



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. SNC/0032/13, REPSOL

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 12 de marzo 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/0032/13, REPSOL, iniciado por la Dirección de Competencia, con fecha 7 de julio de 2014, contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS (REPSOL), por posible incumplimiento de la obligación impuesta por la CNC mediante Resolución de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente S/0652/07, REPSOL/CEPSA/BP, lo que supondría una infracción del artículo 62.4. c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 30 de julio de 2009 (Expte. S/0652/07), el Consejo de la extinta CNC sancionó a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A (REPSOL), CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO. S.A (CEPSA), y BP OIL ESPAÑA, S.A (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 contencioso-administrativo de REPSOL fue desestimado por Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 en lo relativo al recurso por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales y por Sentencia de 5 de noviembre de 2012 en cuanto al procedimiento ordinario.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de octubre de 2013, casó la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 (derechos fundamentales), a la que dejó sin efecto, si bien desestimó también el recurso contencioso-administrativo interpuesto por REPSOL contra la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.

Actualmente sigue pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto por REPSOL contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012 antes citada (procedimiento ordinario).

3. Tras realizar múltiples solicitudes y requerimientos de información, en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, el 12 de septiembre de 2013, la entonces DI remitió al Consejo de la CNC Informe Parcial de Vigilancia en el que se concluía en relación a REPSOL que: a) existía un incumplimiento parcial por parte de REPSOL de lo dispuesto en la Resolución de 30 de julio de 2009 en relación a los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia y al residual número de contratos de reventa indiciada a un descuento fijo garantizado para el distribuidor, pues en dichos contratos el precio de adquisición del producto contractual no se había referenciado a parámetros objetivos, independientes del operador; b) por otro lado, exponía la posible incidencia en dicho incumplimiento de las modificaciones normativas en el ámbito del sector de hidrocarburos introducidas por el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero y refrendadas por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de creación de empleo.¹

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

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

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

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

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

“aunque el legislador no haya 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, porque ello llevaría al absurdo de poder considerar que, al no exigirse legalmente ninguna adaptación, es posible en estos contratos la fijación indirecta de precios de venta al público en contra de lo ya determinado por la doctrina nacional y comunitaria.”

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

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

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

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

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

determinado 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 26 de febrero de 2014, REPSOL 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 7 de abril de 2014.

Dicho Auto fue recurrido en reposición por la actora, siendo desestimado mediante Auto de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 2014.

6. Con fecha 13 de enero de 2014, la DC (Subdirección de Vigilancia) notificó a REPSOL su intención de incorporar al expediente sancionador que se iba 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 REPSOL cinco días hábiles para la presentación de alegaciones. REPSOL presentó sus alegaciones con fecha 16 de enero (folios 47-51).
7. Con fecha 7 de julio de 2014, el Director de Competencia de la CNMC acordó la incoación de expediente sancionador contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A, por incumplimiento parcial de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, expediente registrado con núm. SNC/0032/13.
8. Con fecha 6 de agosto de 2014, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de fecha 4 de agosto formulado en nombre de REPSOL en relación con la incoación del expediente sancionador SNC/0032/13 REPSOL (folios 1312-1553).

9. El 19 de septiembre de 2014, la DC formuló Propuesta de Resolución en el procedimiento SNC/0032/13 REPSOL , siendo notificada el 23 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 REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS 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 REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS 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 14 de octubre de 2014, la representación de REPSOL presentó escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de 19 de septiembre de 2014 (folios 1662-1688).
11. El 15 de octubre 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/0032/13.
12. El 18 de diciembre de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó acuerdo de recalificación, dando traslado del mismo a REPSOL y a la DC para que en el plazo de quince días formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, con suspensión del plazo de resolución.

Analizado el expediente y la propuesta de la DC, en dicho Acuerdo la Sala de Competencia constató que, de acuerdo con el fundamento de derecho sexto de la Resolución de 20 de diciembre de 2013 (Expediente VS/652/07) cuyo objeto es la vigilancia de la resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009 (recaída en el expediente S/652/07 REPSOL, CEPSA, BP), el incumplimiento de REPSOL

no finalizaría el 28 de julio de 2013 como sostiene la DC, sino que se mantendría de forma indefinida mientras REPSOL 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 REPSOL para que en un plazo de 10 días aporte determinada información con suspensión del plazo de resolución.
14. Con fecha 7 de enero de 2015, tuvieron entrada en la CNMC dos escritos de REPSOL en los que solicita la ampliación de plazo para presentar la información requerida, y formular alegaciones al acuerdo de recalificación (folios 1755-1756).
15. Con fecha 7 de enero de 2015, el Secretario del Consejo de la CNMC dictó sendos acuerdos en los que se accede a la peticiones de ampliación de plazo solicitadas por REPSOL (folios 1757 y 1761).
16. Con fecha 8 de enero de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de REPSOL (folios 1766-1768).
17. Mediante escrito de 8 de enero de 2015, la Dirección de Competencia manifestó su no oposición a la recalificación propuesta por el Consejo de la CNMC en su acuerdo de 18 de diciembre de 2014 (folios 1771-1773).
18. Con fecha 21 de enero de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de REPSOL en el que comunicaba la interposición de recurso contencioso-administrativo especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra el Acuerdo de Recalificación y el Acuerdo de Petición de Información, solicitando la suspensión de su ejecución, en tanto no recayera resolución definitiva del órgano jurisdiccional (folios 1777-1809).
19. Con fecha 22 de enero de 2015, el Secretario del Consejo dictó acuerdo de levantamiento de la suspensión acordada en los acuerdos de 18 de diciembre de 2014 relativos al requerimiento de información y recalificación.
20. Con fecha 23 de enero de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de REPSOL en el que solicita que se anulen y se dejen sin efecto los acuerdos de 18 de diciembre de 2014 de recalificación y de requerimiento de información, procediendo al archivo del expediente (folios 1811-1815).
21. Con fecha 27 de enero de 2015, tuvo entrada en la CNMC solicitud de REPSOL de acceso al expediente (folio 1820).
22. Con fecha 28 de enero de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de REPSOL en el que reitera su solicitud de suspensión del procedimiento como consecuencia de la interposición de recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales (folios 1823-1825).

