



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**Expte. SNC/0034/13, BP**

## **SALA DE COMPETENCIA**

### **PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

### **CONSEJEROS**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

### **SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de enero de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el expediente sancionador SNC/0034/13, BP, iniciado por la Dirección de Competencia (DC), con fecha 7 de julio de 2014, contra BP OIL ESPAÑA, S.A., por posible incumplimiento de la obligación impuesta por la CNC mediante Resolución de 30 de julio de 2009, en el expediente sancionador 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, lo que supondría una infracción del artículo 62.4 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Por Resolución de 30 de julio de 2009 (Expte. S/ 0652/07), el Consejo de la extinta CNC sancionó a REPSOL, CEPSA y BP, por infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y 81 del TCE (actual artículo 101 del TFUE), al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la

competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.

2. Contra la citada Resolución de 30 de julio de 2009, las tres operadoras interpusieron recurso contencioso-administrativo, y en el caso de BP, también por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, con solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución.
3. El recurso contencioso-administrativo de BP fue desestimado por Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2010 en lo relativo al recurso por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, y por Sentencia de 5 de noviembre de 2012, en cuanto al procedimiento ordinario.
4. El Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de enero de 2013 casó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2010 (derechos fundamentales) a la que deja sin efecto, si bien desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BP contra la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.

Actualmente sigue pendiente de resolución la casación interpuesta por BP contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012 (recurso ordinario) antes citada.

5. Tras realizar múltiples solicitudes y requerimientos de información, en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, el 12 de septiembre de 2013 la DI remitió al Consejo de la CNC Informe Parcial de Vigilancia en el que confirmaba: a) la existencia de un incumplimiento parcial por parte de BP de lo dispuesto en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 de la CNC, en relación tanto a los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia como a los contratos de reventa indiciada al precio de referencia, pues en dichos contratos BP no había determinado, tal y como se ordenaba en la misma, el precio de adquisición del producto contractual a parámetros objetivos independientes del operador b) por otro lado, exponía la posible incidencia en dicho incumplimiento de las modificaciones normativas en el ámbito del sector de hidrocarburos introducidas por el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero y refrendadas por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de creación de empleo.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La Ley 11/2013, modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, introduciendo un nuevo artículo 43 bis. Este precepto prohíbe que los contratos de suministro en exclusiva contengan cláusulas exclusivas que, de forma individual o conjunta, fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible, considerándose nulas y por no puestas aquellas cláusulas que determinen el precio de venta del combustible en referencia a un determinado precio fijo, máximo o recomendado, o cualesquiera otras que contribuyan a una fijación indirecta del precio de venta.

Esta prohibición, de acuerdo con el apartado cuarto no se aplica cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor.

En cuanto a la entrada en vigor de las medidas adoptadas y en concreto el plazo de adaptación de los contratos de distribución en exclusiva, la Disposición Adicional cuarta de la Ley 11/13 establece que:

6. El 20 de diciembre de 2013, el Consejo de la CNMC adoptó resolución en el marco del expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, en la que declaró el incumplimiento parcial de la Resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009, instando a la DC la apertura de un procedimiento sancionador y, en relación a los tres operadores (entre ellos BP), les insta para que *“En relación con los contratos de comisión y los contratos de reventa indiciada a precio de referencia en los que los distribuidores sean empresarios independientes a los efectos de la normativa de competencia, adopten las medidas necesarias para que el precio de transferencia o de cesión del carburante atienda a criterios objetivos de forma que su determinación no desincentive la realización por parte de las estaciones de servicio de descuentos, para evitar que el operador fije indirectamente por esta vía el PVP”*.

En el fundamento de derecho sexto de dicha Resolución, el Consejo de la CNMC analiza las reformas introducidas por la Ley 11/2013, realizando las siguientes consideraciones:

*“aunque el legislador no haya incluido a los contratos CODO entre los contratos afectados por las obligaciones del artículo 43 bis, de ello no puede inferirse una exoneración para este tipo de contratos -y las cláusulas que contengan- del cumplimiento de la normativa de competencia y, por ende, de las resoluciones de las autoridades de competencia, porque ello llevaría al absurdo de poder considerar que, al no exigirse legalmente ninguna adaptación, es posible en estos contratos la fijación indirecta de precios de venta al público en contra de lo ya determinado por la doctrina nacional y comunitaria.”*

*“ (...) la entrada en vigor de la Ley 11/2013, introduciendo un plazo máximo para la adaptación de los contratos DODO, plazo que puede no agotarse si así lo deciden los operadores petroleros, no puede tomarse como referencia temporal a efectos de considerar esta fecha como fecha límite del incumplimiento de la resolución de 30 de julio de 2009.*

*De acuerdo con los anteriores argumentos, el Consejo considera que aunque el legislador no haya incluido a los contratos CODO entre los sujetos afectados por las obligaciones de adaptación legal en plazo*

---

“Los contratos de distribución en exclusiva afectados por el artículo 43. bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, deberán adaptarse en el periodo de 12 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Estos contratos no podrán incluir cláusulas que, directa o indirectamente, obliguen a su renovación, reputándose en todo caso nulas las así incluidas.

Este horizonte temporal no será de aplicación cuando el proveedor tenga en vigor un contrato de arrendamiento de los locales o terrenos u ostente un derecho real limitado respecto a terceros, siempre y cuando la duración de los contratos de suministro en exclusiva no exceda de la duración del contrato de arrendamiento o del derecho real sobre los locales o terrenos.”

Lo que significaba que en dicho plazo (que finalizaba el 28 de julio de 2014) todos los contratos afectados deberán estar adaptados a dicha normativa.

*determinado impuestos a los DODO, ello no les exime del cumplimiento de la Resolución de la extinta CNC en aplicación de la normativa nacional y de la Unión Europea. Resolución que además, no se refiere única y exclusivamente a los precios recomendados sino al establecimiento de sistemas de determinación del precio de adquisición/cesión del producto que desincentiven la realización por esto de descuentos, permitiendo al operador fijar indirectamente por esta vía el PVP.*

*Por otro lado, de acuerdo con lo expuesto, el Consejo entiende que, con independencia de la reforma de la Ley del Sector de Hidrocarburos, las tres operadoras debían haber cumplido las intimaciones de la Resolución de 30 de julio de 2009, en su totalidad, desde su notificación en esa misma fecha, incluidas las relacionadas con la determinación del precio de remuneración de combustible ( precio de adquisición, cesión o transferencia), lo cual no han hecho y, por ello, la entrada en vigor de la Ley 11/2013, con mayor motivo no se considera una eximente de la responsabilidad por incumplimiento de la Resolución de la extinta CNC.”*

7. Con fecha 24 de enero de 2014, BP interpuso recurso contencioso-administrativo contra la referida resolución de fecha 20 diciembre de 2013 solicitando en su seno la suspensión cautelar del acto administrativo recurrido, suspensión que fue denegada mediante Auto de la Audiencia Nacional de 18 de marzo de 2014.

Dicho Auto fue recurrido en reposición por la actora, siendo desestimado mediante Auto de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014.

8. Con fecha 10 de enero de 2014, la Dirección de Competencia (Subdirección de Vigilancia) notificó a BP su intención de incorporar al expediente sancionador a incoar en cumplimiento del mandato contenido en la Resolución de 20 de diciembre de 2013, parte de lo actuado en el antes citado expediente de vigilancia VS/0652/07 (folios 45-46), dando a BP cinco días hábiles para la presentación de alegaciones. BP presentó sus alegaciones con fecha 16 de enero (folios 47-49).
9. Con fecha 7 de julio de 2014, el Director de Competencia de la CNMC acordó la incoación de expediente sancionador contra BP OIL ESPAÑA, S.A por incumplimiento parcial de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, expediente registrado con núm. SNC/0034/13.
10. Con fecha 25 de julio de 2014, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de BP en relación con la incoación del expediente sancionador SNC/0034/13 BP.

11. El 20 de noviembre de 2014, la DC formuló Propuesta de Resolución en el procedimiento SNC/0034/13 BP, siendo notificada el 25 de noviembre, y en la que se señalaba:

**“Primero:** Que por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se declare que BP OIL ESPAÑA, S.A. ha incumplido la obligación impuesta por la autoridad de competencia en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente sancionador 652/07 REPSOL-CEPSA-BP, lo que supone una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

**Segundo:** Que se declare responsable de dicha infracción a BP OIL ESPAÑA, S.A.

**Tercero:** Que el incumplimiento reseñado abarca el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2010, fecha en la que la Audiencia Nacional deniega la suspensión del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 y por tanto resulta ejecutivo, hasta el 28 de julio de 2013, fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

**Cuarto:** Que a la hora de cuantificar la sanción económica correspondiente, se tenga en cuenta el periodo de tiempo durante el que se ha mantenido una infracción para las 46 EESS CODO/comisionista [Datos a 31 de diciembre de 2012 ofrecidos por la CNE] que, como se ha expuesto anteriormente, no ofrecían lugar a interpretaciones por parte de la imputada.

En cambio, y a juicio de esta Dirección de Competencia, debería valorarse el atenuante/eximente respecto de las [400-425] EESS CODO/DODO/COFO venta en firme indiciada a precio de referencia por las razones que se han expuesto en el apartado VIII. SANCIÓN del presente documento, así como, y principalmente, por el ofrecimiento efectuado por BP con fecha 18 de enero de 2013 en aras a la solución del problema de competencia de las mismas. Debería considerarse asimismo la atenuante de la parcialidad del incumplimiento, también anteriormente reseñada”.

12. Con fecha 15 de diciembre de 2014 la representación de BP presentó escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de 20 de noviembre de 2014 (folios 1355-1392)
13. El 16 de diciembre de 2014, en virtud de lo establecido en el artículo 19.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, la DC remitió al Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución, junto a las alegaciones presentadas por la empresa y el resto del expediente SNC/0034/13.

14. El 18 de diciembre de 2014 la Sala de Competencia dictó acuerdo de recalificación, dando traslado del mismo a BP y a la Dirección de Competencia para que en el plazo de quince días formularan las alegaciones que estimaran pertinentes.  
  
Analizado el expediente y la propuesta de la DC, en dicho Acuerdo el Consejo constató que, de acuerdo con el fundamento de derecho sexto de la Resolución de 20 de diciembre de 2013 (Expediente VS/652/07), cuyo objeto es la vigilancia de la resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009 (recaída en el expediente S/652/07 REPSOL, CEPSA, BP), el incumplimiento de BP no finalizaría el 28 de julio de 2013, fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2013, como sostiene la DC, sino que se mantendría de forma indefinida mientras BP no adoptara las medidas pertinentes para el cumplimiento de la citada Resolución de 2009.
15. El 18 de diciembre de 2014, la Sala de Competencia dictó acuerdo en el que se requiere a BP para que en un plazo de 10 días aportase determinada información, con suspensión del plazo de resolución.
16. Con fecha 26 de diciembre de 2014, tuvo entrada en la CNMC escrito de la representación de BP en el que solicitaba ampliación del plazo para presentar la documentación requerida. Dicha petición fue estimada mediante Acuerdo del Secretario del Consejo de 7 de enero de 2015.
17. Con fecha 7 de enero de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de BP de contestación al requerimiento de información de 18 de diciembre.
18. Mediante escrito de 8 de enero de 2015 la Dirección de Competencia manifestó su no oposición a la recalificación propuesta por el Consejo de la CNMC en su Acuerdo de 18 de diciembre de 2014.
19. Con fecha 13 de enero de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de BP al acuerdo de recalificación del Consejo de 18 de diciembre de 2014.
20. Con fecha 15 de enero de 2015, el Secretario del Consejo dictó acuerdo en el que acordó levantar el plazo máximo para resolver el expediente con efectos de 14 de enero de 2015.
21. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de enero de 2015.
22. Es parte interesada: BP OIL ESPAÑA, S.A (BP)

## **HECHOS PROBADOS**

1. Con fecha 30 de julio de 2009, el Consejo de la extinta CNC dictó Resolución en el expediente sancionador 652/07, acordando en su parte dispositiva lo siguiente:

**“PRIMERO.-** Declarar que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A. han infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 16 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 81.1 del Tratado CE, al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.

**SEGUNDO.-**Declarar que todos los contratos que incluyen cláusulas en virtud de las cuales el principal le traslada a la otra parte firmante del acuerdo riesgos comerciales o financieros no insignificantes serán tratados, a efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia, como contratos de reventa.

**TERCERO.-** Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPSA Y BP en la que se establezca que el precio de adquisición del combustible se referencia al precio máximo o recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno, es contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas.

**CUARTO.-** Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPSA Y BP en la que se establezca que las comisiones/márgenes a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato es contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas.

**QUINTO.-** Intimar a REPSOL, CEPSA y BP a que, a partir de la notificación de la presente Resolución, tomen las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio de los combustibles a la venta en Estaciones de Servicio de las redes abanderadas por REPSOL, CEPSA y BP en las que los gestores sean empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia y, en particular:

- i. Con el fin de que los precios aplicados a los clientes figuren correctamente en los tickets justificativos de compra emitidos por los terminales de pago propio, tanto para el cliente como para el gestor de la EESS, no podrán operar en dichos terminales sistemas que dificulten la introducción manual del precio de venta final en cada operación de venta. El precio máximo/recomendado no podrá estar incorporado en dichas terminales.

*ii. No podrán operar en su red sistemas en los terminales de punto de venta que impidan o dificulten conocer y obtener justificantes de los descuentos practicados, bien para su uso como justificante de un gasto promocional o para justificar una rectificación de factura.*

*iii. No podrán emplear en su red sistemas de facturación que obstaculicen las rectificaciones de facturas que sean precisas para reflejar los descuentos practicados por el gestor de la estación de servicio.*

*iv. No podrán ocultar el conocimiento por parte del gestor de la estación de servicio del descuento total que se aplica al cliente de cada tarjeta de fidelización cuando dicho descuento es compartido, así como de la cuantía que le corresponda.*

**SEXTO.-** *Imponer a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A una multa de CINCO MILLONES DE EUROS (5.000.000€) por la infracción sancionada.*

**SEPTIMO.-** *Imponer a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. una multa de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL EUROS (1.800.000€) por la infracción sancionada.*

**OCTAVO.-** *Imponer a BP OIL ESPAÑA S.A. una multa de UN MILLON CIENTO MIL EUROS (1.100.000€) por la infracción sancionada.*

**NOVENO.-** *Intimar a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*

**DECIMO.-** *Ordenar a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de esta Resolución en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor difusión en todo el territorio nacional. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.*

**UNDECIMO.-** *Los sancionados, justificará ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.*

**DUODECIMO.-** *Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución.”*

La conducta que la mencionada Resolución de 30 de julio de 2009 viene a considerar ilícita se instrumenta mediante la aplicación por parte de las operadoras imputadas, y en concreto de BP, de una serie de prácticas que puestas en conjunto, conducen a una fijación indirecta de precios prohibida por la normativa de competencia, y que afecta no solo a la competencia intramarca, sino también la competencia intermarca. En este sentido, el fundamento decimocuarto de la

Resolución de 30 de julio de 2009, resume los factores que inciden en la fijación indirecta del precio.

