



Roj: **SAN 4264/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4264**

Id Cendoj: **28079230062020100421**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/12/2020**

Nº de Recurso: **297/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000297 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02846/2015

Demandante: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. REPSOL

Procurador: DÑA. GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo nº **297/2015** promovido por la Procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, actuando en nombre y representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A., contra la resolución de 12 de marzo de 2015 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SNC/0032/13 REPSOL, por la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 8.750.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- In terpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminó suplicando de esta Sala que dicte sentencia por la que estimando el recurso interpuesto:

; "1) Sobre la base de los fundamentos jurídicos expuestos en el cuerpo de esta demanda, anule íntegramente la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 12 de marzo de 2015 dictada en el expediente SNC/0032/13, anulando todos los pronunciamientos por los que se declara a mi representada responsable de una infracción del artículo 62.4.c LDC ;

; 2) Subsidiariamente, y para el caso de que la Sala considere que procedía sancionar a mi representada, anule parcialmente la Resolución impugnada en cuanto impone a esta parte una sanción de 8.750.000 euros, aplicando una sanción simbólica no superior a los 1.000 euros a la vista de la excepcionalidad de este asunto tal y como se expone en los fundamentos de esta demanda".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo.

CUARTO.- Se fijó para votación y fallo la audiencia del día 23 de septiembre de 2020.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A., impugna la resolución de 12 de marzo de 2015 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SNC/0032/13 REPSOL, por la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 8.750.000 euros. Concretamente, dicha resolución acuerda:

"PRIMERO. Declarar acreditado el incumplimiento del dispositivo tercero de la Resolución de la Comisión Nacional de 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 PETROLIFEROS, S.A.

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

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

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

1. Con fecha 30 de julio de 2007, la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia acordó la incoación de oficio del expediente sancionador nº 652/07 contra las operadoras Repsol, Cepsa y BP por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 81 del Tratado constitutivo de la 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.

2. El 30 de julio de 2009, el Consejo de la extinta CNC dictó Resolución en el mencionado expediente sancionador S/0652/07 y entendió que las tres operadoras REPSOL, CEPSA y BP, en sus relaciones verticales con las estaciones de servicio, 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. Y ello mediante instrumentos contractuales y otras medidas destinadas a desincentivar a que los distribuidores se alejasen del precio máximo/recomendado de venta que consistía en el precio de venta medio de las estaciones de servicio del entorno del minorista. Concretamente, 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 llevaba a que el precio quedase controlado por el operador. Y ese sistema de formación de precio creaba un claro desincentivo en el titular de la estación de servicio a apartarse del precio máximo mediante la aplicación de



descuentos con cargo a su comisión/margen, de ahí que para el Consejo la alternativa era referenciar el precio de adquisición a los precios internacionales y por tanto no controlados por el operador.

3. La resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009 acordó en su parte dispositiva lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

; OCTAVO. Imponer a BP OIL ESPAÑA S.A. una multa de UN MILLON CIEN MIL EUROS (1.100.000 euros) 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 euros por cada día de retraso.

- ; UNDECIMO. Los sancionados, justificarán 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."*
4. La sanción impuesta a la mercantil ahora recurrente en la citada resolución de 30 de julio de 2009 se ha confirmado por esta misma Sección en sentencia dictada en fecha 5 de noviembre de 2012 (PO 659/2009) confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia dictada en fecha 22 de mayo de 2015 en el recurso de casación nº 658/2013.
5. La Dirección de Investigación, para dar cumplimiento al dispositivo duodécimo de la Resolución del Consejo de la CNC, antes reproducido, en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, realizó numerosos requerimientos con objeto de verificar la situación contractual de los operadores sancionados con sus distribuidores, así como la operativa de los mecanismos de emisión de tickets y facturas en las EESS.
6. El 19 de diciembre de 2012, se notificó a las partes implicadas en el expediente de vigilancia la "Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia" en la que, de lo actuado, se deducía, por un lado, que las tres operadoras citadas fijaban el precio de adquisición/cesión detrayendo del precio máximo/recomendado la comisión/margen de la estación de servicio por lo que se impedía que el titular de la estación de servicio obtuviera, por su actividad, un margen suficiente para modificar significativamente el precio máximo/ recomendado.
7. Por todo ello la Dirección de Investigación entendió que ni REPSOL, ni CEPSA ni BP habían dado cumplimiento a la intimación realizada por el Consejo de la CNC en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, y proponía al Consejo de la CNC que intimase a las mismas para que adoptaran las medidas exigidas para el cumplimiento de la citada resolución.
8. El Consejo de la CNMC en el expediente de vigilancia referido dicta en fecha 20 de diciembre de 2013 resolución por la que se acuerda el incumplimiento parcial de la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 refiriendo:
- ; "PRIMERO. Declarar el incumplimiento parcial de la Resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009, en particular de su dispositivo TERCERO, CUARTO y QUINTO apartado iv.*
- ; SEGUNDO. Declarar que el cumplimiento de la mencionada Resolución debe ser total y efectivo para la remoción de los efectos anticompetitivos de las prácticas declaradas prohibidas en la misma.*
- ; TERCERO. Instar a Repsol, Cepsa y BP para que adopten las medidas necesarias para el cumplimiento completo de la Resolución de 30 de julio de 2009. En particular instarles para que:*
- ; 1. 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.*
- ; 2. Tomen las medidas necesarias para la cesación de las practicas consistentes en el establecimiento de cláusulas en las que las comisiones a percibir se calcularan a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio. Para ello, las tres operadoras deberán adoptar y comunicar las correspondientes adendas a los contratos vigentes, previa autorización de su contenido y procedimiento de comunicación por parte de la Dirección de Competencia en el marco de la vigilancia de esta Resolución.*
- ; 3. Establezcan previa aprobación de la Dirección de Competencia, un sistema de acceso continuo e indiscriminado de las estaciones de servicio a todos los descuentos compartidos (totales y correspondientes a cada parte) de los clientes de cada tarjeta de fidelización.*
- ; CUARTO. Ordenar a Repsol, Cepsa y BP la publicación en su página web, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente Resolución, de la parte resolutive de la presente Resolución. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso.*
- ; QUINTO. Repsol, Cepsa y BP justificarán ante la Dirección de Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas por la Resolución de 30 de julio de 2009 y en los anteriores apartados de la presente Resolución.*
- ; SEXTO. Interesar a la Dirección de Competencia la apertura de un procedimiento sancionador por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero de esta Resolución y para que vigile y cuide el cumplimiento de esta Resolución".*



