

RESOLUCIÓN (Expt. S/0008/07, CEPSA)

Consejo

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

Madrid a, 10 de marzo de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición expresada y siendo Consejero Ponente Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0008/07 CEPSA incoado por la Dirección de Investigación (DI) de la CNC, que trae causa de la denuncia presentada el 4 de mayo de 1995 por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES) contra CEPSA, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PRETOLÍFEROS (REPSOL) Y BP ESPAÑA (BP) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, actualmente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. De acuerdo con los antecedentes de la Propuesta de Resolución de la DI de 2 de julio de 2008, en la **denuncia** presentada en el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) el **4 de mayo de 1995** por la CEEES contra CEPSA, REPSOL y BP se hacía constar que:

- La exención establecida en el Reglamento CEE 1984/83 no ampara a las estaciones de servicio que operan bajo el régimen calificado por las operadoras como de comisión, por lo que, como quiera que la mayor parte de los contratos suscritos por las compañías denunciadas son contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión, afectan a la libre competencia y necesitan para su funcionamiento de una autorización singular, de forma que son nulos de pleno de derecho al no contar con dicha autorización.
 - La exención de muchos contratos de pura reventa debería ser retirada en tanto en cuanto los operadores denunciados estarían aplicando, sin motivo justificado, respecto de sus revendedores precios o condiciones de venta menos favorables, con relación a los que aplican a otros que se hallan en la misma fase de distribución.
2. El SDC procedió a desglosar la denuncia de CEEES en tres expedientes (tantos como denunciados), correspondiendo el nº 1235/95 al abierto frente CEPSA, cuya admisión a trámite tuvo lugar el 14 de marzo de 1996. Por acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 1997 se acordó el sobreseimiento parcial de este expediente, en los términos que de forma resumida siguen:
- En relación con la parte de la denuncia en la que se afirmaba que los contratos en régimen de comisión no estaban amparados por el Reglamento 1984/83, y que por tanto requerían una autorización singular, cabe manifestar que el TDC en su Resolución en el Expte. 9/90 exponía que “la prohibición del art. 1 de la Ley 16/1989, no es aplicable a los contratos concertados por los comisionistas, agentes comerciales o mediadores con otros empresarios”. Por tanto, al no tratarse de una conducta prohibida por el artículo 1, no procede la solicitud de autorización singular de conformidad con el artículo 3 de la LDC.
 - En cuanto al trato discriminatorio practicado por los operadores petrolíferos en los contratos en régimen de reventa, al que también hacía referencia la denuncia, el TDC ya se pronunció en su Resolución del Expte. r 118/95 correspondiente al recurso interpuesto por la misma Confederación contra el Acuerdo de Archivo del expediente nº 1103/94

donde manifestó que “no cabe hablar de discriminación en materia de precios o comisiones por cuanto no se puede afirmar que se aplique un tratamiento desigual a situaciones idénticas. Las diferencias se justifican porque las inversiones que los operadores petrolíferos realizan en las estaciones de servicio son muy elevadas y no tienen correspondencia con los otros sistemas de distribución” Este mismo argumento fue utilizado en el Acuerdo de Sobreseimiento del expediente 1345/96 consecuencia de la denuncia de la CEEES contra BP y fue confirmado por el Tribunal.

3. El 3 de octubre de 1997 el SDC formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH) contra CEPESA y contra los titulares de las estaciones de servicio cuyos contratos se habían adjuntado a la denuncia, por considerar que, aun teniendo en cuenta el sobreseimiento parcial, los contratos contenían determinadas cláusulas restrictivas de la competencia. Tras la formulación el 15 de abril de 1998 del correspondiente Informe Propuesta, y la tramitación oportuna en fase resolutoria, el TDC dictó Resolución el 20 de abril de 1999 (Expte. 428/98, Cepsa 2), en la que resolvió “declarar que en el presente expediente no se ha acreditado la comisión de prácticas restrictivas y discriminatorias de la competencia prohibidas en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia”. Esta Resolución no fue recurrida ante la Audiencia Nacional y es firme.

