP ***en sus distintas líneas de negocio, con personalidad jurídica propia.***

Pero incluso sin acogernos al principio de analogía, tanto la Ley 34/98 que aborda la separación contable de actividades económicas y la Ley 12/2007 adoptando la Directiva 2003 55/CE de 26 de Junio, llevarían a concluir la imposibilidad de sancionar a empresas con actuaciones mercantiles impropias en un mercado afectado.

OCTAVO.- INTEGRACION VERTICAL.-

Es un hecho indubitado que goza de firmeza, el que los operadores imputados están integrados verticalmente, conforme a los antecedentes citados anteriormente: Resolución administrativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, Sentencias dictadas por la Ilma Sección Sexta de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional; y por la Excma Sala tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Esta calificación de integración vertical ha llevado ***(1)*** a exonerar a la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS SAU (CEPSA) y, consiguientemente, a los operadores de su red de distribución (Pliego de Concreción de Hechos y propuesta de Resolución páginas 31 y 32); y ***(2)*** a exonerar, también, BP ESPAÑA SA., y a los operadores de su red de distribución (páginas 32, 33 y 34).

En mi Ponencia entendía y sigo entendiendo hoy día que, a los efectos de evitar una discriminación ex Artículo 9 de la Constitución Española, debería haberse concluido en igual forma, armónica y concordante, respecto de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA.

NOVENO.- APLICACIÓN DEL ARTICULO 5 DE LA LEY 15/2007.

En todo caso y en el supuesto de sancionar, dada la temporalidad, localización y efectos de las conductas examinadas, debería ***alternativamente*** haberse concluido de conformidad a lo prevenido en el Artículo 5 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

DECIMO.- INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 101 TFUE.-

Partiendo de la concreción conceptual de la bilateralidad de las conductas imputadas; de su carácter puntual y temporal; así como de la delimitación geográfica y territorial de las mismas, no podemos sino concluir que el ámbito de

conocimiento (instrucción y resolución) queda circunscrito al territorio nacional de España, sin afectación alguna comunitaria. Reiteramos lo establecido por esta Resolución en la página 124 anteriormente citada.

La ***STS 15 Octubre 2014 Recurso de Casación 3563/2011*** es esclarecedora al decir en su Fundamento de Derecho Noveno

> ***B)*** *Que las conductas 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 1962, 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 tiene carácter vinculante, ni su eventual infracción puede fundar 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.*

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 2 de julio de 2015, en el marco del Exp. S/484/13 REDES ABANDERADAS.**

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- El *Expediente* que ahora nos ocupa mantiene una relación de origen con el Expte. *S/474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN*, que fue resuelto por esta SALA el día 19 de febrero de 2015. En dicha *Resolución* formulé *Voto Particular Discrepante* cuyo contenido es en gran medida aplicable al caso que ahora nos ocupa, como expondré a continuación.

SEGUNDO.- 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, la entidad que ostenta mayoría accionarial en la infractora)? ¿A ambas?

Mi *opinión*, dictada meramente por la lógica económica, 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 autora material si ésta no puede hacerle frente.

Pero si no aparece imputada la efectivamente infractora material 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 estamos (en mi opinión de forma totalmente innecesaria) en presencia de ese problema.

La *Resolución* dice que *« […] se acordó la incoación del presente Expediente sancionador contra REPSOL, S.A. […]»* (pág. 2). La citada empresa alegó ante la Dirección de Competencia que, en su opinión, se estaba imputando a la entidad equivocada, porque ella no opera en el mercado afectado por la infracción; y que, en consecuencia, a quien se debía imputar era a *REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.* (la empresa del grupo *REPSOL* que opera en ese mercado). Pero esa alegación, formulada sobre el *procedimiento*, no fue tenida en cuenta por la Dirección de Competencia, que mantuvo la imputación a la entidad jurídica *REPSOL, S.A.* *exclusivamente*. Esto

equivale a considerar que *REPSOL, S.A*. es *autora material* de las infracciones aducidas, a pesar de que la propia *Resolución* reconoce que *«La sociedad […] activa en el mercado de distribución de carburantes de automoción es REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A»* (pág. 11). No hay duda, pues, de que a juicio de la mayoría de la SALA da lo mismo imputar como *autora material* a la verdadera autora que al grupo empresarial al que pertenece.

