



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**Expte. SNC/0033/13, CEPSA**

## **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/0033/13, CEPSA, iniciado por la Dirección de Competencia (DC), con fecha 7 de julio de 2014, contra CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A., en la actualidad CEPSA COMERCIAL DE PETRÓLEO.S.A (CEPSA), por posible incumplimiento de la obligación impuesta por la CNC mediante Resolución de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente 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. 652/07), 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. El recurso de CEPSA fue estimado parcialmente (improcedencia de la imposición de la medida de publicación de la Resolución impugnada en el BOE y en dos diarios de información general) por Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2012. Actualmente sigue pendiente de resolución la casación interpuesta por CEPSA contra la mencionada Sentencia.
3. Tras realizar múltiples solicitudes y requerimientos de información, en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, el 13 de septiembre de 2013 la Dirección de Investigación (DI) remitió al Consejo de la CNC Informe Parcial de Vigilancia en el que: a) confirmaba la existencia de un incumplimiento parcial por parte de CEPSA de lo dispuesto en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 de la CNC, desde su adopción hasta la entrada en vigor de la Ley 11/2013; 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>
4. El 20 de diciembre de 2013, la Sala de Competencia 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 CEPSA), les instaba para que

---

<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 respecto al plazo de adaptación de los contratos de distribución en exclusiva, la Disposición Adicional cuarta de la Ley 11/13 establece que:

*“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 deberían estar adaptados a dicha normativa.

*“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 determinado impuestas 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.”*

5. Con fecha 25 de febrero de 2014, CEPSA 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 31 de marzo de 2014.

Dicho Auto fue recurrido en reposición por la actora, siendo desestimado mediante Auto de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2014.

6. Con fecha 13 de enero de 2014, la DC –a través de la Subdirección de Vigilancia- notificó a CEPSA 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, dando a CEPSA cinco días hábiles para la presentación de alegaciones. CEPSA presentó sus alegaciones con fecha 17 de enero (folios 47-56).
7. Con fecha 7 de julio de 2014, el Director de Competencia de la CNMC acordó la incoación de expediente sancionador contra CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A, por incumplimiento parcial de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, expediente registrado con núm. SNC/0033/13.
8. Con fecha 22 de julio de 2014, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de la misma fecha formulado en nombre de CEPSA en relación con la incoación del expediente sancionador SNC/0033/13 CEPSA.
9. El 9 de septiembre de 2014, la DC formuló Propuesta de Resolución en el procedimiento SNC/0033/13 CEPSA, siendo notificada el 11 de septiembre, 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 CEPSA COMERCIAL DE PETROLEO 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 CEPSA COMERCIAL DE PETROLEO S.A.*

***Tercero:** Que el incumplimiento reseñado abarca el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2009, 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 que, como se ha expuesto anteriormente, no ofrecía lugar a interpretaciones por parte de la imputada.”*

10. Con fecha 25 de septiembre de 2014, la representación de CEPSA presentó escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de 9 de septiembre de 2014.
11. El 30 de septiembre 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/0033/13.
12. El 18 de diciembre de 2014, la Sala de Competencia dictó acuerdo de recalificación, dando traslado del mismo a CEPSA 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, 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 30 de julio de 2009 (recaída en el expediente S/652/07 REPSOL, CEPSA, BP), el incumplimiento de CEPSA 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 CEPSA no adoptara las medidas pertinentes para el cumplimiento de la citada Resolución de 2009.
13. El 18 de diciembre de 2014, la Sala de Competencia dictó acuerdo en el que se requiere a CEPSA para que en un plazo de 10 días aportase determinada información, con suspensión del plazo de resolución.
14. Con fecha 29 de diciembre de 2014, tuvieron entrada en la CNC sendos escritos de la representación de CEPSA en los que solicitaba ampliación del plazo para presentar alegaciones y la documentación requerida. Tales peticiones fueron estimadas mediante Acuerdos del Secretario del Consejo de 7 de enero de 2015.

15. Mediante escrito de 9 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.
16. Con fecha 15 de enero de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de CEPSA de contestación al requerimiento de información de 18 de diciembre.
17. Con fecha 21 de enero de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de CEPSA al acuerdo de recalificación del Consejo de 18 de diciembre de 2014.
18. Con fecha 22 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 22 de enero de 2015.
19. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de enero de 2015.
20. Es parte interesada: CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. actualmente CEPSA COMERCIAL DE PETRÓLEO, S.A (CEPSA)

## 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 CEPSA, 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 petroleros (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 CEPSA.
  - Con fecha 18 de febrero de 2010, la DI envió a CEPSA 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. Dicho plazo fue posteriormente ampliado, a solicitud de CEPSA, en diez días hábiles adicionales.

Con fecha 25 de marzo de 2010, tuvo entrada en el registro de la DI, escrito de contestación de CEPSA al anterior requerimiento, en el que tras exponer una serie de consideraciones sobre la suspensión solicitada ante la jurisdicción contencioso-administrativa al respecto de la Resolución de 2009 y el pago de la multa impuesta, la mercantil comunicó las principales medidas a implementar al objeto de dar cumplimiento a las intimaciones de la misma.

Con fecha 29 de julio de 2010, la DI solicitó a CEPSA la remisión de una versión no confidencial de su respuesta al anterior requerimiento (escrito y anexos) al objeto de su incorporación a la versión pública del expediente. CEPSA remitió dicha versión no confidencial con fecha 6 de septiembre de 2010.

- Con fecha 19 de noviembre de 2010, la DI remitió un segundo requerimiento de información a CEPSA, 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 3 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el registro de la CNC, escrito de contestación de CEPSA a este segundo requerimiento de información, en el que la empresa describía la evolución de las actuaciones ejecutadas en el marco del citado expediente de vigilancia.

- Con fecha 28 de febrero de 2012, la DI remitió un tercer requerimiento de información a CEPSA, en el que solicitaba información acerca de la publicación de la parte dispositiva de la Resolución de 30 de julio de 2009 en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor difusión en todo el territorio nacional, ordenada por el dispositivo décimo de la citada Resolución.

Con fecha 6 de marzo de 2012, CEPSA remitió a la DI copia de los anuncios publicados en el diario La Razón y en el diario ABC, el día 18 de agosto de 2009, en cumplimiento de la obligación referida.

- Con fecha 16 de octubre de 2012, la DI dirigió a CEPSA nuevo requerimiento de información con objeto de completar y actualizar la información aportada por la compañía en anteriores escritos emitidos en seno del expediente de vigilancia de referencia y, en particular, requerir información sobre el número y composición de la red de EESS abanderadas por CEPSA en función del tipo de contrato firmado con cada uno de sus componentes.

Con fecha 30 de octubre de 2012 tuvo entrada en el registro de la CNC escrito de contestación de CEPSA a este nuevo requerimiento de información, en el que la empresa daba respuesta a las cuestiones planteadas y describía la composición de su red de EESS en Península y Baleares.

- 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 CEPSA con fecha 21 de diciembre de 2012.
  - Con fecha 18 de enero de 2013 CEPSA remitió a la DI escrito de alegaciones a la anterior propuesta de IPV, en relación con el incumplimiento atribuido a la mercantil respecto del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 en relación con los contratos de comisión.
  - 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/0652/7, y confirmado en la Resolución de 20 de diciembre de 2013, ha quedado acreditado que CEPSA habría dado un cumplimiento parcial a lo dispuesto en la Resolución del Consejo

de la CNMC de 30 de julio de 2009 (expte 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), no aplicando dicha resolución en relación con los contratos de suministro en exclusiva firmados por CEPSA con terceros operadores independientes en régimen de comisión sujeta a normativa de competencia, al no haber adaptado, modificado ni renegociado los contratos incluidos en este grupo, pues en dichos contratos -tras la resolución de 30 de julio de 2009- el precio de adquisición del producto no se había referenciado 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 30 de septiembre de 2014, las situaciones afectadas por el incumplimiento de las intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC declarado en la Resolución de 20 de diciembre de 2013 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: 481 EESS [Datos actualizados a 31 de diciembre de 2012 y proporcionados 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: EESS DODO/comisión sujeta a normativa de competencia: [270-295] EESS”.*

Según la mencionada propuesta de resolución el “porcentaje del total de la red de EESS Cepsa (en número de [1510-1535] afectado por el incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009 es por tanto de aproximadamente el [45-55%] [760-785] 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.