Por su parte, el fundamento decimosegundo de la repetida Resolución, analiza la naturaleza jurídica de los contratos que operan en la mayoría de las relaciones jurídicas entre operadores petrolíferos (OP) y titulares de EESS ajenos al OP, señalando lo siguiente:

*“El Consejo, del conocimiento no sólo de este expediente sino del conjunto de resoluciones y decisiones de distinto tipo emanadas de los tramitados por las autoridades de competencia, tanto españolas como comunitarias, considera que es un hecho notorio que los operadores petroleros han creado una maraña contractual en sus relaciones con los distribuidores de perniciosos efectos para la apertura del mercado que no resultan fáciles de mitigar. En efecto, los OP han estructurado sus relaciones comerciales con las EESS sobre la base de negocios jurídicos absolutamente atípicos, de arquitectura obligacional compleja, pues presentan elementos que son característicos de varios contratos (arrendamiento, suministro, licencia de marca-abanderamiento, asistencia técnica, comodato ... ), incluso de contratos incompatibles entre sí (agencia y compraventa), ya que no se puede ser al tiempo agente (genuino) para unas obligaciones y distribuidor independiente (revendedor) para otras. Con el objeto de encontrar la "realidad económica" de esa relación jurídica compleja establecida entre las partes y su finalidad restrictiva, esta maraña debe, desde la óptica del Derecho de defensa de la competencia, ser desenmarañada. (...)*

*En consecuencia desde la óptica del derecho de la competencia, los contratos de distribución de carburantes sólo admiten una división: los contratos de distribución (CODO y DODO) a los que se le aplican las normas de la competencia, se llamen contratos de agencia no genuinos o se denominen contratos de suministro o compraventa, y los contratos de agencia (llamada genuina) a los que, en principio, no se les aplica el artículo 81.1 Tratado CE y el 1 LDC sólo en lo que respecta a las obligaciones impuestas al agente en relación con la venta de los productos contractuales a terceros por cuenta de quien actúa, si bien se admiten ciertos matices en este último supuesto”.*

2. De acuerdo con lo dispuesto en el dispositivo duodécimo de la citada Resolución de 30 de julio de 2009 y en el marco del expediente VS/0652/07, la DI de la extinta CNC desarrolló las siguientes actuaciones con vistas a vigilar y cuidar su cumplimiento, requiriendo y recibiendo distinta información de BP.
  - Con fecha 24 de marzo de 2010, y tras la emisión del Auto de 2 de marzo de 2010 de la Audiencia Nacional en el que se desestimaba la solicitud de medida cautelar de BP de suspensión de la ejecución de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, la DI envió a BP un requerimiento en el que solicitaba la aportación de determinada información en el plazo de 20 días, a fin de constatar el cumplimiento de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.

Con fecha 16 de abril de 2010 tuvo entrada en el registro de la DI, escrito de contestación de BP, al anterior requerimiento, en el que tras exponer una serie de consideraciones sobre los efectos ejecutivos de la Resolución, como consecuencia de los recursos interpuestos, la mercantil comunica las principales medidas que BP tenía pensado implementar con las EESS al objeto de dar cumplimiento a las intimaciones de la Resolución de 2009, si bien algunas de ellas, señala la empresa, no habían sido puestas en práctica a la fecha de presentación de este escrito; haciendo hincapié que en todo caso, los tiempos en los que las actuaciones se ejecutarán serán debidamente indicados.

- Con fecha 19 de noviembre de 2010, la DI remitió un segundo requerimiento de información a BP, en el que solicitaba información acerca de la evolución del proceso iniciado, como consecuencia de la Resolución de del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, solicitando información adicional sobre todas las variaciones o actuaciones complementarias que hubieran tenido lugar desde la fecha de su anterior escrito.

Con fecha 2 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el registro de la CNC, escrito de contestación de BP a este segundo requerimiento de información, en el que la empresa describía la evolución de las actuaciones concretas llevadas a cabo por BP en el marco del citado expediente de vigilancia y se realizaban una serie de puntualizaciones en relación con las propuestas de actuación que la Sociedad había avanzado en su anterior escrito de 15 de abril de 2010.

- Con fecha 8 de julio de 2011 tuvo entrada en el registro de la CNC escrito de BP dirigido a comunicar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de mayo de 2011, que resolvía el recurso de casación 1043/2007.
- Con fecha 15 de febrero de 2012 BP remitió a la DI nuevo escrito en el que exponía determinadas medidas concretas puestas en marcha por la empresa, insistiendo en su intención de iniciar un diálogo con la DI en aras a conseguir la implantación de medidas que, a juicio de la DI, contribuyan a disipar las dudas sobre la adecuación a la normativa de competencia de algunas de las actuaciones de la Sociedad, reiterando su total disponibilidad para la consecución de este fin.
- Con fecha 16 de octubre de 2012 la DI remitió a BP nuevo requerimiento de información, con el fin de completar y actualizar la información aportada por su compañía en anteriores escritos.
- Con fecha 19 de diciembre de 2012 la DI emitió Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia (IPV) respecto a la resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, comunicando dicha propuesta de IPV a BP.
- Con fecha 18 de enero de 2013 BP remitió a la DI escrito de alegaciones a la anterior propuesta de IPV, presentando para la aprobación por la DI como

propuesta para dar cumplimiento a la Resolución de 2009 la supresión de la recomendación de precios, poniendo de manifiesto la importancia que la categoría de contrato de reventa en firme tiene para la estructura de negocio de la Sociedad al afectar a [400-425] contratos pertenecientes al grupo de EESS CODO/DODO/venta en firme a precio de referencia.

- Con fecha 14 de febrero de 2013 BP presentó en el registro de la CNC, escrito de alegaciones, como complemento a las presentadas el 18 de enero de 2013.
  - Con fecha 12 de septiembre de 2013 la DI remitió al Consejo de la CNC su Informe Parcial de Vigilancia.
3. De lo actuado en el expediente de vigilancia VS/06527, tal y como fue confirmado en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 20 de diciembre de 2013, ha quedado acreditado que BP habría dado un cumplimiento parcial a lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009 (expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), no aplicando dicha resolución en relación, tanto con los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia, como a los contratos de reventa indiciada a precio de referencia, pues en dichos contratos BP no había determinado, tal y como se ordenaba en la misma, el precio de adquisición del producto contractual a parámetros objetivos, independientes del operador.
4. Tras la instrucción del presente expediente sancionador y tal y como se señala en la propuesta de Resolución elevada por la DC al Consejo el pasado 16 de diciembre de 2014, las situaciones afectadas por el incumplimiento de las intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC en su Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, son las siguientes :
- *“Casos en los que la gasolinera sea de la operadora y esté arrendada a un gestor bajo el régimen de suministro exclusivo en comisión sujeta a la normativa de competencia: EESS CODO/comisión sujeta a normativa de competencia: 46 EESS. [ Datos a 31 de diciembre de 2012 ofrecidos por la CNE]*
  - *Casos en los que la gasolinera sea propiedad de un gestor y pacte con la operadora un régimen de suministro exclusivo en comisión sujeta a la normativa de competencia: [75-100] EESS.*
  - *Casos en los que la gasolinera sea de la operadora y esté arrendada a un gestor bajo un régimen de suministro exclusivo en reventa con precio de adquisición del producto referenciado a un descuento fijo o a un precio de referencia: EESS CODO/DODO/venta en firme a precio de referencia: [400-425] EESS”.*

Según la mencionada propuesta de resolución el porcentaje del total de la red de EESS BP (en número de [600-625] afectado por este incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009 es de aproximadamente el [80-90%] (525-550 EESS).

5. De acuerdo con la Resolución de 30 de julio de 2009, el Consejo de la extinta CNC entendió que el precio de adquisición del combustible por parte de los distribuidores minoristas, con independencia del tipo de contrato, se fijaba en base a dos parámetros controlados directamente por el operador: el precio de referencia y la comisión/ descuento, lo que lleva a que el PVP quede igualmente controlado por el operador.

Aparentemente los regímenes reventa con descuento fijo y comisión son dos figuras contractuales distintas pero la forma en la que se establecen los precios de adquisición del producto entre el OP y la EESS son materialmente iguales. Cuando se habla de Contratos de Comisión se emplean los términos “precio Máximo” y “Comisión”, términos que equivalen a “Precio recomendado” y “descuento” cuando se refiere al denominado Contrato de Reventa con descuento fijo.

La diferencia fundamental (y prácticamente exclusiva) entre ambos regímenes es que en los contratos de reventa el combustible es sin lugar a dudas adquirido por el distribuidor antes de su reventa, lo que lleva consigo un sistema de tributación distinto.

El sistema de formación de precio crea un claro desincentivo en el titular de la EESS a apartarse del precio máximo mediante la aplicación de descuentos con cargo a su comisión/margen, de ahí que para el Consejo la alternativa sea referenciar el precio de adquisición a los precios internacionales y por tanto no controlados por el operador.

6. Según manifiesta la DC en su Propuesta de Resolución, BP ha debido adoptar las medidas previstas en la Ley 11/2013, junto al resto de operadoras petrolíferas del mercado nacional, y modificado sus contratos durante un periodo transitorio que ha finalizado el 28 de julio de 2014.

## FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### **PRIMERO.- Competencia para resolver y ley aplicable.**

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7

de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007 de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma Ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*. En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 70.1 de la LDC, *“a excepción de las infracciones previstas en el artículo 62 correspondientes a los artículos 1, 2 y 3, todos de esta Ley, el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en este Título se regirá por lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de su normativa de desarrollo. No obstante, el plazo máximo de resolución podrá suspenderse en los casos previstos en el artículo 37 de esta Ley”*. En consecuencia, la normativa aplicable al procedimiento viene constituida por la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

## **SEGUNDO.- Sobre el objeto del expediente y la propuesta de la DC.**

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DC en su propuesta de resolución de 20 de noviembre de 2014, BP ha incumplido la obligación impuesta por la CNC en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente sancionador 652/07 REPSOL CEPSA BP, lo que supone una infracción muy grave, tipificada en el artículo 62.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En su mencionada propuesta de resolución, la DC considera acreditado que BP ha dado un cumplimiento parcial a la Resolución de 30 de julio de 2009, en cuanto que ha excluido de las medidas a adoptar para la cesación de las prácticas que contribuyen a la fijación indirecta del precio de venta al público de los combustibles a través de estaciones de servicio de la red abanderada BP a aquellas EESS en las que los gestores comisionistas son empresarios independientes a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia y a aquellas en las que los gestores revendedores tienen referenciado el precio de adquisición al precio de referencia.

En el apartado VI.- CONCLUSIÓN de su propuesta de resolución, la DC señala que este incumplimiento se produce en los siguientes términos

*“1.- En conclusión, a juicio de esta Dirección de Competencia, y como ya se dijera en el Informe Parcial elevado al Consejo de la CNMC el 12 de septiembre de 2013, BP ha incumplido:*

- ✓ *el dispositivo Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, en cuanto que **ha excluido de las medidas a adoptar para la cesación de las prácticas que contribuyen a la fijación indirecta del precio de venta al público de los combustibles a través de estaciones de servicio de la red abanderada BP a:***
  - ***aquéllas EESS en las que los gestores comisionistas son empresarios independientes a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia y a***
  - ***aquéllas en las que los gestores revendedores tienen referenciado el precio de adquisición al precio de referencia”.***

En el apartado III (VALORACION SOBRE LOS HECHOS PROBADOS QUE FUNDAMENTAN EL ACUERDO DE INCOACION DE 7 DE JULIO DE 2014) la propuesta de resolución explica con mayor amplitud esta conclusión

*“De las intimaciones realizadas por el extinto Consejo de la CNC en su Resolución de 30 de julio de 2009, dos serían las que, en opinión de esta Dirección de Competencia, suponen un incumplimiento de la misma por parte de BP, según se ha puesto de manifiesto en el expediente VS/652/07 de vigilancia de la misma. Estos incumplimientos está relacionados con:*

- ***La fijación del precio de adquisición/cesión del combustible referenciado al precio máximo o recomendado de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno o cualquier uso comercial que tenga efecto equivalente.***
  - ***El establecimiento de comisiones/márgenes calculados a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato.***
- 1.- *Efectivamente, y de acuerdo con lo instruido en el expediente de vigilancia VS/0652/07, BP habría incumplido esta intimación respecto a los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia, al no haber modificado ni renegociado los contratos [En la actualidad 120-140] incluidos en este grupo tras la Resolución de 30 de julio de 2009, al considerar que en dichos contratos, al no existir formalmente el concepto de precio de adquisición, era materialmente imposible cualquier actuación sobre el mismo para referenciarlo, como se pretendía por la autoridad de competencia, a precios objetivos, internacionales o, en definitiva, no controlados por el operador.*

(...)

*Como se planteaba el Consejo en la Resolución de 30 de julio de 2009, el problema es que el precio de adquisición del combustible por la EESS en las relaciones contractuales objeto del presente análisis (revendedores con descuento fijo y comisionistas) se fija en base a dos parámetros controlados directamente por el operador: el precio de referencia y la comisión/descuento, lo que lleva tanto en un caso como en otro a que el PVP quede igualmente controlado por el operador.*

*En ambos casos (revendedores con descuento fijo y comisionistas) las fluctuaciones en los mercados son asumidas por la operadora, el riesgo comercial se traslada a la misma, y las ganancias del distribuidor minorista están garantizadas, sean cuales sean las condiciones económicas en las que se encuentre dicho mercado. A cambio, el precio de venta al público está sometido al control de la operadora, que toma como parámetro principal para el establecimiento del precio de adquisición del producto por el distribuidor el precio de referencia, que coincide con el precio máximo/recomendado de venta al público, que a su vez se establece teniendo en cuenta los PVP del área de influencia correspondiente.*

*La diferencia fundamental (y prácticamente exclusiva) entre ambos regímenes, revendedores con descuento fijo y comisionistas, es que en el primero el combustible es sin lugar a dudas adquirido por el distribuidor antes de su reventa, lo que lleva consigo un sistema de tributación distinto, y en el segundo si bien no existe esa adquisición real de combustible por el distribuidor, por tratarse de contratos de comisión, lo que es cierto es que existe un precio que es el que el distribuidor abona al operador, en general a los nueve días si hay constituido garantía o se consideran solventes, y en algunos casos en el momento del suministro (si ha habido problemas) al que podemos llamar precio de cesión, transferencia o depósito*

*En ambos casos el sistema de formación del precio crea un claro desincentivo en el titular de la EESS a apartarse del precio máximo/recomendado mediante la aplicación de descuentos con cargo a su comisión/margen, de ahí que para el Consejo la alternativa sea, referenciar el precio de adquisición a **los precios internacionales y por tanto no controlados por el operador, de manera que, en ausencia de fijación de precios máximos, los titulares tienen la capacidad formal y material de fijar el precio de venta al público y el operador no la tiene. En el caso de precios máximos la capacidad formal y material de fijar el precio de venta al público estaría compartida e introduciría una transparencia en el sistema que impediría su instrumentalización para disciplinar a aquellas EESS que quisieran establecer una verdadera y leal competencia en precios.***

(...)

2.- Asimismo, BP habría igualmente incumplido la intimación contenida en el punto 3º de la parte dispositiva de la citada Resolución en relación a la forma de establecimiento del precio de adquisición del producto en los contratos de reventa con indicación a precio de referencia (en número de 423), al entender que dichos contratos no estaba afectados por la Resolución de 30 de julio de 2009, que expresamente se refería a los contratos de reventa indiciada a descuentos fijos garantizados para el distribuidor.

(...)

3.- Por otra parte, BP habría igualmente incumplido la intimación contenida en el punto 4º de la parte dispositiva de la citada Resolución respecto de los 39 contratos todavía subsistentes de aquellos en los que se subrogó tras la extinción del Monopolio de Petróleos, en relación a la supresión contractual de cualquier compromiso de aplicar comisiones/márgenes del mismo nivel que los percibidos por los competidores de la zona en un número determinado de EESS

(...)

4.- En cuanto a la **conducta relativa al impedimento o dificultad para el titular de la EESS de conocer los descuentos compartidos practicados a clientes de tarjetas propias de fidelización y a la obligación para la operadora de ceder dicha información (dispositivo quinto (iv) de la Resolución)**, el sistema implementado por BP permite el conocimiento por parte de las EESS del desglose de los descuentos aplicados a los clientes profesionales, sin necesidad de solicitud previa.

(...)

**En conclusión**, a juicio de esta Dirección de Competencia, y como ya se dijera en el Informe Parcial elevado al Consejo de la CNMC el 12 de septiembre de 2013, BP habría incumplido:

- ✓ **el Dispositivo Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, en cuanto que ha excluido de las medidas a adoptar para la cesación de las prácticas que contribuyen a la fijación indirecta del precio de venta al público de los combustibles a través de estaciones de servicio de la red abanderada BP a:**
  - **aquéllas EESS en las que los gestores comisionistas son empresarios independientes a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia y a**
  - **aquéllas en las que los gestores revendedores tienen referenciado el precio de adquisición al precio de referencia.**

Respecto a la duración de los citados incumplimientos la DC afirma en el dispositivo III del apartado VIII de su propuesta de Resolución que “el incumplimiento reseñado

abarca el periodo comprendido entre **el 2 de marzo de 2010**, fecha en la que la Audiencia Nacional deniega la suspensión del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 y por tanto resulta ejecutivo, hasta **el 28 de julio de 2013**, fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo” (énfasis añadido).