4. El citado Acuerdo del SDC de Sobreseimiento Parcial de fecha 7 de noviembre de 1997 fue recurrido por la CEEES ante el TDC. Mediante Resolución de 1 de abril de 1998 (Expte. R 280/97), el TDC desestima el recurso y confirma en su totalidad y con sus argumentos el Acuerdo impugnado. Esta Resolución del TDC fue a su vez recurrida ante la Audiencia Nacional que, mediante sentencia de 22 de enero de 2002 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 6/996/98), falló estimar parcialmente el recurso interpuesto, revocando la Resolución del TDC en lo que se refiere a los contratos de suministro en exclusiva en régimen de reventa, ordenando el desarchivo de la denuncia origen del expediente para que se continúen los actos de investigación necesarios sobre los hechos a que se refiere la denuncia en dicho punto (prácticas discriminatorias en los contratos de reventa). Más en detalle, en la mencionada Sentencia se hace la siguiente valoración de los hechos:

- En cuanto a los contratos en régimen de reventa, la Audiencia Nacional considera que existe jurisprudencia anterior que cabe considerar (SAN de 28 de mayo de 1998) y, por lo tanto, acuerda el desarchivo de la denuncia formulada en lo que a esta parte se refiere, para que se realicen nuevas investigaciones.

- En cuanto a los contratos en régimen de comisión, la sentencia analiza la naturaleza jurídica de los contratos, confirmando que se trata de contratos atípicos que se articulan sobre la base del contrato de comisión al que se añaden algunas cláusulas o pactos, de los cuales hay que determinar si desnaturalizan o sólo modulan la esencia de la comisión mercantil. Esta figura atípica distingue dos mercados: el mercado de la mercancía o mercado relativo a la venta de los productos, en el cual resulta lícito la imposición de limitaciones de la libertad del agente dirigidas a fijar las condiciones de venta de dicha mercancía, y el mercado de la intermediación, gestión y forma de prestación del servicio, en el cual el agente es un empresario independiente que goza de plena autonomía. En este marco, si se constata la asunción de riesgos en las operaciones relativas al mercado de la mercancía, la posición del agente se desnaturaliza y ello traería como consecuencia la calificación de las cláusulas que contemplan dichos riesgos como contrarias a la libre competencia. En cambio, si no se constata dicha asunción de riesgos, se consolida la posición de agente y las cláusulas objeto de controversia no serían limitativas de la competencia.

Con esa base teórica, la Audiencia Nacional analiza las referidas cláusulas y deduce que en las mismas no se establecen riesgos inherentes al mercado de la mercancía, y que la redacción de las mismas no desnaturaliza la posición de agente, por lo cual desestima el recurso en cuanto a los contratos en régimen de comisión.

5. Contra esta Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 22 de enero de 2002, la CEEES interpuso recurso de casación ante la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Mediante Providencia del Tribunal Supremo (TS) de fecha 14 de diciembre de 2004 se da un plazo de diez días a las partes para que se pronuncien sobre: (a) si pudiera haberse producido la satisfacción extraprocesal ante el hecho de

que la denuncia que ha motivado el litigio fue posteriormente resuelta por el mismo órgano de competencia, el TDC, en el sentido propugnado por la denunciante, y (b) en caso contrario, si las partes estiman procedente la elevación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de una cuestión prejudicial.

A la vista de las alegaciones de las partes, mediante Auto de 3 de marzo de 2005, el TS acordó la suspensión del procedimiento y plantear la cuestión prejudicial antes mencionada, que se resolvió mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 14 de diciembre de 2006, en la que se declaró: (a) la efectiva aplicación del art. 81 TCE a contratos como el presentado a examen por la asunción en una proporción no insignificante de uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados al mercado de la mercancía, y (b) que tales contratos no estarán amparados por el Reglamento 1984/83 en la medida en que se imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador.

Mediante Sentencia de 4 de mayo de 2007, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo falló estimar el recurso de casación número 1890/2002 interpuesto contra la parte del fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2002 en la que se desestimó la pretensión anulatoria referida a los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión. En consecuencia, y dado que la petición relativa a los contratos de suministro en exclusiva en régimen de reventa ya había sido estimada por la SAN de 22 de enero de 2002, se anula en su totalidad el contenido de la Resolución del TDC de 1 de abril de 1998 (Expte. R 280/97), debiendo el SDC continuar con la tramitación del expediente número 1235/95 en la parte a la que se refería dicha Resolución, esto es, el amparo por el Reglamento 1984/83 de los contratos en régimen de comisión y el trato discriminatorio practicado por los operadores petrolíferos en los contratos en régimen de reventa.

