

RESOLUCION

Expte. S/0288/10, A.E. Productos Petrolíferos

Consejo

- D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
- D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
- D. Julio Costas Comesaña, Consejero
- D^a. María Jesús González López, Consejera
- D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
- D. Luis Diez Martín, Consejero

En Madrid, a 30 de enero de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de información reservada S/0288/10, iniciado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia como consecuencia de la remisión, por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, de la denuncia presentada por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES), de la ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES) y determinadas estaciones de servicio (EES) contra la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS (AOP) y sus miembros, al objeto de que investigase la existencia de acuerdos o prácticas horizontales contrarios a las normas de competencia y, en particular, contrarios al art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 9 de julio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea mediante el cual se efectuaba remisión de la denuncia interpuesta, con fecha 5 de junio de 2007, por [...], en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (**CEEES**), de la ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (**AGES**) y determinadas estaciones de servicio (EES) contra la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS (**AOP**) y sus miembros, registrada bajo el número de asunto COMP/39461 (folios 2 a 7461), con el objeto de que la CNC investigara los aspectos de la misma relativos a la existencia potencial de acuerdos o prácticas horizontales contrarios a las normas de

competencia y, en particular, contrarios al art. 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La denunciante fue informada formalmente del traslado mediante escrito de la Comisión Europea de fecha 21 de septiembre de 2010 (folios 7450 a 7461).

La denuncia y documentación transmitidas sobre la existencia de posibles acuerdos o prácticas horizontales (explícitas o tácitas) de la AOP y sus miembros, así como entre REPSOL, CEPSA y BP, para limitar la competencia entre ellos, fueron registrados por la DI bajo el número de referencia S/0288/10.

2. Con fecha 31 de marzo y 18 de mayo de 2011 fueron recibidos en la DI sendos escritos remitidos por [...], en nombre y representación de CEEES, AGES y determinadas EESS, referentes al comportamiento paralelo y coordinado de determinados operadores petrolíferos miembros de la AOP en diversos momentos temporales (folios 7462 a 7528).
3. Con fecha 26 de mayo de 2011 se efectuó por la DI requerimiento de información a CEEES (folios 7529 a 7531), que fue contestado con fecha 7 de junio de 2011 (folios 7534 a 7554). En concreto, se le requería para que facilitara información sobre la vigencia de los "Principios de ética comercial que debe inspirar la conducta de los Operadores en el mercado de productos petrolíferos con arreglo al orden jurídico vigente". Asimismo, se le solicitó que acreditara el grado de similitud del sistema de facturación y pago utilizado por los miembros de la AOP, así como del establecimiento de condiciones económicas, márgenes y comisiones.
4. Con fechas 23 y 30 de septiembre y 17 de octubre de 2011 se recibieron en esta Dirección de Investigación sucesivos escritos por parte de [...], en nombre y representación de CEEES, AGES y determinadas EESS, aportando información complementaria a su denuncia relativa a la situación anómala en la que se encuentran determinadas EESS gestionadas por CEPSA bajo la bandera REPSOL (folios 7555 a 7593).
5. Con fecha 2 de marzo de 2012 se realizó por la DI requerimiento de información a la AOP, respecto de la vigencia y aplicación actual de los "Principios de ética comercial que debe inspirar la conducta de los Operadores en el mercado de productos petrolíferos con arreglo al orden jurídico vigente". Su respuesta tuvo entrada en esta Dirección de Investigación el 13 de marzo de 2012 (folios 7627 a 7630).
6. Asimismo, con fecha 2 de marzo de 2012 se realizaron por la DI sendos requerimientos de información a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. (CEPSA) y REPSOL COMERCIAL DE OPERADORES DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. (REPSOL). En particular, se solicitó que especificaran determinados extremos sobre la aplicación realizada por cada una de ellas de los Principios de ética comercial mencionados. Asimismo se les requirió determinada información sobre el grado de similitud en lo que respecta a los sistemas de facturación y de pago, comisiones, y descuentos implantados, así como el

sistema por el que referencian el precio máximo o recomendado. Igualmente se les solicitó información relativa a la situación de determinadas estaciones de servicio, y a su comportamiento económico en momentos temporales específicos (folios 7631 a 7638). Estas solicitudes de información fueron contestadas por CEPSA y REPSOL el 14 y 23 de marzo de 2012, respectivamente (folios 7844 a 8009).

7. Con fecha 24 de mayo de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de [...], Director General y Secretario General de AOP, acompañado de certificación referente al Acuerdo adoptado por la Junta Directiva de la Asociación celebrada el 23 de mayo de 2012 respecto a los Principios éticos adoptados en 1996 (folios 8010 a 8014).
8. Con fecha 15 de junio de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la DI remitió a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, junto con todas las actuaciones realizadas, Propuesta de Archivo del expediente de actuaciones reservadas de referencia, en el que constan como hechos los siguientes:

1. LAS PARTES.

1.1. Denunciantes: CEEES, AGES y otras EESS.

- (1) La **CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEES)**, conforme a la información contenida en la denuncia y en su página web, es una entidad de carácter nacional y sin ánimo de lucro constituida bajo el objetivo de ser el órgano de reunión de todos los empresarios de Estaciones de Servicio españoles. Desde entonces ha centrado su actividad en la representación de sus asociados ante las diversas instituciones y organismos nacionales, autonómicos, locales y supranacionales, a fin de fomentar y estimular la actividad profesional y la acción común para obtener mejoras de carácter general para el sector.
- (2) Desde 1977 ha venido desempeñando sus funciones con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar. Ésta se circunscribe en las diferentes áreas y actividades que se incluyen en el sector de venta, distribución y comercialización de productos petrolíferos; desempeñando CEEES la representación de sus asociados ante los organismos y administraciones pertinentes, de cualquier ámbito territorial. El número de estaciones de servicio miembro a su vez de las Asociaciones o Federaciones relacionadas asciende a 4000. El número total de estaciones de servicio en España es de 8.800 aproximadamente. En consecuencia la CEEES representa los intereses del 45% de las estaciones de servicio existentes en España, ubicadas en todo el territorio del Estado Español a excepción del País Vasco, la Comunidad Foral

de Navarra y las Islas Baleares.

- (3) La **ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO** es otra organización empresarial, integrada en la CEEES, pero que en particular representa los intereses de los empresarios que sin tener su propiedad, que corresponde a un operador al por mayor, explotan estaciones de servicio de todo el territorio nacional, los cuáles constituyen un amplísimo sector en el mercado de comercialización de combustibles y carburantes cuya posición difiere de la que ostentan los propietarios.
- (4) Constan asimismo como denunciadas las siguientes estaciones de servicio: **CERDANYOLA CARBURANTS, S.L.; VIRGISA, S.A.; POZUELO 4, S.L.; COMILLAS 2, S.A.; ESTACIÓN DE SERVICIO SARDINERO, S.L; y ESTACIÓN DE SERVICIO SANTILLANA II, S.L.**

1.2. Denunciadas: AOP, REPSOL y CEPSA

De acuerdo con la información extraída de las páginas web de cada una de ellas:

- (5) La **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS** está constituida actualmente por las siguientes empresas: BP Oil España, S.A., CEPSA, GALP Energía España, S.A.U.; REPSOL YPF, S.A., SARAS Energía, S.A.; SHELL. La Asociación, tal como se establece en sus Estatutos, se regula de acuerdo con principios democráticos y su representación y Gobierno están a cargo de la Asamblea General y de la Junta Directiva.
- (6) La mayoría de las Empresas asociadas a la AOP son Compañías integradas, esto es, que realizan actividades de exploración y extracción de petróleo, y distribuyen y comercializan en el mercado español esos productos petrolíferos, tales como gasolinas, gasóleos, fuelóleos (combustible utilizado por los barcos y en determinados procesos industriales), querosenos (carburante utilizado por los aviones), lubricantes y asfaltos. El principal objetivo de la Asociación lo constituye la defensa de los intereses generales de las Compañías asociadas.
- (7) **REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.** es la compañía del grupo REPSOL cuya actividad principal es la comercialización de los productos petrolíferos elaborados por las sociedades que constituyen el grupo REPSOL. Esta labor comercializadora la desarrolla fundamentalmente a través de la red de estaciones de servicio vinculadas y de las ventas directas a clientes.
- (8) El Grupo REPSOL está compuesto, entre otras sociedades, por REPSOL, S.A. (sociedad matriz) y sus filiales REPSOL PETROLEO, S.A., REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A., CAMSPA RED, S.A. (explotación directa de estaciones de servicio), PETROLEOS DEL NORTE, S.A. y SOLRED, S.A. (gestión de tarjetas y medios de pago).
- (9) **CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A.** está participada en un 99,99% por

la Compañía Española de Petróleos S.A. (CEPSA S.A.), matriz de un grupo de empresas, cuyo objeto social consiste fundamentalmente en la adquisición, almacenaje, transporte, distribución, venta, suministro y comercialización al por mayor y al por menor de toda clase de productos petrolíferos, así como la adquisición y explotación directa o indirecta de Estaciones de Servicio y demás unidades de suministro de productos petrolíferos y sustancias tóxicas.

2. HECHOS DENUNCIADOS

- (10) De la extensa, y poco sistemática, documentación que integra la denuncia que se ventila en el presente expediente puede deducirse que, en realidad, la misma hace alusión a diversos hechos que, aunque estrechamente vinculados, presentan singularidades y aspectos susceptibles de ser analizados de forma separada.
- (11) En primer término, se denuncia la utilización, con una finalidad anticompetitiva, de los “Principios de ética comercial que deben inspirar la conducta de los Operadores en el mercado de productos petrolíferos con arreglo al orden jurídico vigente” acordados en el seno de la AOP con fecha 18 de julio de 1996.
- (12) Según las denunciantes, estos Principios éticos *“lejos de recoger los “buenos usos y prácticas comerciales” han pasado a convertirse en prácticas anticompetitivas que impiden el ya de por sí difícil acceso de competidores al mercado de los hidrocarburos en España, así como un cierre forzado del mismo que se viene perpetuando desde la finalización del Monopolio de petróleo”* (folio 22).
- (13) En este sentido, se pone de manifiesto en el escrito de denuncia que distintos operadores petrolíferos asociados a la AOP, han interpuesto, ante los órganos jurisdiccionales nacionales, acciones judiciales frente a otros operadores asociados, sobre la base de la existencia de los citados Principios de Ética Comercial (folios 22 a 27).
- (14) Se describen, en particular, diversas situaciones en que determinadas EESS, amparándose en la duración máxima establecida por el Reglamento CE nº 2790/99, para que determinados acuerdos de exclusiva puedan beneficiarse de la exención, interrumpieron la relación contractual que tenían en ese momento con un operador perteneciente a la AOP y pasaron a suministrarse por otro operador competidor. Los primeros reaccionaron interponiendo acciones judiciales contra los segundos que pasaban a suministrar, de forma inmediata a la ruptura de las relaciones, combustibles y carburantes a las mencionadas EESS, aduciendo en sus escritos ante los órganos jurisdiccionales, en algunos casos, no solo el incumplimiento de la legislación aplicable, sino también los referidos Principios éticos.
- (15) En concreto, con fecha 23 de febrero de 2007, GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A. solicitó judicialmente adopción de medidas cautelares inaudita parte frente a BP OIL ESPAÑA S.A.U., al comenzar a suministrar a tres EESS (Santillana II, Sardinero, Pozuelo 4) que habían rescindido de forma unilateral los contratos

firmados con GALP. En su escrito de solicitud de adopción de medidas cautelares GALP alega expresamente que la conducta descrita, *“aparte de contraria a la normativa de competencia, es radicalmente opuesta a los **“Principios de ética comercial que deben inspirar la conducta de los Operadores en el mercado de productos petrolíferos con arreglo al orden jurídico vigente”** [...], publicados el 18 de julio de 1996 por la Asociación española de Operadores de Productos Petrolíferos, asociación de la que BP es parte”(subrayado literal) (folio 394).*

- (16) Por su parte, CEPSA solicitó judicialmente, el 21 de marzo de 2007, la adopción de medidas cautelares frente a BP al proceder a suministrar sus productos con sus marcas a la estación denominada VIRGISA S.A., cuando había sido invocada por esta última la nulidad de su contrato con CEPSA, dejándolo sin efecto, fundándose en la contravención de las normas comunitarias. Entre los fundamentos jurídico materiales de esta solicitud CEPSA invoca asimismo la vulneración flagrante por parte de BP, *“tanto de sus propios Principios de conducta ética, que exponen en su página web a modo de reclamo publicitario de la recta actuación en el mercado, como los Principios de ética comercial de la Asociación española de Operadores Petrolíferos que le comprometen en los buenos usos y prácticas del sector”* (folio 876).
- (17) Según la denunciante, *“con la transcripción de los “principios éticos”, podemos comprobar que la denunciada lo que pretende es un **control del funcionamiento y un reparto del mercado, que produce claros efectos anticompetitivos** en contra del dictado de los artículos 81 y 82 del TUE , en la medida en que la inducción a los miembros de la denunciada de no respetar las normas de competencia así como los Reglamentos de exención por categorías que las desarrollan, en tanto en cuanto no recaiga una resolución judicial o arbitral firme que resuelva el vínculo contractual que es contrario a las normas, lo único que propicia es una persistencia de un mercado cerrado, a la vista de que en nuestro país de conformidad con el sistema procesal existente, hasta que adquieren firmeza las resoluciones judiciales, han transcurrido fácilmente diez años.”(subrayado literal) (folio 27).*
- (18) En segundo lugar, la concertación horizontal de las empresas suministradoras pertenecientes a la AOP, derivada de la firma del acuerdo de “Principios de ética comercial”, va incluso más allá de su aplicación judicial, reflejándose también, según las denunciantes, en el comportamiento coordinado de los operadores en cuanto al sistema de facturación implementado por los mismos, el sistema de pago de 9 días utilizado, el sistema de referencia de las condiciones económicas de sus contratos, así como del establecimiento de márgenes y comisiones, en función del nivel marcado por los competidores de la zona. Posteriormente, la representación de las denunciantes ha acotado subjetivamente este segundo aspecto de la denuncia a REPSOL y CEPSA, declarando que en BP constituye un comportamiento residual (folios 31 a 34).
- (19) Por último, se denuncia a REPSOL y CEPSA aduciendo un supuesto

comportamiento coordinado en precios de las mismas en dos momentos temporales determinados (1 de julio de 2010 y Semana Santa de 2011) y la situación anómala en la que se encuentran determinadas EESS que son gestionadas por CEPSA bajo la imagen de REPSOL (folios 7462 a 7528 y 7555 a 7593).

- (20) En todo caso, los comportamientos denunciados inciden en el mercado de distribución de productos refinados. Los precedentes nacionales y comunitarios han distinguido, dentro de este segmento, entre las ventas minoristas o distribución en red -a través de estaciones de servicio- y las ventas mayoristas directas o distribución extra-red de combustibles. En el primer caso, los clientes son consumidores finales (automovilistas o transportistas), mientras que en el segundo los clientes son entidades comerciales o industriales y revendedores minoristas independientes, mucho más sensibles al precio y a la fiabilidad del suministro (Exptes. C-86/04 DISA/SHELL; C-0005/07, DISA/TOTAL; C-0366/11, CEPSA/CHESA. Casos comunitarios: M.1383 EXXON/MOBIL; M.1628 TOTALFINA/ELF AQUITAINE; M.2389 Shell/DEA; M.3291 Preem/Skandinaviska raffinaderi; M.4002 OMV /ARAL CR. Expedientes nacionales: N-155 SARINT/CONTINENTAL OIL, N-276 AGIP/PETROGAL/TFE, N-03002 AGIP/SARAS (Activos), N-04073 DISA/SHELL, N-06035 SARAS ENERGÍA/ESTACIONES SERVICIO CAPRABO).
- (21) En cuanto a su delimitación geográfica, por lo que se refiere al mercado de distribución minorista, de acuerdo con los precedentes anteriormente citados, aunque el mercado está caracterizado por un importante componente local, existen indicios para una definición del mercado a nivel nacional. Además, la CNC ha considerado apropiado definir los territorios de Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla como mercados geográficos independientes y separados de la Península. En lo que respecta al mercado de distribución extra-red, tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia han definido, en principio, una dimensión geográfica nacional de estos mercados, si bien la CNC 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.