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.

## 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 propuesta de la DC.**

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DC en su propuesta de resolución de 9 de septiembre de 2014, CEPSA 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 propuesta de resolución la DC considera acreditado que CEPSA ha dado un cumplimiento parcial a la Resolución de 30 de julio de 2009. Este incumplimiento está relacionado 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 de cualquier uso comercial que tenga efecto equivalente.

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 y fuese confirmado en la Resolución del Consejo de la CNMC de 20 de diciembre de 2013, Cepsa ha incumplido el dispositivo Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, desde su adopción de la resolución de 30 de julio de 2009 hasta la entrada en vigor de la Ley 11/13 (28 de julio de 2013), por 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 Cepsa a aquellas en las que los gestores en régimen de comisión son empresarios independientes a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia.**”*

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, una sería, en opinión de esta Dirección de Competencia, la que supone un incumplimiento de la misma por parte de Cepsa, según se ha puesto de manifiesto en el expediente VS/652/07 de vigilancia de la misma. Este incumplimiento está relacionado 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.***

*1.- Efectivamente, y de acuerdo con lo instruido en el expediente de vigilancia VS/0652/07, Cepsa habría incumplido esta intimación respecto a los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia, 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, 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.*

*(...)*

*De esta forma, y como ya se ha mencionado anteriormente, a los comisionistas a los que se hace referencia y que les resulta de aplicación la normativa de competencia, revendedores a los únicos y exclusivos efectos del análisis desde*

*la perspectiva de la competencia, se les está dando por válida la existencia de un precio que podría llamarse de "cesión", "transferencia" o "depósito", semejante al de "adquisición" y que no es más que el precio que tiene que abonar la EESS a la operadora, con carácter previo a su suministro salvo que éste haya presentado la correspondiente garantía, y que queda reflejado en la autofactura elaborada por la propia operadora y presentada al banco para su cobro. No es, por tanto, asumible la alegación repetida por Cepsa de que al no existir precio de adquisición en dichos contratos, no puede llevar acción alguna en ellos en relación a la intimación que se refiere a dicho "precio de adquisición".*

*(...)*

*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 las EESS en las relaciones contractuales objeto del presente análisis (comisionistas sometidos a competencia) se fija en base 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. Efectivamente, en estos casos 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, 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. Asimismo, si bien no existe esa adquisición real de combustible por el distribuidor, por tratarse de contratos de comisión, lo que es cierto es que sí 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.*

*El sistema de formación del 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, 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 tiene ninguna, y 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.*

*(...)*

*Las prácticas descritas en la Resolución de 30 de junio de 2009 en las que se ha producido incumplimiento por parte de Cepsa se producen concretamente en los contratos de suministro en exclusiva firmados por Cepsa con terceros operadores independientes en régimen de comisión sujeta a normativa de competencia [700-725]), que se distribuyen:*

*✓ 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: [425-450] EESS*

*✓ 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: EESS DODO/comisión sujeta a normativa de competencia: [260-285] EESS. El porcentaje del total de la red de EESS Cepsa (en número de [1300-1325] afectado por el incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009 es, como se ha dicho anteriormente, de aproximadamente el [50-60%] [700-725] EESS).*

*(...)*

***En conclusión:***

*1.- Respecto a los contratos de Comisión sujeta a normativa de competencia, Cepsa ha incumplido la intimación realizada por el Consejo de la CNC en su Resolución de 30 de julio de 2009 ya que, al considerar por un lado que dichos contratos son conformes a la normativa europea y, por otro, que al no existir precio de adquisición no puede éste referenciarse a precios internacionales o no controlados por el operador, no han llevado a cabo ninguna acción que modifique los mismos estableciendo un precio de adquisición de la mercancía basado en parámetros objetivos independientes del operador.*

*Al no contemplar la actuación de Cepsa este extremo fundamental del que depende absolutamente la eficacia de la mencionada Resolución, la operadora ha incumplido el objetivo de la misma, de cuya simple lectura se deduce que el uso del término "precio de adquisición" es extensivo a los "precios de cesión o de depósito de mercancía" que deben de pagar los distribuidores comisionistas a Cepsa.*

*Dicho incumplimiento tienen lugar desde la adopción de la resolución de 30 de julio de 2009 hasta la entrada en vigor de la Ley 11/13 (28 de julio de 2013).*

*2.- Respecto del sistema adoptado por Cepsa para poner en conocimiento de sus distribuidores los descuentos compartidos practicados en las tarjetas de fidelización, la operadora habría dado cumplimiento al tenor literal del dispositivo de la Resolución de 30 de julio de 2009."*

Respecto a la duración de los citados incumplimientos la DC, en el dispositivo III del apartado VIII de su propuesta de Resolución, reitera que *"incumplimiento reseñado abarca el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2009, 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 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 puesto de manifiesto que *"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. 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 el PVP."*

### **TERCERO.- Alegaciones de CEPSA.**

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

- Alegaciones al acuerdo de incoación del expediente de 7 de julio de 2014,
- Alegaciones a la propuesta de resolución de 9 de septiembre de 2014 y
- Alegaciones al acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014.

Adicionalmente, y con carácter previo a la incoación del expediente, CEPSA también presentó alegaciones con fecha 17 de enero de 2014 (folios 47-56), a la notificación de la intención de la DC de incorporar al expediente sancionador a incoar parte de lo actuado en el expediente de vigilancia VS 652/07.

Así, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución CEPSA formula las siguientes alegaciones.

Primero, CEPSA sostiene que el procedimiento es nulo debido a la falta de notificación del Informe parcial de vigilancia de 13 de septiembre de 2013.

Segundo, la empresa argumenta que tanto la Resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 como el presente expediente suponen una innovación o alteración de lo dispuesto en la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009. A juicio de CEPSA la Resolución de 30 de julio de 2009 no contiene ningún mandato dirigido a las empresas sancionadas. Por el contrario, se trata de un apartado puramente declarativo, del que no puede interpretarse una intimación a actuar de ningún modo.

Tercero, también reclama la improcedencia de las exigencias contenidas en la Resolución de 20 de diciembre de 2013, al exceder del alcance que tiene la potestad de vigilancia atribuida a la CNMC.

Cuarto, CEPSA manifiesta con carácter subsidiario a las anteriores alegaciones que no procedería la apreciación de infracción ni la imposición de sanción debido a la ausencia de culpabilidad en su comportamiento.

Asimismo, en el citado escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, CEPSA da por reproducidas sus alegaciones presentadas frente al Acuerdo de Incoación del presente expediente sancionador y solicita expresamente que la Sala de Competencia las tenga en consideración en el análisis y resolución del expediente. Tales alegaciones, incluidas en el escrito de 22 de julio de 2014 remitido por CEPSA a la CNMC, son básicamente las mismas presentadas frente a la propuesta de resolución, con distinta extensión y desarrollo, y ya fueron analizadas y contestadas por la DC en dicha propuesta:

- Indefensión motivada por la ausencia de notificación del informe parcial de vigilancia de 13 de septiembre de 2013.
- Improcedente declaración de incumplimiento de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 al exceder la CNMC su potestad de vigilancia, alterando el contenido de la citada resolución.
- Inexistencia de incumplimiento debido al carácter puramente declarativo del dispositivo tercero de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.
- Ilegalidad de todo mandato referido a los contratos de comisión contenido en la Resolución de 20 de diciembre de 2013, por su contenido indeterminado, por resultar contrario al contexto económico en el que se insertan dichos contratos, por injerencia indebida de la CNMC en la configuración de una modalidad contractual lícita y por apartarse de la regulación para contratos de distribución de combustible vigente tras la aprobación de la Ley 11/2013.
- Improcedencia del procedimiento sancionador por ausencia radical de culpabilidad en el comportamiento de CEPSA.