23. Con fecha 28 de enero de 2015, se personó en la CNMC el representante de REPSOL al que se le dio acceso al expediente, conforme con lo previsto en el artículo 31 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.
24. Con fecha 29 de enero de 2015, la Sala de Competencia dictó acuerdo en el que se accede a la solicitud de REPSOL de suspensión del plazo máximo de duración del procedimiento al amparo del artículo 37.1 d) de la Ley 15/2007, con fecha de efectos 8 de enero de 2015, hasta la Resolución por la Audiencia Nacional de la medida cautelar interesada por la empresa (folios 1826-1828).
25. Con fecha 16 de febrero de 2015, la Audiencia Nacional dictó Auto denegando la medida cautelar solicitada por REPSOL de suspensión de la Resolución de la CNMC recurrida (folios 1914-1916).
26. Con fecha 3 de marzo de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de REPSOL en el que solicita que la Sala de Competencia del Consejo declare la caducidad del expediente, ordene el archivo de las actuaciones y proceda a comunicar a la Audiencia Nacional que anula y deja sin efecto el acuerdo de 18 de diciembre de 2014 de recalificación en el expediente sancionador SNC/0032/13 (folios 1917-1921).
27. Con fecha 6 de marzo de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de REPSOL en el que comunica que ha interpuesto recurso de reposición contra el Auto de 16 de febrero de 2015 de la Audiencia Nacional, y solicita que el Consejo suspenda la ejecución del acuerdo de recalificación y de petición de información, en tanto no se resuelva el citado recurso.
28. Con la misma fecha, tuvo entrada en la CNMC escrito de REPSOL en el que solicita que se anule y se deje sin efecto el Acuerdo del Consejo, de 4 de marzo de 2015, de levantamiento de suspensión, toda vez que el mismo no especifica la fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento, y se proceda a notificar un nuevo acuerdo que cumpla con lo previsto en el artículo 12.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia.
29. Con fecha 11 de marzo de 2015, tuvo entrada en la CNMC nuevo escrito de REPSOL en el que comunica que, en el marco del Recurso de Casación 08/3984/2014, ha solicitado ante el Tribunal Supremo la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión de la ejecutividad de la Disposición Tercera de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009. Por ello, solicita que la Sala de Competencia se abstenga de declarar y sancionar un incumplimiento en el presente expediente sancionador SNC/032/13 hasta la resolución definitiva por el Tribunal Supremo sobre dicha solicitud de medidas cautelares.

Subsidiariamente, REPSOL solicita que la Sala posponga su resolución hasta que el mismo Tribunal Supremo resuelva definitivamente el recurso de casación 8/658/2013, interpuesto por REPSOL contra la citada Resolución del Consejo de 30 de julio de 2009.

30. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 12 de marzo de 2015.
31. Es parte interesada: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. (REPSOL).

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 D/E 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 REPSOL, 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 a 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 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 REPSOL.

- Con fecha 10 de febrero de 2010, y tras la emisión del Auto de 15 de diciembre de 2009 de la Audiencia Nacional en el que se desestimaba la solicitud de medida cautelar de REPSOL de suspensión de la ejecución de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, la DI envió a REPSOL un requerimiento en el que solicitaba la aportación de determinada información, a fin de constatar el cumplimiento de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.
- Con fecha 23 de febrero de 2010, la DI remitió nuevo escrito a REPSOL en el que informó a la empresa de la improcedencia temporal del anterior requerimiento de información, toda vez que, no conociendo la existencia de la interposición del recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Consejo de la CNC de fecha 30 de julio de 2009 por dos vías, la de derechos fundamentales y la ordinaria, y la solicitud de medidas cautelares de suspensión en ambas instancias, se remitió de forma indebidamente anticipada al haberse resuelto la primera de ellas, estando aún pendiente la resolución de la segunda.
- Con fecha 27 de abril de 2010 tuvo entrada en la CNC escrito de REPSOL en el que adjunta Auto de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2010, por el que se desestima el recurso de súplica presentado por REPSOL contra el Auto de 22 de diciembre.
- Con fecha 29 de abril de 2010 la DI envió a REPSOL un nuevo requerimiento de información en el que se solicitaba la aportación de determinada información, en el plazo de 15 días, a fin de constatar el cumplimiento de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.
- Con fecha 19 de mayo de 2010 tuvo entrada en el registro de la DI, escrito de contestación de REPSOL, al anterior requerimiento.
- Con fecha 19 de noviembre de 2010, la DI remitió un segundo requerimiento de información a REPSOL, en el que solicitaba información acerca de la evolución del proceso iniciado, como consecuencia de la Resolución 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 9 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el registro de la CNC, escrito de contestación de REPSOL al anterior requerimiento de información.

- Con fecha 5 de marzo de 2012, la DI notificó a REPSOL nuevo requerimiento de información, a fin de verificar el cumplimiento de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.
- Con fecha 8 de marzo de 2012, tuvo entrada en la CNC escrito de REPSOL de contestación al citado requerimiento.
- Con fecha 15 de octubre de 2012, la DI remitió a REPSOL otro requerimiento de información, con el fin de completar y actualizar la información aportada por su compañía en anteriores escritos.

Con fecha 2 de noviembre de 2012, tuvo entrada en la CNC escrito de REPSOL de contestación a la solicitud de información.

- 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 REPSOL.
 - Con fecha 24 de enero de 2013, REPSOL remitió a la DI escrito de alegaciones a la anterior propuesta de IPV, en el que solicitó que se propusiera al Consejo de la CNC que declarase que REPSOL había cumplido en todos sus términos las obligaciones derivadas de la Resolución de 30 de julio de 2009.
 - Con fecha 12 de septiembre de 2013, la DI remitió al Consejo de la CNC su Informe Parcial de Vigilancia, proponiendo la declaración de incumplimiento por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.
3. De lo actuado en el expediente de vigilancia VS/0652/07, y confirmado en la Resolución de 20 de diciembre de 2013, ha quedado acreditado que REPSOL ha dado 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 REPSOL con terceros operadores independientes, tanto en régimen de comisión como en régimen de venta en firme con precio de adquisición referenciado a descuentos fijos pactados con las EESS, pues en dichos contratos REPSOL no había determinado, tal y como se ordenaba en la misma, el precio de adquisición del producto contractual a parámetros objetivos, independientes del operador.
4. Tras la instrucción del presente expediente sancionador 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:

“

- i) Casos en los que la gasolinera sea de la operadora y esté arrendada a un gestor bajo el régimen de suministro exclusivo en comisión sujeto a la normativa de competencia: EESS CODO/ comisión sujeta a normativa de competencia: [1560-1585] EESS.
- ii) Casos en los que la gasolinera sea propiedad de un gestor y pacte con la operadora un régimen de suministro exclusivo en comisión sujeto a la normativa de competencia: EESS DODO/ comisión sujeta a normativa de competencia: [750-775] EESS.
- iii) Casos en los que la gasolinera sea de la operadora y esté arrendada a un gestor bajo un régimen de suministro exclusivo en reventa con precio de adquisición del producto referenciado a un descuento fijo a un precio de referencia: EESS CODO/ venta en firme con descuento: [5-20] EESS.”