3. PRECEDENTES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE ÉTICA COMERCIAL

- (22) Las autoridades españolas de competencia ya tuvieron ocasión de pronunciarse en el pasado sobre el contenido material del documento denominado "Principios de ética comercial que deben inspirar la conducta de los Operadores en el mercado de productos petrolíferos con arreglo al orden jurídico vigente" que fue aprobado por la Junta Directiva de la AOP con fecha 18 de julio de 1996. En concreto, hasta en dos ocasiones se examinaron por parte de los extintos Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia los pactos incluidos en el citado documento, y especialmente aquellas cláusulas que suscitaban mayores dudas desde la perspectiva de la legislación de competencia (Expediente 1790/98 del SDC y

posterior expediente de recurso r 343/98 del TDC, y Expediente 1976/99 del SDC).

(23) El tenor literal del segundo párrafo del documento rezaba del siguiente modo:

“La Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos quiere formular, con el carácter de código ético, algunos principios que, en el ámbito del sector petrolero, constituyen expresión de las exigencias del ordenamiento vigente, para someterlos a la libre consideración y aplicación en su caso de los Operadores que lo deseen, sin perjuicio de la más plena libertad de actuación de todos ellos, tanto en los relativo a sus prácticas comerciales como en el ejercicio de las acciones que procedan en defensa de sus intereses.

En el marco de dichas consideraciones, se formulan los siguientes principios:

[...]

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

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

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

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

(24) En relación con estos Principios, el extinto Servicio de Defensa de la Competencia dictó, el 10 de noviembre de 1998, Acuerdo de archivo de la denuncia interpuesta por MEROIL S.A contra TOTAL ESPAÑA S.A. por presunta infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea (expte. 1790/98). Del examen de los documentos aportados con la denuncia, entre los que se encontraba el documento aludido, el Servicio no observó indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por lo que acordó el archivo de tales actuaciones. Dicho archivo fue, no obstante, recurrido por MEROIL.

(25) Consecuencia de dicho recurso, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en su Resolución r 343/98, de 29 de marzo de 1999, resolvió interesar del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) la

incoación de expediente, al apreciar que el citado documento aparentemente incluía pactos que iban más allá de la simple recomendación del cumplimiento de la Ley. A la vista de la mencionada Resolución del TDC, y en cumplimiento de lo ordenado en la misma, con fecha 20 de abril de 1999, se procedió a la incoación de oficio de expediente sancionador referenciado bajo el núm. 1976/99.

- (26) Con fecha 20 de julio de 1999, la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia del extinto SDC dictó Acuerdo de sobreseimiento del mencionado expediente nº 1976/99, considerando principalmente que los principios recogidos en el Código eran una recopilación de las infracciones ya establecidas en el Ordenamiento Jurídico, por lo que no se apreció en aquel momento -1999-, infracción alguna de la anterior Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, derivada del tenor literal de los Principios éticos reproducidos.
- (27) En concreto, el citado Acuerdo del extinto SDC señalaba lo siguiente (subrayado añadido):

“De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir lo siguiente:

1. Los principios recogidos en el Código son una recopilación de lo establecido en el Ordenamiento Jurídico y así el operador que suministrase producto a una estación de servicio abanderada por otro operador estaría contribuyendo a que la estación de servicio cometiera una infracción de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios puesto que en la citada gasolinera se vendería un producto bajo la marca de otro y, como ha quedado expuesto anteriormente, el artículo 34.4 de la citada Ley califica de infracción "...cualquier situación que induzca a engaño o que impida reconocer la verdadera naturaleza del producto o servicio". Por otra parte, el mismo hecho supondría una contribución a la infracción de la Ley del Sector de hidrocarburos que en su artículo 110 j) califica de infracción grave "la comercialización de hidrocarburos líquidos bajo una imagen de marca que no se corresponda con el auténtico origen e identidad de los mismos"

Asimismo, el código de ética comercial firmado por los operadores integrados en la AOP recoge la obligación de cumplir con el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, en el sentido de no inducir a la infracción contractual a las estaciones de servicio o instalaciones fijas que tengan suscritos contratos de suministro en exclusiva con algún operador.

2. El propio documento establece, en su segundo párrafo, que los principios formulados en el Código ético se someten a la libre consideración y aplicación, en su caso, de los Operadores que lo deseen, sin perjuicio de la más plena libertad de actuación de todos ellos. Por tanto, en ningún caso es vinculante."

9. Con fecha 5 de diciembre de 2012, [...] y [...], en nombre y representación de las denunciantes CEEES y AGES presentaron dos nuevos escritos de denuncia en el ámbito de este expte. de actuaciones reservadas.

En el primero de ellos denuncian el comportamiento consciente y paralelo mantenido por los Operadores Petrolíferos implicados en este expediente, consistente en fuertes picos de descenso puntuales del PVP todos los lunes -día de reporte de precios a la Unión Europea-, que repuntan el martes en un valor similar. Aportan como prueba de esta conducta, el "Informe mensual de supervisión de la distribución de carburantes en estaciones de servicio. Octubre 2012" y la Nota de Prensa referida al mismo, ambos emitidos por la Comisión Nacional de la Energía (CNE). Los denunciantes terminan solicitando la apertura de un expediente sancionador a los tres operadores petrolíferos denunciados por infracción de los arts. 1 LDC y 101 TFUE.

En el segundo de los escritos reseñados, las mismas dos personas físicas que denuncian los hechos anteriores en nombre y representación de CEEES y AGES, ahora en nombre y representación de GESDEGAS SL, que explota tres EESS en la Comunidad de Madrid (una abanderada por Repsol y las otras dos por CEPSA), denuncian "una práctica desarrollada de forma paralela en las tres (3) estaciones de las que es titular: Fuertes picos de descenso puntuales del PVP todos los lunes -día de reporte de precios a la Unión Europea-, que repuntan el martes en un valor similar.". Como Anexo III confidencial aportan documentación que a su juicio acredita la conducta restrictiva denunciada.

GESDEGAS solicita ser parte en este expediente, y que se declare en el mismo la existencia de una conducta contraria a los arts. 1 LDC y 101 TFUE.

10. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó sobre la Propuesta de Archivo y falló esta Resolución en su reunión de 9 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto de la Resolución

El artículo 49.1 de la LDC dispone que la Dirección de Investigación incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley en los hechos denunciados. En el número 3 del mismo precepto legal se añade que el Consejo, a propuesta del órgano de instrucción, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

En su Propuesta de 15 de junio de 2012, la Dirección de Investigación propone a este Consejo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones que dieron lugar a la apertura de esta información reservada S/0288/10, por no observar en la información recabada indicios de infracción del art. 1 de la LDC y del art. 101 del TFUE, que prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva

que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Por consiguiente, el objeto de esta Resolución es resolver si la Propuesta de Archivo formulada por la Dirección de Investigación es conforme a Derecho.