Finalmente, en relación, al acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014, en su escrito de 21 de enero de 2015 (folios 1729-1746), CEPSA alega sustancialmente lo siguiente:

- el citado acuerdo de recalificación excede las competencias de la Sala de Competencia, introduciendo nuevos hechos supuestamente infractores no contemplados en la propuesta de resolución. A juicio de CEPSA, la Sala de Competencia ejerce como órgano acusador en el expediente, vulnerando el derecho de CEPSA a un juez imparcial. Por todo ello procede a recusar a los miembros de la Sala que han respaldado la recalificación.

- El acuerdo de recalificación es, además, contrario a la Ley 11/2013 y, en todo caso, las discrepancias jurídicas en torno a la aplicabilidad e interpretación de dicha Ley, proporcionan una nueva evidencia de la ausencia de culpabilidad en el comportamiento de CEPSA.
- Por último, CEPSA alega que su actuación, a partir de la resolución de 20 de diciembre de 2013, es conforme con el mandato de la Sala de Competencia.

Con carácter previo al análisis y respuesta de las anteriores alegaciones en los siguientes fundamentos jurídicos referidos a la acreditación de la infracción y a la constatación de la existencia de culpabilidad (dolo o negligencia) en el comportamiento de CEPSA, 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 CEPSA 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 CEPSA ha sometido a recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

#### **CUARTO.- 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, por otro lado, 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 CNC 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 constató que CEPSA 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 CEPSA, a aquellas en las que

los gestores en régimen de comisión son empresarios independientes a los efectos de aplicación de la normativa de competencia.

Durante la tramitación del presente expediente sancionador dicho incumplimiento ha quedado plenamente acreditado. En efecto, CEPSA ha incumplido esta intimación respecto a los contratos de comisión sujetos a normativa de competencia, 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 éste 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”. (Subrayado añadido)*

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

#### **4.1. Sobre la posible inexistencia de incumplimiento derivada de la naturaleza declarativa del dispositivo tercero.**

En primer lugar, no es asumible la alegación de CEPSA respecto al carácter meramente declarativo del dispositivo tercero de la Resolución de 2009. Según CEPSA este dispositivo no contiene ningún mandato dirigido a las empresas sancionadas sino que se trata de un apartado puramente declarativo, del que no puede interpretarse una intimación a actuar de ningún modo.

Por el contrario la Sala considera que el dispositivo tercero, al declarar contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989 y al artículo 81 del TCE determinadas cláusulas presentes en los contratos de suministro de CEPSA (entre otros operadores), así como cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas, ordena obviamente a CEPSA poner fin a dicha conducta expresamente declarada ilegal, como también lo ordena directamente el dispositivo noveno de la misma resolución al intimar a CEPSA (junto a otras empresas) *“para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente”*.

Por tanto, al contrario de lo que expone CEPSA en sus alegaciones en el presente expediente sancionador, la CNMC no *“pretende convertir un pronunciamiento declarativo en una intimación”*, sino que la intimación al cese de dichos comportamientos estaba expresamente recogida en la propia resolución. La propia CEPSA, aunque repetidamente aluda a dicho carácter meramente declarativo, considera el citado dispositivo tercero de carácter imperativo en numerosos párrafos de sus alegaciones, estimando que obliga a un comportamiento determinado por parte de la empresa: la supresión de cláusulas de determinados contratos.

Así, tras reproducir el contenido exacto del dispositivo tercero, CEPSA expone que *“lo que aquí se intimaba a cesar* (en relación con el resuelve Quinto de la Resolución), *era la utilización de cláusulas que fijasen el precio de adquisición en los ‘contratos de suministro de carburantes’* (alegaciones al Acuerdo de Incoación, párrafo 40, página 17, folio 1483, subrayado añadido).

Igualmente, si bien alude previamente al repetido carácter declarativo del dispositivo, CEPSA reconoce expresamente en sus alegaciones que ejecutó la intimación prevista en dicho dispositivo en sus contratos de reventa en cuanto fue ejecutiva la Resolución de 30 de julio de 2009:

*“el apartado Tercero de la parte dispositiva no contiene ninguna obligación de establecer una fórmula de precios sino que, como ya se ha indicado, es de naturaleza meramente declarativa para excluir una determinada fórmula de precios (indiciada a los de otras estaciones) que CEPSA dejó de utilizar y suprimió de sus contratos de suministro (únicos en que existía) en cuanto fue ejecutoria la Resolución de 30 de Julio de 2009, como consta en el expediente de vigilancia”*.

Por todo ello no puede aceptarse que CEPSA considerara el dispositivo tercero como meramente declarativo sino que, considerándolo imperativo, lo ejecutó pero restringiendo conscientemente su aplicación a un determinado grupo de contratos (contratos de reventa) mientras que excluía a otros (contratos de comisión impropia), sin atender debidamente al contenido del mencionado dispositivo, como se examinará a continuación.

Respecto al resto de alegaciones de CEPSA no referidas al incumplimiento de la Resolución de 29 de julio de 2009 sino a que la posterior resolución de 20 de diciembre de 2013, es una cuestión que excede del alcance que tiene la potestad de vigilancia atribuida a la CNMC, como se ha advertido anteriormente. No procede en el marco de este procedimiento valorar ni contestar dichas alegaciones sobre la Resolución de 20 de diciembre de 2013 al estar sometida a recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, debiendo limitarse la función de la CNMC a la comprobación de si CEPSA dio cumplimiento a la obligación impuesta por el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente sancionador 652/07 REPSOL/CEPSA/BP.

#### **4.2. Sobre la posible inexistencia de incumplimiento derivada de la inclusión indebida de los contratos de comisión impropia en el dispositivo tercero.**

Continuando con el análisis de las alegaciones presentadas por CEPSA, debe rechazarse asimismo la referida a 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 CEPSA, el dispositivo tercero se refiere a “*contratos de suministro*” en los que exista “*precio de adquisición*”, mientras que en los contratos de comisión mercantil no existe el mencionado “*precio de adquisición*”, no pudiendo llevarse acción alguna en relación a éstos.

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 CEPSA en este sentido. Las nuevas alegaciones de CEPSA 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.

En primer lugar, según CEPSA, la expresión “*contratos de suministro*” empleada en el dispositivo tercero únicamente puede aplicarse a los contratos de reventa, nunca de comisión. Así, según CEPSA, lo que el dispositivo tercero intimaba a cesar “*era la utilización de cláusulas que fijasen el precio de adquisición en los ‘contratos de suministro de carburantes’ (expresión aplicable únicamente a los contratos de suministro, que constituyen una modalidad contractual bien definida en el Derecho mercantil y claramente diferenciada de los de comisión) por referencia a los precios máximos o recomendados de venta al público de la propia estación o de los competidores del entorno. No había ninguna mención a los contratos de comisión*”.

Sin embargo, cuando la propia CEPSA defiende la aplicación al caso de la regulación contenida en el artículo 43 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, introducido por la Ley 11/2013, la expresión “*contratos de suministro*” deja de referirse únicamente a los contratos de suministro de reventa y puede ya englobar también los contratos de suministro en comisión. Como expone expresamente CEPSA: “*cierto es que el legislador no ha distinguido entre modalidades contractuales de reventa o comisión*” para afirmar rotundamente a continuación que “*para los*

*supuestos de estaciones tipo DODO con contratos de comisión sí se aplicarán las limitaciones impuestas por el legislador”.*

Igualmente, CEPSA admite que cuando el dispositivo cuarto de la Resolución de 30 de julio de 2009, declara 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”*, se está refiriendo a los contratos de comisión o agencia, sin que la expresión “contrato de suministro” excluya tales contratos del ámbito de aplicación del dispositivo.

Evidentemente el significado de la expresión “contratos de suministro” no puede quedar al libre arbitrio de CEPSA, adquiriendo un significado distinto en cada ocasión según la conveniencia de la empresa, sino que debe interpretarse de acuerdo con el contenido de la resolución en la que se enmarca, en la que la extinta CNC estudió la variada tipología, naturaleza jurídica y denominación que podían adoptar los contratos de suministro suscritos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio.