Según la mencionada propuesta de resolución: “el porcentaje del total de la red de EESS REPSOL (en número de [3600-3625] afectado por el incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009, es como se ha dicho antes, de aproximadamente el [60-70] % [2340-2365] 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 [...]”.

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 entidad, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”. En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

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

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

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DC en su Propuesta de Resolución de 19 de septiembre de 2014, REPSOL 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 REPSOL ha dado un cumplimiento parcial a la Resolución de 30 de julio de 2009, en cuanto que ha excluido de las medidas a adoptar para la cesación de las prácticas que contribuyen a la fijación indirecta del precio de venta al público de los combustibles a través de estaciones de servicio de la red abanderada REPSOL a aquellas EESS en las que los gestores comisionistas son empresarios independientes a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia. Este incumplimiento, manifiesta la DC, se puede afirmar respecto de los contratos de reventa con precio de adquisición referenciado a un descuento fijo que, en cantidad residual, todavía restan en la red REPSOL.

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, Repsol ha incumplido el dispositivo Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, en cuanto que **ha excluido de las medidas a adoptar para la cesación de las prácticas que contribuyen a la***

fijación indirecta del precio de venta al público de los combustibles a través de estaciones de servicio de la red abanderada Repsol a aquellas EESS en las que los gestores comisionistas son empresarios independientes a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia.

Ese mismo incumplimiento se puede afirmar respecto de los contratos de reventa con precio de adquisición referenciado a un descuento fijo que, en cantidad residual, todavía restan en la red Repsol.”

En el apartado III (VALORACIÓN SOBRE LOS HECHOS PROBADOS QUE FUNDAMENTAN EL ACUERDO DE INCOACIÓN 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 Repsol, 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, Repsol 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 Repsol 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 la EESS en las relaciones contractuales objeto del presente análisis (revendedores con descuento fijo y comisionistas) se fija en base a dos parámetros controlados directamente por el operador: el precio de referencia y la comisión/descuento, lo que lleva tanto en un caso como en otro a que el PVP quede igualmente controlado por el operador.

En ambos casos 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/recomendado de venta al público que a su vez se establece teniendo en cuenta los PVP del área de influencia correspondiente, que no es otro que el precio.

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

*En ambos casos el sistema de formación del precio crea un claro desincentivo en el titular de la EESS a apartarse del precio máximo/recomendado mediante la aplicación de descuentos con cargo a su comisión/margen, de ahí que para el Consejo la alternativa sea, referenciar el precio de adquisición **a los precios internacionales y por tanto no controlados por el operador, de manera que en ausencia de fijación de precios máximos los titulares tienen la capacidad formal y material de fijar el precio de venta al público y el operador no 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.”

(...)

2.- Asimismo, Repsol habría igualmente incumplido la intimación contenida en el punto 3º de la parte dispositiva de la citada Resolución en relación a la forma de establecimiento del precio de adquisición del producto en los contratos de reventa con indicación a descuento fijo garantizado de la red Repsol (entonces [20-45], actualmente en número de [5-20]), al entender que las modificaciones contractuales deben de contar con la autorización de la otra parte del contrato, lo que ha venido llevando a cabo con éxito excepto en estos supuestos.

Además, el que las EESS no estén vinculadas a las intimaciones de la Resolución de 30 de julio de 2009 no es óbice para que Repsol no modifique aquellos extremos que en la misma el Consejo de la CNC ha considerado que estarían incumpliendo la normativa de competencia y, de hecho, no sería la primera vez que esta compañía modifica unilateralmente aquellas cláusulas o condiciones contractuales que han sido declaradas prohibidas.

(...)

En conclusión:

1.- Respecto a los contratos de reventa con descuento fijo, Repsol tiene todavía [5-20] contratos de reventa con precio de adquisición referenciado a un descuento fijo, contratos que se están modificando progresivamente mediante negociación bilateral.

2.- Respecto a los contratos de Comisión, Repsol ha incumplido la intimación referida a los contratos de comisión sujeta a normativa de competencia (actualmente en número de [2310-2335]) al no haber modificado ni renegociado éstos como consecuencia de la Resolución de 30 de julio de 2009, 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.

Al no contemplar la actuación de Repsol 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 a Repsol.

3.- Respecto del sistema adoptado por Repsol 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 *“el incumplimiento reseñado abarca el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2009, fecha en 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 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 entra en vigor la Ley 11/2013, de 6 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 REPSOL.

Durante la tramitación del presente expediente sancionador REPSOL ha presentado alegaciones en cinco ocasiones:

- Alegaciones al Acuerdo de Incoación del expediente, remitidas mediante escrito de 4 de agosto de 2014 (folios 1312-1339).
- Alegaciones a la Propuesta de Resolución, remitidas mediante escrito de 10 de octubre de 2014 (folios 1662-1688).
- Alegaciones al Acuerdo de recalificación y al Requerimiento de información de 18 de diciembre de 2014, remitidas en los escritos de 7 de enero (folios 1766-1768) y de 21 de enero de 2015 (folios 1811-1815).
- Alegaciones presentadas mediante escrito de 3 de marzo de 2015 (folios 1917-1921)

Adicionalmente, y con carácter previo a la incoación, REPSOL también presentó alegaciones con fecha 16 de enero de 2014 (folios 47 a 51), a la notificación de la intención de la DC de incorporar al expediente sancionar a incoar, parte de lo actuado en el expediente de vigilancia VS/652/07.