Segundo.- Sobre el carácter restrictivo de los Principios éticos de la AOP

Las denunciantes sostienen que, basándose en el acuerdo de Principios éticos de la AOP, las operadoras pertenecientes a esta Asociación impiden o tratan de impedir judicialmente que las EESS abanderadas por ellas, sean suministradas por otros operadores, en tanto no recaiga declaración judicial o arbitral firme de resolución del contrato, con independencia de lo dispuesto en la normativa comunitaria, en particular, tras la entrada en vigor del Reglamento nº 2790/99, según el cual los acuerdos verticales cuya duración excedieran de 5 años a partir del 1 de enero de 2002, no podrían seguir beneficiándose de la exención por categoría y devendrían nulos.

Particularmente, en la denuncia se informa de la existencia de, al menos, dos supuestos acaecidos en 2007, en los que operadores pertenecientes a la AOP (CEPSA y GALP) alegaban, contra otra empresa asociada (BP), los Principios éticos, para fundamentar sendas solicitudes de adopción de medidas cautelares ante los órganos jurisdiccionales, en situaciones en las que determinadas EESS dieron por finalizados sus contratos de exclusividad (con CEPSA y GALP, respectivamente) y otro competidor (en este caso BP) pasaba a hacerse cargo del suministro de las mismas.

Por lo tanto, los Principios constituirían, según las denunciantes, una suerte de compromiso de las partes firmantes de respetar a las EESS que mantuvieran contratos de exclusividad con otras operadoras, limitando así “su conducta competitiva en el sector”, lo que, según las denunciantes, consistiría en un “pacto de no agresión entre las petroleras españolas, que se comprometían a no “atacar” a gasolineras de la competencia, salvo que haya resolución firme” (folio 1727).

La Dirección de Investigación, en el apartado de valoración jurídica de la Propuesta de Archivo, señala que los Principios controvertidos ya fueron objeto de análisis por las autoridades de defensa de la competencia. En efecto, en el marco del recurso interpuesto por MEROIL contra el acuerdo de archivo del extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de 10 de noviembre de 1998 (Expte. 1790/9899), el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia consideró en relación con los referidos “Principios de ética comercial que deben inspirar la conducta de los operadores en el mercado de productos petrolíferos, con arreglo al orden jurídico vigente” de la AOP que *“puede afirmarse que existen indicios racionales de existencia de conductas anticompetitivas (...). Dicho documento aparentemente incluye pactos que van más allá de la simple recomendación del cumplimiento de la Ley, por lo que se hace necesario la incoación de expediente y la realización de los actos de instrucción que el Servicio considere convenientes para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.”* (FD 5º Resolución del TDC de 29 de marzo de

1999, Expte. r 343/98, Meroil/Total España). Como consecuencia, el SDC incoó expediente sancionador (nº 1976/99) que fue sobreseído por acuerdo de fecha 20 de julio de 1999, al considerar por una parte, que los principios recogidos en el Código eran una recopilación de las infracciones ya establecidas en el Ordenamiento Jurídico (principalmente, en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, la Ley de Competencia desleal y la Ley del Sector de hidrocarburos), y por otra parte, porque dichos principios se sometían a la libre consideración y aplicación de los operadores, por lo que en ningún caso eran vinculantes.

La Dirección de Investigación considera que ese análisis del extinto SDC realizado en 1999 se enfocó exclusivamente en la literalidad de las cláusulas y principios que componían el código suscrito en el seno de la AOP, lo que permitió llegar a la conclusión de que no eran restrictivos. Por el contrario ahora, de acuerdo con los hechos alegados en la presente denuncia, de lo que se trata es de comprobar de forma específica su actual vigencia y la posible aplicación anticompetitiva que de los mismos se haya venido haciendo en sede judicial por los operadores asociados. Por ello, señala la DI, solo en ese caso se podría concluir si, en su caso, los citados Principios tienen en la práctica la capacidad para producir efectos distorsionadores de la competencia, y procedería, entonces, la aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

A estos efectos, de la respuesta remitida por la AOP al requerimiento de información efectuado por la DI con fecha 2 de marzo de 2012 sobre la vigencia actual de los Principios, el órgano de instrucción deduce que éstos fueron adoptados por los entonces miembros de la AOP como respuesta a la situación económica y al contexto jurídico existente en el año 1996, muy diferente del actual, y que los mismos no han sido objeto de ninguna actuación en el seno de la AOP en los últimos 16 años (folios 7676 a 7677). En el mismo sentido se han manifestado también las otras compañías denunciadas a las que se les ha remitido igualmente requerimientos de información a este respecto, CEPSA y REPSOL (folios 7849 a 7845 y 7930 a 7931).

Añade la DI que en este sentido es preciso citar que tales Principios de ética comercial no han sido objeto de publicación en la página web de la Asociación. De hecho puede constatarse que, en la actualidad, no existe referencia a los mismos en la página web de la AOP, ni de ninguna de las compañías pertenecientes a la Asociación, la mayoría de las cuales ofrecen, no obstante, una detallada referencia a sus códigos de conducta y los principios éticos que inspiran su conducta en el mercado. Así mismo la DI resalta que desde su adopción los Principios denunciados no han sido objeto de modificación ni novación alguna, ni se ha impuesto la obligación de suscripción o adhesión a los mismos por parte de los nuevos operadores que entraron a formar parte de la AOP con posterioridad a su adopción.

De otra parte, en relación con la utilización controvertida de los Principios que alegan las denunciadas, la DI remarca que sólo ha podido acreditarse que tuvo lugar exclusivamente en el marco de dos solicitudes de adopción de medidas cautelares. Preguntada CEPSA a este respecto, ha declarado que los Principios éticos referidos

fueron alegados únicamente en su escrito de petición de medidas cautelares, demanda que fue interpuesta en el seno de un procedimiento principal iniciado contra BP por competencia desleal, en el cual aquéllos no fueron alegados ni mencionados (folios 7845 a 7846). Examinada la demanda interpuesta en el mencionado procedimiento principal, la Dirección ha podido constatar que, efectivamente, en dicho marco judicial no fueron aportados ni alegados los Principios controvertidos (folios 7853 a 7911), y que, finalmente los órganos judiciales dieron la razón a CEPSA en este procedimiento judicial considerando que existió incumplimiento contractual por parte de la ES. Además, continúa la DI, es relevante dejar constancia de que las propias denunciadas no han podido identificar otros supuestos en que los mencionados Principios hayan sido aportados como fundamento de acciones judiciales por parte de operadores de la AOP en los últimos 4 años.

Por último, la DI hace constar que tras el requerimiento de información realizado el pasado 2 de marzo, con fecha 23 de mayo de 2012, se ha recibido escrito de [...], en nombre y representación de la AOP, en su calidad de Director General y Secretario General de la misma, adjuntando la certificación del acuerdo adoptado por la Junta Directiva de la AOP en su sesión ordinaria de 23 de mayo de 2012 en la que, con la presencia de representantes de todas las empresas miembros de AOP y por unanimidad, se acordó: *"Dejar sin efecto los denominados "Principios de ética comercial que deben inspirar la conducta de los Operadores en el mercado de productos petrolíferos, con arreglo al orden jurídico vigente" adoptados en el seno de AOP el 18 de julio de 1996, y encomendar al Director General que comunique el presente acuerdo a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia."* (folios 8013 a 8014).

En base a cuanto antecede, la DI concluye en su Propuesta de archivo que no procede la imputación de una infracción del artículo 1 de la LDC o artículo 101 del TFUE sobre la base de la utilización judicial de los mencionados Principios puesto que, en primer término, no se ha constatado la existencia, con posterioridad a 2007, de otros supuestos en que los mismos hayan sido alegados en un procedimiento judicial con la intención de impedir a un competidor suministrar a una estación de servicio. Asimismo, no consta evidencia alguna de que los citados principios hayan sido novados o modificados por la AOP, ni de que hayan sido asumidos por nuevos socios de ésta desde 1996, y tampoco consta su publicación en las webs de la AOP o de sus asociados. Igualmente, la derogación formal que, de manera voluntaria, han realizado de forma unánime todos los operadores asociados a la AOP a través de su Junta Directiva, dejando sin efecto de manera definitiva los citados Principios, corrobora, de una parte, la falta de trascendencia, aplicación y eficacia que, en la actualidad, otorga a los mismos la propia Asociación artífice del código, y de otra, la voluntad expresa de la AOP y de sus miembros actuales de otorgar carácter formal y público a esta circunstancia, despejando de este modo cualquier duda sobre su vigencia.