Asimismo, respecto a la sanción a imponer, la DC propone adecuar la misma a las siguientes circunstancias:

*“**Respecto de las [400-425 EESS] (60-70% de la red)** pertenecientes al grupo de **EESS CODO/DODO/venta en firme a precio de referencia**, a juicio de esta Dirección de Competencia sería necesario valorar como circunstancia atenuante/eximente de la culpa no solo las diferencias existentes con respecto a los contratos de las otras dos operadoras imputadas en el expediente sancionador originario y en la Resolución de 30 de julio de 2009 que le puso fin, lo que pudo motivar esa cierta inseguridad jurídica que tantas veces ha sido alegada por BP, que no se consideró afectada por la intimación relacionada con este tipo de contratos, sino la prontitud con la que BP respondió a la Dirección de Investigación cuando conoció su opinión al respecto y fue consciente del incumplimiento que su posición suponía, en contra de lo que había deducido de la lectura de la mencionada Resolución de 30 de julio de 2009.*

*De hecho, es de reseñar que la solución aportada por BP con fecha 18 de enero de 2013 respecto de estos contratos (supresión de precios de referencia), ha sido la que finalmente ha venido a imponerse en la Ley 11/2013 al resto de operadoras petrolíferas del mercado nacional, que han debido de adoptar la misma medida y modificar sus contratos durante un periodo transitorio que ha finalizado el 28 de julio de 2014.*

*Además, y aunque es objeto específico del expediente de vigilancia VS/0652/07, se hace mención a que tras la expiración del periodo transitorio de un año desde su entrada en vigor establecido en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo<sup>2</sup>, BP ha debido de modificar no solo las repetidas relaciones contractuales mantenidas con esas [400-425] EESS (el 60-70% de la red), sino también las mencionadas en segundo lugar y relativas a las [75-100] EESS DODO/comisión sujeta a normativa de competencia [5-15%] de la red), quedando el incumplimiento limitado actualmente a las 46 EESS CODO/comisión del primer grupo el [ 5-15%] de la red).*

*Asimismo, se reitera la parcialidad del incumplimiento de BP, por cuanto se circunscribe a una de las cuatro intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC en su Resolución de 30 de julio de 2007. Efectivamente, de los cuatro factores dependientes de la operadora que se debían corregir para dar cumplimiento a la repetida Resolución,*

---

<sup>2</sup> Con entrada en vigor el 28 de julio de 2013

1. *el establecimiento de los precios de adquisición del combustible en función de los precios máximos/recomendados de venta al público de la EESS;*
2. *el compromiso de que las comisiones/márgenes que se le aplicarán serán del mismo nivel que las de sus competidores;*
3. *el sistema de comunicación de precios máximo/recomendados, que de forma automática se instala en los Terminales de Pago de Tarjetas Propias y*
4. *el hecho de que el descuento compartido en las tarjetas de fidelización sea desconocido por la EESS, sólo se ha incumplido el primero de ellos”.*

Por último, con respecto al Acuerdo de recalificación de la Sala de Competencia de 18 de diciembre de 2014, en el que se modifica la calificación propuesta por la DC por considerar que la duración de la infracción objeto del presente expediente, no finaliza el 28 de julio de 2013 (fecha en que entro en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo) la DC manifiesta su no oposición a la misma sobre la base de lo manifestado por el Consejo en su resolución de 20 de diciembre de 2013, en la que ya había dejado claro que el “ *el hecho de que el legislador no haya incluido en la Ley 11/2013 a los contratos CODO entre los sujetos afectados por las obligaciones de adaptación legal en plazo determinado impuestas a los DODO, no exime del cumplimiento de la Resolución de la extinta CNC en aplicación de la normativa nacional y de la Unión Europea”.*

### **TERCERO.- Alegaciones de BP.**

Durante la tramitación del presente expediente BP ha presentado alegaciones en tres ocasiones:

1. En su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación de 26 de junio de 2014 (folios 1119-1168), BP formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:
  - Incidencia de la Ley 11/2013 sobre el objeto del expediente de vigilancia.
  - Ilegalidad y antijuridicidad de la Resolución de 20 de diciembre de 2013 cuyas prohibiciones y obligaciones van más allá de las impuestas en la resolución de 2009, violando los principios de seguridad jurídica y de legalidad.
  - Complejidad de la Resolución de 30 de julio de 2009 y de la implementación de las intimaciones contenidas en la misma.
  - Plena colaboración de BP en el expediente de vigilancia y ausencia de responsabilidad por su parte en los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Resolución de 30 de julio de 2009.
  - Incoación del expediente sancionador SNC 0034/13 BP con carácter previo al pronunciamiento judicial definitivo sobre la suspensión de la ejecutividad de la

- resolución de 20 de diciembre de 2013 solicitada por BP ante la Audiencia Nacional.
- Ausencia de incumplimiento del Dispositivo 4º de la Resolución de 30 de julio de 2009
  - Ausencia de incumplimiento del Dispositivo 3º de la Resolución de 30 de julio de 2009 tanto en los contratos de BP con EESS bajo la modalidad de reventa como en los contratos de comisión.
  - Ausencia del elemento subjetivo necesario en toda infracción de competencia por inexistencia de culpa en la conducta de BP.
2. En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución de 19 de noviembre de 2014 (folios 1355-1392), fechado el 12 de diciembre de 2014, BP profundiza e insiste nuevamente en las anteriores alegaciones con las siguientes consideraciones acerca de la nulidad de la incoación del expediente sancionador, la ausencia de incumplimiento de la resolución de 30 de julio de 2009 y la duración de la posible infracción
- Nulidad de la incoación del expediente sancionador SNC 0034/13 BP y de sus actuaciones subsiguientes, como consecuencia de la improcedencia temporal de la citada incoación. Según BP el expediente sancionador fue incoado en un momento en que la ejecutividad de la Resolución de 20 de diciembre de 2009 estaba suspendida ya que la Audiencia Nacional no se había pronunciado respecto al recurso de reposición sobre el Auto de 18 de marzo de 2014 que denegaba dicha suspensión (AH 7).
  - Ausencia de incumplimiento de la resolución de 30 de julio de 2009 por parte de BP en relación tanto con los contratos de reventa en firme como con los contratos de comisión con vínculo CODO. BP considera que las prohibiciones y obligaciones contenidas en la Resolución de 2013 van más allá de las impuestas en la resolución de 2009, y que la interpretación que la resolución de 2013 realiza de la aplicación de la Ley 11/2013 de 26 de julio, no se concilia con actuaciones e interpretaciones posteriores de esa norma desarrolladas por el Consejo de la CNMC.
  - Respecto a la duración de la posible infracción, BP rechaza la delimitación del incumplimiento sancionable indicado por la DC en la propuesta de resolución (entre 2 de marzo de 2010 -tras el Auto de la AN rechazando la suspensión- hasta 28 de julio de 2013 -entrada en vigor Ley 11/2013-) dado que el plazo de incumplimiento sancionable a BP no puede entenderse que se inicie el 2 de marzo de 2010 ni finalice en la fecha propuesta por la DC. En el supuesto de que se declarara el incumplimiento que BP considera no producido, el mismo tendría una duración entre el 19 de diciembre de 2012, cuando BP conoció la

posición DI en la propuesta de IPV, y febrero de 2013, con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 4/2013.

Asimismo, BP reitera la necesidad de valorar la complejidad en la implementación de las intimaciones contempladas en la resolución de 30 de julio de 2009, la plena colaboración y disponibilidad total de BP e imposibilidad de responsabilizar a BP de cualquier tipo de retraso en la implementación de las medidas propuestas.

3. Por último, en relación, al acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014, en su escrito de 13 de enero de 2015, BP alega lo siguiente:

- Inexistencia de verdadera recalificación de la cuestión sometida al conocimiento del Consejo, dado que la calificación de la conducta como infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC no es modificada ni discutida por la Sala de Competencia, y por tanto no procede la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento.
- Modificación del objeto del expediente sancionador: BP alega que tanto la propuesta de resolución de la DC como el acuerdo de recalificación modifican el objeto del presente expediente sancionador y el mandato realizado a la DC en virtud de la resolución de 20 de diciembre de 2013 en el expediente VS/0652/07. A juicio de BP la conducta sancionable no puede entenderse que se inicia el 2 de marzo de 2010, dado que BP se mostró extremadamente diligente a la hora de anunciar desde el primer momento que modificaría sus contratos si la DI no compartía sus argumentos, ni tampoco que finalice con la Ley 11/2013, sino anteriormente con el Real Decreto-ley 4/2013, publicado justo después de la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, lo que propiciaba que la interpretación de la situación por parte de BP resultaba legítima, razonada y proporcionada.

Finalmente BP se remite a las alegaciones presentadas con fecha 15 de diciembre 2014 a la Propuesta de Resolución, con respecto a la infracción a la que se refiere el acuerdo.

En los siguientes fundamentos jurídicos se procederá al análisis y respuesta de las anteriores alegaciones referidas a la acreditación de la infracción y a la constatación de la existencia de culpabilidad (dolo o negligencia) en el comportamiento de BP, así como a distintos aspectos procesales puestos de relieve por la representación de BP. No obstante, con carácter previo a este análisis debe manifestarse que en la presente resolución sólo se analizarán aquellas alegaciones relacionadas con el objeto de la misma, es decir, la constatación del posible incumplimiento de BP de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente sancionador 652/07 REPSOL/CEPSA/BP. Por el contrario, no procede en el marco de este procedimiento valorar ni contestar las alegaciones directamente referidas a la Resolución de vigilancia de 20 de diciembre de 2013, que la propia BP ha sometido a recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

#### **CUARTO.- Sobre las cuestiones de procedimiento planteadas por BP**

Procede en primer lugar dar respuesta a las cuestiones de procedimiento planteadas por BP en sus distintos escritos de alegaciones, en especial, en el remitido con fecha 13 de enero de 2015 en relación con el Acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014.

##### **4.1 Sobre la pretendida nulidad de las actuaciones como consecuencia de la improcedencia temporal de la incoación del presente procedimiento.**

Como bien señala la DC es cierto que el acuerdo de incoación es de fecha 7 de julio de 2014 y que a dicha fecha estaba pendiente de resolución el recurso de reposición interpuesto por BP contra el Auto de 18 de marzo de 2014 denegatorio de la medida cautelar de suspensión solicitada por la parte. De hecho la confirmación en reposición de esta no suspensión tiene lugar mediante Auto de 17 de julio de 2014.

Sin embargo, la interposición del recurso de reposición no impide la ejecución del acto administrativo. Según reiterada jurisprudencia (STC 78/1996, entre otras) dictada para amparar el derecho a la tutela judicial efectiva *“el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste se resuelva sobre la suspensión”*.

Por otra parte, como señala el TS (entre otras STS de 20 de febrero de 2006): *“los derechos fundamentales que consagra el artículo 24.1 de la CE quedan satisfechos desde el momento en que se posibilita el sometimiento de la pretensión cautelar al conocimiento de los órganos judiciales y se obtiene de estos una respuesta fundada en derecho”*.

Sin embargo, dicha tutela cautelar se satisface al dictarse el auto de 18 de marzo de 2014 en que se deniega la suspensión solicitada. La posterior interposición de un recurso de reposición, así como un eventual recurso de casación contra el referido auto, no producen efectos suspensivos sobre el auto objeto de recurso, tal y como resulta del artículo 79.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

##### **4.2 Sobre la pretendida inexistencia de recalificación de hechos en el Acuerdo de 18 de diciembre.**

Plantea BP en sus alegaciones al Acuerdo de 18 de diciembre de 2014 que el verdadero objeto del mismo no es la recalificación jurídica de los hechos probados sino la modificación de los mismos. Según BP el Acuerdo vulnera frontalmente los preceptos legales en los que se basa ya que la calificación jurídica expresada por la Propuesta de Resolución de la DC de 20 de noviembre de 2014 (infracción por BP del artículo 62.4 c de la LDC por incumplimiento de la obligación impuesta en la Resolución de 30 de julio de 2009) no es modificada por el citado Acuerdo de la Sala, lo que

contraviene la exigencia de distinción entre hechos imputados y su calificación jurídica expresada en el artículo 18 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

BP añade que, ante la inexistencia de toda recalificación, no concurren los requisitos exigidos en los art. 37 y 51.4 de la LDC para la suspensión del plazo máximo previsto legalmente para la resolución del procedimiento.

Pese a la argumentación expresada por BP, la Sala no puede aceptar la anterior alegación ya que el Acuerdo de 18 de diciembre de 2014 procede a recalificar como infracción del artículo 62.4 c de la LDC determinados hechos que la Propuesta de Resolución de la DC no había considerado integrados en dicha infracción por estimarlos exentos de la aplicación de la LDC en virtud de una interpretación de la Ley 11/2014 que había sido expresamente rechazada por la Resolución de 20 de diciembre de 2014.

En la Propuesta de Resolución de la DC los hechos investigados y declarados probados se califican de distinta forma en virtud de la entrada en vigor de dicha Ley 11/2014: los anteriores a la entrada en vigor de la misma se califican como infracción del artículo 62.4 c de la LDC por incumplimiento de la obligación impuesta en la Resolución de 30 de julio de 2009, mientras que los posteriores a la entrada en vigor de la citada modificación de la LSH no son calificados como infracción, a pesar de no consignar ningún elemento fáctico de distinción entre los dos momentos temporales, más allá de la entrada en vigor del citado cuerpo legal

*“el incumplimiento reseñado abarca el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2010, fecha en la que la Audiencia Nacional deniega la suspensión del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 y por tanto resulta ejecutivo, hasta el 28 de julio de 2013, fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”.*

Por lo tanto la DC no realiza una calificación jurídica diferente sobre determinados hechos porque unos hayan sido investigados e incorporados al expediente y otros no considerados ni integrados en el mismo. Hechos anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la Ley 11/2013 (e incluso acaecidos en el segundo semestre de 2014) han sido considerados en la propuesta de resolución, como demuestra la siguiente valoración contenida en el apartado VII de la propuesta de resolución “Sanción”:

*“De hecho, es de reseñar que la solución aportada por BP con fecha 18 de enero de 2013 respecto de estos contratos (supresión de precios de referencia), ha sido la que finalmente ha venido a imponerse en la Ley 11/2013 al resto de operadoras petrolíferas del mercado nacional, que han debido de adoptar la misma medida y modificar sus contratos durante un periodo transitorio que ha finalizado el 28 de julio de 2014”.*

Sobre los citados hechos –en principio, de idéntica naturaleza al concretarse en la relación contractual existente entre BP y las EESS con las que mantiene vínculos contractuales- la DC no realiza tampoco una valoración fáctica diferenciada sino que basa exclusivamente la diferente calificación jurídica de los mismos (unos integrantes

del incumplimiento, otros no) en una interpretación de la Ley 11/2014 expresamente rebatida por la Resolución de 20 de diciembre de 2014.

Por lo tanto, el Acuerdo de 18 de diciembre de 2014 procede correctamente a la recalificación jurídica como posible infracción de unos hechos ya examinados en la propuesta de resolución, cumpliendo todos los requisitos legales del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y de los art. 37 y 51.4 de la LDC para proceder a la suspensión del plazo máximo legal para la resolución del procedimiento, así como para emplazar a las partes en audiencia como especial garantía para la salvaguarda de su derecho de defensa, no pudiendo aceptarse la alegación presentada por BP al respecto.

#### **QUINTO.- Sobre la acreditación de la infracción prevista por el artículo 62.4 c) de la LDC.**

La LDC exige la concurrencia de dos requisitos para que las conductas investigadas en el presente expediente puedan subsumirse en el tipo infractor del artículo 62.4 c) de la Ley. Por un lado, debe existir una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la propia LDC y, en segundo lugar, debe existir un incumplimiento o contravención de dicha resolución, acuerdo o compromiso.

En cuanto al primero de los requisitos, es incontrovertible, y así consta en los hechos acreditados, que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución con fecha 30 de julio de 2009 en el expediente sancionador 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, en la que declara que CEPSA, REPSOL y BP han infringido el artículo 1 de la LDC y 81.1 del TCE, al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y el resto de estaciones de servicio.

En relación con el segundo de los requisitos mencionados, esto es, el incumplimiento de las obligaciones impuestas en su momento por la CNC, esta Sala coincide con la DC en que el expediente de vigilancia VS/0652/07 se constató que BP había incumplido el dispositivo tercero de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, por cuanto había excluido de las medidas a adoptar para la cesación de las prácticas que contribuyen a la fijación indirecta del precio de venta al público de los combustibles a través de estaciones de servicio de la red abanderada BP a aquellas en las que los gestores en régimen de comisión son empresarios independientes a los efectos de aplicación de la normativa de competencia y a aquellas en las que los gestores revendedores tiene referenciado el precio de adquisición al denominado “precio de referencia”.