En sus alegaciones al acuerdo de incoación del expediente (folios 1312-1339) REPSOL, tras plantear determinadas cuestiones sobre los antecedentes del presente

expediente sancionador (en concreto la Resolución de 30 de julio de 2009 y el expediente de vigilancia VS 652/07) formuló básicamente dos alegaciones:

- Inexistencia del elemento objetivo de la infracción imputada basada en las siguientes razones:
 - o el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 cuyo incumplimiento se imputa tiene naturaleza declarativa y no incluye en su ámbito de aplicación los contratos de comisión por cuenta ajena, aunque sí los contratos de compra-venta.
 - o En todo caso, la aplicación de las normas de competencia a los contratos de comisión por cuenta ajena no implica la obligación de mutar o novar la naturaleza jurídica de los mismos. La obligación exigida de novar estos contratos resulta ilegal, ya que implica la privación de derechos patrimoniales y la CNMC carece de competencia para imponerla o exigir su cumplimiento. Adicionalmente, REPSOL no puede modificar estos contratos de comisión unilateralmente, sin contar con el acuerdo de la ES afectada.
 - o En cuanto a los contratos de compra-venta, que REPSOL sí considera incluidos en el ámbito del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, la empresa alega que la obligación de modificación que se le exige desde la CNMC también es inexistente e ilegal por las razones ya aludidas. Además sostiene que no ha suscrito este tipo de contratos desde antes de 2001, sin haber adoptado actuación alguna que contravenga la Resolución de 30 de julio de 2009. Los contratos de compra-venta existentes en su red son actualmente solo [5-20].
- Inexistencia del elemento subjetivo de la infracción, derivada de la ausencia de todo dolo o culpa (incluyendo la negligencia) en su conducta, dadas las características apuntadas de la obligación cuyo incumplimiento se le imputa (inexistencia e ilegalidad de dicha obligación y retraso de la DC en declarar el incumplimiento).

Posteriormente, en su escrito de 10 de octubre de 2014 (folios 1662-1688), REPSOL formuló las siguientes alegaciones a la propuesta de resolución, reiterando la mayor parte de las ya formuladas y remitiéndose expresamente a las alegaciones al acuerdo de incoación presentadas, dado que considera que la DC *“omite responder a cuestiones muy relevantes de las mismas”*:

- Vulneración del principio de retroactividad de la norma penal más favorable (art. 9.3 de la Constitución y art. 128 de la Ley 30/1992), al rechazar la CNMC la aplicación al caso de la Ley 11/2013 y otras alegaciones sobre la duración de la infracción imputada.
- Exigencia de una obligación de contenido imposible, que desnaturaliza el contrato de comisión por cuenta ajena, introduciendo un precio mayorista en un contrato

que directamente lo excluye e imposible de integrar en el mismo sin el consentimiento de la ES.

- Extensión del ámbito de aplicación del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 –de naturaleza meramente declarativa- a los contratos de comisión por cuenta ajena, ajenos al mismo.
- La aplicación de la normas de competencia al contrato de comisión por cuenta ajena es casuística y corresponde a la jurisdicción civil, que ha declarado que la aplicación de la normativa de competencia no conlleva la mutación de la naturaleza jurídica del contrato.
- Inexistencia del elemento subjetivo de la infracción, reiterando la ausencia de dolo o negligencia en la conducta de la empresa.

En relación al acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014, en su escrito de 21 de enero de 2015 (folios 1811-1815), REPSOL alega sustancialmente lo siguiente:

- El Acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014 es nulo de pleno derecho (así como el Acuerdo de Requerimiento de información emitido la misma fecha), al no modificar la recalificación de la conducta imputada a REPSOL en la Propuesta de Resolución por la DC (que continúa siendo calificada como “muy grave”) sino determinar un nuevo término final del incumplimiento de la empresa que incluye un periodo temporal que la Propuesta de Resolución no contemplaba.
- La nulidad del Acuerdo de Recalificación y del Acuerdo de Requerimiento de Información (que según REPSOL ejecuta el anterior) impide considerar válida la suspensión del plazo de tramitación del expediente acordada. En consecuencia, según REPSOL, “*habiendo transcurrido el plazo máximo para notificar la resolución (plazo que vencía el 2 de enero de 2015)*”, el Consejo debe declarar la caducidad del presente expediente sancionador, conforme a lo establecido en el artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993, ordenando el archivo de las actuaciones.
- La Propuesta de Resolución vulnera el principio de retroactividad de la norma penal más favorable, reconocido en el art. 9.3 de la Constitución y art. 128 de la Ley 30/1992 ya que, dado que la Ley 11/2013 expresamente autoriza y ampara la conducta que se imputa como infracción a REPSOL.

Finalmente, mediante escrito de 3 de marzo de 2015, REPSOL manifiesta lo siguiente:

- Tras la publicación de las resoluciones relativas a los expedientes SNC/0033/13 CEPSA y SNC/0034/13 BP, REPSOL considera que la CNMC “*ha procedido a **anular y dejar sin efecto** los acuerdos de recalificación adoptados en el seno de los referidos procedimientos sancionadores*”, por lo que la Sala de Competencia debe igualmente anular y dejar sin efecto el Acuerdo de Recalificación adoptado el 18 de diciembre de 2014 en el presente procedimiento, ya que la CNMC ha reconocido que no se trataba de un auténtico acuerdo de recalificación.

- El reconocimiento de la nulidad del citado Acuerdo de Recalificación conlleva la subsiguiente nulidad de la suspensión de plazo para resolver adoptada junto a dicho Acuerdo, dado que el supuesto habilitante para dicha suspensión se ha reconocido inexistente, lo que produce la necesaria caducidad del procedimiento *“el 7 de enero de 2015, que es la fecha máxima para resolver que tenía la CNMC conforme a lo establecido en el artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto”*.

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 REPSOL 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 REPSOL 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 REPSOL 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 REPSOL 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 REPSOL, a aquellas en las que los gestores en régimen de comisión son empresarios independientes a los efectos de aplicación de la normativa de competencia.

Ese mismo incumplimiento se puede afirmar respecto de los contratos de reventa con precio de adquisición referenciado a un descuento fijo que en cantidad residual, todavía restan en la red de REPSOL.

Durante la tramitación del presente expediente sancionador dicho incumplimiento ha quedado plenamente acreditado. En efecto, REPSOL 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 por un lado que dichos contratos son conformes a la normativa europea y, por otro, que al no existir formalmente el concepto de "precio de adquisición", no puede éste referenciarse a precios internacionales o no controlados por el operador.

Asimismo, REPSOL habría incumplido la intimación contenida en el punto 3 de la referida Resolución en relación a la forma de establecimiento del precio de adquisición del producto en los contratos de reventa con indicación a descuento fijo garantizado de la red Repsol al entender que las modificaciones contractuales debían de contar con la autorización de la otra parte del contrato, lo que ha venido llevando a cabo excepto en estos supuestos.