9. De todo lo actuado en el expediente de vigilancia VS/0652/07 y confirmado en la Resolución de 20 de diciembre de 2013, según la CNMC, ha quedado acreditado que REPSOL ha dado cumplimiento parcial a lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009. Incumplimientos que según se indica en la citada resolución no ha afectado a 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 el precio de adquisición del producto contractual a parámetros objetivos, independientes del operador. Resolución de 20 de diciembre de 2013 que se ha confirmado por esta Sección en la sentencia dictada en fecha 5 de junio de 2018 (PO 82/2014) confirmada en casación por el Tribunal Supremo en sentencia dictada en fecha 4 de febrero de 2002 (recurso nº 6404/2018).

10. Y 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; (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; (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".

11. Asimismo, la Resolución de 20 de diciembre de 2013 del Consejo de la CNMC ordenaba a la Dirección de Competencia la apertura de un expediente sancionador que, en relación con la mercantil ahora recurrente, da lugar al expediente SNC/0032/13 REPSOL que finaliza con la resolución sancionadora de 12 de marzo de 2015 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución que constituye el objeto del presente proceso y que entiende que REPSOL ha incumplido 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 estaciones de servicios en las que los gestores comisionistas son empresarios independientes a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia. Y, además, añade que este incumplimiento también afecta a los contratos de reventa con precio de adquisición referenciado a un descuento fijo que, en cantidad residual, todavía quedan en la red Repsol. Incumplimientos que abarcan el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2009, fecha en que esta Sala deniega la suspensión de la resolución de 30 de julio de 2009, hasta el día 12 de septiembre de 2013 fecha del Informe parcial de vigilancia.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente, REPSOL, se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1. Nulidad del Acuerdo de Recalificación de 18 de diciembre de 2014 por cuanto se ha omitido el trámite de audiencia a pesar de que se ha modificado el principio acusatorio al introducirse modificaciones esenciales en los hechos imputados por el órgano instructor ya que se ha ampliado el periodo temporal de duración de la infracción imputada y ello, según dice, le ha ocasionado indefensión material. La Dirección de Competencia entendía que los hechos imputados finalizaban con la entrada en vigor de la Ley 11/2013 (28 de julio de 2013), mientras que el Consejo, que modifica ese periodo, entiende que los hechos imputados se mantienen al margen de la entrada en vigor de la citada Ley.

2. La recurrente entiende que como ese acuerdo de recalificación es nulo de pleno de derecho, entonces el expediente sancionador ha caducado porque no produce efectos la suspensión del plazo máximo que acompañaba a dicho acuerdo.

3. Vulneración del principio de imparcialidad por cuanto no se han abstenido ni el presidente de la CNMC ni dos vocales de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC a pesar de que se planteó su recusación por los motivos previstos en el artículo 28.2, apartados a) y c), de la Ley 30/1992.