Pues bien, a mí no me lo parece. En primer lugar, ¿cómo es posible, desde la estricta lógica, imputar como *autora material* de una infracción contra la competencia a una empresa que no opera en el mercado afectado? En segundo lugar, no me parece que sea irrelevante imputar como *autora material* a la verdadera infractora o al grupo empresarial al que pertenece, por varias razones, entre ellas la siguiente:

De acuerdo con la jurisprudencia del TS (por todas*, STS de 29 de enero de 2015, Recurso de casación 2872/2013*), para establecer una posible sanción la autoridad de competencia debe determinar, de acuerdo con los elementos estipulados en el Art. 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (referidos al *mercado afectado por la infracción*), un porcentaje dentro de la escala 0-10 que posteriormente debe ser aplicado al volumen de ingresos *consolidado* de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Pues bien –y ciñéndonos al caso presente–, *no es lo mismo* aplicar *ese* porcentaje al volumen de ingreso *consolidado* de *REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A* que al volumen de ingreso *consolidado* de *REPSOL, S.A.*

La SALA resuelve este tema recurriendo a la Sentencia del TS de 17 de noviembre de 2010, que entiende confirmadora de que *da lo mismo imputar a una u otra entidad* (la infractora o la cabecera de grupo empresarial al que pertenece). A mí no me parece que esa sentencia *afirme tal cosa*. Esto es lo que dice (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: 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 la autoría material de las conductas anticompetitivas debieran haberse imputado a la «filial», lo lógico es dar por sentado 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 en la imputación: ***(1ª)*** que la entidad imputada, *REPSOL, S.A.*, *«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.*»

En suma, estamos ante un embrollo que, como ya he señalado, hubiera sido muy fácil evitar simplemente con haber imputado a las dos, la «filial» y su «matriz»: a la primera, como *infractora material;* y a la segunda, como *responsable subsidiaria* que debe cubrir la sanción en el caso de que la «filial» infractora no pueda hacerle frente.

TERCERO.- En el *Expediente* que nos ocupa se imputan: ***(1)*** un acuerdo de coordinación de precios entre *REPSOL, S.A.* y un abanderado suyo en la ciudad de Lugo; ***(2)*** un acuerdo de coordinación de precios entre *REPSOL, S.A.* y un abanderado suyo con una estación de servicio de un pueblo de Murcia; y ***(3)*** un intercambio de información entre *REPSOL, S.A.* y una estación de servicio «*situada en el kilómetro 7,1 de la autovía A3*» (pág. 13 de la *Resolución*), en Madrid. En cada caso, la infracción habría tenido una duración de 2 meses, *pero no los mismos*.

NO se trata, pues, de tres episodios distintos de la misma infracción, sino de tres infracciones distintas, sin relación temporal y/o geográfica entre sí. Son infracciones localizadas en ámbitos territoriales *notablemente* reducidos y distantes geográfica y temporalmente. Es decir, se trata de conductas *puntuales*, *bilaterales, sin relación espacial y temporal y que afectan a mercados muy reducidos.* Aun así, esta SALA, con fecha 5 de marzo de 2015, remitió a la UE información relativa a la aplicación del Art. 101 del TFUE –que, en efecto, ha aplicado–.

Sobre la (a mi juicio mala) costumbre de aplicar el Art. 101 del TFUE a toda clase de infracciones del Art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ya tengan o no afectación al comercio entre Estados, he escrito en mi *Voto Particular* en el Acuerdo de remisión de información a la UE adoptado por la SALA en su sesión del día 18 de diciembre de 2014, en el marco del Exp.

S/0474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES DE AUTOMOCIÓN, voto particular al que remito y doy por reproducido.

Estamos en el mismo caso. ¿Se trata *realmente* de infracciones con afectación al comercio ***internacional*?** Un acuerdo sobre precios entre algunas gasolineras de la ciudad de Lugo ¿distorsiona el mercado internacional de carburantes de automoción? ¿Lo distorsiona un acuerdo entre gasolineras de un pueblo de Murcia? ¿Y un intercambio de información con una gasolinera sita en el kilómetro 7,1 de la autovía A3? Téngase en cuenta, de nuevo, que no se trata de tres episodios de una misma infracción, sino de tres infracciones distintas, *puntuales*, *bilaterales y sin relación espacial y temporal entre sí*).

Un problema derivado de aplicar el Art. 101 del TFUE a las conductas aquí examinadas es que ello ha obligado a la SALA a utilizar nueve páginas para intentar argumentar la necesidad de haberlo hecho (págs. 92-100). De toda esa argumentación no he extraído ni un establecimiento que me permita cuestionar mi *convicción profesional* de que *ni todas juntas –y mucho menos por separado–* las conductas aquí examinadas pueden distorsionar el *mercado internacional de carburantes*.

Lo llamativo es que la propia *Resolución*, tras su argumentario, y después de haberse quedado a sólo un paso de atribuir a estas gasolineras los poderes de la mariposa china que provoca el caos *(« […] Los efectos de las conductas no permanecen aislados en áreas perfectamente delimitadas sino que […] se solapan y desbordan […] entre estaciones de servicio vecinas que provocan un encadenamiento con áreas de influencia más alejadas»)*, concluye que eso *«determina una incidencia, al menos de ámbito provincial o incluso regional entre las áreas de influencia locales de las estaciones de servicio afectadas por las infracciones acreditadas»* (pág.126).