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

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

"Establecida las diferencias entre los distintos contratos para la distribución de carburantes teniendo en cuenta la titularidad de la estación y la gestión se distinguen a su vez dentro de las estaciones CODO y DODO 3 sistemas de determinación de los precios de adquisición (no se tienen en cuenta los impuestos): régimen de comisión, régimen de reventa con descuento fijo y régimen de reventa con referencia a Platts. Se quiere precisar que cuando se habla de "régimen de comisión o agencia", no se está haciendo referencia al contrato de agencia genuino sino que se hace referencia a los contratos de agencia "no genuino" en que el agente asume riesgos y es considerado por tanto un distribuidor independiente y por tanto están sujetos a la normativa de competencia referida a la fijación de precios, que es el tema aquí examinado.

Por ello la CNC precisa que las medidas que establece en su parte dispositiva deben aplicarse a todos los contratos entre los operadores sancionados y los

gestores de estaciones de servicio cuyos contratos independientemente de cómo se denominen, contengan cláusulas que hacen que el gestor de las EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes".

Ninguna de las alegaciones y argumentos expuestos por REPSOL en los distintos presentados durante la tramitación del expediente 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, la Sala no puede aceptar la alegación de REPSOL respecto al carácter meramente declarativo del dispositivo tercero de la Resolución de 2009. Según REPSOL este dispositivo no contiene ningún mandato dirigido a las empresas sancionadas sino que se trata de un apartado de naturaleza puramente declarativa, *"incapaz de generar obligación alguna para esta parte"* (párrafo 54 de las alegaciones de REPSOL al Acuerdo de Incoación), tanto para los contratos de comisión por cuenta ajena (apartados 49-54) como para los contratos de compra-venta (párrafos 88-89 de las mismas alegaciones), dada la naturaleza declarativa de tal dispositivo.

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 REPSOL (entre otros operadores), así como cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas, ordena obviamente a REPSOL poner fin a dicha conducta expresamente declarada ilegal, como también lo ordena directamente el dispositivo noveno de la misma resolución al intimar a REPSOL (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 REPSOL en sus alegaciones en el presente expediente sancionador, la CNMC no pretende *"obviar su falta de competencia para declarar la nulidad de forma genérica de ciertas modalidades contractuales procediendo a crear una obligación de modificación (en suma novación) de los mismos"*, sino meramente que la intimación al cese de determinados comportamientos por parte de REPSOL estaba expresamente recogida en la propia resolución. La propia REPSOL, aunque alegue el carácter meramente declarativo del citado dispositivo tercero, lo considera de carácter imperativo en otros párrafos de sus alegaciones, estimando que obliga a un comportamiento determinado por parte de la empresa.

Así, si bien alude previamente al carácter declarativo del dispositivo, REPSOL reconoce expresamente en sus alegaciones que ejecutó la intimación prevista en dicho dispositivo en sus contratos de compra-venta en cuanto fue ejecutiva la Resolución de 30 de julio de 2009:

"es un hecho también reconocido por la DC que RCPP [REPSOL] ha llevado a cabo un constante proceso de sustitución de estos contratos desde la Resolución de 30 de Julio de 2009. En efecto a la vista de que la CNC consideraba que esta modalidad contractual era contraria a las normas de

competencia RCPP ha sustituido todos los contratos de venta en firme con descuento fijo por contratos de otra naturaleza. Lo ha hecho bien en caso de revinculación al vencimiento de los contratos antiguos, bien cuando ha podido hacerlo porque la estación de servicio ha consentido a esta modificación. De esta forma quedan únicamente [5-20] contratos de esta naturaleza en la red de RCPP lo que es una cantidad absolutamente marginal y que RCPP vendrá sustituyendo de la misma forma”.

Por todo ello no puede aceptarse que REPSOL 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) y de determinada manera, mientras que excluía a otros (contratos de comisión impropia), sin atender debidamente al contenido del mencionado dispositivo para ninguno de estos dos tipos de contratos, como se examinará a continuación.

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 REPSOL, 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 REPSOL (párrafo 56 de sus alegaciones al Acuerdo de incoación), el dispositivo tercero *“no menciona a los contratos de comisión por cuenta ajena que no son contratos de suministro de carburantes. Por su propia esencia, un contrato de comisión implica que el comisionista (las estaciones de servicio), contrata con terceros por cuenta del comitente y no por su propia cuenta (art. 244 Código de Comercio en relación con art. 1709 Código Civil). Ello supone que el bien objeto de la actividad de comisión no es adquirido por la estación de servicio, ni se le transfiere o se le cede a cambio de un precio. Por lo tanto en un contrato de comisión por cuenta ajena no existe precio de adquisición del combustible. Pues dicho combustible no se suministra para su reventa por la estación de servicio. El único precio de venta que existe es el precio que establece RCPP como propietario de los productos que opera como máximo y que la estación de servicio puede rebajar con cargo a su comisión”.*

Por tanto, según REPSOL el dispositivo tercero se refiere exclusivamente a *“contratos de suministro”* en los que exista *“precio de adquisición”*, mientras que en los contratos de comisión mercantil *“no son contratos de suministro de carburantes”* y en los mismos 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 REPSOL y el resto de las operadoras en este sentido. Las nuevas alegaciones de REPSOL 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 REPSOL, la expresión “*contratos de suministro*” empleada en el dispositivo tercero únicamente puede aplicarse a los contratos de reventa, nunca de comisión. Así, según REPSOL, el dispositivo tercero “*ni menciona a los contratos de comisión por cuenta ajena ni, evidentemente, intima a esta parte a adoptar una conducta consistente en asegurar que un supuesto precio mayorista (de adquisición, cesión o transferencia), atienda a criterios objetivos. No hay referencia alguna a estos elementos en dicho Dispositivo Tercero*”.

Sin embargo, cuando la propia REPSOL 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.

Igualmente, REPSOL 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 (párrafo 91 de las alegaciones de REPSOL al Acuerdo de incoación y nota 13 de las mismas), 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 REPSOL, 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, REPSOL, 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 REPSOL, 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 REPSOL suscribe con las estaciones de servicio, explica el operador petrolífero, “*en un contrato de comisión por cuenta ajena no existe precio de adquisición del combustible. Pues dicho combustible no se suministra para su reventa por la estación de servicio. El único precio de venta que existe es el precio que establece RCPP como propietario de los productos que opera como máximo y que la estación de servicio puede rebajar con cargo a su comisión*”.

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 REPSOL (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 REPSOL 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 REPSOL 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, CEPESA 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 REPSOL 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).

REPSOL 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 CEPESA, 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.