Durante la tramitación del presente expediente sancionador dicho incumplimiento ha quedado plenamente acreditado.

BP habría incumplido la intimación contenida en el punto 3º de la parte dispositiva de la citada Resolución en relación a la forma de establecimiento del precio de adquisición del producto en los contratos de reventa con indicación a precio de referencia, al entender que dichos contratos no estaban afectados por la Resolución de 30 de julio

de 2009, que expresamente se refería a los contratos de reventa indiciada a descuentos fijos garantizados para el distribuidor.

Asimismo, en relación con los contratos de comisión sujetos a normativa de competencia, BP ha incumplido esta intimación al no haber modificado ni renegociado los contratos incluidos en este grupo tras la Resolución de 30 de julio de 2009, al considerar que en dichos contratos, al no existir formalmente el concepto de “precio de adquisición”, no puede este referenciarse a precios internacionales o no controlados por el operador.

No cabe duda de que los contratos denominados de comisión impropia o agencia no genuina contienen cláusulas por las que el gestor de la estación de servicio asume riesgos no insignificantes que le llevan a ser un operador independiente, todo ello al margen de que por el tipo de contrato distribuya el carburante en nombre y por cuenta de su operadora de bandera. Lo anterior supone, como no puede ser de otra manera, que se trata de contratos sometidos a la normativa de competencia.

Tal y como ha señalado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de noviembre de 2012, en el recurso 636/2009, interpuesto contra la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009 (expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP):

*“Establecida las diferencias entre los distintos contratos para la distribución de carburantes teniendo en cuenta la titularidad de la estación y la gestión se distinguen a su vez dentro de las estaciones CODO y DODO 3 sistemas de determinación de los precios de adquisición (no se tienen en cuenta los impuestos): régimen de comisión, régimen de reventa con descuento fijo y régimen de reventa con referencia a Platts. Se quiere precisar que cuando se habla de “régimen de comisión o agencia”, no se está haciendo referencia al contrato de agencia genuino sino que se hace referencia a los contratos de agencia “no genuino” en que el agente asume riesgos y es considerado por tanto un distribuidor independiente y por tanto están sujetos a la normativa de competencia referida a la fijación de precios, que es el tema aquí examinado. Por ello la CNC precisa que las medidas que establece en su parte dispositiva deben aplicarse a todos los contratos entre los operadores sancionados y los gestores de estaciones de servicio cuyos contratos independientemente de cómo se denominen, contengan cláusulas que hacen que el gestor de las EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes”.*

Ninguna de las alegaciones y argumentos expuestos por BP en sus distintas alegaciones permite acreditar la inexistencia de dicho incumplimiento, como se analizará a continuación.

### **5.1 Sobre la inexistencia de incumplimiento del dispositivo tercero de la resolución de 2009, en relación con los contratos de comisión con vínculo CODO**

En relación con los contratos de comisión, BP manifiesta en sus alegaciones que los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia no se encontraban

afectados por la resolución de 2009, dado que al no existir el concepto de precio de adquisición, era materialmente imposible cualquier actuación sobre el mismo para referenciarlo a precios objetivos, internacionales o, en definitiva, no controlados por el operador: *“BP entendió de buena fe, que la intimación Tercera de la Resolución de 2009 se refería únicamente a los contratos de reventa que BP tiene concluidos con las EESS y no a los de comisión, debiendo éstos ser tratados en el marco de la intimación Cuarta, sobre comisiones.”* En relación a estas alegaciones la Sala debe rechazar la no aplicación del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 a los contratos de comisión impropia o agencia no genuina. Según BP el dispositivo tercero se refiere a contratos en los que exista “precio de adquisición”, mientras que en los contratos de comisión mercantil, aunque sometidos a las normas de competencia, no existe el mencionado “precio de adquisición”: *No existe en los contratos analizados, por lo tanto, ningún precio de adquisición/cesión/transferencia o equivalente, ni expresa ni implícitamente, ya que, por definición, no puede existir en un contrato de comisión en el que el comisionista no adquiere el producto (como sucede en los contratos de reventa), sino que promueve su comercialización en nombre y por cuenta del principal”.*

Según la operadora *“lo que debe rechazarse de plano es que tal planteamiento permita sostener que puesto que tales contratos se someten a las normas de competencia automáticamente deben contener un precio de cesión equivalente al establecido en los contratos de reventa (...) Por el contrario, la diferencia entre un comisionista y un revendedor no es meramente formal. El sometimiento de determinados contratos de agencia a las normas de competencia no altera su naturaleza jurídica ni, en consecuencia, las obligaciones libremente asumidas por las partes al contratar”.* Por todo ello no puede ejecutarse acción alguna en relación a dichos contratos ya que la aplicación del dispositivo tercero a los mismos supondría una injerencia indebida de la autoridad de competencia en la configuración de un contrato válido como es el contrato de comisión.

Como afirma la DC, esta cuestión ya fue analizada en la resolución del Consejo de 20 de diciembre de 2013, donde la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC valoró y desestimó las alegaciones de las operadoras petrolíferas –incluida BP- de excluir los contratos de comisión impropia o agencia no genuina del ámbito de aplicación del dispositivo tercero. Los argumentos expuestos entonces son plenamente aplicables a las alegaciones presentadas por BP en el presente expediente sancionador que reproducen las remitidas en el expediente de vigilancia. Las nuevas alegaciones de BP no permiten desvirtuar, como pretenden, la aplicabilidad del dispositivo tercero a los denominados contratos de comisión o agencia impropia, en los que el agente asume riesgos inherentes al empresario independiente.

Como se expresó en aquel momento, la Resolución de 30 de julio de 2009 consideró que BP y los otros dos operadores imputados estaban incurriendo en una fijación indirecta de precios de venta al público prohibida por los artículos 1 de la LDC y 81.1 del TCE en sus relaciones verticales con las estaciones de servicio. La fijación indirecta de precio de venta afectaba a las relaciones verticales en las que el contrato de distribución no era un contrato genuino de agencia -en cuyo caso sí hubiesen podido fijar precios estando los contratos de agencia excluidos de la aplicación de la

LDC en cuanto a fijación de precios- aunque formalmente los contratos contuviesen tal denominación.

En concreto, la Resolución de 30 de julio de 2009 consideró que las cláusulas de fijación directa de los precios de venta prohibidas en anteriores resoluciones del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución de 11 de julio de 2001, expediente 490/00, Repsol; Resolución de 30 de mayo de 2001, expediente 493/00, Cepsa, entre otros) fueron sustituidas por otra serie de mecanismos de efecto equivalente (básicamente cláusulas contractuales sobre fijación de precios máximos o de referencia, procedimiento de fijación de las comisiones, sistemas de facturación y emisión de tickets en las terminales de punto de venta de las estaciones de servicio etc.) que dificultaban o impedían una verdadera aplicación de descuentos por parte de los titulares de las estaciones de servicio, lo que conllevaba en la práctica una fijación indirecta de los precios de venta.

La Resolución de 30 de julio de 2009 de la CNC constató que, a efectos de la LDC, cabían dos tipos de relación entre operadores petroleros y distribuidores minoristas de combustibles: la que se denomina “de agencia genuina” donde la estación de servicio es un agente del principal y “el resto” donde los operadores petroleros ya no determinan directamente el precio de venta al público pero sí establecen precios máximos/recomendados que, junto con otros elementos contractuales y fácticos, tenían como efecto desincentivar que las estaciones de servicio se apartaran de los precios máximos/recomendados y convertían estos precios máximos/recomendados en precios de venta al público fijos, dado que los distribuidores minoristas se veían en la práctica impedidos o desincentivados a aplicar precios inferiores como mecanismo para competir.

Como ya estableció el Consejo de la extinta CNC en la citada Resolución de 30 de julio de 2009, *“el sistema de fijación del precio de adquisición de los productos empleado por REPSOL, CEPSA y BP OIL -consistente en extraer al PVP máximo/recomendado el margen/comisión - no respeta ni el artículo 1 LDC, ni el artículo 101 TFUE, por constituir un medio de fijación de precios de venta al público de los carburantes y combustibles mediante instrumentos contractuales y otras medidas destinadas a desincentivar que los distribuidores se alejen del precio máximo/recomendado, previsto en el párr. 47 de las Directrices”*.

En realidad los argumentos de BP para defender la no aplicabilidad del dispositivo tercero a los contratos de comisión impropia o agencia no genuina son una mera reproducción o desarrollo de los repetidos con ocasión de la discusión de la aplicabilidad de la normativa de competencia a los contratos de comisión. Como ya advirtió esta Sala en su resolución de diciembre de 2013 dicho debate quedó zanjado tanto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05-CEES versus Cepsa) y jurisprudencia subsiguiente, como en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 (recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido contra la resolución del TDC de 30 de mayo de 2001, expediente 493/00, Cepsa), y de 17 de noviembre de 2010 (recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007, dictada

en el recurso contencioso-administrativo seguido contra la resolución del TDC de 11 de julio de 2001, expediente 490/00, Repsol).

BP defiende que el dispositivo tercero no se aplica a dichos contratos de comisión impropia como tampoco se aplica a los contratos de agencia pura. Los motivos que ofrece para llegar a dicha conclusión son básicamente que no existiendo adquisición de la mercancía ni, por ello, cláusula expresa en dichos contratos que se refiera a dicho precio de adquisición, las intimaciones del Consejo contenidas en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 no se referían a dichos contratos.

Como se ha advertido, el Tribunal Supremo analizó alegaciones muy similares a las vertidas por BP en las Sentencias de 4 de diciembre de 2009 y de 17 de noviembre de 2010, con los argumentos que a continuación se reproducen, llegando a la conclusión de que el contrato de agencia impropia es diferente al contrato de agencia genuino, al ser de naturaleza atípica y reunir componentes negociales complejos, destacando particularmente en dichos contratos de agencia impropia la actuación del distribuidor en exclusiva, que comercializa los carburantes suministrados por la operadora como dueño exclusivo de la mercancía. Por ello, el Tribunal Supremo concluía que dichos contratos se asemejan a un contrato de reventa. Para una mejor comprensión la Sala considera conveniente reproducir el argumento completo del Tribunal Supremo:

*“En primer lugar, el suministrador factura al titular de la estación de servicio todos los litros de combustible entregados a ésta, que podrán no coincidir con las ventas a los consumidores finales realizadas a posteriori, y el pago se hará incondicionalmente en el plazo de nueve días contados desde la entrega. Esto es, con independencia de que el producto se venda o no (y aunque fuera cierto que en una buena parte de los casos se vende dentro de un periodo inferior a nueve días) el titular de la estación de servicio ha de pagar la mercancía entregada asumiendo el riesgo comercial correspondiente a la diferencia entre las cantidades suministradas y las efectivamente vendidas a los clientes. Si dicha diferencia, repetimos, corre a cargo del titular de la estación de servicio en todo caso, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes, y no necesariamente se venderá todo el producto en el plazo de nueve días, la aplicación de los criterios sentados por el Tribunal de Justicia en los apartados 57 y 58 de su sentencia conducen a la conclusión de que aquél soporta el riesgo comercial de la operación.*

*Ha de tenerse en cuenta que el impago de un solo pedido entregado (esto es, con independencia de que el titular de la estación de servicio haya revendido o no al público consumidor el combustible suministrado) legitima a Cepsa no sólo para suspender la entrega de otros nuevos sino también para someter los futuros suministros a su pago adelantado. No se trata, pues, de una obligación de pago que dependa del buen fin de las "gestiones" del agente o de que éste haya recibido, en todo caso, el precio satisfecho por el consumidor final.*

*En segundo lugar, el titular de la estación de servicio asume en exclusiva los riesgos del producto (pérdidas, fugas, diferencias de volumen por factores ligados a la temperatura o evaporación, etc.) desde que le es suministrado,*

*incluso si los conserva en condiciones adecuadas. A partir del momento de la entrega del producto, y sea cual sea el momento en que éste sea vendido al consumidor final, el titular de la estación de servicio lo habrá abonado por la cantidad que se le suministró, que puede no coincidir con la que él mismo venderá a los consumidores cuando el combustible sufra una minoración de su volumen a consecuencia de las alteraciones de temperatura, o sufra las mermas y pérdidas derivadas de otros factores. El dato de que estas variaciones -volumétricas o de distinto signo- no se produzcan en cantidades importantes no es óbice a la consideración, netamente jurídica, de que existe el riesgo y que es asumido por el titular de la estación de servicio. Asume éste igualmente los riesgos derivados de los daños que los productos puedan causar a terceros mientras se encuentren en sus instalaciones, también en los supuestos de caso fortuito.*

*La asunción de estos dos riesgos significativos, unida al hecho de que se imponía al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador, son factores que, a la luz de las consideraciones del Tribunal de Justicia en su sentencia antes transcrita, bastan para concluir que los contratos de distribución objeto de litigio no podían beneficiarse de la exención prevista en Reglamento 1984/83 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 85 del Tratado CEE (actualmente artículo 81 CE). En esta misma medida, y dado que el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, que desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, se remite al Reglamento comunitario 1984/83 para autorizar, en los términos de este último, determinados acuerdos comerciales como los que son objeto de debate, tampoco podían beneficiarse de la exención referida » .*

*Por ello, el argumento central en que la defensa letrada de las Compañías recurrentes fundamenta su pretensión casacional, de que la conducta imputada a REPSOL, consistente en la fijación de precio de venta al público de los carburantes y combustibles suministrados a distribuidores minoristas, no constituye una práctica restrictiva de la competencia subsumible en el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues no priva a los titulares de las estaciones de servicio consideradas de la facultad de aplicar descuentos con cargo a su comisión, no puede ser aceptado, ya que descansa en la calificación de los contratos examinados por el Tribunal de Defensa de la Competencia como "verdaderos" contratos de agencia o mediación, eludiendo, en consecuencia, que, como sostuvo esta Sala jurisdiccional, se trata de contratos atípicos de agencia o mediación, que reúnen componentes negociales complejos en que el distribuidor en exclusiva, que comercializa los carburantes suministrados por REPSOL, no actúa "procuratoris domini" sino propio domine, como dueño exclusivo de la mercancía, y, por ello, se asemejan a un contrato de reventa, lo que determina la inaplicación de la doctrina del «brazo alargado», en razón de la realidad económica y jurídica subyacente.*

*Asimismo, debemos rechazar la crítica que se formula a la Sala de instancia de haber desconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en lo referente a la calificación de los hechos imputados de práctica restrictiva de la competencia, puesto que la sentencia recurrida declara como hechos probados que REPSOL fija los precios de venta al público a las estaciones de servicio que actúan bajo un supuesto régimen de comisión o agencia, sin que se haya desvirtuado que los titulares de las estaciones de servicio analizadas no hayan respetado en sus relaciones comerciales con terceros dicha obligación contractual, reduciendo los precios mediante la aplicación de rebajas. En suma, habiendo determinado la Sala de instancia que dichos distribuidores minoristas han asumido, en una proporción significativa, riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros de combustibles y carburantes «se evidencia la conducta anticompetitiva» de las compañías recurrentes, que queda sujeta a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE, y que no está cubierta o amparada en el Reglamento (CEE) nº 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, en la medida en que se impone al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público de los carburantes fijado por el suministrador».*

A la vista de las consideraciones anteriores la alegación expuesta por BP respecto a la inaplicabilidad del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 sobre los llamados contratos de comisión impropia o agencia no genuina, por encontrarse fuera de su ámbito de aplicación, no puede ser aceptada. Partiendo de los razonamientos expuestos en las sentencias referidas se constata que el Tribunal Supremo ha considerado que los contratos atípicos de agencia o mediación examinados reúnen componentes negociales complejos y, en ellos, el distribuidor en exclusiva -que comercializa los carburantes suministrados por BP- actúa como “*dueño exclusivo de la mercancía*”. Por ello, el Tribunal Supremo considera que estos contratos se asemejan a un contrato de reventa y no pueden ser equiparados a un contrato típico de agencia o mediación para su evaluación conforme la normativa de competencia.

Este criterio fue expresamente asumido por el Consejo de la extinta CNC, y conocido perfectamente por BP, acordando claramente en el dispositivo segundo de la Resolución del expediente 652/07, sometido a vigilancia, y con carácter previo a cualquier otra decisión adoptada: “*Declarar que todos los contratos que incluyen cláusulas en virtud de las cuales el principal le traslada a la otra parte firmante del acuerdo riesgos comerciales o financieros no insignificantes serán tratados, a efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia, como contratos de reventa*”.