En segundo lugar, CEPSA, insiste repetidamente en sus escritos de alegaciones en que el dispositivo tercero no puede aplicarse a los contratos de comisión ya que se refiere únicamente a los “contratos de suministro” en los que exista “precio de adquisición”, mientras que en los contratos de comisión mercantil no existe el mencionado “precio de adquisición”. Según CEPSA, la aplicación del dispositivo tercero a estos contratos de comisión supondría una injerencia indebida de la autoridad de competencia en la configuración de un contrato legítimo como es el contrato de comisión. En dichos contratos de comisión, que CEPSA suscribe con las estaciones de servicio, explica el operador petrolífero, *“no existe, por definición, un precio de adquisición, debido a que el distribuidor no llega a adquirir la mercancía y, además, no puede entenderse que el precio de transferencia teórico o equivalente este indiciado – al contrario de lo que sí ocurría con sus contratos de suministro para la reventa [...] al precio de ninguna estación de servicio, resultando únicamente de la libre decisión del principal sobre sus propios ingresos y de la comisión acordada entre este y el titular de la estación”*. En sus alegaciones al Acuerdo de incoación, CEPSA añadía que *“Es el principal (CEPSA) quien fija el precio de venta al público porque es el principal (CEPSA) quien jurídicamente lo vende. El comisionista es un representante, sin perjuicio de que deba ser tratado como empresario independiente a los efectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia”*.

Como se ha advertido, esta cuestión fue tratada en extenso en la resolución de 20 de diciembre de 2013, siendo desestimada la posición defendida por CEPSA (y otros operadores) de excluir los contratos de comisión impropia o agencia no genuina del ámbito de aplicación del dispositivo tercero, con argumentos plenamente aplicables a las alegaciones presentadas por CEPSA en el presente expediente sancionador que reproducen las emitidas en el expediente de vigilancia.

Como se expresó en aquel momento la Resolución de 30 de julio de 2009 consideró que CEPSA 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 ya que los contratos de agencia quedan 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 detraer 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 CEPSA 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).

CEPSA 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 referirían a dichos contratos.

En sus alegaciones al citado expediente de vigilancia las operadoras imputadas, especialmente REPSOL y CEPSA, consideran que en los contratos de comisión impropia no se debía arbitrar medida alguna tendente a cumplir con la Resolución de 30 de julio de 2009 dado que dicha Resolución no se refería a ellos. Dicho de otro modo, las operadoras defendían que dichos contratos no estaban incluidos en el ámbito de aplicación de la resolución de 2009 como tampoco estaban incluidos los contratos de agencia pura. Los motivos que ofrecían para llegar a dicha conclusión eran, básicamente, que no existiendo cláusula expresa en dichos contratos que se refiriese al precio de adquisición de la mercancía, por el simple hecho de que en los mismos no se producía tal adquisición de la propiedad de la mercancía, las intimaciones del Consejo en su Resolución de 30 de julio de 2009 no se referían a dichos contratos ni por ello hicieron nada al respecto.

En sus alegaciones al presente expediente sancionador (folios 1662-1688), CEPSA desarrolla este argumento, alegando aceptar la aplicación de las normas de competencia a los contratos de comisión impropia, pero restringiendo dicha aplicación únicamente a la posibilidad del agente no genuino de realizar descuentos sobre su margen comercial:

*“(67) Teniendo en cuenta la naturaleza jurídico-económica de los contratos de comisión, la aplicación a tales contratos de las normas del Derecho de la competencia tiene una proyección específica y propia por contraposición a la que se produce en el ámbito de los contratos de suministro. La exigencia de asimilarlos a estos últimos contraviene un acervo consolidado en el ámbito de la Unión Europea y asumido por la jurisprudencia española.*

*(68) En aquellos contratos donde el comisionista debe ser considerado como empresario independiente por asumir ciertos riesgos, lo que resulta exigible es que el comisionista pueda aplicar descuentos con cargo a su comisión manteniéndose los ingresos del principal. O lo que es lo mismo, en tanto que empresario independiente, el comisionista debe poder tener la capacidad de desplegar una estrategia comercial propia en función de aquel elemento que forma parte de su ámbito de disposición. Ese elemento es la comisión, que el comisionista puede, en función de su propia estrategia comercial, compartir con el cliente final para reducir en términos económicos el coste que dicho cliente soporta en la adquisición del combustible” (subrayado añadido).*

CEPSA cita en apoyo de esta tesis las Directrices de la Comisión Europea sobre restricciones verticales (apartado 49) y el Reglamento (UE) nº 330/2010, de la Comisión, 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 (Reglamento 330/2010), para concluir afirmando:

*“(71) En definitiva, las normas del Derecho de la competencia, en relación con los contratos de agencia no genuinos (o contratos que no son de agencia a efectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia), implican que el comisionista debe tener libertad plena para realizar descuentos con cargo a su comisión compartiendo esta con los clientes. De este modo, si el comisionista tiene la posibilidad real y plena de hacer descuentos con cargo a su comisión, se logra el resultado querido por el artículo 4.a) del Reglamento 330/2010: el precio máximo que lícitamente puede establecer el principal no funcionará como precio fijo. Pero las normas del Derecho de la competencia no implican -y esto es lo esencial- que la estructura contractual del contrato de comisión sea ilícita o que el principal no pueda determinar conforme a esa estructura el precio de venta al público en función de su legítima estrategia comercial”.*

Como se ha advertido, el Tribunal Supremo analizó alegaciones muy similares a las vertidas por CEPSA en las Sentencias de 4 de diciembre de 2009 y de 10 de noviembre de 2010, con los argumentos que a continuación se reproducen, llegando a la conclusión de que los contratos de agencia impropia son diferentes 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 CEPSA 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 CEPSA- 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 a la normativa de competencia.

Este criterio fue expresamente asumido por el Consejo de la extinta CNC, y conocido perfectamente por CEPSA, cuando acordó 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 CEPSA 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, como pretende CEPSA, que la actual CNMC, o la antigua CNC, pretende violentar la naturaleza jurídico-económica de un contrato lícito como la comisión mercantil. No es la autoridad de competencia la entidad que desnaturaliza ningún contrato de agencia genuina, imponiendo cláusulas o particularidades de otros contratos diferentes como el contrato de compra-venta. Ha sido la propia práctica comercial y contractual de CEPSA con determinadas estaciones de servicio la que ha creado un contrato de naturaleza atípica, que ha sido denominado 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 4 de diciembre de 2009 y de 10 de noviembre de 2010. La autoridad de competencia se ha limitado a realizar un análisis jurídico y económico de una realidad contractual preexistente, de naturaleza atípica y creada por CEPSA con carácter previo.

Lo que el Consejo de la CNC explicitaba 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/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 CEPSA este extremo fundamental del que depende la eficacia de la mencionada Resolución, la operadora ha incumplido el contenido de la misma. La pretensión de CEPSA 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 es un argumento que pueda contradecir 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 CEPSA (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 CEPSA ha soslayado respecto a los contratos de comisión impropia.

#### **4.3. Sobre la posible inexistencia de incumplimiento por indeterminación del mandato del dispositivo tercero.**

Con respecto al carácter indeterminado del mandato contenido en el dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, que CEPSA extiende en sus alegaciones también al de la Resolución de 20 de diciembre de 2013, debe destacarse que no existe tal indeterminación. 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 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 CEPSA, que la parte dispositiva de la Resolución es indeterminada por no expresar los contratos o cláusulas contractuales que infringen la normativa de competencia, imposibilitando el conocimiento de las prácticas que se declaran prohibidas y quedan incluidas en la orden de cesación.

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”*.

La pretendida indeterminación es desmentida igualmente por las propias alegaciones de CEPSA, que reconocen, en primer término, haber ejecutado el dispositivo tercero de la Resolución para los contratos de reventa sin ninguna dificultad, eliminando la determinación de precios indiciada a los de otras estaciones en cuanto fue ejecutoria la

Resolución de 30 de Julio de 2009 y, en segundo término, proponiendo distintas fórmulas de cumplimiento a la DC para los contratos de agencia impropia tras el Acuerdo de enero de 2014.