Por ello, en la Resolución de 31 de agosto de 2007 (Expte. R 280/97) el TDC insta al SDC a que continúe con la tramitación del expediente nº 1235/95, en los términos arriba expuestos. En cumplimiento de esta resolución del TDC, de conformidad con lo establecido por el art. 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la DI de la CNC

acordó el 15 de octubre de 2007 la incoación de expediente sancionador contra CEPSA, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los arts. 1 LDC y 81 TCE, quedando registrado el expediente con el nº S/0008/07.

- 6. Con anterioridad a la presentación ante el SDC de la denuncia de 4 de mayo de 1995 (de la que trae causa este expediente sancionador),** el 17 de abril de 1994 la CEEES había presentado ante el SDC una primera denuncia contra las mismas compañías petroleras (CEPSA, REPSOL y BP), en la que planteaba exactamente el mismo problema de discriminación en el que luego volvió a insistir en la citada denuncia de 4 de mayo de 1995.

El SDC no encontró indicios de infracción en los hechos objeto de esta primera denuncia de 17 de abril de 1994, por lo que acordó el archivo de las actuaciones. Este Acuerdo de archivo fue recurrido ante el TDC que, por medio de la Resolución de 25 de noviembre de 1995 (Expte. r 118/95) lo desestimó, confirmando el archivo. Contra esta Resolución del TDC, la CEEES interpuso recurso contencioso-administrativo ante la AN que, mediante sentencia de fecha 28 de mayo de 1998 (ésta es la sentencia que cita la AN en su Sentencia de 22 de enero de 2002, para estimar el recurso en relación con la denuncia de discriminación respecto de los revendedores de Cepsa –véase AH 4-), resuelve estimar el recurso y ordena el desarchivo de las actuaciones previas realizadas.

Devuelto el expediente al SDC, y una vez admitido a trámite y solicitada la información oportuna, se acordó su sobreseimiento que, recurrido ante el TDC, lo confirmó por Resolución de 19 de mayo de 2005 (Expte. R 644/05). Esta Resolución fue objeto de recurso contencioso-administrativo, siendo confirmada en su integridad mediante la Sentencia de la AN de 9 de marzo de 2007. Contra esta SAN se ha interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, sin que a fecha de esta Resolución del Consejo de la CNC se tenga noticia de que haya sido fallado.

- 7. Con posterioridad a la interposición de la denuncia de 4 de mayo de 1995** que motiva esta Resolución, la ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y UNIDADES DE SUMINISTRO DE ANDALUCÍA presentó el 27 de abril de 1999 ante el SDC denuncia contra

CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO y LA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS por conductas presuntamente anticompetitivas, consistentes en realizar prácticas contractuales fraudulentas encaminadas a escapar de la duración máxima de diez años permitida por el Reglamento 1984/1983, así como prácticas de fijación de precios de venta al público, fijación de márgenes comerciales y cláusulas de mejor precio que infringían también el citado Reglamento comunitario de exención.

El SDC acordó el 26 de agosto de 1999 la incoación de expediente sancionador, que fue resuelto por el TDC por medio de la Resolución de 30 de mayo de 2001 (Expte. 493/00 Cepsa), en la que resolvió que las dos empresas denunciadas habían incurrido en una práctica prohibida por el art. 1.1 LDC de 1989, al fijar los precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores que actúan, con ellas, bajo el régimen de comisión o agencia, que no está amparada por el Reglamento 1984/1983 ni por el RD 157/1992.

Esta Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001 fue recurrida ante la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso mediante Sentencia de 11 de julio de 2007, confirmando íntegramente la resolución recurrida. La SAN ha sido recurrida en casación, y no se tiene noticia de que el recurso haya sido fallado a la fecha de esta Resolución del Consejo.