Al actuar el agente impropio que asume riesgos significativos, en palabras del Tribunal Supremo, como “*dueño exclusivo de la mercancía*”, resulta indiferente que en los contratos de comisión firmados entre BP y el agente (que son contratos pensados para la comisión mercantil genuina o agencia propia) no se mencione expresamente un “precio de adquisición”. Con independencia del nombre utilizado para el precio y para el contrato, al asumir riesgos significativos y actuar como “*dueño exclusivo de la mercancía*” existe un precio de transferencia, depósito o cesión, que actúa como el de

adquisición y que, como éste, es establecido por el operador sobre la base de parámetros controlados exclusivamente por él, principalmente el precio de referencia o precio medio de los PVP del área de influencia y que coincide con el precio máximo/recomendado por el operador. En este sentido no hay que olvidar que el Consejo, en su Resolución, declaraba prohibido cualquier "*uso comercial que tenga un efecto equivalente*" a las cláusulas contractuales que referencien el precio de adquisición al precio máximo o recomendado, lo que lleva a concluir que es indiferente que el precio de referencia se establezca sobre los precios máximos/recomendados o sobre los PVP de la zona de influencia.

A la vista de estas consideraciones no puede alegarse que la autoridad de competencia pretenda variar la naturaleza jurídico-económica del contrato de comisión mercantil. No es la CNMC (o anteriormente la CNC) como autoridad de competencia la entidad que cambia la naturaleza de ningún contrato de agencia genuina, imponiendo cláusulas o particularidades de otros contratos diferentes como el contrato de compraventa. Ha sido la propia práctica comercial y contractual de BP con determinadas estaciones de servicio la que ha creado un contrato de naturaleza atípica, que ha sido considerado contrato de agencia no genuina y analizado por diversas instancias administrativas y judiciales, como la Resolución de la CNC de 2009 o las sentencias del Tribunal Supremo de 2009 y 2010. En dicho examen la autoridad de competencia se ha limitado a proceder a realizar un análisis jurídico y económico de una realidad contractual preexistente, creada por BP y de naturaleza atípica.

Lo que el Consejo de la CNC explicitaba claramente en su Resolución de 2009 era su pretensión de evitar que, en contratos en los que la estación de servicio actuara como empresario independiente, el operador petrolífero estableciera el precio de adquisición o transferencia con base en parámetros controlados directamente por él, con independencia de que dichos parámetros sean precios máximos, recomendados o de referencia, y que en definitiva les lleva a poder controlar el PVP.

Por tanto, al no contemplar la actuación de BP este extremo fundamental del que depende la eficacia de la mencionada Resolución, la operadora ha incumplido el contenido de la misma. La pretensión de BP de limitar exclusivamente la aplicación de las normas de competencia sobre los contratos de comisión impropia o agencia no genuina a verificar si el agente no genuino tiene la posibilidad real y plena de hacer descuentos con cargo a su comisión, de forma que el precio máximo que lícitamente puede establecer el principal no funcione como precio fijo no invalida este incumplimiento.

Como afirma la DC, la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 analizó el problema de la formación del precio de adquisición del combustible por las EESS bajo contratos de comisión impropia, destacando que dicho precio quedaba fijado conforme a dos parámetros controlados directamente por el operador: el precio de referencia y la comisión, lo que lleva a que el PVP quede igualmente controlado por el operador. En estas condiciones el precio de venta al público queda sometido al control del operador que toma como parámetro principal para el establecimiento del precio de adquisición del producto por el distribuidor el precio de referencia, que coincide, por su propia definición, con el precio máximo de venta al público comunicado por el operador, que a su vez se establece teniendo en cuenta los PVP del área de influencia correspondiente.

Por ello, el dispositivo tercero de la Resolución declaró contrarias a la normativa de competencia las cláusulas de los contratos de suministro de BP (o cualquier uso comercial que tuviera un efecto equivalente) que estableciera el precio de adquisición del combustible en referencia a un precio máximo o recomendado, prohibición que BP ha soslayado respecto a los contratos de comisión impropia.

Al contrario de lo que sostiene BP el problema no se encuentra en el clausulado de los contratos sino en la aplicación práctica del precio de adquisición/transferencia, que hace insuficiente el que los distribuidores puedan hacer o no uso de la potestad de reducir los precios con cargo a su comisión, ya que como entonces señaló el Consejo, el propio sistema utilizado por las operadoras es en sí mismo disuasorio.

Tal y como señaló la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de noviembre de 2012 que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BP OIL:

*“(…) Establecida las diferencias entre los distintos contratos para la distribución de carburantes teniendo en cuenta la titularidad de la estación y la gestión se distinguen a su vez dentro de las estaciones CODO y DODO tres sistemas de determinación de los precios de adquisición (no se tienen en cuenta los impuestos): régimen de comisión, régimen de reventa con descuento fijo y régimen de reventa con referencia a Platts. **Se quiere precisar que cuando se habla de "régimen de comisión o agencia", no se está haciendo referencia al contrato de agencia genuino sino que se hace referencia a los contratos de agencia "no genuino" en que el agente asume riesgos y es considerado por tanto un distribuidor independiente y por tanto están sujetos a la normativa de competencia referida a la fijación de precios, que es el tema aquí examinado. Por ello la CNC precisa que las medidas que establece en su parte dispositiva deben aplicarse a todos los contratos entre los operadores sancionados y los gestores de estaciones de servicio cuyos contratos independientemente de cómo se denominen, contengan cláusulas que hacen que el gestor de las EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes”.** (énfasis nuestro)*

Por todo ello, siguiendo lo indicado por el Consejo de la CNC, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la resolución del Consejo de la CNC de 30 de junio de 2009, BP debía haber referenciado los precios de cesión de las mercancías en los contratos de comisión impropia a un parámetro de carácter objetivo.

## **5.2 Sobre la inexistencia de incumplimiento del dispositivo tercero de la resolución de 2009, en relación con los contratos de reventa en firme.**

Con respecto a los contratos de reventa con indicación a precio de referencia, BP entiende igualmente que dichos contratos no estaban afectados por la Resolución de 30 de julio de 2009, que expresamente se refería a los contratos de reventa indiciada a descuentos fijos garantizados para el distribuidor.

Según afirma BP en sus alegaciones las cláusulas de sus contratos de reventa cumplían escrupulosamente con el contenido del dispositivo tercero ya que el precio de adquisición del combustible no se vincula al precio recomendado o máximo sino un precio denominado por BP “precio de referencia”. Según BP, y a diferencia de otros operadores, *“El Precio de Referencia se apoya únicamente en los precios de venta al público de las EESS de la zona de influencia calculados de una determinada manera acordada por las partes firmantes del contrato, pero nunca al precio recomendado o máximo (ni del propio operador ni de otros operadores)”*.

No obstante, conocida durante el expediente de vigilancia de la referida Resolución el parecer de la DC a considerar que esta práctica comercial de BP con sus EESS de reventa no quedara incluida entre las prohibidas por el Dispositivo tercero, el 18 de enero de 2013 en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, BP presentó para su aprobación por la DC, una propuesta para dar cumplimiento a la resolución de 30 de julio de 2009: la supresión de la recomendación de precios.

Como afirma la DC esta medida afecta a parte fundamental del sistema contractual de BP ([400-425] contratos pertenecientes al grupo EESS CODO/DODO/ venta en firme a precio de referencia).

Según afirma en sus alegaciones al Acuerdo de incoación en julio 2014 BP ha implementado esta medida en los contratos de reventa en firme para adaptarse a la Ley 11/2013.

En su propuesta de resolución la DC explica que la medida adoptada por BP incide directamente no ya sobre factores que pueden incentivar un seguimiento similar de precios por las EESS, sino que prescinde del elemento esencial: la recomendación del precio sin posibilidad de seguimiento por parte de las EESS. De ese modo, la DC considera que al no contar con un precio recomendado que les sirva de referencia para fijar su propio precio de reventa, se facilita la libertad de fijación de precio por parte de las EESS y, en última instancia, la dispersión en precios de venta al público en las EESS sujetas a este régimen contractual. En consecuencia, según la DC dicha medida resultaría suficiente para dar por cumplida la intimación de la Resolución respecto a este extremo, que hasta la propuesta efectuada por BP no se habría cumplido. De acuerdo con la propuesta de la DC, la Sala de Competencia entiende también que la supresión de precios recomendados por parte de BP para sus EESS de reventa facilita la libertad de fijación de precio por parte de las EESS sujetas a este régimen contractual. Y permite un cumplimiento adecuado del Dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 que declaraba contraria a las normas de competencia cualquier cláusula contractual de los contratos de suministro de carburante de BP (o uso comercial con efecto equivalente) en la que se establezca que el precio de adquisición del combustible referenciado al precio máximo o recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno.

### **5.3 Sobre el carácter no ajustado a derecho de la Resolución de 20 de diciembre de 2013.**

Como se ha advertido anteriormente no procede en el marco de este expediente valorar estas cuestiones ya que las mismas fueron abordadas en la Resolución de 2013, remitiéndonos a lo expuesto en ella. Además, la referida Resolución se encuentra recurrida en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional, por lo que será ésta la que resuelva acerca de la conformidad o no a derecho de la misma.

### **5.4 Sobre la incidencia de la Ley 11/2013 en el objeto del expediente de vigilancia.**

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución y al Acuerdo de recalificación, BP recuerda que la DC ha considerado que, tras la Ley 11/2013, los contratos CODO de comisión no estarían obligados a dar cumplimiento al dispositivo 3 de la Resolución de 30 de julio de 2009.

BP reitera que cuando una norma con rango de Ley autoriza una conducta debe aplicarse el art. 4 LDC y dicha conducta queda exenta por Ley, sin que la CNMC pueda prohibirla. BP se remite a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 6 de julio de 2010, considerando que dicho Tribunal adopta una interpretación del art. 4 menos restrictiva que la Resolución de 20 de diciembre de 2013.

La Sala de Competencia de la CNMC ya realizó una valoración de la incidencia de la Ley 11/2013 (y su antecedente el Real Decreto Ley 4/2011) sobre el cumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009 en su Resolución de 20 diciembre de 2013. Según se exponía en dicha Resolución las medidas adoptadas en dicha reforma se encontraban perfectamente en línea con la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 y, de acuerdo con la exposición de motivos, tomaban como punto de partida la constatación de los problemas de competencia sancionados en dicha Resolución, elevaban a norma con rango de ley, y con plazos de cumplimiento determinados, los elementos centrales de las intimaciones que la propia Resolución de 30 de julio de 2009 imponía a las operadoras.

Posteriormente, estas medidas fueron refrendadas en la tramitación del Real Decreto Ley 4/2013 como proyecto de Ley con la adopción de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. No obstante, en esta tramitación se introdujo un nuevo apartado 4 en el artículo 43 bis de la Ley del Sector de Hidrocarburos que limitó el número de contratos afectados por las obligaciones establecidas en dicha disposición en los siguientes términos:

*"4. Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor".*

De esta manera, las estaciones de servicio con contratos CODO quedaban excluidas de las obligaciones legales establecidas en el nuevo artículo 43 bis de la Ley del Sector de Hidrocarburos pero, por imposición legal, antes del 28 de julio de 2014, todos los contratos DODO afectados deberían estar adaptados y no podrían contener cláusulas que, de forma individual o conjunta, fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible. En caso contrario, dichas cláusulas serían nulas o se tendrían por no puestas las cláusulas que determinen el precio de venta del combustible en referencia a un determinado precio fijo, o recomendado, o cualesquiera otras que contribuyan a una fijación indirecta del precio de venta. Teniendo en cuenta el contenido final de la reforma de la LSH realizada finalmente a través de la mencionada Ley 11/2013, de 26 de julio, la Resolución de 20 de diciembre de 2013 determinó los efectos de la misma sobre el cumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009, así como su incidencia sobre el período de incumplimiento de la Resolución y sobre las obligaciones impuestas a las operadoras a través de las intimaciones de la mencionada Resolución en los siguientes términos:

*“1º) El Consejo considera, de acuerdo con la Resolución de 30 de julio de 2009, que cualquier cláusula contractual que establezca que el precio de adquisición del combustible se referencia al precio máximo o recomendado, ya sea de la propia estación o de los competidores del entorno o, por tener un efecto equivalente, al precio de venta al público de las estaciones del entorno, constituye una conducta que restringe la competencia en el sector de la distribución minorista de carburantes y que es contraria a los artículos 1 de la LDC y 101.1 del TFUE.*

*Se encuentran dentro del ámbito de esta consideración los contratos CODO y DODO de comisión y de reventa con descuento fijo y ello con independencia de la propiedad por parte del operador petrolero de los locales y terrenos desde los que se produzca la venta minorista de carburantes cuando la estación de servicio, por una asunción significativa de riesgos, se comporta en la práctica como un operador independiente, tal y como recoge la Resolución de 30 de julio de 2009 en su dispositivo Segundo.*

*Ello además, está en línea con la interpretación de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011 y de 18 de mayo de 2012 que han venido a refrendar la Resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009.*

*2º) Las modificaciones introducidas en la Ley del Sector de Hidrocarburos con la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2013 y, finalmente, por la Ley 11/2013, no contienen ninguna disposición que excluya a este sector de la aplicación de la normativa nacional de competencia. Muy al contrario, de acuerdo con la exposición de motivos de la mencionada Ley los objetivos que persigue la reforma son precisamente fomentar la competencia y la eliminación de barreras en el segmento de la distribución minorista de carburantes.*

*Aunque el legislador no haya querido imponer determinadas obligaciones legales a este tipo de contratos CODO, de ello no puede inferirse una exoneración para este tipo de contratos —y las cláusulas que contengan- del cumplimiento de la normativa de competencia y, por ende, de las resoluciones de las autoridades de competencia, máxime cuando la finalidad de la reforma es precisamente eliminar barreras y aumentar la competencia, porque ello llevaría al absurdo de poder considerar que, al no exigirse legalmente ninguna adaptación, es posible en estos contratos la fijación indirecta de precios de venta al público en contra de lo ya determinado por la doctrina nacional y comunitaria.*

*Por el contrario, lo que la Ley ha venido a hacer en la práctica —junto con otra serie de medidas recomendadas igualmente por las extintas autoridades de competencia y supervisión regulatoria- es, con independencia de la evolución de los procedimientos de vigilancia de las Resoluciones de las autoridades de competencia, facilitar el cumplimiento de estas para las estaciones tipo DODO pero no cabe deducir del contenido de la Ley la voluntad de eximir a las operadoras del cumplimiento de algunas de ellas. Así, no habiendo una exoneración expresa del cumplimiento de la normativa de competencia, la misma se debe aplicar en paralelo a la Ley del Sector de Hidrocarburos, introduciendo como ocurre en otros ámbitos un marco de actuación más restrictivo que el determinado en la normativa sectorial.*

*3º) En todo caso, no podría excluirse —por primacía normativa- la aplicación del acervo y de las normas de competencia de la Unión Europea que son asimismo objeto del presente expediente de vigilancia.*

*El Consejo de la extinta CNC acordó considerar que la conducta objeto de esta expediente es susceptible de ser calificada como una práctica contraria al antiguo artículo 81 del TCE, actual 101 del TFUE.*

*Como se indicaba en la Resolución de 30 de julio de 2009, las Directrices relativas al concepto de efectos sobre comercio contenido en los artículos 101 y 102 del TFUE se aplican a los acuerdos horizontales y verticales y a las prácticas de empresas que "puedan afectar al comercio entre los Estados miembros". Asimismo, señalaba que el párrafo 88 de las mencionadas Directrices establece que "Los acuerdos por los que las empresas imponen precios de reventa pueden tener efectos directos sobre el comercio entre Estados miembros al aumentar las importaciones de otros Estados miembros y disminuir las exportaciones del Estado miembro en cuestión. Los acuerdos que imponen los precios de reventa también pueden afectar a las corrientes comerciales de manera muy similar a las de los carteles horizontales. En la medida en que el precio de reventa impuesto sea más alto que el que existe en otros Estados miembros, este nivel de precios sólo se puede mantener si es posible controlar las importaciones de otros Estados miembros".*

*4º) En línea con lo señalado en los apartados anteriores, la entrada en vigor de la Ley 11/2013, introduciendo un plazo máximo para la adaptación de los contratos DODO, plazo que puede no agotarse si así lo deciden los operadores petroleros, no puede tomarse como referencia temporal a efectos de considerar esta fecha como fecha límite del incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009”.*

De acuerdo con los anteriores argumentos, la Sala de Competencia del Consejo consideró que aunque el legislador no hubiera incluido a los contratos CODO entre los sujetos afectados por las obligaciones de adaptación legal en plazo determinado impuestas a los DODO, ello no les eximía del cumplimiento de la Resolución de la extinta CNC en aplicación de la normativa nacional y de la Unión Europea. Resolución que, además, no se refiere única y exclusivamente a los precios recomendados sino al establecimiento de sistemas de determinación del precio de adquisición/cesión del producto que desincentiven la realización por éstos de descuentos, permitiendo al operador fijar indirectamente por esta vía el PVP.