El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en la procedencia del archivo de las actuaciones relacionadas con los principios de ética comercial de la AOP, si

bien disiente del órgano instructor en el fundamento de este archivo. Este Consejo de la CNC coincide con la valoración jurídica realizada por el extinto TDC en su Resolución de 29 de marzo de 1999 citada, en el sentido de que ese documento, indiciariamente, podría constituir una recomendación colectiva que tenía por objeto unificar el comportamiento competitivo de los operadores petrolíferos asociados a la AOP en un mercado, como es la venta minorista de combustibles de automoción, con considerables barreras de entrada, en la medida en que este Consejo considera que, como ya apuntó el TDC, ese acuerdo contiene recomendaciones sobre el comportamiento comercial de los asociados en relación con el suministro de combustibles a las EESS que parece ir más allá de una simple recopilación de infracciones ya establecidas en el Ordenamiento Jurídico.

No obstante, este Consejo considera que a esta fecha no existe interés público que motive la intimación a la apertura de un expediente sancionador en el que, por la actuación previa de las autoridades de competencia, en concreto, del acuerdo de sobreseimiento de 20 de julio de 1999, probablemente no sería posible el ejercicio de la potestad sancionadora por aplicación del principio de confianza legítima, máxime cuando finalmente la AOP ha derogado tales Principios de ética comercial y no se tiene constancia de la aplicación de los mismos desde el año 2007.

Tercero.- Sobre la existencia de indicios de infracción de una posible práctica concertada de REPSOL, CEPSA y BP referente a diferentes extremos de sus relaciones contractuales de abastecimiento con las EESS

Las entidades denunciantes consideran en sus escritos de denuncia que la firma de los Principios de ética comercial de la AOP dio lugar a una práctica conscientemente paralela por parte de los operadores integrados en esta Asociación, que transgrede el actual art. 101.1. TFUE, y ello porque tal documento transmite pautas de uniformización de comportamientos y de condiciones comerciales, vulnerando el principio de independencia de comportamiento de los distribuidores que operan en el mercado (folios 29 a 34).

En particular, denuncian la existencia de cláusulas de adquisición de precio referenciadas a los precios que se determinen por las tres operadoras de mayor implantación (REPSOL, CEPSA y BP); que el sistema de facturación seguido por los operadores de la AOP es idéntico en todos los casos; que todos los operadores de la AOP establecen la obligación de pago a los 9 días; que todos los suministradores de la AOP referencian sus condiciones económicas a las de los principales operadores petrolíferos; y que todos ellos además aplican márgenes y comisiones idénticos (folios 1706 a 1707). No obstante, las propias denunciantes en escritos posteriores al inicial han puesto de manifiesto que esa práctica horizontal denunciada se circunscribe a las empresas beneficiarias de la escisión del monopolio de CAMPSA, y de una manera evidente a REPSOL y CEPSA, siendo en BP residual, y habiendo desaparecido en los últimos años en el resto de miembros de la AOP (folio 7535). En definitiva, las prácticas denunciadas, restringidas por las propias denunciantes en su vertiente subjetiva a REPSOL y CEPSA y, residualmente, a BP-, constituirían una violación potencial del artículo 1 de la LDC y

101 TFUE, en base a las condiciones que los operadores mayoristas de distribución de carburantes imponen a los distribuidores minoristas de carburantes y el grado de similitud de las mismas entre ellos.

El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en la valoración jurídica de estos hechos contenida en la Propuesta de Archivo, en el sentido de que la mayor parte de las conductas descritas por las denunciadas, y que integrarían un supuesto alineamiento concertado de precios entre los principales operadores petrolíferos, ya fueron analizadas y sancionadas por la CNC en el marco del expediente sancionador 652/07, que concluyó con la Resolución del Consejo de 30 de julio de 2009, recientemente confirmada por tres Sentencias de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012 (Recursos nº 528/2009, 659/2009 y 636/2009).

En efecto, en la mencionada Resolución, el Consejo se planteó si determinadas prácticas y medidas implantadas por REPSOL, CEPSA, y BP podían convertir el precio máximo/recomendado en precio fijo (es decir, si existía una fijación indirecta de precios de reventa por parte de los operadores a sus EESS) y, en este sentido, se examinaron extremos tales como el sistema de fijación de los precios de transferencia de los productos, el sistema de fijación de comisiones/márgenes pactados entre las operadoras y los distribuidores comisionistas/revendedores, el sistema de facturación y pago de los productos adquiridos por la EESS, el sistema de comunicación de los precios recomendados o máximos y el sistema de facturación del IVA. El Consejo entendió que, como consecuencia de determinadas prácticas comunes a las tres operadoras mencionadas, todas las EESS aplicaban el mismo precio máximo o recomendado fijado por su distribuidora que, además, estaba alineado con el precio máximo o recomendado que fijaban el resto de operadoras imputadas. Por ello, el Consejo finalmente resolvió sancionar a REPSOL, CEPSA y BP e intimarlas a que eliminaran las cláusulas contractuales, y elementos de su relación comercial, que tuvieran por efecto la acreditada fijación indirecta de precios.

La identidad entre los hechos ahora denunciados y los ya juzgados en la citada Resolución de 2009 se deduce además, claramente, de la propia contestación remitida por las denunciadas, con fecha 7 de junio de 2011, al requerimiento de información solicitado por la Dirección de Investigación. Así, en su respuesta a las cuestiones referidas a estos extremos se remite continua y prolijamente al expediente 652/07 y, en consecuencia, a la Resolución del Consejo de 30 de julio de 2009, Expte. 652/07, REPSOL, CEPSA, BP (folios 7537 a 7549).

Por lo demás, el cumplimiento de la antedicha Resolución del Consejo se encuentra actualmente bajo vigilancia, de conformidad con los artículos 41 de la LDC y 42 del RDC, por lo que cualquier cuestión o incidencia que afecte al cumplimiento de la citada Resolución debe ser, en su caso, planteada por las denunciadas en el marco de dicho expediente de vigilancia VS/652/07-REPSOL/CEPSA/BP.

En consecuencia, el Consejo considera que procede el archivo de las diligencias realizadas en el marco de este expediente de información reservada en relación con las conductas denunciadas analizadas en este fundamento.

Cuarto.- Sobre la existencia de indicios de infracción en la situación anómala de determinadas EESS gestionadas por CEPESA bajo la bandera de REPSOL

Otra de las conductas a que hace referencia la denuncia está relacionada con el hecho de que determinadas EESS que son gestionadas por CEDIPSA, empresa participada al 99,9% por CEPESA, bajo el abanderamiento de REPSOL, se estarían vendiendo carburantes y combustibles y productos de la tienda de conveniencia de CEPESA por cuenta de REPSOL. Asimismo en tales EESS se estarían aceptando las tarjetas de fidelización de CEPESA. En concreto, a este respecto, se aporta prueba documental de dos EESS localizadas en Valencia y Alicante (folios 7594 a 7626).

En relación con estos hechos, la Dirección de Investigación observa en su Propuesta de archivo, en primer término, que la documentación aportada por las denunciadas no prueba que en dichas EESS se vendan carburantes y combustibles de CEPESA, ni que se puedan utilizar tarjetas de fidelización de CEPESA. Las citadas EESS mantienen la imagen exterior de REPSOL, y la presencia en las mismas de elementos y productos con la marca de CEPESA tales como cajas de cartón, líquidos de parabrisas, planos de carreteras, etc., no constituyen en sí ni una prueba del producto suministrado o de la tarjeta de fidelización aceptada ni, por tanto, una contravención de los contratos de suministro vigentes ni, en todo caso, una infracción de la LDC.