4. Niega que concurra en su conducta el tipo infractor imputado porque entiende que no ha existido, por su parte, incumplimiento de las obligaciones impuestas en el dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009. En este sentido, frente al criterio de la CNMC recogido en la resolución sancionadora ahora impugnada, expone que las obligaciones recogidas en el citado dispositivo como no se aplican a los contratos de comisión por cuenta ajena no es admisible la obligación de modificación o renegociación de los contratos de comisión y, por tanto, no se le puede reprochar incumplimiento respecto de dichos contratos. Apoya su tesis señalando que en los contratos de comisión por cuenta ajena no existe precio de adquisición del combustible por lo que no puede referenciarse a precios internacionales o no controlados por el operador, pues dicho combustible



no se suministra para su reventa por la estación de servicio. En esos contratos el único precio de venta que existe es el precio que establece Repsol como propietario de los productos que opera como máximo y que la estación de servicio puede rebajar con cargo a su comisión.

5. Asimismo señala que se le esta sancionando por el incumplimiento de unas obligaciones en relación con los contratos de comisión por cuenta ajena que son contrarias a lo dispuesto en el artículo 43 bis) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, introducido por 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.

6. Falta de motivación y vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la multa impuesta.

CUARTO.- Son muchas las cuestiones planteadas por la recurrente en su escrito de demanda, pero conviene centrar adecuadamente el objeto del presente proceso. Concretamente, en este procedimiento la mercantil recurrente impugna la resolución sancionadora dictada en fecha 12 de marzo de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SNC/0032/13 REPSOL seguido por la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 62.4.c) de la LDC que tipifica como tal: *"Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones"*. Y, según ha entendido la CNMC, la recurrente ha incumplido algunas de las obligaciones impuestas en la anterior resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 fijadas en su dispositivo tercero y que antes hemos expuesto. Incumplimientos que, según la CNMC, se han producido por cuanto la recurrente no ha modificado ni ha renegociado los contratos de comisión por cuenta ajena para adoptar medidas para la cesación de las practicas que contribuían a la fijación indirecta del precio de venta al público de los combustibles respecto de los cuales la recurrente entendía que, en estos contratos, al no existir formalmente el concepto de "precio de adquisición" no era posible referenciar ese precio a precios internacionales o no controlados por el operador y, por tanto, no se le podía exigir ninguna adaptación a las exigencias de la resolución de 30 de julio de 2009. Asimismo, la CNMC ha entendido que el incumplimiento se ha producido respecto de los contratos de reventa con precio de adquisición referenciado a un descuento fijo que aún quedan en la red de REPSOL.

Es importante dejar claro que la resolución sancionadora que ahora revisamos tiene relación directa con dos resoluciones anteriores de la CNMC: una primera resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009 en el expediente S/0652/07 por la cual se impuso a la recurrente el cumplimiento de determinadas obligaciones; y una segunda resolución dictada en fecha 20 de diciembre de 2013 en el expediente VS/0652/07 que declara el incumplimiento parcial de la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 e insta a la Dirección de Competencia a la apertura de un procedimiento sancionador que, precisamente, ha finalizado con la resolución sancionadora que ahora revisamos y que impone a la recurrente la sanción de multa por importe de 8.750.000 euros por la comisión de la infracción antes referida que consiste precisamente en el incumplimiento de las obligaciones impuestas en una resolución anterior.

Concretamente, la CNMC ha justificado la sanción ahora impugnada destacando que REPSOL ha cumplido de forma parcial e insuficiente las intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC en la resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009 en la que se ordenaba a todos los operadores petrolíferos sancionados a que cesasen en las conductas anticompetitivas sancionadas y para ello se fijaban medidas dirigidas a poner fin a esas conductas anticompetitivas. Resaltamos que la resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009 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 llevaba a que el precio de venta al público quedase igualmente controlado por el operador. Y se consideraba que el sistema de formación de precios creaba un claro desincentivo en el titular de la estación de servicio al apartarse del precio máximo mediante la aplicación de descuentos a cargo de su comisión/margen, de ahí que se sancionaran dichas conductas y se impusieran a los operadores sancionados el cumplimiento de determinadas obligaciones para conseguir que la referencia del precio de adquisición se hiciera en relación a los precios internacionales y por tanto no controlados por el operador.

Y la CNMC en la resolución sancionadora que ahora revisamos ha sancionado porque entiende que REPSOL no ha cumplido todos los requerimientos e intimaciones efectuados por la citada resolución de 30 de julio de 2009. Y, en este sentido, señala como situaciones afectadas por el incumplimiento de las intimaciones las siguientes:

"i) Casos en los que la gasolinera sea de la operadora y este 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 competencias:1576 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:766EESS.

iii) Casos en los que la gasolinera sea de la operadora y este 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:11EESS".

QUINTO.- Una vez centrado ya el problema debemos analizar si en la conducta de la recurrente concurre el elemento objetivo y el elemento subjetivo de la infracción muy grave imputada prevista en el artículo 62.4.c) de la LDC en el que se tipifica como tal: *"Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones"*.