Las alegaciones de BP en el presente expediente y sus referencias a sentencias anteriores del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 4 de la LDC, como la STS de 6 de julio de 2010, no contradicen los anteriores argumentos.

En primer término, el nuevo apartado 4 del artículo 43 bis de la LSH, introducido por la Ley 11/2014, limita claramente el contenido de la excepción que introduce “*cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor*” al determinar que la normativa no aplicable a dichos operadores será “*lo dispuesto en el presente artículo*”, es decir lo dispuesto en el propio art. 43 bis y nunca las prohibiciones establecidas por el artículo 1 de la LDC o la normativa de competencia en general. Cualquier interpretación diferente sería exceder claramente lo dispuesto por el legislador que limita a la excepción al propio régimen excepcional dispuesto en la reforma de la LSH introducida por el Real Decreto-Ley 4/2011.

En segundo lugar, como ya declaró esta Sala en su Resolución de 20 de diciembre de 2013, el artículo 43 bis.4 no puede excluir, por razones de primacía normativa, la de las normas de competencia de la Unión Europea y, en concreto del artículo 101 del TFUE, así como su normativa de desarrollo. La exoneración de la regulación de la LDC de toda conducta desarrollada por un operador petrolífero “*cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor*”, implicaría la posibilidad de que las operadoras petrolíferas procedieran a fijar los precios de venta al público en estos casos, lo que supondría un claro incumplimiento de las normas de competencia de la UE, incluido el Reglamento 330/2010 de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y sus Directrices de Desarrollo.

Por último, la aplicación del artículo 43 bis.4 de la LSH a los contratos de comisión que pretende BP entra en una evidente contradicción con sus rotundas alegaciones respecto a la inaplicación a estos últimos contratos del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 basada en la inexistencia en dichos contratos de

comisión de “*precio de adquisición/cesión/transferencia o equivalente*” ya que, en palabras de BP, “*por definición, no puede existir un contrato de comisión en el que el comisionista adquiere el producto (como sucede en los contratos de reventa), sino que promueve su comercialización en nombre y por cuenta del principal*”.

Una simple lectura del contenido del art. 43 bis.4 determina que dicho artículo únicamente exceptiona aquellos contratos en los que existe un comprador de bienes o servicios contractuales que revende los mismos “*desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor*”. Por tanto, según la interpretación reiteradamente expuesta por BP en sus alegaciones, dicho artículo nunca podría ser de aplicación a los contratos de comisión o agencia impropia en los que el agente o comisionista que vende por cuenta del proveedor nunca adquiere, según BP, el producto ni ostenta la naturaleza jurídica de comprador.

#### **5.5 Sobre la complejidad en la implementación de las intimaciones contempladas en la resolución de 30 de julio de 2009.**

No es asumible la alegación de BP de que las intimaciones impuestas por la CNC en su Resolución de 30 de julio de 2009 tienen aspectos indeterminados. El Consejo de la CNC en su Resolución de 2009 intimó a REPSOL, CEPSA y BP a que, a partir de la notificación de la citada Resolución, tomaran las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyeran a la fijación indirecta del precio de los combustibles a la venta en las estaciones de servicio de sus redes abanderadas en las que los gestores fueran “empresarios independientes”, ya fueran estos revendedores o agentes no genuinos

Ante esta intimación, no es posible alegar, como afirma BP, que la intimaciones tienen aspectos indeterminados y coloca a BP en la necesidad de interpretar a qué cláusulas y usos comerciales concretos se refiere la resolución de 2009, y cuales son exactamente las cláusulas de sus contratos que se resultan prohibidas.

Como ha afirmado la Audiencia Nacional en el Fundamento Jurídico Decimosegundo de su Sentencia de 5 de noviembre de 2012, recurso nº 636/2009 (recurso interpuesto por BP OIL), “*las operadoras deberán analizar en cada concreto contrato qué medidas deberán adoptar para dar cumplimiento a la parte dispositiva de la Resolución que no aprecia esta Sala sea ambiguo*”.

Por tanto la alegación debe ser rechazada.

#### **5.6 Sobre la errónea delimitación temporal del incumplimiento sancionable.**

BP sostiene que el incumplimiento de la intimación tercera de la resolución de 2009 respecto de los contratos CODO/Comisión no abarca el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2010, fecha en que la Audiencia Nacional deniega la suspensión del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, hasta el 28 de julio de 2013, fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

BP manifiesta que el primer momento en que conoce la opinión de la DC sobre su incumplimiento de la resolución es con su propuesta de informe parcial de vigilancia de 19 de diciembre de 2012; por tanto el plazo de incumplimiento sancionable no puede entenderse que se inicie el 2 de marzo de 2010.

En cuanto al término final de la infracción, afirma BP que el incumplimiento tampoco puede considerarse que finalizara con la Ley 11/2013, sino anteriormente con el Real Decreto- ley 4/2013, publicado justo después de la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, lo que propiciaba que la interpretación de la situación por parte de BP resultaba legítima, razonada y proporcionada.

Sobre este punto, coincide este Consejo con la DC en que el inicio del incumplimiento se inicia el 2 de marzo de 2010, como consecuencia del Auto de la Audiencia Nacional de esta misma fecha, que deniega la suspensión del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, y por tanto resulta ejecutivo.

Tal y como ha quedado acreditado en el expediente y también en la presente resolución, la pretendida complejidad y dificultad para ejecutar la Resolución de 30 de julio de 2009 no puede defenderse a la vista de las concretas actuaciones y propuestas de BP a lo largo del mismo que hubieran podido ser ejecutadas inmediatamente tras la notificación del Auto de la Audiencia Nacional denegando la suspensión requerida por BP.

Con respecto al término final de la infracción, tal y como puso de manifiesto este Consejo en su Acuerdo de recalificación de fecha 18 de diciembre de 2014, el incumplimiento de BP no puede entenderse finalizado a la fecha de entrada en vigor de la citada Ley 11/2013 por los motivos ya apuntados en la resolución de este Consejo dictada en el expediente de vigilancia de 20 de diciembre de 2013, motivos que han sido reiterados en anteriores apartados de esta resolución.

A pesar de ello, lo cierto es que solo cabe sancionar en el marco del presente procedimiento sancionador los hechos que hayan sido objeto del mismo y los que hayan sido objeto de la correspondiente instrucción. No era el objetivo del Acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014 incorporar hechos nuevos al expediente, sino rechazar, tal y como ya se dijera en la anterior Resolución de 20 de diciembre de 2013, que la entrada en vigor de la Ley 11/2013 produjera el efecto de dejar sin objeto o “regularizar” la situación antijurídica de incumplimiento derivada de la conducta pasiva de BP. Siendo ello así, si bien cabe razonablemente deducir que la situación de incumplimiento de la Resolución de 2009 (incumplimiento parcial) puede persistir a fecha de hoy (BP no ha alegado ni acreditado actuaciones conducentes a dar debido cumplimiento a la referida resolución de 2009), lo cierto es que, dados los hechos que han sido objeto de instrucción en este procedimiento sancionador, no cabe imputar a BP un incumplimiento más allá de la fecha del Informe parcial de vigilancia de 12 de septiembre de 2013.

Siendo ello así, y sin perjuicio de que el incumplimiento posterior a dicho Informe parcial de vigilancia, según lo señalado, puede haber tenido lugar, a los efectos de la concreta infracción y consiguiente multa que en este procedimiento cabe imponer, se considera que la duración de la conducta ilícita se prolonga desde el 2 de marzo de 2010 hasta el 12 de septiembre de 2013.

### **SEXTO.- Sobre el carácter doloso o negligente de la conducta.**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo viene afirmando que los principios del derecho penal son de aplicación, con matizaciones, al derecho administrativo sancionador.

En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991), aun a título de simple inobservancia (artículo 130.1 de la Ley 30/1992).

De esta forma, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que infrinjan lo dispuesto en la LDC, ya sea deliberadamente, ya sea por negligencia (artículo 63.1 de la LDC).

La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento de culpabilidad el dolo (en cualquiera de sus grados), sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia (vid., a título de ejemplo, sentencia del TS –Sala de lo Contencioso– de 24 de noviembre de 2011).

En el supuesto que nos ocupa, BP, en sus distintos escritos de alegaciones, considera que en su actuación no concurre el requisito de culpabilidad, dado que el supuesto incumplimiento se basa en una reinterpretación, reconfiguración o alteración de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009. BP habría así dado cumplimiento al literal del dispositivo tercero de la resolución. Por tanto, cualquier omisión de la conducta esperada por la CNMC no podría derivar en una infracción, dada la indeterminación de su interpretación.

El Consejo de la CNMC debe rechazar estas alegaciones, al igual que hizo la DC en su propuesta de resolución. Como se ha afirmado, no es posible aducir, como hace la imputada, que el dispositivo tercero de la resolución tiene naturaleza simplemente declarativa y que, por tanto, no pueda ser objeto de ningún incumplimiento.

A este respecto, la Audiencia Nacional, en el Fundamento de Derecho Decimosegundo de su Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (recurso número 607/2009), que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CEPSA contra la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, ha declarado que:

*“la CNC de forma reiterada en la resolución recurrida hace referencia a “la maraña contractual” para referirse a la regulación de las relaciones entre las EESS y las operadoras por ello con independencia de la denominación contractual que hayan dado las partes a los contratos precisa que esas medidas deben aplicarse a todos los contratos entre los operadores sancionados en esta resolución y los gestores de estaciones de servicio cuyos contratos independientemente de cómo se denominen, contengan cláusulas que hacen que el gestor de las EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes. Se remite a la jurisprudencia del TJCE y TS para determinar cuando tienen tal condición y en concreto señala que dichos Tribunales han establecido que las cláusulas que establecen una obligación de pago al*

*operador en el plazo de 9 días independientemente de que el producto haya sido vendido y las que asignan la responsabilidad del producto al comprador (llamado comisionista o agente) una vez situado en los depósitos implican la asunción de un riesgo no insignificante por parte del Titular de la Estación. Los operadores deberán analizar en cada concreto contrato que medidas deberán adoptar para dar cumplimiento a la parte dispositiva de la resolución que no aprecia esta Sala sea ambiguo al declarar que cláusulas contractuales son contrarias al artículo 1 de la LDC y 81 TCE”.*

Por lo tanto, del mismo modo, BP era conocedora de que lo importante a efectos del análisis de la conducta por parte de la Autoridad de competencia no era la denominación de los contratos, sino el examen de su contenido y de si les eran de aplicación las normas de competencia si se trataba de empresarios independientes, y ello resulta indudable tal y como se declara en la propia resolución de la CNC.

Tal y como se ha señalado con anterioridad, si bien en los casos de contratos de comisión genuina no puede hablarse de precio de adquisición, en los contratos de comisión impropia el distribuidor minorista actúa como dueño exclusivo de la mercancía y sí existe, con independencia del nombre utilizado, un precio de transferencia, depósito o cesión, que actúa como el de adquisición y que, como este, es establecido por el operador sobre la base de parámetros controlados por el mismo.

Además, no hay que olvidar que el Consejo en su Resolución declara prohibido cualquier “uso comercial que tenga un efecto equivalente”.

Pretender la ausencia de culpabilidad de BP por indeterminación de la acción a llevar cabo tampoco puede admitirse. Como se ha advertido una interpretación integradora del resuelve de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, a la luz de lo expuesto de forma más extensa y desarrollada en la fundamentación de la misma, permitía a BP conocer y dar cumplimiento a la referida resolución y tomar las medidas necesarias para que el precio de transferencia o de cesión del carburante se referenciara a parámetros objetivos no controlados por el operador

De acuerdo con lo expuesto no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, cumpliéndose con ello el último de los requisitos necesarios para apreciar la infracción.

Todo ello se entiende sin perjuicio de la posible apreciación de la atenuante de colaboración, así como de la conducta desplegada por BP en relación con las EESS de “venta en firme”, según lo ya señalado en apartado anterior (5.2), consideraciones que serán tomadas en consideración en el fundamento posterior, al objeto de determinar el importe de la multa.

### **SÉPTIMO.-Sobre el importe de la sanción.**

El art. 62.4.c) LDC tipifica como infracción muy grave incumplir lo establecido en una resolución adoptada en aplicación de la LDC, a la que según el art. 63.1.c) LDC puede corresponder una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción, esto es, 2014.

En el requerimiento de información acordado por este Consejo el pasado 18 de diciembre de 2014 se requirió a BP la aportación de su volumen de negocios total en 2014 a los efectos de calcular el límite de la multa según lo dispuesto en el citado artículo 63.1.c) de la LDC. No obstante, BP señala (escrito de 7 de enero) que no dispone en fecha tan próxima al cierre del ejercicio de dicha información, lo que debe permitir a este Consejo tomar en consideración su volumen de ventas total en 2013, máxime teniendo en cuenta que, según se verá, la multa que finalmente se imponga no superará en modo alguno el límite legal referido.

El volumen de negocios total de BP en 2013 es de 5.027.282.789 euros (escrito de alegaciones a la propuesta de resolución aportado por BP, folio 1392), de forma que el límite de la sanción, según el precepto antes referido, sería de 502.728.279 euros.

Para la determinación del importe de la sanción el artículo 64.1 de la LDC dispone lo siguiente:

*“El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:*

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.*
- c) El alcance de la infracción.*
- d) La duración de la infracción.*
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.”*

En su informe, la DC menciona expresamente que se valore como atenuante/eximente respecto de las 423 EESS CODO/DODO/COFO venta en firme indiciada a precio de referencia, el ofrecimiento efectuado por BP con fecha 18 de enero de 2013, en aras a la solución del problema de competencia de las mismas. Asimismo debería considerarse la atenuante de la parcialidad del incumplimiento, respecto del conjunto de obligaciones dimanantes de la Resolución de 2009, que alcanza solo a una de las cuatro impuestas, según lo señalado en Fundamento segundo de esta resolución. Por último, el órgano instructor apunta también a la particular colaboración activa y efectiva de BP con visos a procurar el cumplimiento de la Resolución de 2009, como posible circunstancia atenuante a tomar en consideración ex art. 64.3.d) de la LDC.

El referido requerimiento de información acordado por el Consejo el pasado 18 de diciembre fue atendido por BP mediante escrito de 7 de enero (folios 1447-1450, confidenciales; 1451-1453, versión censurada) en el que desglosa los volúmenes de negocios derivados de la actividad de las estaciones de servicio de la red de BP, desglosando los importes en función de “*EESS CODO/comisión sujeta a normativa de competencia*”, “*EESS DODO/ comisión sujeta a normativa de competencia*” y “*EESS CODO/DODO/ venta en firme a precio de referencia*” correspondiente a los ejercicios

2010, 2011, 2012 y 2013, señalando que el reparto número de EESS en cada uno de los supuestos no es idéntico en cada uno de los ejercicios.

En aplicación de la letra a) del referido art 64.1 de la LDC, antes citado, la delimitación de un posible mercado afectado por la conducta pasaría por tomar en consideración los volúmenes de ventas aportados por BP. No obstante, si bien el supuesto de las “*EESS CODO/DODO/Venta en firme a precio de referencia*” constituye uno de los supuestos objeto de incumplimiento, la posterior conducta activa de BP tendente a superar dicho incumplimiento (Vid, anterior Fundamento 5.2) permite excluirlos de consideración a los efectos de ponderar la incidencia del incumplimiento en el mercado afectado ex artículo 64.1.a) de la LDC, sin perjuicio de que el incumplimiento, hasta la fecha de la efectiva implementación de las medidas por parte de BP, en relación con este tipo de EESS resulta a juicio de este Consejo incontrovertido.

El artículo 64.1 de la LDC exige también la toma en consideración de la duración de la conducta que, según lo antes señalado, puede imputarse desde el 2 de marzo de 2010 hasta el 12 de septiembre de 2013.