Añade la DI que, de hecho, de acuerdo con la información facilitada por las denunciadas, cabe señalar que las EESS reseñadas se encuentran en una situación transitoria como consecuencia de un proceso de cambio, derivado de la adquisición por parte de CEDIPSA de la gestión de dichas EESS, aun cuando al tiempo de tener lugar dicha adquisición estaban todavía vigentes contratos de abanderamiento y suministro con REPSOL, en los que CEDIPSA hubo de subrogarse hasta su finalización. Por lo tanto, una vez finalice el plazo del contrato de suministro en exclusiva con REPSOL, dichas EESS pasarán a suministrarse por CEPESA, a utilizar tarjetas de fidelización de CEPESA y adaptar completamente su imagen a dicha operadora. Todo ello determina que, según la Dirección de Investigación, no existan pruebas ni indicios sobre una posible conducta anticompetitiva derivada de los hechos denunciados a este respecto.

El Consejo coincide con este análisis de la Dirección de Investigación y, por tanto, en que de la información disponible actualmente en este expediente de actuaciones reservadas no se desprende la existencia de indicios de infracción de la legislación de competencia, por lo que procede el archivo de estas actuaciones.

Quinto.- Sobre la existencia de indicios de coordinación en precios en determinados momentos temporales concretos

Otra de las conductas denunciadas que es objeto de estas actuaciones reservadas de la Dirección de Investigación está relacionada con el comportamiento paralelo y

coordinado en precios de REPSOL y CEPSA en dos momentos temporales específicos, a saber, la subida del IVA acaecida el 1 de julio de 2010 y la operación salida de Semana Santa de 2011, consistente en modificar, el mismo día, al alza o a la baja, los PVP y el llamado por ellas “margen de maniobra”, sin que pueda explicarse dicho comportamiento paralelo sino a través de la concertación entre ambos operadores (folios 7462 a 7528). En tal sentido, aportan datos de la evolución de precios y márgenes, en las fechas señaladas, de tres EESS situadas en Majadahonda (MH), Mejorada de Campo (MC) y Manoteras (MT).

Al respecto, la Dirección de Investigación sostiene en su Propuesta de archivo que no han quedado demostrados los presupuestos esenciales en los que se basan estos hechos denunciados ya que, tal y como se expondrá inmediatamente, de una parte, no se ha probado la identidad de comportamientos que se atribuyen a las denunciadas y, de otra, el paralelismo de conductas no solo puede explicarse, en este caso, por las condiciones propias del mercado sino por la existencia de otras circunstancias que justificarían tal similitud, existiendo en este caso por tanto claras explicaciones racionales alternativas a la concertación denunciada.

A) Consideraciones sobre la insuficiencia de la muestra representativa aportado por los denunciantes

La Dirección de Investigación pone de relieve que de las más de 10.000 EESS existentes en España, las denunciantes han seleccionado como muestra para demostrar su hipótesis tres EESS ubicadas en la provincia de Madrid (2 pertenecientes a la red de CEPSA y una a la de REPSOL). Pues bien, independientemente de que el tamaño de la muestra parece insuficiente y poco representativo para probar con cierto rigor cualquier conclusión que arroje el análisis, es necesario resaltar, con carácter previo, la importancia de la dimensión local en la distribución minorista de carburantes tal como se desprende de los Informes de Supervisión de EESS por áreas micro que viene realizando la CNE desde septiembre de 2007 y del Informe de la CNC sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción de 2009. En tal sentido, añade la DI, desde el punto de vista de la interacción competitiva entre EESS, la distancia y el tiempo de desplazamiento existente entre las 3 EESS seleccionadas por las denunciantes es excesivamente amplio para poder considerar que se encuentran dentro de la misma área de influencia y que, por lo tanto, compiten entre sí. No perteneciendo al mismo entorno competitivo no tendría sentido la colusión en precios entre las mismas puesto que no existirían incentivos para tal concertación al no competir por los mismos clientes.

La Dirección de Investigación sostiene, además, que con las referencias y datos aportados por las denunciantes no queda demostrada la coordinación entre los dos principales operadores petrolíferos en la que se basa la denuncia. Antes bien, de la información puesta de manifiesto se extrae la inexistencia de identidad, en las fechas señaladas, tanto en lo que se refiere a los PVP aplicados por las EESS elegidas, como en los llamados por las denunciantes “márgenes de maniobra” (folios 1474 a 7482 y 7498). La existencia de cierta similitud o paralelismo en la evolución

de éstos (y sin perjuicio de que existen también comportamientos divergentes a este respecto), no presupone, en todo caso, la comisión de una práctica restrictiva de la competencia, sino que puede responder a las características particulares del mercado en cuestión. Más aun teniendo en cuenta que el análisis planteado por las denunciantes se refiere a dos momentos temporales concretos en los que podría existir justificación para actuar de determinada manera, como se verá más adelante.

Por lo demás, añade la DI, en la denuncia tampoco se aporta información alguna sobre si las mencionadas EESS son agentes que asumen riesgos relevantes en sus relaciones contractuales con los operadores mayoristas o no. Pues en el caso de que se tratase de agentes que no asumen riesgos significativos y que por tanto operan en régimen de agencia pura, el operador (ya sea REPSOL, CEPSA, o ambos), tendría la posibilidad de determinar los precios de venta al público (es decir, los precios de reventa) a través de su distribuidor sin que dicha fijación supusiera una infracción de las normas de competencia, pues es sabido que dichas relaciones quedan sustraídas a la aplicación de la normativa de competencia (entre otras, SSTJUE de 14 de diciembre de 2006, As. C-217/05 y de 11 de septiembre de 2008, As. C-279/06). En este supuesto, la DI considera que solamente en el caso de que se probase la existencia de un acuerdo o concertación por parte de los operadores implicados sobre el precio de venta impuesto a sus distribuidores o la magnitud de la variación del mismo, podría imputarse una infracción de competencia, pero como se ha señalado, este hecho no ha quedado en ningún caso contrastado en la información aportada por las denunciantes, sino que al contrario, lo que se infiere es precisamente la existencia de diferencias tanto en los PVP aplicados por las EESS seleccionadas como en las fluctuaciones de los mismos, incluso entre las pertenecientes a la misma red.

No obstante, la DI también analiza los hechos partiendo del supuesto de que las EESS a que se refiere la denuncia son, como parece, distribuidores que asumen riesgos relevantes, –en cuyo caso habría de comprobarse las condiciones de los contratos con sus proveedores y su aplicación práctica, y en la denuncia nada se aduce sobre este extremo-, cabe indicar que la acusación parte, como premisa previa de la argumentación utilizada para fundamentar la supuesta coordinación, de la fijación vertical de precios (directa o indirecta) por parte de las compañías mayoristas a sus EESS (folio 7466). En este sentido, debe traerse de nuevo a colación la Resolución de 30 de julio de 2009 que ya sancionó, entre otras, a las dos operadoras ahora denunciadas, por fijar indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, e intimó a las citadas compañías para que tomaran las medidas necesarias para poner fin a todas las prácticas que contribuyan a dicha fijación. Por tanto, la Dirección de Investigación entiende que en caso de que las denunciantes tuvieran pruebas de la persistencia de los problemas allí tratados o de un supuesto incumplimiento de la citada resolución, las mismas deberían ser puestas de manifiesto y analizadas en el marco del expediente de vigilancia VS/652/07-REPSOL/CEPSA/BP, como se ha aludido anteriormente.

B) Sobre los indicios de concentración en precios con ocasión de la subida del IVA en julio de 2010

La Dirección de Investigación recuerda que un cierto paralelismo en el comportamiento en precios no es, *per se*, indicativo de una concertación entre competidores, sino que la misma puede venir motivada por las propias condiciones del mercado (pocos operadores, transparencia de precios, homogeneidad del producto). Más aun cuando, en el caso que nos ocupa, precisamente los hechos acaecidos en las fechas de referencia señaladas en la denuncia vendrían a justificar adicionalmente tal comportamiento similar.