El Tribunal Supremo en la sentencia dictada ya en fecha 8 de mayo de 2018 (recurso de casación nº 527/2016) analizó la naturaleza de la declaración de incumplimiento en un procedimiento de vigilancia. Y entendió que la declaración de incumplimiento recaída en el curso del expediente de vigilancia, al amparo de la previsión del artículo 42 del Real Decreto 261/2008, es una *"apreciación circunscrita al momento en que se dicta"*, en palabras del Tribunal Supremo; y, además, tiene una *"evidente naturaleza provisional"*.

Concretamente se decía:

"De los preceptos transcritos se deduce que el procedimiento de vigilancia no tiene carácter sancionador ni las resoluciones que se adopten como consecuencia del mismo pueden condicionar en forma alguna un eventual posterior procedimiento sancionador.

En efecto, el procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuesta por el órgano regulador y, en su caso, instar al cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia mediante la imposición de multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento). Y aunque verse sobre los mismos hechos que un eventual posterior procedimiento sancionador, en ningún caso puede considerarse que tenga por objeto la determinación de si se ha incurrido en la infracción grave contemplada en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .

En el marco de su limitado alcance (verificar el estado de cumplimiento de una obligación) el procedimiento de vigilancia puede lógicamente concluir con una declaración de cumplimiento o de incumplimiento, parcial o completo en uno u otro caso, y circunscrita al momento en que se ha desarrollado el procedimiento. Pero su objeto no es, conviene insistir, constatar si se ha incurrido en un incumplimiento que incurra en la referida infracción muy grave, sino constatar el estado de la cuestión para, en su caso, incentivar el cumplimiento de la obligación mediante la previsión de multas coercitivas o incoar un expediente sancionador. Por consiguiente, es perfectamente admisible que constatada una situación de incumplimiento (parcial o completo y en el momento en que se realiza la vigilancia) que pudiera ser constitutivo de la referida infracción, se acuerde como consecuencia del procedimiento de vigilancia, como ha sucedido en el caso de autos, la incoación de un procedimiento sancionador.

Como consecuencia de lo anteriormente dicho se pueden extraer varias conclusiones sobre la naturaleza y finalidad del procedimiento de vigilancia y de sus posibles consecuencias:

-El procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el grado de cumplimiento (o incumplimiento) de una obligación impuesta al sujeto objeto del mismo, por lo que su conclusión natural es una declaración de cumplimiento (o incumplimiento). Como las consecuencias del procedimiento pueden ser desfavorables, el procedimiento tiene carácter contradictorio, dándosele al sujeto trámite de audiencia (art. 42.3 y 4 del Reglamento).

; -En caso de constatar un incumplimiento, el órgano regulador puede imponer multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento), lo que tiene la finalidad de incentivar al cumplimiento de la obligación. Esta posibilidad es una muestra evidente de la naturaleza provisional de la constatación de incumplimiento, que puede dar lugar a dicha medida, que tiene por objeto lograr el cumplimiento pleno de la obligación. Las multas coercitivas, reguladas en el artículo 21 del Reglamento, no tienen carácter sancionador, aunque sin duda son desfavorables, lo que explica, como se ha dicho, que el procedimiento sea contradictorio y requieren una apreciación de un incumplimiento, parcial o completo, en ese momento.



-Tant o si se acuerda la imposición de multas coercitivas como si no se hace así, a resultados del estado de cumplimiento constatado se puede instar la incoación de un procedimiento sancionador, el cual sí que tiene por objeto precisamente valorar si el incumplimiento detectado constituye una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .

; - Desde la perspectiva de un hipotético procedimiento sancionador, los resultados del procedimiento de vigilancia (en especial, la declaración de incumplimiento), es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta y que no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción del 62.4.c).

; De acuerdo con todo lo expuesto, procede estimar el motivo y el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado".

;Tesis que reitera el Tribunal Supremo en sentencias posteriores como la dictada en fecha 4 de febrero de 2020 en el recurso de casación nº 5945/2018 en la que se dice:

"En nuestra sentencia de 8 de mayo de 2018 (recurso 527/2016) citada tanto por la sentencia impugnada como por las partes recurrentes y recurridas, analizamos la regulación del procedimiento de vigilancia del cumplimiento de las resoluciones y acuerdos de la CNMC, contenida en los artículos 41 de la Ley 17/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y artículo 42 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, y en interpretación de dichos preceptos mantuvimos que el procedimiento de vigilancia, que no tiene carácter sancionador, tiene por objeto constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuesta por el órgano regulador y, en su caso, instar al cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia mediante la imposición de multas coercitivas. En el marco de este limitado alcance, de verificación del estado de cumplimiento de una obligación, la conclusión natural del procedimiento será una declaración de cumplimiento o incumplimiento, y en caso de constatarse un incumplimiento, el órgano regulador podrá instar o incentivar el cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia con imposición de multas coercitivas, sin que por el contrario los resultados del procedimiento de vigilancia, en especial la declaración de incumplimiento, que es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta, impliquen necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción descrita en el artículo 62.4.c de la LDC".