#### **4.4. Sobre la pretendida nulidad del procedimiento por la indefensión causada por la falta de notificación del Informe de vigilancia de 13 de septiembre de 2013.**

Por último, con respecto a la alegación de CEPSA de nulidad del procedimiento por ausencia de notificación a la sociedad del Informe parcial de vigilancia de 13 de septiembre de 2013, lo que entiende que le causó indefensión y perjuicio irreparable, este Consejo entiende que la misma debe ser desestimada.

En primer lugar, sí existió notificación a CEPSA de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora. La DC, conforme al artículo 42.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, notificó a CEPSA con fecha 21 de diciembre de 2012 su propuesta de Informe de Vigilancia sobre el expediente VS S/652/07, dándole traslado de la misma para formular alegaciones. La actuación de la DC fue por tanto ajustada a derecho, sin que pueda realizarse ningún reproche en este sentido. Pretender que la ausencia de notificación por parte de la DC del Informe definitivo de vigilancia de 13 de septiembre de 2013, elevado al Consejo conforme al apartado cuarto del mismo precepto, y al que se incorporaron las alegaciones de los interesados, le ocasionó indefensión, no resulta atendible. Conforme al mencionado artículo 42.3, el informe fue notificado a CEPSA. Una vez recibidas las alegaciones de CEPSA (y en su caso, del resto de interesados en el procedimiento), la DC elevó el informe al Consejo, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.4, sin que el mismo exija un nuevo ni segundo trámite de audiencia al interesado.

En segundo lugar, la pretendida falta de notificación, al contrario de lo que alega CEPSA remitiéndose a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se produjo en el marco de un expediente sancionador, sino en el marco de un expediente de vigilancia (expte. VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP), de distinta naturaleza jurídica y con un objeto diferente al sancionador, en el que, además de CEPSA, eran parte otras empresas petrolíferas. El presente expediente sancionador (expte. SNC/0033/13, CEPSA), en el que únicamente CEPSA es interesado, fue incoado mediante Acuerdo de la Dirección de Competencia de 7 de julio de 2014 y, durante el mismo (y con carácter previo a la propia incoación, según se desprende del AH 6), CEPSA ha podido presentar alegaciones en distintos momentos procesales, pudiendo ejercer su derecho de defensa con total libertad y amplitud sobre cualquier documento o pormenor del presente expediente o del anterior expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, incluido el mencionado Informe de 13 de septiembre de 2013, que CEPSA considera no notificado.

En concreto, además de las repetidas alegaciones respecto a este pretendido defecto procesal del expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, presentes en todas las alegaciones remitidas, en sus alegaciones al Acuerdo de Incoación del presente expediente sancionador (párrafo 92, página 33; folio 1499), CEPSA cita expresamente

el “*informe de vigilancia definitivo de la Dirección de Investigación*”, para traer a colación en su favor la interpretación de la antigua DI sobre las consecuencias de la aprobación de la Ley 11/2013. A la vista del perfecto conocimiento del citado informe por parte de CEPSA no se constata que la ausencia de notificación del mismo en el expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP haya menoscabado el derecho de defensa de CEPSA en el presente expediente sancionador. La diferencia esencial entre la naturaleza del expediente sancionador frente a otros expedientes de la autoridad de competencia, y la posibilidad de utilizar en toda su extensión el derecho de defensa por parte de los imputados frente a cualquier constatación anterior, ha sido refrendada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 28 de septiembre de 2012 (recurso 0566/2010): “*Ahora bien el recurrente sí que puede discutir en este procedimiento todos los elementos del tipo sancionador teniendo en cuenta las particularidades del procedimiento sancionador que no son las mismas que en un procedimiento de concentración*”.

En definitiva, además de haber actuado la DC conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, no se constata omisión o actuación lesiva del derecho de defensa de CEPSA.

De acuerdo con todo lo expuesto, es evidente que ha existido un incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009 y, en particular, de su dispositivo tercero, lo que constituye una infracción muy grave conforme lo previsto en el artículo 62.4 c) de la LDC.

## **QUINTO.- Sobre la recalificación acordada el 18 de diciembre de 2014 y alegaciones presentadas a la misma por CEPSA.**

### **5.1. Sobre la incidencia de la Ley 11/2013 en la infracción aquí imputada.**

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución y al Acuerdo de recalificación, CEPSA sostiene 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.

CEPSA 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. CEPSA se remite en este sentido al voto particular incluido en el auto de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2014, dictado en la pieza de medidas cautelares correspondiente a la impugnación, por la propia CEPSA, de la Resolución de 20 de diciembre de 2013 (recurso 77/2011).

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, y 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 (LSH) 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 la CNMC 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 CEPSA en el presente expediente 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, la normativa de competencia en general o cualquier otro cuerpo legal. Cualquier interpretación diferente sería exceder claramente lo dispuesto por el legislador que limita 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 aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea y, en concreto la 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, como ya advirtió la Resolución de esta Sala de 20 de diciembre de 2013

Por último, la aplicación del artículo 43 bis.4 de la LSH a los contratos de comisión o agencia impropia que pretende CEPSA entra en una evidente contradicción con sus rotundas y continuas alegaciones negando la aplicación a estos últimos contratos del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 por causa de la inexistencia en dichos contratos de comisión impropia de cualquier acto compra-venta o adquisición del combustible entre el principal (CEPSA) y el comisionista o agente (estación de servicio). Así CEPSA ha afirmado repetidamente que en dichos contratos de comisión impropia *“no existe, por definición, un precio de adquisición, debido a que el distribuidor [la estación de servicio] no llega a adquirir la mercancía”*. Y en sus alegaciones al Acuerdo de incoación, CEPSA añadía que *“Es el principal (CEPSA) quien fija el precio de venta al público porque es el principal (CEPSA) quien jurídicamente lo vende. El comisionista es un representante, sin perjuicio de que deba ser tratado como empresario independiente a los efectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia”*.

Una simple lectura al contenido del art. 43 bis 4 permite precisar que dicho artículo únicamente exceptuaría 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 expuesta por CEPSA 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 el producto ni ostenta la naturaleza jurídica de comprador.

Como se ha advertido anteriormente, el significado de los conceptos jurídicos relacionados con este expediente no puede quedar al libre arbitrio de CEPSA, adquiriendo un significado distinto en cada ocasión según la conveniencia de la empresa. CEPSA no puede al mismo tiempo alegar que el dispositivo tercero de la de la Resolución de 30 de julio de 2009 no resulta aplicable a sus contratos de comisión impropia con EESS por causa de la inexistencia en dichos contratos del “precio de adquisición” mencionado en el citado dispositivo al no existir compra-venta entre principal y agente y al mismo tiempo pretender la aplicación a esos mismos contratos del art. 43 bis 4 de la LSH que requiere, inequívocamente, la existencia de una reventa *“por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor”* de los bienes contractuales (el combustible).

## **5.2. Sobre la delimitación temporal del incumplimiento objeto de infracción.**

CEPSA sostiene en su escrito de alegaciones al acuerdo de recalificación (folios 1729-1746) que en virtud de dicho acuerdo se introducen nuevos hechos al procedimiento sancionador que no fueron objeto de la correspondiente incoación y que no han sido objeto de instrucción. Sobre dicha interpretación del acuerdo de recalificación introduce un motivo de recusación que esgrime contra tres miembros de la Sala, extremo, éste último, que será analizado en el siguiente apartado.

Como se ha recordado anteriormente en el dispositivo III del apartado VIII de su propuesta de Resolución la DC reitera que el *“incumplimiento reseñado abarca el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2009, 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 tanto, el órgano instructor ha delimitado la extensión de la infracción entre ambas fechas de los hechos sometidos a su instrucción, que abarcan todos los acaecidos entre la notificación a CEPESA de la Resolución de 30 de julio de 2009 (que instaba a su vigilancia por la DI) y, al menos, la emisión por la antigua DI al Consejo de la extinta CNC de su Informe Parcial de Vigilancia de 13 de septiembre de 2013.