O sea que, después de todo, cada una de las infracciones aquí analizadas no distorsiona el mercado internacional de carburantes de automoción, pero sí el de su respectiva provincia *o incluso región*. Pero entonces, ¿para qué se ha aplicado el Art. 101 del TFUE (con la consiguiente dilación en la resolución del *Expediente*)? ¿Y qué hace la CNMC instruyendo (y en un caso, *resolviendo*) este asunto cuando –por el ámbito de afectación comercial de cada conducta examinada– lo *normal* es que se hubieran ocupado de ello las correspondientes autoridades autonómicas de competencia?

CUARTO.- Para determinar el radio de afectación comercial de una conducta es habitual recurrir al análisis de *isocronas*, una técnica empleada, por ejemplo, en el estudio de la localización espacial de las actividades económicas. Como toda herramienta científica, su poder analítico depende en gran medida de la destreza de quien la utiliza.

En el ámbito de las sucesivas autoridades de competencia españolas es costumbre suponer que el radio de influencia económica para las estaciones de gasolina es el provincial. Tengo dicho que esa «regla» –un atajo razonable en muchos casos– no debe utilizarse a ciegas porque, sólo a modo de ejemplo, a nadie en su sano juicio se le ocurre, residiendo en Chinchón, ir a repostar gasolina a Torrelodones (y viceversa). De modo que si las gasolineras de Chinchón, infringiendo la legislación de competencia, se ponen de acuerdo en sus precios, esa acción mal puede distorsionar el mercado de carburantes de Torrelodones (y viceversa).

El análisis de isocronas debe utilizarse con cuidado. Por esa razón encuentro sorprendente que, antes la DC y ahora esta SALA, hayan optado por no admitir la prueba, basada en el citado análisis, propuesta por las imputadas. Ignoro el alcance jurídico preciso de esa decisión; pero ciertamente a mí me ha dejado sin posibilidad de aclarar un elemento que considero relevante para la resolución del *Expediente*, a saber, si el análisis de las imputadas era atinado. Por ello no respaldo la decisión de la SALA en este punto.

QUINTO.- La *Resolución* dedica los Apartados 7.2 a 7.5 a determinar el monto de las multas. Esa determinación está asentada en una doctrina sancionadora de la que discrepo profundamente. Sobre ello he escrito en mi *Voto Particular* en la *Resolución* del *Expediente S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTÓN ONDULADO*, voto al que me remito pues es sobre la base de esa discrepancia que pueden entenderse tanto los Apartados 7.2 a 7.5 de la presente *Resolución* como lo que a continuación expongo.

(1) En la presente *Resolución* es imposible saber cómo se ha llegado a las multas impuestas; imposible no ya para los sancionados, sino para mí –una situación con la que, por razones obvias, no me encuentro cómodo–. La *Resolución* dice que *«el tipo sancionador adecuado a la conducta ilícita de cada empresa, dentro del arco sancionador indicado en el artículo 63.1 de la LDC, se ha fijado teniendo en cuenta los criterios del artículo 64»* (pág. 127). No he podido saber cómo; ignoro absolutamente de qué forma se ha llegado a concluir que los porcentajes sancionadores que aparecen en la tabla de la pág. 125 son *«adecuados»*. Tampoco sé si el monto de las multas es el *«adecuado»*, por la razón anterior *y por la que a continuación expongo*.

La *Resolución* afirma que para asegurar que el porcentaje sancionador elegido, al aplicarlo al volumen de ingreso *consolidado* de las empresas, no genera una multa con la que los objetivos de efectividad disuasoria y proporcionalidad entran en colisión, se ha tomado en cuenta el «*beneficio ilícito derivado de la infracción*» (pág.125). ¿Pero cómo ha podido hacerse eso *si* ***el beneficio ilícito no ha sido calculado***?

En el citado *Voto Particular* en la *Resolución* del *Expediente S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTÓN ONDULADO* expuse, entre otras, una diferencia doctrinal con la mayoría de la SALA que ha aprobado la presente *Resolución* a propósito de los límites del principio de disuasión, y específicamente en su relación con el beneficio ilícito. Lo doy por reproducido. Pero en el caso que nos ocupa estamos en presencia de una dificultad aún mayor: No hay forma de saber *a cuántas veces el beneficio ilícito* equivale la multa, *porque aquél ¡no ha sido calculado!*

[Incidentalmente, reaparece la relevancia de a quién se debe imputar como autora material de una infracción, a la filial que opera el mercado afectado o a la matriz del grupo empresarial al que pertenece].

(2) Conviene señalar con claridad lo que cuestiono acerca de las multas impuestas, a saber: el hecho de que ni en el texto de la *Resolución* ni fuera de él he podido saber de dónde salen y por tanto conformar mi acuerdo o desacuerdo con la cuantía.

SEXTO.- Por todo lo expuesto, no puedo, ***en conciencia***, respaldar la presente *Resolución.*

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 2 de julio de 2015.