En ejercicio de sus funciones de vigilancia de la Resolución del TDC citada (de 30 de mayo de 2001), el SDC emitió el 10 de junio de 2006 Informe de vigilancia en el que concluye que:

“De todo lo expuesto en el presente Informe de Vigilancia es posible extraer unas cuestiones previas de cuya respuesta depende la conclusión definitiva sobre el cumplimiento o no por parte de Cepsa de la Resolución del Tribunal de 30 de mayo de 2001, ya que estas cuestiones, como se ha dicho, son la base de las discrepancias que sobre el efectivo cumplimiento de la Resolución del Tribunal se han suscitado entre determinadas estaciones de servicio, que consideran que dicho Tribunal les ha reconocido su calidad de revendedores y que, en consecuencia, no aceptan otra solución salvo este reconocimiento por parte de Cepsa.”

Entiende el Servicio que la respuesta a esta pregunta depende inevitablemente de la interpretación que se dé a la citada Resolución y, en definitiva, del análisis de lo que ese Tribunal pretendió con la misma. La pregunta principal se reconduce y podría pues expresarse en los siguientes términos:

- Si lo que pretendía el Tribunal en su Resolución era que los gestores de las estaciones de servicio concretamente analizadas en el expediente y las de similares características establecieran libremente los precios de venta al público de los combustibles, resulta evidente que Cepsa no habría dado cumplimiento a la intimación de “dejar de fijar precios” contenida en la citada Resolución. Cepsa, con las medidas adoptadas, sigue fijando precios aunque con carácter máximo. O dicho de otro modo, si lo que el Tribunal pretendía era que en las estaciones de servicio afectadas el precio de venta al público del carburante estuviera en manos del distribuidor, aumentando así la competencia intramarca, eso no se ha conseguido con la alternativa de cumplimiento adoptada por Cepsa.

- De lo contrario, si lo que el Tribunal pretendía era que Cepsa únicamente fijara precios de venta de combustible en estaciones de servicio a las que estuviera ligada por contratos que así lo permitieran, la opción de Cepsa resulta válida y puede aceptarse como cumplimiento de la intimación efectuada, toda vez que en su actual redacción y tras la modificación contractual realizada, dicha fijación es lícita y, además, permite, en teoría, la realización de descuentos.”

A la vista de este Informe de vigilancia y de las alegaciones de las partes, en su Resolución de 4 de mayo de 2007 (Expte. 493/00), el TDC declara ejecutada en sus propios términos la Resolución de 30 de mayo de 2001, mediante la remisión por CEPESA a todos los distribuidores de su compromiso de asumir los riesgos derivados de la comercialización del producto con un determinado alcance y redactando los nuevos contratos en consonancia con ello, así como dejando de fijar el precio al que se vende al público el combustible en la estación de servicio para comunicar a los distribuidores un precio que opera como máximo y que pueden reducir a costa de su comisión y así se establece en los nuevos contratos. Esta Resolución ha sido recurrida ante la Audiencia Nacional, y no se tiene

noticia de que el recurso haya sido fallado a la fecha de esta Resolución del Consejo de la CNC.

8. Volviendo sobre el expediente S/0008/07 en el que se dicta esta Resolución, el 2 de julio de 2008 la DI notificó a las partes “Propuesta Preliminar de Resolución”, en la que en el apartado “III Valoración jurídica de los hechos denunciados” considera que el objeto de este expediente sancionado S/0008/07 lo constituyen las prácticas que se producirían, según la denuncia inicial de 4 de mayo de 1995, en los dos tipos de contratos a los que se refería:

- contratos de suministro en exclusiva celebrados por Cepsa en régimen de comisión, respecto de los cuales el denunciante alega que, siendo contratos de suministro en exclusiva que afectan a la competencia, es de aplicación la normativa de competencia, de forma que no se pueden considerar incluidos en la exención otorgada por el Reglamento 1984/83, no han solicitado autorización singular y, por tanto, son nulos de pleno derecho.

- contratos de suministro en exclusiva celebrados por Cepsa en régimen de reventa que, aun siendo susceptibles de acogerse a la exención del Reglamento antes citado, debe retirarse esta exención por prácticas discriminatorias, al estar aplicando CEPESA condiciones de venta menos favorables a los titulares de EESS con respecto a otros revendedores, como por ejemplo, los titulares de instalaciones fijas.