Teniendo en cuenta la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que el incumplimiento detectado en un expediente de vigilancia se convierta automáticamente en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC tiene que ir acompañado, no solo de la acreditación del elemento objetivo del incumplimiento sino también del elemento subjetivo. Y será la culpabilidad del sancionado, incluso a título de simple inobservancia, lo que permitirá en su caso concluir que el incumplimiento detectado en un expediente de vigilancia puede integrar el tipo infractor previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC.

Esta Sala anticipa que concurre en la conducta de la mercantil recurrente tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo de la infracción imputada, al menos, a título de negligencia, como luego veremos.

SEXO.- En primer lugar, la recurrente alega que la resolución sancionadora dictada en fecha 12 de marzo de 2015 en el expediente SNC/0032713 es nula porque entiende que se ha dictado en un procedimiento caducado pues no podía tener efectos suspensivos en la duración del procedimiento el Acuerdo de Recalificación dictado en fecha 18 de diciembre de 2014 por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en el expediente SNC/0032/13. Apoya su pretensión de nulidad afirmando que dicho acuerdo modifica el principio acusatorio sin haber dado audiencia al interesado.

No podemos acoger la pretensión del recurrente toda vez que existe cosa juzgada en relación con el examen de la legalidad del indicado Acuerdo de Recalificación. Efectivamente, dicho Acuerdo se confirmó por esta misma Sección mediante sentencia dictada en fecha 17 de noviembre de 2016 en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona nº 1/2015. Sentencia que se confirma por el Tribunal Supremo mediante sentencia dictada en fecha 15 de octubre de 2018, en el recurso de casación nº 1840/2017.

Concretamente, sobre esta consideración esta Sección en la sentencia dictada en fecha 17 de noviembre de 2016 decía:

"SÉPTIMO. Las partes enfrentadas en este proceso están de acuerdo en que la modificación efectuada por la Sala de Competencia en relación con la propuesta de resolución efectuada por la Dirección de Competencia ha sido únicamente la determinación de la duración temporal de los hechos imputados en el procedimiento sancionador SNC/0030/13. Y corresponde ahora a esta Sección determinar la naturaleza jurídica de esa modificación temporal. Según la mercantil recurrente se trata de una modificación sustancial de los hechos por parte de la Sala de Competencia que vulnera el principio acusatorio aludido; y según la Administración no es una modificación de los hechos puesto que permanecen inalterables, sino que se trata de una nueva calificación jurídica de los hechos que ni siquiera ha afectado a la gravedad de la infracción imputada en la propuesta de resolución.



Es conveniente destacar el acuerdo de la propuesta de resolución, así como el acuerdo de la Sala de Competencia ahora impugnado para apreciar el sentido de la modificación señalada. Así en la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia se propone que se declare que Repsol Comercial de Productos Petrolíferos 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 lo que supone una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia Legislación citada LDC art. 62.4.c . Y se añade que ese incumplimiento abarca desde 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 al crecimiento y de la creación de empleo.

Por su parte, la Sala de Competencia en la resolución de 18 de diciembre de 2014 acuerda: "Modificar la calificación propuesta por la Dirección de Competencia, por considerar que la duración de la infracción objeto de este expediente, no finalizaba 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) sino que se mantiene hasta la actualidad".