Como se ha advertido, el Tribunal Supremo analizó alegaciones muy similares a las vertidas por REPSOL 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 REPSOL 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 REPSOL- 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 REPSOL, 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 REPSOL 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 REPSOL, 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 REPSOL 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 REPSOL 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 mayorista 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 REPSOL este extremo fundamental del que depende la eficacia de la mencionada Resolución, la operadora ha incumplido el contenido de la misma. La pretensión de REPSOL 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 REPSOL (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 REPSOL 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, la Sala debe manifestar que considera 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 REPSOL, 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”*.

4.4. Sobre la incidencia de la Ley 11/2013 en la infracción imputada.

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución y al Acuerdo de recalificación, REPSOL sostiene que, tras la entrada en vigor de 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.

REPSOL 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.

Asimismo, en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, REPSOL señala que la exoneración de responsabilidad sobre el incumplimiento imputado alcanza también al periodo anterior a la entrada en vigor de la Ley 11/2013, en aplicación del *“principio fundamental que garantiza la retroactividad de la ley penal o sancionadora más favorable”*, reconocido por el artículo 9.3 de la Constitución Española y de los artículos 128.2 de la Ley 30/1992, y 4.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Citando amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 8/1981, 15/1981 y 22/1999) y del Tribunal Supremo (STS de 28 de mayo de 1990, y 22 de febrero de 1988), REPSOL sostiene que cualquier sanción de la CNMC respecto a conductas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 11/2013 supondría una grave vulneración de dichos preceptos.

a) Respecto a la incidencia de la Ley 11/2013 respecto a los hechos posteriores a su entrada en vigor.

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 REPSOL 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 REPSOL entra en una evidente contradicción con sus rotundas y continuas alegaciones en las que niega 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 (REPSOL) y el comisionista o agente (estación de servicio). Así REPSOL ha afirmado repetidamente que en dichos contratos de comisión impropia *“el comisionista (las estaciones de servicio), contrata con terceros*

por cuenta del comitente y no por su propia cuenta (art. 244 Código de Comercio en relación con art. 1709 Código Civil). Ello supone que el bien objeto de la actividad de comisión no es adquirido por la estación de servicio, ni se le transfiere o se le cede a cambio de un precio. Por lo tanto en un contrato de comisión por cuenta ajena no existe precio de adquisición del combustible. Pues dicho combustible no se suministra para su reventa por la estación de servicio” (párrafo 56 de las alegaciones de REPSOL al Acuerdo de incoación, folio 1329).

Una simple lectura del 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 REPSOL 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 REPSOL, adquiriendo un significado distinto en cada ocasión según la conveniencia de la empresa. REPSOL 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).

b) Respecto a la incidencia de la Ley 11/2013 respecto a los hechos anteriores a su entrada en vigor.

No habiendo considerado que la entrada en vigor de la Ley 11/2013 haya supuesto una exención del cumplimiento de la Resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009 en aplicación de la normativa nacional y de la Unión Europea, la Sala tampoco puede estimar la alegación presentada por la representación legal de REPSOL respecto a que la sanción de los hechos anteriores supondría una violación de los principios de retroactividad de la norma penal o sancionadora más favorable. Al no considerar la Ley 11/2013 como causa de exención legal de la LDC, no puede en ningún caso esgrimirse su aplicación retroactiva como norma sancionadora más favorable.

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

5.1 Sobre la delimitación temporal del incumplimiento objeto de infracción.

REPSOL sostiene en su escrito de alegaciones al acuerdo de recalificación (folios 1811-1815) que, mediante 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.

Según afirma REPSOL *“la fecha en la que la DC constató un incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009 y propuso la declaración de incumplimiento que fue aceptada en la resolución de 20 de diciembre de 2013, es la fecha en la que se notificó a esta parte la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia (diciembre de 2012). Con posterioridad a dicha fecha no hay constancia fáctica alguna sobre el incumplimiento ni en el expediente de vigilancia VS/652/07 ni por supuesto en el presente expediente sancionador”* (folio 1812). Por ello, continua la representación de la empresa *“Lo que hace el Acuerdo de Recalificación es afirmar que la infracción existe y la refiere a un periodo temporal que la Propuesta de Resolución no contemplaba , y sobre el que no ha habido investigación o acto de instrucción alguno. En ningún caso se ha procedido a investigar o determinar por el órgano instructor que RCPP hubiera cometido la infracción imputada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/2013 (fecha de terminación de la infracción que propone la DC), ni, por supuesto con mayor motivo, con posterioridad a la Resolución de 20 de diciembre de 2013 y hasta la actualidad como se afirma”* (folio 1813).

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 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 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 REPSOL 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 12 de septiembre de 2013.

La representación de REPSOL menciona la duración de la conducta imputada que establece la DC en su Propuesta de Resolución en repetidas ocasiones en su escrito de alegaciones a la misma:

“La DC propone al Consejo que declare que RCPP ha incumplido el Dispositivo Tercero de la Resolución de 30 de Julio de 2009, incumplimiento que se habría producido entre el 15 de Diciembre de 2009 y el 28 de Julio de 2013” (párrafo 1 de las alegaciones, folio 1662).

“En cuanto al periodo en el que se ha producido la infracción descrita, la DC señala, como decíamos, que se produce 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 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 2 . Por lo tanto la Propuesta de Resolución considera que desde el

momento de la entrada en vigor de la Ley 11/2013 la conducta considerada como incumplidora dejó de serlo, y por esta razón RCPP no puede ser sancionada más allá de la citada fecha”. (Párrafo 3 de las alegaciones, folio 1663).

“la DC luego de volver a reiterar aquello que ya sostuvo sobre este particular en el Informe Parcial de Vigilancia llega a la conclusión, como hemos visto, de que el incumplimiento de la Resolución de 30 de Julio de 2009 que imputa a esta parte solamente ha tenido lugar, 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 que entra en vigor la Ley 11/2013”. (párrafo 12 de las alegaciones, folio 1666).

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 REPSOL 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 procedió a recalificar como infracción del artículo 62.4 c de la LDC los hechos que la Propuesta de Resolución de la DC había investigado pero 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 subrayado 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.

Dado que solo cabe sancionar en el marco del presente procedimiento sancionador los hechos que hayan sido objeto de la correspondiente instrucción, 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 REPSOL ha generado en relación con la Resolución de 30 de julio de 2009. En este sentido, la recalificación se realizó, 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 de diciembre de 2013 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 REPSOL el acto de recalificación no situó en la indefinición ni llevó hasta el presente el término final de la conducta, sino que se limitó 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 había declarado en su propuesta de resolución, en clara contradicción con lo ya resuelto por esta Sala de Competencia en su resolución de vigilancia de 20 de diciembre de 2013, dando a REPSOL 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 (REPSOL menciona en sus diferentes alegaciones actuaciones conducentes a dar debido cumplimiento a la referida resolución de 2009 respecto a determinados contratos pero no a todos los que esta Sala consideró afectados por la Resolución de 30 de julio de 2009 en la Resolución de vigilancia de 20 de diciembre de 2013), 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 REPSOL un incumplimiento más allá de la fecha del Informe parcial de vigilancia de 12 de septiembre de 2013.