Respecto a la petición relativa a los primeros contratos (contratos de suministro en exclusiva celebrados por Cepsa en régimen de comisión o agencia), la DI considera que se debe apreciar la concurrencia del principio de *non bis in idem*, al concurrir una identidad sustancial con lo tramitado por el TDC en el Expte. 493/00 Cepsa, resuelto por la Resolución de 30 de mayo de 2001, declarada ejecutada en sus propios términos por la Resolución del TDC de 4 de mayo de 2007.

Y en lo que respecta a la petición de la denuncia referida a los contratos de suministro en exclusiva celebrados por Cepsa en régimen de reventa, la DI también aprecia la concurrencia del principio de *non bis in idem*, al

concurrir identidad sustancial con los hechos denunciados por la misma CEEES en el expediente R 644/05, que finalizó por Resolución del TDC de 19 de mayo de 2005 que confirma el acuerdo de sobreseimiento adoptado por el SDC; sobreseimiento que ha sido confirmado por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 9 de marzo de 2007, recurrida en casación.

Por ello, la DI propone el sobreseimiento del expediente. Recibidas las alegaciones de las partes, la DI les notifica el 23 de septiembre de 2008 la “Propuesta de Resolución”, en la que se propone al Consejo que declare que no hay infracción de la LDC en el presente expediente S/0008/07, Cepsa. El 10 de octubre de 2008 tuvo entrada en la DI las alegaciones de CEEES a esta Propuesta de Resolución, en las que se opone a la aplicación del principio de *non bis in idem*, tanto a los contratos celebrados por CEPSA en régimen de comisión como en relación a los suscritos en régimen de reventa.

9. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente en la sesión de 25 de febrero de 2009.

10. Son interesados en el expediente la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES) y la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS S.A. (CEPSA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La DI propone al Consejo que, por aplicación del principio de *non bis in idem*, no resulta acreditada la existencia de prácticas prohibidas en los hechos que fueron denunciados por la CEEES en su denuncia de 4 de mayo de 1995 contra CEPSA.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el principio *non bis in idem*, en su vertiente sustantiva, “se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción como consecuencia del *ius puniendi* del Estado” (STC 177/1999, de 1 de octubre de 1999).

En relación con las circunstancias que deben darse para apreciar la concurrencia de este principio, el Alto Tribunal ha señalado, entre otras, en su Sentencia de 15 de octubre de 1990 (citada por la DI en su Informe Propuesta de Resolución, p. 8 s.) que:

“Según consolidada jurisprudencia constitucional que se inicia en la Sentencia 2/81, ha de entenderse implícitamente incluido el principio “non bis in idem” en el art. 25 CE, como íntimamente vinculado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado. —Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de los mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos. El principio “non bis in idem” es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento a una pluralidad de sanciones principales, ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como autosuficiente desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido”.

Segundo.- En lo atinente a los hechos denunciados relativos los contratos de suministro en exclusiva celebrados por CEPSA en régimen de comisión, la DI considera que se debe apreciar la concurrencia del principio de *non bis in idem*, al existir una identidad sustancial con lo tramitado por el TDC en el Expte. 493/00 Cepsa, resuelto por Resolución de 30 de mayo de 2001.