De acuerdo con los datos facilitados por BP, una vez excluidos los importes correspondientes a “venta en firme”, y ponderados los correspondientes a 2010 y 2013 por los tiempos en los que la conducta se imputa, cabría cifrar en cerca de 800.000.000 euros el importe afectado por el incumplimiento imputado a BP.

Por otro lado, merece especial atención también, tomar en consideración que como consecuencia de la infracción declarada, la Resolución de 2009 impuso a BP una multa de 1.100.000 euros.

En atención a tales circunstancias, vistas las circunstancias de atenuación propuestas por la Dirección de Competencia, la facturación en el mercado afectado por la conducta, su duración, así como el importe de la multa correspondiente a la Resolución cuyo incumplimiento se sanciona, estima este Consejo adecuado a los fines de disuasión que deben guiar principalmente la concreción de la multa, así como al principio de proporcionalidad que debe igualmente orientar el ejercicio de la potestad sancionadora, la imposición de una multa de 750.000 euros.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

## **HA RESUELTO**

**PRIMERO.-** Declarar acreditado el incumplimiento del dispositivo tercero de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente sancionador 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a BP OIL ESPAÑA, S.A.

**SEGUNDO.-** Imponer a BP OIL ESPAÑA, S.A, una multa de setecientos cincuenta mil EUROS (750.000 €).

**TERCERO.-** Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a BP OIL ESPAÑA S, A., haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTOS PARTICULARES

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución aprobada, **por mayoría simple**, en el día de hoy 29 de Enero del 2015, en el marco del Expediente Sancionador SNC/0034/13 BP.

**DISCREPANCIA** con lo acordado y resuelto, que desarrollo y fundamento en los siguientes **MOTIVOS**

### **PRIMERO.- ANTECEDENTES.-**

Los antecedentes que concreto a continuación han tenido y siguen teniendo una especial relevancia en este Expediente Sancionador SNC/0034/13 BP, tanto en la concreción del ámbito temporal de la conducta imputada, como en la cuantificación de la misma.

**1º Voto Particular Discrepante** formulado en el marco del Expediente de Vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP **antecedente causal inmediato** de este Expediente Sancionador SNC/0034/13 BP que ahora nos ocupa.

En él manifestaba literalmente que:

*1º “Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy extinto, con fecha **30 de Julio de 2009** dictó una Resolución Administrativa, en cuya Parte Dispositiva acordaba:*

*Primero.- Declarar que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A., y BP OIL DE ESPAÑA S.A., han infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989 de 16 de Julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 81.1 del Tratado CE, al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.*

*Segundo.- Declarar que todos los contratos que incluyen las cláusulas en virtud de las cuales el principal le traslada a la otra parte firmante del acuerdo riesgos comerciales o financieros no significativos serán tratados a efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia, **como contratos de reventa.***

*Tercero.- Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPSA y BP en la que se establezca que el precio de adquisición del combustible se referencia al precio máximo recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno, es contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas.*

*Cuarto.- Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPSA y BP en la que se establezca que las comisiones/márgenes a percibir se calcularán a **niveles similares** a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato es contraria al artículo 1 de la*

*LDC y 81 del TCE, así como cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas.*

*Quinto.- Intimar a REPSOL, CEPSA y BP a que, a partir de la notificación de la presente Resolución, tomen las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio de los combustibles a la venta en Estaciones de Servicio de las redes abanderadas por REPSOL, CEPSA y BP en las que los gestores sean empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia y en particular:*

- i. Con el fin de que los precios aplicados a los clientes figuren correctamente en los tickets justificativos de la compra emitidos por los terminales de pago propio, tanto para el cliente como para el gestor de la EESS, no podrán operar en dichos terminales sistemas que dificulten la introducción manual del precio de venta final en cada operación de venta. El precio máximo recomendado no podrá estar incorporado en dichas terminales.*
- ii. No podrán operar en su red de sistemas en los terminales de puntos de venta que impidan o dificulten conocer y obtener justificantes de los descuentos practicados, bien para su uso como justificante de un gasto promocional o para justificar una rectificación de factura.*
- iii. No podrán emplear en su red sistemas de facturación que obstaculicen las rectificaciones de facturas que sean precisas para reflejar los descuentos practicados por el gestor de la estación de servicio.*
- iv. No podrán ocultar el conocimiento por parte del gestor de la estación de servicio del descuento total que se aplica al cliente de cada tarjeta de fidelización cuando dicho descuento es compartido, así como de la cuantía que le corresponda.*

*Sexto. Imponer a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., una multa de CINCO MILLONES DE EUROS (5.000.000 €uros) por la infracción sancionada.*

*Séptimo.- Imponer a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A., una multa de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL EUROS (1.800.000 €uros) por la infracción sancionada.*

*Octavo.- Imponer a BP OIL ESPAÑA S.A., una multa de UN MILLÓN CIENTO MIL EUROS (1.100.000 €uros) por la infracción sancionada.*

*Noveno.- Intimar a REPSOL, CEPSA y BP para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*

*Décimo.- Ordenar a REPSOL, CEPSA y BP la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la Parte Dispositiva de esta Resolución (**SIC**) en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor difusión en todo el territorio nacional. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 €uros por cada días de retraso.*

*Undécimo.- Los sancionados justificarán ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.*

*Duodécimo.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide el cumplimiento de esta Resolución.*

2º REPSOL, CEPSA y BP interpusieron ante la Audiencia Nacional recursos, ordinario y extraordinario por vulneración de derechos fundamentales, que fueron desestimados en Sentencias dictadas en las siguientes fechas:

- REPSOL: derechos fundamentales 5 de Noviembre de 2012; y ordinario 6 de Junio de 2012.
- CEPSA: ordinario 15 de Noviembre de 2012; **pendiente de resolución el Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo.**
- BP: derechos fundamentales 4 de Noviembre de 2012; y ordinario 5 de Noviembre de 2012.

3º La Sala Tercera del Tribunal Supremo **ESTIMA** los Recursos de Casación interpuestos por REPSOL y BP y **CASA Y ANULA** las Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, en Sentencias de 31 de Octubre del 2013 y 28 de Enero de 2013, respectivamente.

**SEGUNDO.- Por consecuencia de lo anterior y hasta tanto no hubiere gozado de FIRMEZA la Resolución Administrativa, por consecuencia de los recursos interpuestos, la VIGILANCIA de la misma queda en suspenso por imperio de la Ley.**

**O lo que es lo mismo que decir que hasta el día 28 de Enero del 2013 (BP) y 31 de Octubre de 2013 (REPSOL) la hoy extinta Dirección de Investigación carecía de autoridad para cuidar de la vigilancia de la Resolución Administrativa 30 de Julio del 2009, tantas veces citada, en lo atañente a los numerales Tercero, Cuarto y Quinto (Parte Dispositiva).**

**TERCERO.-** Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que en la Resolución que se nos propone y de la que discrepo, **en el apartado 7 de los Antecedentes de hecho** literalmente se dice que “el 20 de Mayo tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Informe Parcial de Vigilancia, llevándose a deliberación al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinta) **el día 29 de Mayo de 2013.**

Y sigue diciendo en el siguiente **apartado 8** que “el 5 de junio de 2013, **ADVERTIDA** la ausencia del Informe Preceptivo del **órgano regulador sectorial**, la Comisión Nacional de la Energía (CNE), el Consejo de la CNC **acordó retrotraer** el procedimiento al trámite procesal en el que debió realizarse dicha solicitud para que la Dirección de Investigación **SUBSANE** la omisión y solicite informe a la Comisión Nacional de la Energía al amparo del Artículo 17 de la LDC”.

En dicho Informe se dice en el **apartado segundo** que “a partir de la información sobre contratos que obra en poder de la CNE de la red de Repsol en el municipio de Huesca y de las alegaciones de BP para el Informe sobre el expediente informativo del efecto del día de la semana en la determinación de los precios de los carburantes, **puede concluirse que, al menos**, en esos casos, existe efectivamente un precio de adquisición que se relaciona con el precio de venta al público recomendado por Repsol y el precio de venta al público de la zona”.

**Y significativamente** sigue diciendo en el siguiente apartado tercero que “**esta Comisión (CNE) no puede aportar información sobre los contratos de suministro en exclusiva de Cepsa**”.

Y todavía más significativo lo concretado en el siguiente apartado cuarto “**en el caso de adoptarse decisión de la CNC según el contenido del informe de vigilancia, se tomaría en un momento oportuno, pues permitiría que dicha**

**adaptación se realizara teniendo en cuenta las nuevas obligaciones impuestas por la Ley 11/2013”.**

En concordancia y amparo con lo anterior, en el llamado **borrador de resolución**, en su página 7, se establece lo siguiente “sin embargo, la promulgación en julio de 2013 de la Ley 11/13 ha dejado parcialmente vacía de contenido esta propuesta (la elevada por la Dirección de Investigación al Consejo CNC) toda vez que las medidas que al efecto **hubiera podido adoptar el Consejo de la CNC** respecto de los contratos DODO/comisión...han sido ya establecidas en la mencionada Ley, **dando para su cumplimiento un plazo determinado que finaliza el 28 de Julio del 2014”.**

**CUARTO.- En el interim**, se ha promulgado y publicado la Ley 11/2013 de 26 de Julio, de Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que doy por reproducida al amparo de la máxima **iura novit curia**.

En su Título V, Medidas en el ámbito del sector de hidrocarburos, **modifica** lo dispuesto en la Ley 34/1998 de 7 de Octubre, del Sector de Hidrocarburos **y añade un nuevo Artículo el 43 bis, con una redacción del siguiente tenor** (en cita literal):

Artículo 43 bis.- Limitaciones a los vínculos contractuales de suministro en exclusiva.

1. Los vínculos contractuales de suministro en exclusiva deberán cumplir las siguientes condiciones:
  - a) la duración máxima del contrato será de un año. Este contrato se prorrogará por un año, automáticamente, por un máximo de dos prórrogas, salvo que el distribuidor al por menor de productos petrolíferos manifieste, con un mes de antelación como mínimo a la fecha de finalización del contrato o de cualesquiera de sus prórrogas, su intención de resolverlo.
  - b) no podrán contener cláusulas exclusivas que, de forma individual o conjunta, fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible.
2. Se considerarán nulas y se tendrán por no propuestas aquellas cláusulas contractuales en las que se establezca una duración del contrato diferente a la recogida en el apartado 1 ó que determinen el precio de venta del combustible en referencia a un determinado precio fijo, máximo o recomendado, o cualesquiera otras que contribuyan a una fijación indirecta del precio de venta.
3. Los operadores al por mayor comunicarán a la Dirección General de Política Energética y Minas la suscripción de este tipo de contratos, incluyendo la fecha de su finalización, la cual será publicada en la web oficial del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
4. **Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor.**

**QUINTO.-** El apartado 4 del Artículo 43 bis de la Ley 11/2013 anteriormente citado, evidentemente establece **una excepcionalidad singular ad personam**, quizás debida a una enmienda transaccional legislativa presentada en el trámite ante el Senado, **pero ello no empece** para que esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **no cumpla el mandato legal de dictar resoluciones bajo el imperio de la Ley y el Derecho** ex Artículo 103 de la Constitución Española, al tiempo que **veda la interdicción y la arbitrariedad de los poderes públicos** ex Artículo

9 del mismo Texto Constitucional que, obviamente, **consagra los principios de seguridad jurídica y legalidad.**

**SEXTO.-** Se debe **concluir** diciendo que:

**1º** el seguimiento de los contratos ha sido aleatorio, según el Informe Preceptivo emitido por la Comisión Nacional de la Energía, hoy extinta.

**2º** que, en todo caso, los mismos y por consecuencia de la promulgada y publicada Ley 11/2013 la adecuación de los contratos tendría un plazo de adecuación para su cumplimiento **que finalizaría el 28 de Julio del 2014.**

**3º** que el **dies a quo** viene concretado por la fecha de notificación de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, en orden a la firmeza de la Resolución Administrativa **en nunc.**

**4º** que dicha Ley 11/2013 en el apartado cuarto del Artículo 43 bis **consagra un régimen de excepcionalidad singularizada ad personam.**

**5º** finalmente, la Ley 3/2013 de 4 de Junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **engloba** a siete anteriores Comisiones independientes, entre las que se encuentra la hoy extinta Comisión Nacional de la Energía.

De ahí que, partiendo del principio de seguridad jurídica que proclama, deviene fácilmente comprensible que el mismo Organismo no puede dictar resoluciones administrativas contrarias y/o incluso contradictorias, **so pena de vulnerar el principio doctrinal de confianza legítima y caer en una incongruencia, difícilmente entendible y, en todo caso, no sujeta a legalidad.**

**SÉPTIMO.-** En todo caso y por consecuencia de lo previamente establecido, es de aplicación lo prevenido en el Artículo 4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Lo que significa que esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **debería** haber dictado una Resolución Administrativa conforme y adecuada a lo establecido en los Hechos Probados, en adecuación a los principios de legalidad y seguridad jurídica exigidos por el Ordenamiento.

Así, por este Mi Voto Particular Discrepante lo dispongo, mando y firmo en Madrid, el mismo día.

-----0-----

**2º Voto Particular Discrepante** formulado en el marco de los Expedientes Sancionadores SNC/0033/13 CEPSA y SNC/0034/13 BP.

*“En la mañana del día de hoy, esta SALA DE COMPETENCIA, **por mayoría simple**, ha adoptado el ACUERDO “de modificar la propuesta que nos elevara la Dirección de Competencia, por considerar que la infracción objeto de este expediente, no finalizada (SIC) el 28 de Julio de 2013 (fecha en que entra en vigor la Ley 11/2013 de 26 de Julio, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo al Crecimiento de la Creación de Empleo, sino que se mantiene en la actualidad”.*

Y cita en apoyo de tal pretensión lo previsto “en el Artículo 37.1.f) de la LDC (**debe entenderse de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia**) en los términos establecidos en el Artículo 51”.

**DISCREPANCIA** con lo acordado que concreto, desarrollo y fundamento en los siguientes **MOTIVOS**

**PRIMERO.-** (.....)

**SEGUNDO.-** Al mantenerse la causa antecedente, así como el fondo de aquella Resolución Administrativa y siendo los efectos de la misma este Procedimiento Sancionador, entiendo que al constituir **una unidad de actuación resolutoria** y, en coherencia, **ME RATIFICO** plenamente en el mismo.

**TERCERO.-** Con el consiguiente ítem más

**1º** el causal antecedente es la **Resolución de 20 de Diciembre del 2013** aprobada por esta SALA DE COMPETENCIA y contra la que formulé el anteriormente transcrito Voto Particular Discrepante. Así, en la Parte Dispositiva de la misma se acordaba:

Primero.- Declarar el incumplimiento **parcial** de la Resolución de la extinta CNC de 30 de Julio de 2009, en particular en sus dispositivos **TERCERO, CUARTO y QUINTO APARTADO iv.**

Segundo.- Declarar que el incumplimiento de la mencionada Resolución debe ser total y efectivo para la remoción de los efectos anticompetitivos de las prácticas declaradas prohibidas en la misma.

Tercero instar a **BP** (...) para que adopte las medidas necesarias para el cumplimiento completo de la Resolución de 30 de Julio de 2009. En particular instarle para que:  
(....)

Sexto.- Interesar a la Dirección de Competencia la apertura de un procedimiento sancionador por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero de esta Resolución y para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución.

-----0-----

**“2º.-** Por consecuencia de lo anteriormente resuelto, la Dirección de Competencia **recibió un mandato concreto y puntual**, que ha sido fielmente cumplido. De ahí que, ahora y **SIN CAUSA** se le pretenda imponer un nuevo criterio que **modifique sustantivamente lo resuelto y acordado**, lo que debe ser rechazado por impropio y arbitrario ex Artículo 9 de la Constitución Española, que veda a las Administraciones Públicas en incurrir en interdicción=arbitrariedad.

Entre otras consideraciones y sin ánimo de agotarlas, esta SALA DE COMPETENCIA no puede desconocer sus propias resoluciones y viene obligada, por imperio de la Ley, a respetarlas y cumplirlas, en sus propios términos

**“3º.-** Sin perjuicio de lo anterior, el **ACUERDO DE RECALIFICACIÓN** vulnera frontalmente los preceptos legales en los que se ampara para obtenerlos. Veamos:

a) el Artículo 37 “Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo”, de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, **en su apartado f)**

dispone que “cuando se produzca un cambio **en la calificación jurídica** de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, **en la actualidad SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en los términos establecidos en el artículo 51”.