Siendo ello así, 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.

5.2 Sobre la pretendida caducidad del expediente

Tanto en sus alegaciones al Acuerdo de recalificación y al Requerimiento de 21 de enero de 2015 (folios 1811-1815) como en sus posteriores alegaciones de 3 de marzo de 2015, REPSOL considera que la nulidad de pleno derecho del mencionado Acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014 conlleva la nulidad de la suspensión asociada al mismo y, por ello, la caducidad del presente procedimiento sancionador. Desarrollando esta argumentación en su escrito de 3 de marzo de 2015, REPSOL

considera que, tras la publicación de las resoluciones relativas a los expedientes SNC/0033/13 CEPSA y SNC/0034/13 BP, la CNMC ha reconocido expresamente esta nulidad y *“procedido a anular y dejar sin efecto los acuerdos de recalificación adoptados en el seno de los referidos procedimientos sancionadores”*. Por ello insta a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC a igualmente anular y dejar sin efecto el Acuerdo de Recalificación adoptado el 18 de diciembre de 2014, al no tratarse de un verdadero acuerdo de recalificación.

La Sala no puede aceptar la caducidad del expediente sancionador pretendida por REPSOL. Como se ha argumentado en el Fundamento de Derecho anterior el Acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014 no puede considerarse nulo por las razones que argumenta REPSOL ya que procede a la recalificación como infracción de aquellos hechos investigados e instruidos por la DC que, por una interpretación de la Ley 11/2013 rechazada por esta Sala anteriormente, no fueron calificados como conducta infractora de la LDC.

La simple lectura del Fundamento de Derecho anterior y de las resoluciones relativas a los expedientes SNC/0033/13 CEPSA y SNC/0034/13 BP impide considerar que la CNMC haya reconocido expresamente esta nulidad en ningún momento y *“procedido a anular y dejar sin efecto los acuerdos de recalificación adoptados en el seno de los referidos procedimientos sancionadores”*, como argumenta REPSOL. La diferencia de fechas existente entre la entrada en vigor de la ley 11/2013 y la finalización de la investigación de la DC en su expediente de vigilancia obligaban a la Sala a adoptar el anterior Acuerdo de recalificación. Lo contrario hubiera supuesto aceptar una interpretación de la Ley 11/2013 que previamente la Sala había descartado como errónea, o bien, dejar sin sancionar unos hechos que la propia DC consideraba investigados y susceptibles de integrar la conducta imputada pero que no calificaba como tales exclusivamente por la entrada en vigor de la Ley 11/2013. Si tales hechos no hubieran quedado integrados en la investigación, la DC no hubiera declarado la finalización de la conducta imputada en la fecha de entrada en vigor de la citada ley 11/2013 sino en la fecha del fin de su investigación. Por lo tanto, el Acuerdo de Recalificación era necesario para que la cuestión sometida a conocimiento del Consejo fuera debidamente calificada, según lo previsto en el artículo 51.4 de la LDC. Ni en esta ni en ninguna de las resoluciones anteriores referidas a los expedientes SNC/0033/13 CEPSA y SNC/0034/13 BP, la Sala procede a anular y dejar sin efecto los acuerdos de recalificación adoptados sino que, por el contrario, ratifica su validez y necesidad en el procedimiento.

Por todo ello, debe rechazarse, la pretendida caducidad alegada por REPSOL.

5.3. Sobre la suspensión del procedimiento.

REPSOL ha solicitado, en un último escrito de alegaciones de 11 de marzo de 2015, la suspensión de este procedimiento sancionador sobre la base de la interposición de recursos de reposición y de casación contra resoluciones judiciales.

En primer lugar, REPSOL argumenta la necesidad de suspender este procedimiento hasta la resolución del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que resolvió el recurso interpuesto contra la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009. Cabe a este respecto señalar que el carácter no firme de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012 (recurso 659/2009), por la que se desestima el recurso de REPSOL contra la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, no constituye impedimento para la tramitación de este procedimiento ni exige su suspensión.

En segundo lugar, señala REPSOL haber interpuesto recurso de reposición contra el auto de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2015, denegatorio de la medida de suspensión solicitada ante dicho tribunal. Si bien la solicitud de la medida cautelar de suspensión ante la Audiencia Nacional justificó la suspensión de este procedimiento por los motivos que se hicieron constar en el acuerdo de esta Sala de 29 de enero, una vez denegada la medida cautelar por la Audiencia Nacional se acordó levantar la suspensión de este procedimiento. Ello obedece a que, desde tal momento, la jurisdicción contencioso-administrativa ya se pronunció sobre la medida cautelar solicitada, respetándose de tal modo la tutela cautelar que asiste a la parte. A su vez, la ulterior impugnación de dicho auto en reposición y, en su caso, posterior casación, no privan de ejecutividad al auto dictado, al no tener la interposición de tales recursos efecto suspensivo (arts. 87.3, 79.1 y 80.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio).

En tercer lugar, REPSOL manifiesta haber solicitado medida cautelar de suspensión ante el propio Tribunal Supremo en el marco del recurso de casación 3984/2014, cuyo origen se desconoce. Cabría, no obstante, deducir que se trata de la casación formulada contra el auto de la Audiencia Nacional denegatorio de la suspensión correspondiente al recurso 82/2014, seguido a instancia de REPSOL contra la resolución de vigilancia de 20 de diciembre de 2013. Así, del mismo modo, dicha suspensión fue ya denegada por la Audiencia Nacional (auto de 7 de abril de 2014, confirmado en reposición mediante auto de 28 de octubre de 2014), sin que la ulterior casación ante el Tribunal Supremo produzca efectos suspensivos sobre tales autos.

Asimismo, y en relación con la cautelar solicitada ante el Tribunal Supremo, cabe señalar que en el marco del recurso 659/2009 antes citado, mediante auto de 22 de diciembre de 2009 la Audiencia Nacional ya resolvió desestimar toda medida cautelar (a excepción de la correspondiente al pago de la multa), auto que fue confirmado por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 20 de septiembre de 2011.