En relación con el inicio del incumplimiento, esta Sala Consejo coincide con la DC en que el mismo se inicia el 15 de diciembre de 2009, como consecuencia del Auto de la Audiencia Nacional que deniega la suspensión del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009.

Con respecto al término final de la infracción, tal y como puso de manifiesto esta Sala en su Acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014, el incumplimiento de CEPESA 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.

Por tanto 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 2013.

Como se ha visto en la Propuesta de Resolución de la DC los hechos investigados 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.

Es evidente que solo cabe sancionar en el marco del presente procedimiento sancionador los hechos que hayan sido objeto de la correspondiente instrucción, por ello el objetivo del Acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014 no fue incorporar hechos nuevos al expediente sobre los ya investigados por la DC, 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 que la conducta pasiva de CEPESA ha generado en relación con la Resolución de 2009. En este sentido, la recalificación se ha realizado, como se ha indicado anteriormente, con fines

absolutamente garantistas de los derechos de la empresa ya que, bajo las apreciaciones realizadas por la DC en su Informe Propuesta, que no incorpora el contenido de la Resolución de la Sala de Competencia en este aspecto, la entrada en vigor de la Ley 11/2013 incidiría necesariamente en la determinación del impacto del incumplimiento de la Resolución de la CNC de 2009 y de la responsabilidad de la empresa pues determina el momento en que cesa este incumplimiento. Por ello, en contra de lo alegado por CEPSA el acto de recalificación no situaba en la indefinición ni llevaba hasta el presente el término final de la conducta, sino que se limitaba a desmentir que la conducta hubiera cesado de existir como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 11/2013, tal y como el órgano instructor apuntaba en su propuesta de resolución, y en contradicción con lo ya resuelto por este Consejo en su resolución de vigilancia de 20 de diciembre de 2013, dando a CEPSA la posibilidad de pronunciarse al respecto, como lo ha hecho, por las implicaciones que ello tendría sobre el presente expediente y la determinación de la responsabilidad de la empresa, evitando en todo caso adoptar la resolución que pusiera fin al procedimiento sin haber oído a la empresa sobre este aspecto concreto. En cualquier caso, el alcance de la recalificación se desprende, tanto de la fundamentación del propio acuerdo, como de la mencionada Resolución de vigilancia de 20 de diciembre de 2013, a la que aquél se remite. Y, en cualquier caso, su eficacia real queda definitivamente fijada en la presente resolución, que pone fin al procedimiento.

Si bien, cabría razonablemente deducir que la situación de incumplimiento de la Resolución de 2009 podría persistir a fecha de hoy (CEPSA menciona, pero no acredita 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, y que son los que la Sala debe tener en cuenta en el momento de adoptar esta resolución, no cabe imputar a CEPSA 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, según lo señalado, pueda existir un incumplimiento posterior a dicho Informe parcial de vigilancia, 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 15 de diciembre de 2009 hasta el 12 de septiembre de 2013.

### **5.3. Sobre la supuesta recusación planteada por CEPSA**

Plantea CEPSA en su escrito de alegaciones al acuerdo de recalificación la procedencia de recusar a los tres miembros de la Sala de Competencia que firmaron el acuerdo de recalificación (excluidos los dos miembros restantes, que formularon votos particulares al mismo). La recusación se plantea, en esencia, por invadir el órgano resolutorio funciones propias de la instrucción, al haber ampliado la duración de la conducta “hasta la actualidad”, vulnerando con ello (siempre según lo alegado por CEPSA) la separación entre instrucción y resolución, el derecho de la parte a un juez imparcial, el artículo 24 de la Constitución y el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como prejuzgando el fondo de la resolución con el

consiguiente incurso en motivo que denotaría imparcialidad y, por ende, en motivo de recusación ex artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Varias son las cuestiones que, conjuntamente consideradas, permiten rechazar *ad limine*, la recusación planteada por la empresa.

En primer lugar, la Ley atribuye expresamente al órgano competente para la resolución de un procedimiento sancionador la facultad de *recalificar*. Así, tanto el artículo 20.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado mediante RD 1398/1993, de 4 de agosto, como el artículo 51.4 de la LDC (en éste último caso, para los procedimientos sancionadores por infracciones de arts. 1, 2 o 3 de la LDC), prevén la posibilidad de que el órgano resolutorio pueda recalificar la conducta que, a su juicio, haya sido calificada erróneamente por el órgano instructor. En particular, el artículo 20.3 del referido Reglamento, aquí aplicable, dispone lo siguiente: “[...] *No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días*”. En el caso que aquí nos ocupa, habiendo el órgano instructor fijado el término final de la conducta en la fecha de entrada en vigor de la Ley 11/2013, la posibilidad de rechazar dicha consideración por el Consejo podría ser calificada, por la propia sancionada, como una agravación de la conducta. Resolver en tal sentido sin dar previa audiencia podría, en consecuencia, ser considerado como un acto de conculcación de su derecho de defensa.

La recalificación, en su consideración en abstracto, no constituye sino un acto de garantía para el sancionado, de forma que éste pueda presentar cuantas alegaciones estime convenientes ante una previsible agravación o alteración de la conducta, de acuerdo con lo inicialmente señalado por el órgano instructor en su propuesta de resolución. Desde tal perspectiva, y analizada la cuestión en el concreto supuesto de este expediente sancionador, mediante el acuerdo de 18 de diciembre de 2014 el Consejo no hace sino conceder a CEPSA un trámite extraordinario de alegaciones para guardar su derecho de defensa ante una posible resolución del expediente sancionador que pueda suponer una cierta agravación de la conducta, en cuanto a la exclusión del efecto “finalizador” de la conducta asociado a la entrada en vigor de la Ley 11/2013 que el órgano instructor propuso. Lo cierto es que esta consideración pudo también desprenderse de la anterior resolución adoptada por el Consejo en sede de vigilancia (resolución de 20 de diciembre de 2013), si bien, una correcta delimitación del objeto y tramitación del presente procedimiento sancionador exigía un trámite extraordinario de alegaciones para conceder a la parte la posibilidad de ejercer con plenitud su derecho de defensa.

Desde tal perspectiva, por lo tanto, debe notarse que el acuerdo de recalificación adoptado el pasado 18 de diciembre no busca sino preservar las posibilidades de defensa de la propia CEPSA.

En segundo lugar, de la regulación de esta figura en los preceptos antes citados se desprende que, lejos de quedar cerrado o petrificado el ámbito u objeto de la resolución sancionadora por la propuesta de resolución del órgano instructor, el ordenamiento jurídico reconoce al órgano competente para la resolución la facultad de calificar de

nuevo, agravando en su caso, la conducta inicialmente calificada por el órgano instructor. Ello no es sino consecuencia del reconocimiento de una competencia resolutoria *plena* al órgano encargado de resolver el procedimiento.

En este sentido, el hecho de que la recalificación lleve implícita un cierto grado de resolución anticipada del expediente no constituye, ni puede constituir, un factor conducente a cuestionar la imparcialidad del órgano resolutorio. Efectivamente, desde el momento en que el artículo 20.3 del citado Reglamento permite al Consejo “[considerar] que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada por la propuesta de resolución”, está permitiendo este supuesto pronunciamiento en cierto modo *prejudicial* (aunque *provisional*) que la propia CEPSA denuncia en su escrito. A su vez, a dicho pronunciamiento siguen alegaciones, no solo de la propia CEPSA, sino también del órgano instructor (trámite no previsto en el artículo 20.6 del Reglamento, pero que se juzga conveniente en el marco del artículo 51.4 LDC), alegaciones que podrán refutar el sentido de la recalificación y, en consecuencia, persuadir al órgano competente para resolver el procedimiento, lo que permite calificar dicho pronunciamiento de *provisional*.

En definitiva, no se aprecia en un acto de recalificación perjuicio que deba ser tomado en consideración a los efectos de una posible abstención o recusación. En este sentido, debe hacerse notar que ninguno de los supuestos que enumera el artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, comprende supuesto análogo o equivalente al aquí denunciado.