Esta Sección anticipa que la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia no ha vulnerado las garantías constitucionales recogidas en el artículo 24 de la CE Legislación citada CE art. 24 y entre ellas el derecho del imputado a ser informado de la acusación para poder así defenderse adecuadamente. No es correcta la afirmación de que la Sala de Competencia de la CNMC ha alterado los hechos incluidos por la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución; se mantienen los hechos imputados así como su calificación jurídica como infracción muy grave de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , de Defensa de la Competencia Legislación citada LDC art. 62.4.c . La única variación ha sido la de entender, por parte de la Sala de Competencia, que la duración del incumplimiento imputado no finalizaba con la entrada en vigor de la Ley 11/2013 . Modificación que ha supuesto realizar una valoración e interpretación jurídica distinta sobre los efectos temporales que ha producido la entrada en vigor de la Ley 11/2013 en relación con la materia examinada de fijación de precios de adquisición/cesión del combustible en función del precio máximo/recomendado comunicado a la EESS. Y aunque es cierto que esa diferente interpretación ha supuesto una ampliación en el periodo temporal de duración de la comisión del incumplimiento imputado, no debemos obviar que ello se ha debido a una discrepancia jurídica entre la Dirección de Competencia y la Sala de Competencia sobre los efectos temporales y sustanciales que en los incumplimientos imputados ha supuesto la entrada en vigor de la citada Ley 11/2013. Y esa diferencia interpretativa entre ambos órganos sobre cuáles son las consecuencias y que efectos temporales ha supuesto la entrada en vigor de la Ley 11/2013 sobre los llamados contratos CoDo y DoDo no puede asimilarse a una alteración de los hechos imputados en la propuesta de resolución; por el contrario, lo que ha supuesto es una modificación de la calificación jurídica de los hechos que ya constaban en el expediente sancionador. Y esa modificación en ningún caso ha supuesto una alteración de los hechos imputados en la propuesta de resolución ni tampoco esa modificación ha supuesto que se estén imputando hechos nuevos no recogidos en el expediente como así afirma el recurrente. En este sentido debemos destacar que ya en la propuesta de resolución consta que se analizan los efectos que produjeron las medidas regulatorias adoptadas en la Ley 11/2013 a los efectos precisamente de determinar la duración temporal de los incumplimientos imputados a la mercantil recurrente. Por tanto, al recurrente no solo no le eran ajenas las diferencias interpretativas sobre la Ley 11/2013 sino que, además, desde el momento en que se está ante una diferente interpretación jurídica sobre los efectos de la referida Ley, difícilmente puede encajar en el concepto de alteración sustancial de los hechos fijados por parte del órgano instructor. En consecuencia, la Sala de Competencia en la resolución impugnada ni ha introducido nuevos datos facticos ni tampoco la modificación temporal examinada ha supuesto un cambio sorpresivo en la calificación de los hechos realizados por la Dirección de Competencia".

Por tanto, no puede hablarse de caducidad del expediente sancionador toda vez que el acuerdo de recalificación ha sido declarado valido y, por tanto, permite suspender el plazo de duración del procedimiento sancionador.

SÉPTIMO.- Por otra parte, se invoca por la recurrente la vulneración del principio de imparcialidad. Sostiene que planteó la recusación del presidente del Consejo de la CNMC y de dos consejeras que eran Vocales de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC porque, a su juicio, habían perdido la debida imparcialidad objetiva y subjetiva exigida al tener prejuzgada y decidida su decisión final contra Repsol. Recusación que plantea a la vista del contenido del Acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014.

Esta Sala no admite como causa de nulidad de la sanción impuesta las alegaciones efectuadas en apoyo de la recusación planteada por cuanto la actuación de los recusados al dictar el Acuerdo de recalificación -



que hemos entendido ajustado a derecho- no demuestra una animadversión contra la recurrente más allá de discrepancias jurídicas.

OCTAVO.- La CNMC en la resolución sancionadora de 12 de marzo de 2015 ha concluido que REPSOL ha incumplido parcialmente la resolución de 30 de julio de 2009 por cuanto 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 estaciones de servicio en las que los gestores comisionistas son empresarios independientes a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia. Según, la CNMC ese incumplimiento afecta a los contratos de comisión al no haber modificado ni renegociado los contratos incluidos en este grupo.

Por el contrario, la mercantil recurrente apoya su defensa afirmando que su conducta no puede incardinarse en la infracción tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC ya que entiende que ha cumplido todas las obligaciones impuestas en la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009. Frente al criterio de la CNMC, no comparte que las obligaciones impuestas en el dispositivo tercero de la citada resolución afectaran a los contratos de comisión por cuenta ajena que, según entiende, se han incorporado por primera vez por la CNMC en la resolución de 20 de diciembre de 2013 dictada en el expediente de vigilancia VS/0652/07. Insiste en que la citada resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 se refería exclusivamente a los contratos de suministro de carburante de los llamados de reventa, porque se hablaba del precio de adquisición, y no se hacía ninguna mención a los contratos de comisión impropia o agencia no genuina respecto de los cuales se ha apoyado la CNMC para declarar el incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009.

No cabe duda a esta Sala que la resolución de 30 de julio de 2009 pretendía evitar que, en los contratos en los que la estación de servicio actuaba como empresario independiente, el operador petrolífero mayorista estableciera el precio de adquisición/transferencia con base en parámetros controlados directamente por el, con independencia de que dichos parámetros fueran precios máximos, recomendados o de referencia.

La justificación de REPSOL es que, en los contratos de comisión por cuenta ajena, al no existir formalmente el concepto de precio de adquisición, era materialmente imposible cualquier actuación sobre el mismo para referenciarlos a precios objetivos, internacionales o, en definitiva, no controlados por el operador.