Siendo ello así, y con base en el artículo 37 de la LDC, no existe motivo que aconseje la suspensión solicitada por REPSOL en su escrito de 11 de marzo de 2015.

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, noviembre de 2011).

En el supuesto que nos ocupa, REPSOL tanto en su escrito de alegaciones al Acuerdo de Incoación como en el presentado a la Propuesta de Resolución, considera que en su actuación no concurre el requisito de culpabilidad, dado que el supuesto incumplimiento de REPSOL se basa en una reinterpretación o innovación de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009. REPSOL argumenta que la propia DC ha certificado que REPSOL *“ha cumplido con las obligaciones literales, expresas y taxativas contenidas en la Resolución de 30 de Julio de 2009”*. Según REPSOL, la empresa dio cumplimiento a cualquier obligación existente en la citada resolución, por tanto cualquier omisión de la conducta esperada por la CNMC no podría derivar en una infracción, dada que los antecedentes de la propia autoridad de competencia respecto de la misma conducta indicaban claramente la ausencia de una obligación de modificación de la naturaleza jurídica de los contratos de comisión por cuenta ajena. Según la representación de la empresa *“en ausencia de una obligación expresa, formal y taxativa al respecto, RCPP podía legítimamente confiar en que la declaración contenida en el Dispositivo Tercero de la Resolución de 30 de Julio de 2009 no contenía dicha obligación pues las mismas autoridades, en circunstancias similares, habían afirmado la inexistencia de la misma”*.

La Sala de Competencia debe rechazar estas alegaciones, al igual que hizo la DC en su propuesta de resolución. Como se ha afirmado, no es posible razonar, como pretende 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 operadores 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”.

REPSOL, 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 de la CNC en su Resolución declaró prohibido cualquier “uso comercial que tenga un efecto equivalente”.

Pretender la ausencia de culpabilidad de REPSOL 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 REPSOL 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

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

En el presente procedimiento, REPSOL 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 REPSOL 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) de la 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) de la 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 REPSOL 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. Así, el volumen de negocios total de REPSOL en 2013 fue de 12.146.000.000 euros (folio 1688)².

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 [50-75%] de la red de REPSOL [2.320-2.345] EESS afectada por los dispositivos de la Resolución de 2009.

² Sin embargo, la cifra de negocio del ejercicio 2013 publicada por la empresa en el Registro Mercantil asciende a 16.870.355.000 euros.

El requerimiento de información acordado por el Consejo el pasado 18 de diciembre no ha sido atendido por REPSOL, que no ha desglosado los volúmenes de negocio derivados de la actividad de las estaciones de servicio de la red de REPSOL, dejando sin consignar 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.

En aplicación de la letra a) del referido artículo 64.1 de la LDC, antes citado, la delimitación de un posible mercado afectado por la conducta que pasaría, en todo caso, por tomar en consideración el [50-75] % del volumen de ingresos de REPSOL en sus ventas relacionadas con estaciones de servicio.

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 en su momento por REPSOL (folios 1939 a 1945³), una vez ponderados los correspondientes a 2013 por el tiempo en el que la conducta se imputa, cabría cifrar en más de 17.500 millones de euros el importe afectado por el incumplimiento imputado a la empresa en el referido periodo que discurre desde el 15 de diciembre de 2009 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 REPSOL una multa de 5.000.000 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 REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.

³ Información deducida de la aportada por REPSOL, a requerimiento de esta Comisión, en el expediente S/0474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN.

SEGUNDO.- Imponer a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. una sanción de ocho millones setecientos cincuenta mil euros (8.750.000 €).

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

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, 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.

VOTO PARTICULAR

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 12 de marzo de 2015, en el marco del Expediente SNC/0032/13, REPSOL.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- La Resolución dice lo siguiente (págs. 5-6): «El 18 de diciembre de 2014 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó acuerdo de recalificación, dando traslado del mismo a REPSOL y a la Dirección de Competencia para que en el plazo de quince días formularan las alegaciones que estimaran pertinentes. [...] en dicho Acuerdo la Sala de Competencia constató que [...] el incumplimiento de REPSOL no finalizaría el [...], como sostiene la DC, sino que se mantendría de forma indefinida mientras REPSOL 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 el contenido completo del epígrafe 5.1 de la Resolución, titulado «Sobre la delimitación temporal del incumplimiento objeto de infracción» (págs.36-39), **destacando lo siguiente:**

« [...] lo cierto es que, dados los hechos que han sido objeto de instrucción [...] no cabe imputar a REPSOL 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 la imputada** la *Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia* de la que trae causa el Expediente que nos ocupa.

Incidentalmente: 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 de Informe Parcial de Vigilancia* a la SALA de COMPETENCIA.

TERCERO.- La *Resolución* aborda la cuantificación de la sanción en su Fundamento de Derecho SÉPTIMO: «**Sobre el importe de la sanción**», concluyendo con la imposición de una multa de 8.750.000 euros. En mi opinión, no está adecuadamente **motivada**, por las siguientes razones: **En primer lugar**, cabe recordar:

(i) Lo establecido por la AN (por todas, SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013, énfasis añadido): «[...] **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».**

(ii) Lo establecido por repetidas Sentencias del TS (por todas, STS de 29 de enero de 2014, en el Recurso de Casación Núm. 2872/2013), confirmado el criterio de la AN antes citado, en el sentido de que las multas deben imponerse «**en el porcentaje que resulte atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados**».

(iii) Que, en adición a lo establecido por la AN y el TS, y con carácter general, la determinación del citado porcentaje dentro del intervalo sancionador (0%, 10%) requiere una **motivación**, ex Art. 218-2y3 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Pero la *Resolución* no opera de ese modo porque fuera de toda graduación razonada de la sanción entre el 0% mínimo y el 10% máximo, entiende adecuada la multa de 8.750.000 euros. Eso deja ese monto sancionador sin *motivación expresa*.

En segundo lugar, la *Resolución* estipula que la «LDC exige la toma en consideración de la duración de la conducta»; pero por la razón anteriormente apuntada, no es posible conocer qué papel ha tenido ese elemento en la decisión de imponer la citada multa. En todo caso, la *Resolución* estima que la mencionada duración de la infracción abarca «desde el 15 de diciembre de 2009 hasta el 12 de septiembre de 2013». En el Apartado SEGUNDO de este Voto Particular he expuesto por qué, a mi juicio, ese periodo no debe ir más allá del 19 de diciembre de 2012.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 12 de marzo de 2015.