Por último, según lo ya señalado en el apartado anterior, sostiene CEPSA que mediante la recalificación el Consejo ha procedido a ampliar los hechos objeto de instrucción y, por ende, ha invadido funciones propias de la instrucción, quedando desde tal momento afectada su imparcialidad para resolver el procedimiento. En el apartado anterior se ha dado ya detallada respuesta a esta cuestión: no era la finalidad del acuerdo ampliar la duración de la conducta sino rechazar la eficacia que la propuesta de resolución atribuía a la entrada en vigor de la Ley 11/2013 sobre la conducta infractora aquí analizada. Obviamente, tal y como ya se ha señalado en apartado anterior, no habiendo sido objeto de instrucción hechos posteriores al informe parcial de vigilancia de septiembre de 2013, solo hasta esta fecha cabría delimitar el alcance temporal de la conducta infractora que aquí se sanciona.

Por todos los motivos señalados, la petición de recusación formulada por CEPSA contra tres de los miembros de la Sala de Competencia carece absolutamente de fundamento y no puede subsumirse en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, razón que permite su inadmisión *ad limine*.

## **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, CEPESA, tanto en su escrito de alegaciones previo a la propuesta de resolución como en el posterior a la misma, considera que en su actuación no concurre el requisito de culpabilidad, dado que el supuesto incumplimiento de CEPESA se basa en una reinterpretación, reconfiguración o alteración de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009. CEPESA argumenta que dio cumplimiento al literal del dispositivo tercero de la resolución, el cual tiene carácter meramente declarativo, 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 CEPESA 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. 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 al declarar qué cláusulas contractuales son contrarias al artículo 1 de la LDC y 81 TCE”.*

CEPSA, por tanto, 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 CEPSA 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 CEPSA 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

CEPSA por tanto no podría desconocer el carácter ilícito de su conducta.

En el presente procedimiento, CEPSA no sólo conocía el carácter ilícito de su conducta, sino que realizó una interpretación consciente no acorde al sentido de la resolución de la CNC que amparase su comportamiento anticompetitivo. Este hecho pone de manifiesto el carácter doloso de la conducta en la medida que pretende dar una apariencia de licitud a una conducta constitutiva de infracción.

Por todo ello, entiende este Consejo que la conducta de CEPSA no puede ser considerada sino como dolosa, en la medida en que fue realizada con pleno conocimiento y voluntad de obtener las consecuencias que de ella se derivan.

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.

### **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.

Si bien no se dispone del volumen de negocios total de CEPSA en 2014, dado el escaso lapso temporal entre el cierre del ejercicio y la resolución del presente expediente sancionador, el volumen de negocios en 2013 constituye una fuente de referencia válida por cuanto el importe de la multa que se determinará no alcanza el límite señalado en el artículo 63.1.c) de la LDC, tomando como referencia el año 2013, sin que quepa razonablemente suponer que dicho límite pudiera superarse con la referencia al año 2014.

El volumen de negocios total de CEPSA en 2013 es de 3.289.890.000 euros (escrito de alegaciones a la propuesta de resolución aportado por CEPSA, folio 1644), de forma que el límite de la sanción, según el precepto antes referido, sería de 328.989.000 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 factor de graduación, tanto la duración de la conducta, como el alcance del incumplimiento de la Resolución de 2009, que supondría en torno al 50% de la red de CEPSA afectada por los dispositivos de la Resolución de 2009.

El requerimiento de información acordado por el Consejo el pasado 18 de diciembre fue atendido por CEPSA mediante escrito de 15 de enero (folios 1723-1724, confidenciales) en el que desglosa los volúmenes de negocio derivados de la actividad de las estaciones de servicio de la red de CEPSA, desglosando los importes en función de que se refieran a “EESS CODO/comisión sujeta a normativa de competencia” y “EESS DODO/ comisión sujeta a normativa de competencia” correspondientes en ambos casos a los ejercicios 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, y señalando que el reparto de 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 CEPSA.

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 15 de diciembre de 2009 hasta el 12 de septiembre de 2013.

De acuerdo con los datos facilitados por CEPSA, una vez ponderados los correspondientes a 2013 por el tiempo en el que la conducta se imputa, cabría cifrar en cerca de 4.500.000.000 euros el importe afectado por el incumplimiento imputado a la empresa en el referido periodo que discurre de 1 de enero de 2010 a 12 de septiembre de 2013.

Por otro lado, merece especial atención tomar en consideración que, como consecuencia de la infracción declarada, la Resolución de la CNC de 2009 impuso a CEPSA una multa de 1.800.000 euros.

En atención a tales circunstancias, vistas 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 2.500.000 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 CEPSA COMERCIAL DE PETROLEO, S.A.

**SEGUNDO.-** Imponer a CEPSA COMERCIAL DE PETRÓLEO, S.A, una sanción de dos millones quinientos mil euros (2.500.000 €).

**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 CEPESA COMERCIAL DE PETRÓLEO, 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 la Resolución aprobada en el día de hoy, **por mayoría simple**, en el marco del Expediente Sancionador SNC/0033/13 CEPSA.

**DISCREPANCIA** que seguidamente concreto, fundamento y desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

**1º Preliminar** que abordará (1) la Recusación de tres Consejeros de los cinco que conforman esta SALA DE COMPETENCIA, lo que conlleva una nulidad de actuaciones por las razones que expondré; y (2) el examen valorativo de la Resolución deliberada-fallada **versus** la Resolución modificada sustantivamente ex post, repartida cinco horas después, sin haber sido votada.

**2º Ad cautelam**, el desarrollo argumentativo de la Resolución aprobada que, en todo caso, procedería de no haberse producido los incidentes arriba expuestos.

#### **PRIMERO.- RECUSACIÓN.-**

El día 21 de Enero del 2015, miércoles, CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S.A., presentaba un escrito en el registro de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador SNC/0033/13 en el que solicitaba vía

*“RECUSACIÓN DE DETERMINADOS MIEMBROS DE LA SALA DE COMPETENCIA.*

***OTROSI DICEN** que, con base en lo expuesto en la alegación primera de este escrito, se ha producido, dicho sea con respeto, una pérdida de la imparcialidad objetiva de los miembros de la Sala de Competencia que integran la mayoría que adoptó el sedicente Acuerdo de Recalificación, que supone, por aplicación analógica de lo previsto en el apartado 2 del artículo 28 de la Ley 30/1992, un motivo de recusación de los mencionados consejeros.*

*Si bien la pérdida de imparcialidad objetiva no está expresamente prevista en la Ley 30/1992 como motivo de abstención de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones, es pacífico en la jurisprudencia que el instrumento de la recusación es el que deben utilizar los interesados en los expedientes que entienden que dichas autoridades o funcionarios carecen de imparcialidad objetiva por causa de sus actuaciones o tomas de posición previas en relación con la materia objeto de las actuaciones.*

*La Ley prevé expresamente como causa de recusación la pérdida de imparcialidad subjetiva al establecer la enemistad manifiesta con los interesados, como supuesto que obliga a abstenerse a las autoridades y funcionarios. Pero también considera causa de abstención o recusación algunas de las manifestaciones de la ausencia de imparcialidad objetiva basadas en la posición previamente adoptada en las actuaciones, como las de haber intervenido en expediente como testigo o perito.*

*Por ello, no debe caber duda alguna acerca de que constituye asimismo como causa de recusación la más palmaria manifestación de la ausencia de imparcialidad objetiva para resolver un expediente sancionador como es la que concurre en el presente caso en el que los miembros del órgano llamado a resolver han tomado partido previamente en las*

*actuaciones, introduciendo nuevos hechos supuestamente infractores que no habían sido objeto del expediente, asumiendo así la función de instrucción y acusación atribuida por la Ley a otro órgano distinto para garantizar la separación entre las actuaciones de instrucción y decisión”.*

Previamente en la página 9, párrafo 1.3 Procedencia de la recusación de los miembros de la Sala de Competencia que han respaldado la sedicente recalificación, dice

*(25) Habiendo perdido su imparcialidad objetiva en los términos expuestos en los puntos anteriores, el Sr. Presidente de la Sala D. José María Marín Quemada y los Vocales de ésta D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar y D<sup>a</sup> Idoia Zenarrutabeitia Beldarrain, dichos Señores resultan inhabilitados para resolver el presente expediente sancionador, por lo que, aun con todo respeto, procede su recusación, que será formulada por CEPSA en el Otrosi del presente escrito.*

-----0-----

Esta Sala de Competencia tuvo Sesión Plenaria Ordinaria el siguiente día 22 de Enero, sin que fuéramos informados de la pretensión de Recusación.