La CEEES se opone a la aplicación de este principio, manifestando: (a) que el TS –en el relación con la Resolución del TDC de 1 de abril de 1998, Expte. R 280/97)– requirió a las partes a fin de presentar alegaciones en relación con la existencia de una posible satisfacción extra procesal con ocasión de las declaraciones contenidas en la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001 (Expte. 493/00 Cepsa), tras lo cual optó, no por dictar resolución con tal pronunciamiento, sino por plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hecho éste que pone de manifiesto que no existía ni existe identidad sustancial entre ambos procesos; (b) la sanción impuesta a CEPSA en el mencionado expediente 493/00 Cepsa se refiere a un período de tiempo determinado (desde 1999 a 30 de mayo de 2001), mientras que este expediente S/0008/07 se inició por denuncia de 4 de mayo de 1995, debiendo ser este periodo igualmente objeto de sanción; (c) esa sanción a CEPSA se determinó atendiendo únicamente al número (43) de los contratos efectivamente analizados en el Expediente 493/00 Cepsa; y (d) existe también otro periodo que ha quedado exento de sanción, y es el que transcurre entre la fecha en la que el TDC dictó Resolución en el mencionado Expediente 493/00 (30 de mayo de 2001) hasta el presente, por cuanto la solución aportada por CEPSA para dar cumplimiento a dicha Resolución (envío a sus distribuidores de la carta de 2 de noviembre de 2001 notificando la posibilidad de efectuar descuentos con cargo a comisión) no ha dado, a su juicio, satisfacción al mandato del TDC, tal y como según él se puede deducir de la reciente Providencia de la DI de fecha 10 de julio de 2008 (Expte. 2804/07) en la que se concluye la existencia de una fijación indirecta de precios por parte de CEPSA. Además, si la AN estima el recurso interpuesto contra la Resolución de Ejecución de Sentencia del TDC de 4 de mayo de 2007, lo que procederá (por ese periodo de tiempo que se inició con la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001) será la imposición de una multa coercitiva dirigida a poner fin a la práctica prohibida, nunca una multa sancionadora, que es la que tendría que imponerse en este Expte. S/0008/07 Cepsa.

Por todo ello, entiende la CEEES que no concurren los presupuestos del principio del *non bis in idem*, debiendo continuarse las actuaciones contra CEPSA en el presente expediente, en el seno del cual deberán analizarse y sancionarse todos los aspectos antes mencionados: a) incidencia de la carta de 2 de noviembre de 2001 y de los descuentos con cargo a comisión como forma de dar cumplimiento a la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001 y b) continuación en el tiempo de la práctica prohibida de fijación de precios por parte de Cepsa.

El Consejo considera acertada la valoración jurídica realizada por la DI, por las razones que siguen. La Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001 (Expte. 493/00 Cepsa) se dictó tras reconocer el propio TDC que se apartaba del criterio expuesto en sus resoluciones precedentes; entre ellas, en la Resolución de 1 de abril de 1998 (Expte. R 280/98), anulada por el TS y que da lugar al presente Expte. S/0008/07 Cepsa, argumentando para ello que en estas resoluciones precedentes “no se llevó a cabo un análisis de aquéllas ni, mucho menos, un análisis global de la actividad comercial de Cepsa, como en el presente caso se efectúa” (fd 5º).

En esa Resolución de 30 de mayo de 2001 el TDC concluye “nos hallamos ante una conducta incurso en el artículo 1 de la LDC, consistente en la fijación de precios de venta al público del combustible por parte de CEPSA a los distribuidores minoristas que actúan bajo el llamado régimen de “comisión” (...), toda vez que la acreditación de la generalidad de tal conducta viene suficientemente dada por los contratos anteriormente examinados. En efecto, el carácter de muestra de los cuarenta y tres contratos, la afirmación de que los mismos responden a una práctica generalizada que hacen los distribuidores minoristas personados en este expediente, y la ausencia absoluta de contraacreditación, ni tan siquiera de alegación, por parte de las expedientadas, de que los referidos contratos no sean representativos de las formas en que desarrolla su actividad comercial, permiten concluir, sin lugar a dudas, que, como ya se ha dicho, la práctica general es la que se corresponde con la imagen que ofrecen los contratos analizados, siendo tal conducta merecedora de la sanción que, en la parte final de esta Resolución, se determine” (fd 8º).

La STS de 4 de mayo de 2007 (así como la sentencia del Tribunal de Justicia que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Supremo) resuelve el recurso planteado contra la Resolución del TDC de 1 de abril de 1998 (Expte. R 280/97), confirmando y abundando en las consideraciones realizadas por el TDC en la referida Resolución de 30 de mayo de 2001: la aplicación del art. 1 LDC (y 81 TCE) a los acuerdos en los que los agentes o comisionistas soportan riesgos o asumen ciertos costes relacionados con la venta de los productos, pudiendo pues considerarse a los mismos como auténticos empresarios independientes. Al tiempo que se confirma esta doctrina presente en la Resolución de 30 de mayo de 2001, el TS no atiende ni la petición de la CEEES de que se pronuncie sobre la incidencia que para los contratos en litigio deriva de las cartas remitidas por CEPSA a los titulares de