Así ocurre, a juicio de la DI, en referencia a la primera conducta denunciada, consistente en repercutir, el mismo día -1 de julio de 2010-, en su integridad la subida del IVA y redondear al alza los márgenes del 1 al 4 de julio. A este respecto cabe observar, en primer lugar, que, a pesar del sistema de “autofactura” al que se acoge un amplio número de EESS, de conformidad con el artículo 84.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en último término, es la estación de servicio la que tiene la decisión última sobre qué porcentaje del incremento del IVA traslada al precio aplicado a sus clientes, pudiendo asimismo asumir una parte con cargo a su comisión, por lo que la concertación denunciada no sería un comportamiento imputable en ningún caso a los operadores mayoristas sino, en todo caso, a las propias EESS. En este sentido, si bien es cierto que determinadas empresas, aquellas que cuentan con mayores márgenes de beneficio, pudieron decidir no repercutir el incremento del IVA en el precio al consumidor o no hacerlo inmediatamente, el hecho de que las EESS seleccionadas determinaran un cumplimiento escrupuloso de dicha obligación legal no puede fundamentar la existencia de un práctica concertada entre los operadores mayoristas. De hecho, dado que se trataba de un incremento general para todo el consumo (no solo de carburantes) del tipo impositivo del IVA, anunciado con antelación y conocido por los consumidores, lo racional por parte de las EESS habría sido, con carácter general, trasladar dicho incremento desde el mismo día de su entrada en vigor, sin tener que asumir su coste.

Las denunciadas también alegan que la concertación no se limitó a la decisión de repercutir en su integridad la subida del IVA sino que comprendió el redondeo generosamente al alza de los márgenes el jueves 1 de julio de 2010 (folio 7469). La DI considera que si bien el redondeo al alza era igualmente un efecto previsible, no solo en este sector sino en general en todos los mercados afectados por la subida del IVA, un somero análisis de la configuración de los precios tomando como punto de partida el precio base correspondiente al 30 de junio desvela lo erróneo de las conclusiones apuntadas por las denunciadas. Así, si al precio base (PVP sin IVA) del 30 de junio, al que previamente se le ha deducido el 16% de IVA (tipo impositivo vigente hasta el 30 de junio inclusive), se le añade el 18% (nuevo tipo impositivo desde el 1 de julio de 2010), y se observa la diferencia con los PVP realmente aplicados en las EESS, se puede percibir que en ningún caso las tres gasolineras actuaron de forma uniforme, puesto que mientras en una de ellas se produjo efectivamente un redondeo al alza (MH), las otras dos redondearon a la baja. Incluso

en una de ellas (MC), la única perteneciente a la red de REPSOL, ese redondeo es tan a la baja, que realmente se podría concluir que no repercutió la subida del IVA en su integridad, sino que aplicó un porcentaje de poco más del 17%. Ello demostraría que la premisa inicial sobre la que se apoya la tesis mantenida por las denunciantes –identidad de comportamiento- es insostenible.

En cualquier caso, la Dirección de Investigación insiste en que, aun partiendo de la hipótesis de que el 1 de julio de 2010 se produjera una subida uniforme e simultánea de los precios aplicados en ambas redes, ello respondería a la aplicación directa del artículo 79 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, que, como es sabido, modificó, con efectos desde el 1 de julio de 2010 y vigencia indefinida, la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y, en particular, incrementó el tipo impositivo del 16% al 18%. Existiendo por tanto una justificación de tal calado, como es el cumplimiento de una obligación legal, y sin existir pruebas que demuestren, por el contrario, la denunciada concertación, no puede deducirse la existencia de indicios de un comportamiento anticompetitivo.

Por último, si se observan las fluctuaciones de precios aplicadas por las gasolineras seleccionadas durante los primeros días de julio, se puede comprobar que tales variaciones no coinciden ni en su cuantía ni en el momento temporal en que se producen (folios 7476 a 7481). Lo que sí que se produce de manera sincronizada es una subida significativa (aun cuando, como se ha indicado, de distinta intensidad y partiendo de distintos niveles de precios) por todas ellas el 1 de julio, pero como ya se ha señalado, dicha actuación estaría plenamente justificada por la implementación de una norma legal, la de la aplicación del tipo impositivo incrementado de IVA sobre el consumo, incluido el de carburantes.

C) Sobre la existencia de indicios de concertación en precios en la semana Santa de 2011

Se denuncia también una supuesta concertación en precios, la no repercusión del descenso en la cotización internacional Platts producida en la Semana Santa de 2011. A este respecto, la DI señala en primer lugar que el descenso de 0,024€/l en el precio del producto que aducen las denunciantes no tiene lugar en Semana Santa, sino como se deriva de la propia información complementaria aportada por ellas, el 12 de abril de 2011, esto es, el martes anterior a Semana Santa (7498).

De otra parte, con carácter general, cabe decir que diversos estudios e informes (Estudio Banco de España (2008), Boletín Económico mensual, noviembre 2008; Informe de la CNC sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción que fue publicado el 3 de septiembre de 2009) han puesto de manifiesto que en este sector no siempre es posible una comparación sincrónica de la evolución de los precios internacionales del carburante y los precios minoristas, debido a la existencia de asimetrías tanto en la velocidad como en la intensidad de la traslación de las variaciones de precios.

Esta Comisión, en el *Informe de seguimiento del Informe de carburantes para automoción de la CNC de 9 de marzo de 2011* alertó sobre la posible existencia de rigideces en la traslación de las variaciones de los precios internacionales a los precios nacionales del carburante. Según se sugería en el mismo, efectivamente las subidas de los precios del petróleo se trasladan en España a los precios finales más rápido que las bajadas, fenómeno que en la literatura se conoce como “cohetes y plumas”. De ello se deriva que la bajada más pausada en los precios finales aplicados por las EESS como consecuencia del descenso del precio internacional en determinadas fechas, alegada en la denuncia, sería un hecho ya detectado con carácter general en el sector que no supondría, necesariamente la comisión por parte de éstos de una infracción de las tipificadas en la LDC, ni por tanto, como achacan las denunciantes, la existencia de una práctica coordinada entre aquéllos, ya que podría ser consecuencia de la propia dinámica del mercado en cuestión.

Además, de los datos aportados por las denunciantes respecto a este momento temporal (folios 7498 a 7510), la DI constata:

- a) Que si bien el precio minorista no baja de forma instantánea el 12 de abril en ninguna de las 3 EESS, si se toma como referencia un periodo de tiempo mayor, correspondiente a una semana (del 11 al 18 de abril de 2011), se comprueba que tal descenso derivado de la evolución decreciente de los precios internacionales se acaba produciendo en las tres EESS.
- b) Que dicho descenso en los PVP aplicados por cada una de las tres EESS no se produce, sin embargo, de forma uniforme ni en cuanto a intensidad ni en cuanto a su cuantía. Así, en cuanto al gasóleo, el miércoles 13 de abril de 2011, MT de hecho sube el PVP aplicado en un 0,010 €/l, MH también lo asciende pero en un 0,005 €/l y MC lo mantiene constante. El jueves 14 de abril de 2011, MT comienza la reducción en un 0,005 €/l, mientras que la bajada de MH y MC es mayor, de 0,010 €/l en la misma fecha.
- c) Que dicho descenso se produce asimismo en distintos momentos temporales. Así, mientras MC aplica los descensos el jueves 14 y domingo 17 de abril de 2011, MT y MH lo hacen el jueves 14 y lunes 18 de abril de 2011.
- d) En general, que la volatilidad del Platts es mayor que la de los precios minoristas, y que cada estación repercute dichas variaciones de forma asimétrica, tanto por el momento temporal como por su intensidad.