Este Consejero Discrepante **tuvo conocimiento de la recusación** tras la lectura de la Propuesta de Resolución que presentaba la Ponente a la consideración del Pleno para deliberación y Fallo.

-----0-----

Enterado de la pretensión de la parte recusante, en mi turno de palabra manifesté lo siguiente:

1º que toda recusación de un miembro, de unos miembros o de la totalidad de una Sala lleva implícito necesariamente dar los siguientes pasos (a) la puesta en conocimiento inmediato de los restantes miembros de tal pretensión recusatoria, por no ser una cuestión menor; (b) la abstención inmediata de todo conocimiento, toma de posicionamiento y resolución, hasta tanto se resuelva la recusación por las personas recusadas; (3) la recusación conlleva la apertura de una Pieza Separada y el nombramiento de un Instructor para dictar resolución motivada para ser posteriormente notificada, previa Certificación de la misma.

2º Pieza separada que objetivamente es necesaria para depurar responsabilidades y, que en mi caso de ser parte afectada o incurso en recusación, exigiría la inmediatez para que mi conducta quedara exonerada de tal imputación.

3º al efecto citaba, por conocer en directo, el caso en que una parte recusaba a D.XXX y a D.XXX del hoy extinto Tribunal de Defensa de la Competencia. De forma inmediata, al constar de 9 Vocales, se constituyó y nombró Instructor, con la finalidad que en el menor tiempo posible emitiera su Dictamen.

Dictamen que fue reproducido por la parte recusante en el Recurso Contencioso-Administrativo que interpuso ante la Audiencia Nacional, con las consecuencias previsibles al efecto.

En este orden decir que, la recusación no es algo desconocido en el mundo judicial y hay suficientes pruebas de ello, que no vienen al caso pormenorizar y que se sustancian del modo y forma anteriormente expuesto.

4º mi intervención no fue asumida por ninguno de los tres Consejeros recusados, por lo que les manifesté mi intención de exponer este mi criterio en el cuerpo del Voto Particular Discrepante a la Resolución aprobada con su exclusivo voto.

Por consecuencia de todo lo anterior y sin poner en duda el quehacer profesional de los tres Consejeros recusados, me veo obligado a declarar que la Resolución aprobada únicamente con sus votos es nula de pleno derecho, por cuanto venían obligados a abstenerse, por Imperio de la Ley y que deberían ser los primeros que propiciarán la instrucción del expediente ad hoc.

## **SEGUNDO.- RESOLUCIÓN DELIBERADA Y FALLADA versus RESOLUCIÓN MODIFICADA CINCO HORAS DESPUES.-**

Es un hecho cierto e indubitado que esta Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple, fue llevada para deliberación y fallo a la Sesión Plenaria Ordinaria. Tras ser debatida fue aprobada y, en consecuencia, ha precluido cualquier intervención sobre la misma, sin contar con la anuencia y conformidad de la totalidad de los Consejeros, que conforman la Sala de Competencia.

Cinco horas después, esto es a las 17:59 el señor Secretario hizo circular una versión que, tanto la Ponencia como los otros Consejeros aprobantes, consideraba como deliberada y fallada, ***“no obstante tener una extensión de seis folios (páginas 43 frente a 30)*** lo que deviene inadmisibile por irregular, tanto cuantitativa, como cualitativamente. Acto jurídico, en otro orden de cosas, que es preclusivo o dicho de otra manera un “acto de imperium factum ***versus*** auctoritas”.

Lo más triste de tal acontecer, en el marco de lo sucedido por mor de la recusación, es que tanto este Consejero discrepante, como el Consejero Benigno Valdés Díaz ***“habíamos sugerido, vía Secretario, la posibilidad de convocar un Pleno Extraordinario para conocer y deliberar las adicciones ex post”***.

Ciertamente esta propuesta-sugerencia no fue aceptada.

En consecuencia, ahora por este motivo entiendo que esta Resolución deviene nula de pleno de derecho, por cuanto lo ha sido, también, en vulneración de derechos fundamentales.

### **TERCERO.- AD CAUTELAM.-**

Sin perjuicio de lo anterior, entiendo ser procedente articular mi discrepancia al fondo que conforma la Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple y con las incidencias relacionadas.

#### **SNC/0034/13 BP**

**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 Euros) por la infracción sancionada.*

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

*Octavo.- Imponer a BP OIL ESPAÑA S.A., una multa de UN MILLÓN CIENTO MIL EUROS (1.100.000 Euros) 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 Euros 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 de 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 una 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) 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 **ésta 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 perjuicio 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 doctrina 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 el 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, finalizaría 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 aplicación de **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 unas sociedades 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 y si existe, previamente, 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/0033/13, CEPSA.**

Mi discrepancia se explicita de este modo:

**PRIMERO.-** La Resolución dice lo siguiente (págs. 5): «El 18 de diciembre de 2014 la Sala de Competencia dictó acuerdo de recalificación, dando traslado del mismo a CEPSA 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 CEPSA no finalizaría el [...], como sostiene la DC, sino que se mantendría de forma indefinida mientras CEPSA 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 5.2 de la Resolución, titulado «Sobre la delimitación temporal del incumplimiento sancionable» (págs.36-37), **destacando lo siguiente:**

« [...] Con respecto al término final de la infracción [...] es evidente que solo cabe sancionar en el marco del presente procedimiento sancionador los hechos 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 CEPSA 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 CEPSA-CP, 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. 41- 42 y 43):

« [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 CEPSA [...] es de 3.289.890.000 euros*».

La *Resolución* opta por aplicar una sanción del 0,08% (es decir, si bien el «límite de la sanción, según el precepto antes referido, sería de 328.989.000 de euros [pág. 42]», 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 2.500.000 euros [pág. 43].»

Tengo un gran escepticismo acerca de que una multa de 2.500.000 euros ejerza el más mínimo efecto disuasorio sobre una empresa cuyo volumen de negocios es 3.289.890.000 de euros; y si, como afirma la *Resolución* –pero sin explicación razonada– (pág. 43) « [...] **cabría cifrar en cerca de 4.500.000.000 euros el importe afectado por el incumplimiento imputado a la empresa**», 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 ése 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 2.500.000 euros.*»

*Ex post*, este Consejero ha deducido que esa multa equivale al 0,08% del volumen de negocios de la empresa (como se puede deducir que también equivale al 0,06% 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 0,08%**.

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.-** Con relación al epígrafe 5.3 de la *Resolución*, titulado «*Sobre la supuesta [sic] recusación planteada por CEPSA*», este Consejero debe hacer las consideraciones que a continuación se exponen.

La *Resolución* dice (pág.37): «*La recusación se plantea [...] por invadir el órgano resolutorio funciones propias de la instrucción [...]*» al haber aprobado el *Acuerdo* de 18 de diciembre de 2014, y al que se ha hecho referencia en los apartados anteriores.

Pues bien, *coincido de manera plena e indubitada con el resto de los Consejeros de esta SALA en que el hecho de haber aprobado dicho Acuerdo no debe ser motivo para apartar de la resolución del Expediente a los Consejeros que emitieron voto favorable.*

Lo anterior no significa que esté de acuerdo con la fundamentación provista en la *Resolución* (págs. 37-38), como bien puede entenderse dado el contenido de mi Voto Particular en el citado *Acuerdo*. Mi razonamiento es otro, como sigue: La aprobación del *Acuerdo* de 18 de diciembre de 2014, por el que se extendía el periodo de infracción imputado a la empresa, puede haber sido una decisión más o menos acertada –calificación que corresponde afirmar a otros órganos resolutorios–, pero no motivada por un deseo de lesión.

*Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 30 de enero de 2014.*