- b) la Sección 2ª (de la resolución del procedimiento sancionador) en su Artículo 51 “Procedimiento de resolución ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia” (**en la actualidad SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) en su **apartado 4** dispone que “cuando...estime que la cuestión sometida a su conocimiento **podiera no haber sido calificada debidamente** en la propuesta de la Dirección de Investigación (en la actualidad, Dirección de Promoción) someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas”.

En consecuencia **no estamos en presencia de una INDEBIDA CALIFICACIÓN**, dado que la conducta tipificada lo ha sido por infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007 **y esta se mantiene**; y dado que la conducta previamente tipificada ha sido calificada como muy grave ex Artículo 62 de la Ley 15/2007 **y esta se mantiene**.

Lo que se pretende en dicho ACUERDO, siquiera lo sea de forma indirecta, es el modificar la duración de la conducta declarada infringida y calificada como muy grave. **Tal pretensión excede del concepto de CALIFICACIÓN y por ende del de RECALIFICACIÓN.**

De ahí que deba ser rechazado, por atentar al principio de legalidad.

**CUARTO.-** Más bien estaríamos en presencia de una propuesta para mejor dilatar, que no para mejor recalificar.

Así, por este Mi Voto Particular Discrepante lo pronuncio, mando y firmo en Madrid a 19 de Diciembre del 2014.

## **SEGUNDO.- EXPEDIENTE DE VIGILANCIA VS/0652/07.-**

Este Expediente Sancionador que ahora nos ocupa, trae causa antecedente del Expediente de Vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP. En él se imputaban a: (1) REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.; (2) CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A.; y (3) BP OIL ESPAÑA S.A.

Lo que inicialmente fue un Expediente único y unitario, no se sabe por qué razón, se ha convertido en tres Expedientes independientes **“aunque lo fueran inicialmente con la misma causa o razón de instruir e imputar”**.

De ahí que ahora se pueda producir y se ha producido la aberración jurídica de que mientras en la “pieza separada de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.” se ha acordado en el día de hoy suspender toda decisión a adoptar en ese Expediente “por haber acordado la Audiencia Nacional medidas cautelares, instadas por dicha entidad mercantil” y hasta tanto no se pronuncie al respecto, los otros dos se mantienen “siendo la causa y razón de pedir la misma” y, todavía más, se deliberan y resuelven acordando sancionar, produciéndose el absurdo

jurídico que, si la Audiencia Nacional asumiera los motivos del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Repsol, estaríamos en presencia de un perjuicio irreparable.

En consecuencia y armonía con tal Acuerdo adoptado en el día de hoy, hubiera sido aconsejable y así lo pidió este Consejero Discrepante, que el mismo fuera extensivo a las otras dos empresas imputadas: CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A. Propuesta que no fue estimada.

Lo que dejo acreditado a los efectos procedentes.

### **TERCERO.- ÁMBITO TEMPORAL DE LA CONDUCTA: VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.-**

En el MOTIVO SEXTO de mi inicial Voto Particular Discrepante a la Resolución Administrativa dictada en el marco del Expediente Parcial de Vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP tantas veces citado, **concluía diciendo que**

*1º el seguimiento de los contratos ha sido aleatorio, según el Informe Preceptivo emitido por la Comisión Nacional de la Energía, hoy extinta.*

*2º que, en todo caso, los mismos y por consecuencia de la promulgada y publicada Ley 11/2013, la adecuación de los contratos tendría un plazo para su cumplimiento, que finalizaría el día 28 de Julio del 2014.*

*3º que el dies a quo viene concretado por la fecha de notificación de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, en orden a la firmeza de la Resolución Administrativa ex nunc.*

*4º que dicha Ley 11/2013, en el apartado cuarto del Artículo 43 bis consagra un régimen de excepcionalidad singularizada ad personam.*

*5º finalmente, la Ley 3/2013 de 4 de Junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia engloba a siete anteriores comisiones, entre las que se encuentra la hoy extinta Comisión Nacional de la Energía.*

Y concluía **“De ahí que, partiendo del principio de seguridad jurídica que proclama, deviene fácilmente comprensible que el mismo Organismo no puede dictar resoluciones administrativas contrarias y/o incluso contradictorias, so pena de vulnerar el principio doctrinal de la confianza legítima y caer en una incongruencia, difícilmente entendible y, en todo caso, no sujeta a legalidad”.**

-----0-----

Hoy me reitero en lo dicho y añadido que **“en todo caso, las imputaciones de conductas infractoras del Artículo 1 de la Ley 15/2007, extensibles tanto a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., como a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A., como a BP OIL ESPAÑA S.A., NO VIENEN ADVERADAS, NI PROBADAS, NI MOTIVADAS”**, limitándose la Resolución hoy

aprobada a dar por ciertas las mismas, con un exclusivo ánimo sancionador, como desarrollaré en el siguiente Motivo.

Concluyendo, la Resolución aprobada en el día de hoy, y de la que discrepo, ignora el mandato legislativo de la Ley 11/2013; el Informe Preceptivo de la hoy extinta Comisión Nacional de la Energía; los plazos a partir de los cuales (**dies a quo**) las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo fijan los plazos de adecuación de los contratos a la nueva Ley 11/2013 y no a lo ordenado por una Resolución administrativa dictada con anterioridad a su promulgación y publicación; plazos que, tanto en un caso como en el otro, finalizarán el 28 de Junio del 2014.

Por ello toda la instrucción (forzada) deviene nula de pleno derecho, al haberse vulnerado los principios fundamentales constitucionales consagrados en el Artículo 9 de la Constitución Española y de la doctrina jurisprudencial de la confianza legítima ex Artículo 3.1 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras la reforma **ope legis 4/1999 de 13 de Enero**.

#### CUARTO.- CUANTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN.-

La Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple, al no poder hacer de aplicación **la Comunicación de Sanciones de 6 de Febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia**, derivada de las infracciones de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, ni de los Artículos 81 y 82 (en la actualidad Artículos 101 y 102 TFUE), ni de los Reglamentos y Directrices, aplica lo prevenido en los Artículos 63 y 64 de la citada Ley 15/2007 **pero adentrándose en un campo prohibido: (1) el volumen consolidado de negocios de REPSOL S.A. , CEPSA S.A. y BP ESPAÑA S.A. frente al de las empresas inicialmente imputadas y de las que trae causa este Expediente Sancionador; (2) desconociendo el mercado afectado; y (3) ello SIN MOTIVACIÓN alguna**.

Al efecto procede dejar acreditado:

1º la Resolución aprobada, **sin motivación argumentativa alguna**, imputa como volumen de negocios el volumen consolidado del Grupo y no el concreto de la entidad mercantil infractora, ya sea ésta BP OIL ESPAÑA S.A.; ya lo sea CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A.; ya lo sea REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. Y en consecuencia, el diferencial se dispara. Lo cual prima facie implica asombro y una ilegalidad, a la vista que son una sociedades, concretas e individualizadas, y no el Grupo, a las que se les imputan conductas infractoras.

A par que hace abstracción del **“mercado relevante en el que se ha producido la conducta infractora que se imputa”**, que nada tiene que ver con los volúmenes consolidados de todo un Grupo.

Esto es, todo expediente sancionador debe, prima facie, concretar el mercado en el que la conducta que se imputa se ha producido una tipicidad legal, para finalmente proceder a cuantificar la sanción a imponer. Lo que necesariamente supone **“correlación necesaria entre mercado-sanción-enriquecimiento sin causa=beneficio ilícito”**. Por tanto enriquecimiento si causa lícita (o ilícito) equivale a volumen de negocios en ese mercado en el que se ha producido, no siendo por ello relevante el adjetivo (total), sino el sustantivo (volumen de negocios) en el ámbito geográfico (mercado).

Y en todo caso, siempre referido a la persona (física o jurídica) infractora, dotada de personalidad de obrar y responsabilizarse con independencia del Grupo, al que pueda pertenecer, si estamos en presencia de empresas multiproducto.

Lo que no acontece en empresas uniproducto.

**2º** la Resolución aprobada, **sin motivación argumentativa alguna**, refiere pero no motiva ni concreta qué porcentual aplica a la conducta calificada como muy grave, en orden a lo prevenido en el siguiente Artículo 64.

Esto es, ignora, no ya los segmentos (mínimo, medio y máximo) sino los intervalos que propone el precepto legal; para las conductas leves entre un porcentual del 0,001 hasta el 1%; para las graves desde el 1,001 hasta el 5%; y para las muy graves desde el 5,001 hasta el 10%.

Lo que contraría el Derecho, pues no son los particulares/administrados quiénes deben asumir la potestad interpretadora de la resoluciones, por cuanto las mismas deben ser claras y precisas ex Ley 30/1992

Esta Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple, y de la que discrepo, abunda una vez más en oscurantismo por falta de motivación argumentativa, por lo que la misma, también y ahora, al producir indefensión a las partes, conllevaría una declaración de nulidad plena.

**3º** Finalmente dejar acreditado que, cuando finalmente aborda “el carácter doloso o negligente” de las conductas imputadas lo hace al amparo de una Sentencia de la Audiencia Nacional de **5 de Noviembre de 2012 Recurso 607/2009** que no puede serle de aplicación a este Expediente Sancionador **“por cuanto en el recurso que conoce, NO se había promulgado la Ley 11/2013 NI el Real Decreto Ley 4/2013”**.

**Preceptos legales promulgados y publicados después de la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, pero en todo caso, antes de ser aprobada esta Resolución.**

Así, por este **Mi Voto Particular Discrepante** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, fecha ut supra.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 29 de enero de 2015, en el marco del Expediente SNC/0034/13, BP.**

Mi discrepancia se explicita de este modo:

**PRIMERO.-** La Resolución dice lo siguiente (págs. 5-6): «El 18 de diciembre de 2014 la Sala de Competencia dictó acuerdo de recalificación, dando traslado del mismo a BP y a la Dirección de Competencia para que en el plazo de quince días formularan las alegaciones que estimaran pertinentes. [...] en dicho Acuerdo el Consejo [sic] constató que [...] el incumplimiento de BP no finalizaría el [...], como sostiene la DC, sino que se mantendría de forma indefinida mientras BP no adoptara las medidas pertinentes para el cumplimiento de la citada Resolución de 2009.»

En el Voto Particular discrepante con el citado Acuerdo de 18 de diciembre de 2014, expuse mi oposición a la referida extensión del periodo de imputación. Las razones están contenidas en aquél Voto Particular al Acuerdo y las doy por reproducidas aquí.

**SEGUNDO.-** Doy por reproducido en el contenido completo del epígrafe 5.6 de la presente Resolución, titulado «Sobre la errónea delimitación temporal del incumplimiento sancionable» (págs.37-38), **destacando lo siguiente:**

« [...] Con respecto al término final de la infracción [...] lo cierto es que solo cabe sancionar en el marco del presente procedimiento sancionador los hechos que hayan sido objeto del mismo y los que hayan sido objeto de la correspondiente instrucción [...] lo cierto es que, dados los hechos que han sido objeto de instrucción en este procedimiento sancionador, no cabe imputar a BP un incumplimiento más allá de la fecha del Informe parcial de vigilancia de 12 de septiembre de 2013.»

En tal caso, entiendo aún menos la lógica de haber aprobado (con la oposición de dos miembros de la SALA) el Acuerdo de 18 de diciembre de 2014, por el que se extendía el período de imputación a un horizonte temporal posterior a la fecha en la que la DC **notificó a BP** OIL ESPAÑA, S. A. la *Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia* de la que trae causa el Expediente que nos ocupa.

[Incidentalmente: Según lo establecido en los ANTECEDENTES 6 y 8 de la *Propuesta de Resolución* de la DC en el Expediente que ahora nos ocupa, dicha fecha es el 19 de diciembre de 2012, no el 12 de septiembre de 2013 a que se refiere el texto

citado. El 12 de septiembre de 2013 es la fecha en la que la DC **elevó** la mencionada *Propuesta* a la SALA de COMPETENCIA.]

**TERCERO**.- La Resolución dice lo siguiente (págs. 40-41):

« [Es una] *infracción muy grave incumplir lo establecido en una resolución [...] según el art. 63.1.c) LDC puede corresponder una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa [...] El volumen de negocios total de BP [...] es de 5.027.282.789 euros*».

La *Resolución* opta por aplicar una sanción del 0,015% (es decir, si bien el «límite de la sanción, según el precepto antes referido, sería de 502.728.279 de euros [pág. 41]», la SALA «estima adecuado a los fines de disuasión que deben guiar principalmente la concreción de la multa, así como al principio de proporcionalidad que debe igualmente orientar el ejercicio de la potestad sancionadora, la imposición de una multa de 750.000 euros [pág. 42].»

Tengo un gran escepticismo acerca de que una multa de 750.000 euros ejerza el más mínimo efecto disuasorio sobre una empresa cuyo volumen de negocios es 5.027.282.789 de euros; y si, como afirma la *Resolución* –pero sin explicación razonada– (pág. 42), « [...] *cabría cifrar en cerca de 800.000.000 de euros el importe afectado por el incumplimiento imputado a BP*», entonces también soy escéptico sobre la adecuación de la multa al «*principio de proporcionalidad*».

Ahora bien, más allá de mostrar mi escepticismo sobre la bondad de la multa impuesta para atender a esos dos objetivos, no dispongo de elementos de juicio *para mostrarme de acuerdo o en desacuerdo con ella*, pues *no sé en qué se fundamenta. Y ese es el problema*.

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

No es conforme a Derecho que el órgano sancionador se dote a sí mismo de un método para la determinación de la multa que opere en sentido contrario, es decir, determinar *primero el monto* de la multa y luego, como residuo, el porcentaje que representa sobre el volumen de negocios de la empresa infractora, es decir: “**monto de la multa→ % del volumen de negocios en el ejercicio...**” Sin embargo, la *Resolución* opera de esa forma:

«[...] *vistas las circunstancias de atenuación propuestas por la Dirección de Competencia, la facturación en el mercado afectado por la conducta, su duración, así como el importe de la multa correspondiente a la Resolución cuyo incumplimiento se sanciona, estima este Consejo [sic] adecuado a*

*los fines de disuasión que deben guiar principalmente la concreción de la multa, así como al principio de proporcionalidad que debe igualmente orientar el ejercicio de la potestad sancionadora, la imposición de una multa de 750.000 euros.»*

*Ex post*, este Consejero ha deducido que esa multa equivale al 0,015% del volumen de negocios de la imputada (como se puede deducir que también equivale al 0,09% del –según la *Resolución*– volumen de negocios «*afectado por el incumplimiento imputado*»). Pero lo que no puedo deducir de la *Resolución* es a través de qué consideraciones, ponderación asignada a los diferentes factores previstos en el Artículo 64 de la Ley 15/2007, y consecuentes cálculos aritméticos, la SALA **ha dado en elegir**, de entre los infinitos puntos del intervalo (0%, 10%), **precisamente el 0,015%**.

A ese respecto, conviene recordar: **(1)**, lo establecido por la AN (por todas, SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013): «Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% **debiendo graduarse la multa dentro de esta escala**, según las agravantes y atenuantes concurrentes, [...] **pero razonando en cada caso [...] la fijación del concreto porcentaje**»; y **(2)**, que la elección requiere una **motivación**, ex Art. 218-2y3 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

**CUARTO.-** La Resolución, tras enumerar una serie circunstancias atenuantes propuestas por la DC, dice lo siguiente (pág. 42, énfasis añadido):

*«Por otro lado, merece especial atención también, tomar en consideración que como consecuencia de la infracción declarada, la Resolución de 2009 impuso a BP una multa de 1.100.000 euros [...] vistas las circunstancias de atenuación propuestas por la Dirección de Competencia, la facturación en el mercado afectado por la conducta, su duración, así como el importe de la multa correspondiente a la Resolución cuyo incumplimiento se sanciona, estima este Consejo [sic] adecuado a los fines de disuasión [...] así como al principio de proporcionalidad [...] la imposición de una multa de 750.000 euros».*

Pues bien, la reincidencia infractora no es un elemento válido para atenuar la sanción. En primer lugar, desafía a la lógica; y en segundo lugar, y de mayor importancia (*en lo que a estos efectos se refiere*), es contraria al Art. 64-2-a de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

*Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 29 de enero de 2014.*