De esta información, la DI concluye que no existe identidad ni en los precios finales ni en la intensidad ni en la cuantía de las variaciones, ni en el ritmo en que éstos se producen, y lo mismo puede reseñarse en el periodo de Semana Santa (del 18 al 24 de abril de 2011). Esta ausencia de identidad es especialmente apreciable y significativa entre la ES de REPSOL y las dos de CEPSA, lo cual descarta en todo caso la concertación horizontal entre los dos mayores operadores petrolíferos nacionales en la que se basa la denuncia. Ello mostraría nuevamente que la hipótesis de partida sobre la que se sustenta la denuncia resulta indefendible.

D) Sobre la existencia de indicios de concertación en el “margen de maniobra” de las EESS

Para la DI, las conclusiones arrojadas por el análisis expuesto respecto a las fechas señaladas en la denuncia, son igualmente válidas en lo que, al llamado por las denunciantes “margen de maniobra”, se refiere. Así, un mero análisis cuantitativo de las cantidades en que las denunciantes han cifrado el citado margen lleva a la conclusión de que no existe identidad ni en la intensidad ni en la cuantía de las variaciones de los márgenes entre las tres EESS, ni tampoco en el ritmo en que éstas se producen. En todo caso, teniendo en cuenta que el “margen de maniobra” es definido por las denunciantes como “la diferencia entre el PVP, descontando impuestos, y el precio internacional del producto (PLATT’S)” (folio 7464), y que tanto el precio internacional como los impuestos son cuantías dadas (exógenas) para las EESS, evidentemente, una variación en el PVP se traducirá necesariamente en una variación equivalente del llamado “margen de maniobra”, por lo que, tal y como se ha indicado, los argumentos utilizados con respecto a las fluctuaciones de precios sirven también respecto a la supuesta evolución paralela de los “márgenes de maniobra” que asimismo se denuncia.

E) Valoración del Consejo

El Consejo comparte con la Dirección de Investigación que las tres EESS sobre las que se fundamentan las conclusiones aportadas por los denunciantes no constituyen una muestra representativa adecuada para confrontar la realidad de la de las conductas denunciadas, (i) por la escasez de su número, (ii) por el hecho de no estar ubicadas en la misma área de influencia, (iii) y porque se desconoce su relación -de agencia o no- con el operador mayorista.

Tanto la CNE como esta Comisión vienen señalando en sus últimos informes la importancia de la dimensión local de los mercados geográficos de distribución de carburantes para automoción a través de EESS al tiempo de analizar la situación competitiva de este mercado.

Así, la CNE en su *Informe en relación al análisis del mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo A a través del canal de estaciones de servicio, de 10 de octubre de 2012*, subraya que este mercado está caracterizado por un importante componente local, en la medida en que la demanda está constituida por usuarios finales que normalmente son atendidos por gasolineras en las proximidades de su centro de actividad (pág. 13), y como de hecho la CNE desde 2007 elabora informes de supervisión del mercado de EESS en áreas geográficas más reducidas como pueden ser municipios, tramos de carreteras, autovías o localidades específicas (pág. 23).

La CNC en su *Informe de seguimiento del mercado de distribución de carburantes de automoción en España* publicado en julio de 2012, en relación precisamente con el fenómeno de los cohetes y las plumas en el mercado de los carburantes de automoción, señala que una de las posibles explicaciones es la existencia de costes de búsqueda por parte del consumidor en un contexto de poder de mercado local

(págs. 80 y ss.), así como también destaca la existencia de una relación positiva entre la concentración provincial y el nivel de precios (PAI) de carburantes en la provincia, lo que apunta a posibles diferencias en las condiciones de competencia en ámbitos inferiores al nacional.

En esta misma línea, en el posterior *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 noviembre de 2012, este Consejo de la CNC (pág. 50 y ss) destaca que las dinámicas competitivas en el mercado de las distribución de carburantes en EESS pueden tener un ámbito local, y por ello la pertinencia de analizar la competencia en entornos geográficos inferiores al nacional cuando se detecte la falta de interacciones competitivas entre áreas vecinas. Entre los distintos elementos que apuntan a la existencia de mercados de ámbito local, el Informe señala:

- (i) Los consumidores finales suelen acudir a las más cercanas a su centro de actividad, evitando incurrir en costes elevados en términos de tiempo, transporte y búsqueda de EESS a la hora de elegir alternativas. Por tanto, la ubicación, número y distancia entre sí de las EESS en la zona, concentración de la propiedad o presencia de estaciones no abanderadas son factores determinantes en la intensidad de la competencia y no tienen por qué ser homogéneos a lo largo de todo el territorio.
- (ii) Los distribuidores establecen los correspondientes precios de referencia a las EESS de sus respectivas redes en función de los precios de venta al público (PVP) establecidos por los competidores más cercanos
- (iii) Los Informes de supervisión “micro” del mercado español de EESS que la CNE elabora desde el año 2007 permiten detectar “áreas de supervisión especial” de carácter local, que presentan desviaciones significativas respecto a la media nacional en el nivel, la frecuencia y concentración de precios, los márgenes brutos de distribución, las políticas de fijación de precios de los operadores presentes en la zona o la estructura de la oferta

Por tanto, el Consejo coincide con la DI en que no tiene sentido observar el comportamiento competitivo de las EESS objeto de la denuncia con el fin de verificar la existencia de indicios de la concertación en materia de precios denunciada, por lo que procede el archivo de las actuaciones realizadas en relación con las mismas.

En el Antecedente de Hecho 9 de esta Resolución se ha señalado que, habiendo elevado la DI a este Consejo la Propuesta de Archivo de referencia, los denunciantes han presentado nuevos escritos en los que se denuncia un supuesto comportamiento consciente y paralelo mantenido por los operadores denunciados en este expediente de actuaciones reservadas, consistente en fuertes picos de descenso puntuales del PVP todos los lunes -día de reporte de precios a la Unión Europea-, que repuntan el martes en un valor similar.

Este denominado “efecto lunes” de los carburantes de automoción viene siendo observado por la CNE desde el segundo semestre del pasado año en sus Informes

mensuales de supervisión de la distribución de carburantes en estaciones de servicio, siendo el último de los publicados el de 18 de enero de 2013, en el que se analiza la distribución de carburantes en estaciones de servicio para el mes de diciembre de 2012 y un resumen de lo acontecido a lo largo de todo el año 2012. En este Informe la CNE constata, además, que los precios de venta al público de la gasolina 95 y del gasóleo A se situaron en todo momento por encima de los registrados en 2011 (pese a la caída de la demanda) y fueron de media un 8% superior, que en agosto y septiembre se alcanzaron máximos históricos y posteriormente se produjo un abaratamiento gracias a la contención de los márgenes tras el anuncio del Gobierno de búsqueda de fórmulas dirigidas a mejorar la competitividad en el sector.

El Consejo considera que el análisis efectuado por la Dirección de Investigación en relación con los hechos denunciados recogidos en este fundamento de derecho, en la medida en que se refiere a hechos puntuales en el tiempo y sobre una muestra representativa deficiente, puede no revelar adecuadamente el poder de mercado de los principales operadores petrolíferos para alterar el precio de venta al público de los combustibles de automoción. Por ello, el Consejo considera que los nuevos hechos denunciados, unidos a los que ya han sido objeto de investigación, deben ser analizados de forma conjunta antes de descartar que no constituyen casos concretos de ejercicio de poder de mercado anticompetitivo en materia de formación del precio de los carburantes en estaciones de servicio.

En mérito a lo que antecede, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA RESUELTO

PRIMERO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar el expediente de información reservada S/0288/10, iniciado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia a raíz de la denuncia presentada por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES), de la ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES) y determinadas estaciones de servicio (EES) contra la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS (AOP) en relación con las conductas analizadas en los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto.

SEGUNDO.- Instar a la Dirección de Investigación a continuar las diligencias de investigación en relación con la denuncia de concertación en materia de precios en determinados momentos puntuales en los términos que se señala en el fundamento de derecho quinto.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese al denunciante y al denunciado, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.