las EESS, y que manifieste que esa actuación no ha dado lugar a una “validez sobrevenida” de los citados contratos, como la solicitud por parte de CEPESA en el sentido de que declare esa “validez sobrevenida” y que no se le pueda volver a multar por algo que ha sido posteriormente juzgado y por lo que se la ha sancionado ya. Y no atiende estas peticiones porque el TS considera que esta supuesta incidencia es la que debe de determinarse y declararse en el expediente a que dé lugar la devolución que se declara al estimar el recurso de casación.

Esta incidencia de la carta o notificación enviada por CEPESA a sus distribuidores comisionistas ha sido objeto de estudio y resolución por el TDC en su Resolución de Ejecución de Sentencia de 4 de mayo de 2007, que declara ejecutada en sus propios términos la Resolución de 30 de mayo de 2001 (Expte. 493/00). La CEEES ha recurrido esta Resolución ante la Audiencia Nacional, sin que a esta fecha se tenga noticia de la resolución del recurso.

Por tanto, los tres concretos contratos de comisión presentados por la CEEES con su primitiva denuncia de 4 de mayo de 1995 (que ha dado lugar al actual Expte. S/0008/07 Cepsa) están indudablemente bajo el mandato de la Resolución de 30 de mayo de 2001 (Expte. 493/00 Cepsa), pues como se ha dicho afecta a la “generalidad” de los contratos de comisión suscritos por CEPESA, como también han sido objeto de las circunstancias acontecidas con posterioridad a la misma, y que se analizaron por el TDC en la Resolución de Ejecución de Sentencia de 4 de mayo de 2007, por cuanto los distribuidores afectados por dichos contratos fueron efectivos destinatarios de la carta de CEPESA de 2 de noviembre de 2001. Como consecuencia de ello, la ausencia de sanción para el periodo anterior a la fecha de 30 de mayo de 2001 alegada por la parte, no es procedente.

En consecuencia, en relación con la parte de la denuncia relativa a los contratos de suministro exclusivo celebrados por CEPESA en régimen de comisión, el Consejo coincide con la DI en que concurre la triple entidad de sujeto, hechos y fundamentos entre los expedientes 493/00 Cepsa y S/0008/07 Cepsa necesaria para la aplicación del principio de *non bis in idem* al presente asunto.

Por último, contestando a la referencia que hace la CEEES al Expte. 2804/07, la DI acordó su incoación para determinar si el establecimiento lícito por parte de CEPSA (y también BP y Repsol) de precios máximos en los contratos de comisión, y de precios recomendados en los contratos de reventa no supone, en la práctica, el establecimiento ilícito de precios fijos de venta al público de carburantes. Es decir, este nuevo expediente sancionador se refiere al funcionamiento, en la práctica, de los precios máximos y recomendados por los operadores petrolíferos, y no a la teórica licitud que, como se ha expuesto, ya fue objeto de resolución por parte del TDC.

Tercero.- En lo que afecta a contratos de suministro en exclusiva celebrados por CEPSA en régimen de reventa, la DI también concluye que por aplicación del principio de *non bis in idem* en relación con el Expte. del TDC R 644/05 procede declarar que no hay infracción de la LDC.

La CEEES se opone a la aplicación de este principio, por considerar que: (a) la Sentencia de la Audiencia Nacional (de 9 de marzo de 2007) que ratifica la Resolución de sobreseimiento del TDC de 19 de mayo de 2005, por la que se pone fin al citado Expte. R 644/05, no ha devenido firme al pender recurso de casación sobre ella; (b) los argumentos esgrimidos por el TDC en la Resolución citada (y confirmados por la AN) para resolver que no existe la práctica de discriminación denunciada y, por ello, resolver el sobreseimiento de la denuncia no son conformes a Derecho; (c) la práctica denunciada en el Expte. R 644/05 Estaciones de Servicio es por abuso de posición dominante, mientras que en el presente Expte. S/0008/07 Cepsa es por conducta colusoria; y (c) la apertura por la DI del Expte. 2804/07 pondría de manifiesto la existencia de la citada práctica y el conocimiento de dicha existencia por la DI.

El Consejo considera acertada la valoración jurídica realizada por la DI, por las razones que siguen. La pendencia del recurso de casación interpuesto ante el TS contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2007 en nada afecta a la existencia de una identidad sustancial de los hechos objeto de este expediente S/0008/07 Cepsa con los que fueron objeto de la denuncia presentada el 27 de abril de 1994, que primero dio lugar a la Resolución de archivo del TDC de 25 de noviembre de 1995 en el Expte r 118/95 y, luego (como consecuencia de la STS de 7 de mayo de 1998) produjo la Resolución de sobreseimiento del TDC de 19 de mayo de 2005 en

el Expte. R 644/05, confirmada por la citada sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2007.

En la denuncia presentada por la CEEES al SDC el 27 de mayo de 1994 contra CEPSA, REPSOL y BP se consideraba que estas compañías incurrieran en prácticas discriminatorias prohibidas por los arts. 1.1.e) y 6.2.e) LDC, consistentes en otorgar mejores condiciones económicas a los distribuidores intermedios y a los titulares de estaciones fijas que a las estaciones de servicio con las que las denunciadas tienen suscritos contratos de compra en exclusiva. El SDC archivó la denuncia por considerar que las diferentes condiciones económicas ofrecidas a unos y a otros estaban justificadas en tanto se trata de tres situaciones distintas (ver AH de la Resolución del TDC de 19 de mayo de 2005, Expte. R 644/05 Estaciones de Servicio). Este acuerdo de archivo fue confirmado por la Resolución del TDC de 25 de abril de 1995 en el Expte r 118/95. La CEEES presentó recurso, y la Sentencia de la Audiencia Nacional anuló la Resolución, ordenando el desarchivo. Esta sentencia fue recurrida en casación por la CEEES y por el Estado, desestimando el TS ambos recursos de casación por medio de la STS de 7 de julio de 2003, considerando que dado que el TDC da por ciertos los hechos denunciados, es preciso un desarrollo probatorio más esmerado sobre diversos extremos que se relacionan en el fd 3º (ver AH 7 de la Resolución del TDC de 19 de mayo de 2005, Expte. R 644/05). En cumplimiento de esta STS, el SDC procedió a incoar expediente sancionador y, tras la instrucción realizada, acordó su sobreseimiento sobre la base de que las sentencias antes citadas “dan por buenas las valoraciones relativas a los artículos 1 (colusión) y 7 (competencia desleal con efectos importantes en la competencia en el mercado) de la LDC y dictan que la valoración de que no había indicios de competencia abusiva [art. 6 LDC] se había adoptado en base a dos premisas que el TDC da por ciertas y que precisan de un desarrollo probatorio mas esmerado” (ver AH 9 de la Resolución del TDC de 19 de mayo de 2005, Expte. R 644/05). La CEEES recurrió este acuerdo de sobreseimiento, que el TDC confirmó mediante la tantas veces citada Resolución de 19 de mayo de 2005 del Expte. R 644/05 Estaciones de Servicio. En el fundamento de derecho 3º de esta Resolución el TDC señala que procede analizar si la conducta de discriminación denunciada es conforme con los arts. 1 y 6 LDC y 82 TCE, analizando en el fundamento de derecho 9 la posible infracción del art. 7 LDC, para terminar concluyendo que se desestima el recurso al no considerar acreditado que se haya producido “infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC y 82 del TCE”.

Por todo ello, el Consejo concluye coincidiendo con la DI en relación con la parte de la denuncia relativa a los contratos de suministro exclusivo celebrados por CEPSA en régimen de reventa que concurre la triple entidad de sujeto, hechos y fundamentos entre los expedientes R 644/05 Estaciones de Servicio y S/0008/07 Cepsa necesaria para la aplicación del principio de *non bis in idem* al presente asunto.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar que no resulta acreditada la existencia de prácticas prohibidas por los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 81 del Tratado CE susceptibles de ser sancionadas en este expediente por aplicación del principio *non bis in idem*.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.