La resolución de 30 de julio de 2009 no establecía al respecto ninguna excepción, a diferencia de lo que entiende la recurrente. Al contrario, en el apartado quinto de la parte dispositiva de la citada resolución figura como se exigía a las entidades sancionadas que adoptaran las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuían a la fijación indirecta del precio del combustible a la venta en estaciones de servicio de las redes abanderadas por REPSOL, CEPSA y BP en las que los gestores eran empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia. Concretamente, en el apartado quinto de la parte dispositiva de la resolución de 30 de julio de 2009 se fijaban algunas de las medidas que debían adoptar. Y en el fundamento de derecho VIGESIMOPRIMERO se justificaba la necesidad de imponer esas medidas al decir que *"...la conducta que la presente resolución viene a considerar ilícita se instrumenta, como se ha descrito, mediante la aplicación de una serie de mecanismos que, puestos en conjunto, conduce a una fijación de precios, prohibida por la norma, reduce la competencia intra e intermarca. Ello hace que en este caso la facultad de intimación prevista en el artículo 9 y desarrolladas en el 46.2 de la Ley 16/1989 cobre especial relevancia. Por ello ha de tratarse de que los sancionados implementen medidas que aseguren la cesación de la conducta de manera efectiva. Tales medidas deben remover los obstáculos existentes para que las EESS puedan tener total libertad de fijar el precio de los productos de venta en sus instalaciones. Estas serán de aplicación 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 la EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes....En la presente resolución, el Consejo fundamenta que, desde el punto de vista de aplicación del Derecho de la Competencia, el titular de la estación de servicio que por virtud de las cláusulas del contrato que le une con el operador debe ser valorado económicamente como agente no genuino o comisionista no puro ha de ser considerado como un distribuidor independiente, esto es un revendedor. Y consecuentemente, como revendedor, tiene derecho a fijar libremente sus precios. Ello no obsta, de acuerdo con el párrafo a) del artículo 2 del Reglamento de Restricciones Verticales y el 47 de las correspondientes Directrices, a que el proveedor pueda incluir cláusulas con precios máximos/recomendados. Pero ello será así siempre y cuando estos no vayan acompañados de mecanismos que, de forma directa o indirecta, limiten los incentivos de la EESS a realizar descuentos y que conviertan el precio máximo/recomendado en precio fijo, como en esta Resolución se identifica que ha venido pasando. Entre estos mecanismos el Consejo encuentra que deben ser reconocidos los citados en el F.D.15 que son: i) fijación del precio de adquisición en función del precio máximo/recomendado de que a su vez se ha fijado en función de los precios de venta al público de las EESS del entorno, (ii) el compromiso de aplicar comisiones/márgenes del mismo nivel que los percibidos por los competidores de la zona, (iii) la instalación en los terminales de*

pago con tarjetas propias del precio máximo/recomendado, (iv) la falta de información al titular de la EESS de los descuentos compartidos y aplicados en las tarjetas de fidelización y (v) el uso de las auto facturas como mecanismo que dificulta o impide la rectificación de la base imponible a efectos de liquidación del IVA....".

No se comparte con la recurrente su afirmación de que ignoraba cuales eran las medidas que la CNMC consideró que la operadora petrolífera, Repsol, debía adoptar para conseguir el cumplimiento completo de la Resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009 puesto que en la misma se decía concretamente:

; "T ERCERO. Instar a Repsol, Cepsa y BP para que adopten las medidas necesarias para el cumplimiento completo de la Resolución de 30 de julio de 2009. En particular instarles para que:

; 1. 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.

; 2. Tomen las medidas necesarias para la cesación de las practicas consistentes en el establecimiento de cláusulas en las que las comisiones a percibir se calcularan a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio. Para ello, las tres operadoras deberán adoptar y comunicar las correspondientes adendas a los contratos vigentes, previa autorización de su contenido y procedimiento de comunicación por parte de la Dirección de Competencia en el marco de la vigilancia de esta Resolución.

; 3. Establezcan previa aprobación de la Dirección de Competencia, un sistema de acceso continuo e indiscriminado de las estaciones de servicio a todos los descuentos compartidos (totales y correspondientes a cada parte) de los clientes de cada tarjeta de fidelización".

La finalidad de las obligaciones impuestas en la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 era imponer a las operadoras petrolíferas, entre ellas a REPSOL, obligaciones y medidas dirigidas a evitar la conducta anticompetitiva que se había sancionado, consistente en una fijación vertical del precio de venta al público que tenía por efecto una alineación de los precios de los carburantes ofrecidos al público entre los distintos operadores petrolíferos. Conviene recordar que en la Resolución dictada en fecha 30 de julio de 2009 se declaró que REPSOL, COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.; CEPESA, ESTACIONES DE SERVICIO; S.A. y BP OIL ESPAÑA, S.A. habían 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 entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio. Y en su fundamento de derecho decimotercero se indicaba que:

; "Los contratos objeto de análisis en el presente expediente regulan las relaciones entre un operador mayorista y un distribuidor minorista, se trata pues de acuerdos de compraventa de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en niveles diferentes de la cadena de producción o distribución, acuerdos que se denominan verticales. Las condiciones que se imponen en el marco de estos acuerdos son las denominadas "restricciones verticales", y por tanto, el análisis desde la perspectiva de la defensa de la competencia de las relaciones verticales establecidas entre OP y titulares de EESS objeto de este expediente deben ser analizadas en el marco regulatorio configurado por el Reglamento CE nº 2790/1999 DE LA COMISION de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicas concertadas (el Reglamento) y por la COMUNICACIÓN DE LA COMISION relativa a las Directrices relativas a las restricciones verticales que establecen los criterios de aplicación del Reglamento". Y se añadía que "...de todo lo anterior se concluye que la fijación de precios máximos o recomendados es una institución que en principio goza de la exención que le otorga el Reglamento, siempre y cuando estos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo. Por lo tanto, en la presente resolución se ha de decidir si las practicas que llevan a cabo los OP en su relación comercial con las EESS pueden ser catalogadas (1) como factores que inciden directa o indirectamente en que el precio máximo/recomendado opere realmente como un precio fijo y (2) si dichos factores están bajos "control de las partes". Es decir, hay que resolver si de lo instruido en este expediente se concluye que el precio fijo o mínimo es el resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes".

Además, la Resolución de 30 de julio de 2009 analizaba que factores determinaban que el precio máximo/recomendado se comportase como un precio fijo. E intimaba a las entidades sancionadas a que adoptaran las medidas necesarias para la cesación de las prácticas que implicasen la fijación indirecta del precio del combustible a la venta en estaciones de servicio de las redes abanderadas por REPSOL, CEPESA y BP en las que los gestores sean empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia. Y de forma concreta y específica se indicaban algunas de las medidas que debían adoptar las empresas sancionadas. Pero se trataba de una lista abierta de medidas al señalarse en el dispositivo quinto de la

resolución sancionadora "intimar a REPSOL, CEPSA y BP" y de forma " en particular" se especificaban algunas de las medidas que entendía la CNC necesarias para poner fin a la práctica anticompetitiva sancionada.

Concretamente, a REPSOL se le impuso la intimación de suprimir cualquier cláusula contractual que figurase en los contratos de suministro de carburante mediante la cual el precio de adquisición del combustible se referenciara al precio máximo o recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno; así como cualquier otras cláusulas contractuales que figurasen en los indicados contratos de suministro en las que se establezca que las comisiones/márgenes a percibir se calcularan a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato, así como cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas - dispositivo tercero y cuarto de la Resolución de 30 de julio de 2009-.

Medidas que perseguían la misma finalidad y objetivo que las que se dicen ahora incumplidas en la resolución sancionadora de 12 de marzo de 2015 pues se ha considerado que REPSOL ha incumplido la obligación de adoptar 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 precio; asimismo, se le impuso, y se ha acreditado su incumplimiento, que adoptase las medidas necesarias para que cesasen las practicas consistentes en el establecimiento de cláusulas relativas a las comisiones a percibir cuando se determina que se calcularan a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio.

No apreciamos, por tanto, que la Resolución sancionadora de 12 de marzo de 2015 este justificando la infracción del incumplimiento en medidas distintas de las que ya se impusieron en la Resolución de 30 de julio de 2009. Aunque tienen una formulación distinta, lo cierto es que es idéntico el objetivo que se persigue cuando se imponía a REPSOL el cumplimiento de diversos compromisos recogidos en la resolución sancionadora ya firme de 30 de julio de 2009. Y ese objetivo era evitar que las operadoras petrolíferas terminen fijando el precio de venta de los combustibles a las estaciones de servicios independientes atendiendo a los precios de la zona. En este sentido, la CNMC en la resolución sancionadora ahora impugnada señala: "*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*".

Tampoco compartimos la alegación que realiza la recurrente cuando sostiene que en la resolución de 30 de julio de 2009 no se le sancionó respecto de las cláusulas recogidas en los contratos de comisión y, sin embargo, según dice la recurrente, en la resolución de 12 de marzo de 2015 se le ha sancionado por incumplir las obligaciones fijadas respecto de dichos contratos. No es cierta dicha afirmación porque la CNC de forma reiterada en la resolución de 30 de julio de 2009 hacía referencia a "la maraña contractual" para referirse a la regulación de las relaciones entre las estaciones de servicio y las operadoras petrolíferas y, con independencia de la denominación contractual que hubieran dado las partes a los contratos, se precisaba en dicha resolución que las medidas fijadas debían aplicarse a todos los contratos celebrados entre los operadores petrolíferos sancionados y los gestores de estaciones de servicio que asuman riesgos empresariales, comerciales o financieros significativos, con independencia de la denominación dada por las partes. Únicamente quedaban fuera los llamados contratos de agencia puros o genuinos, que fueran realmente así, porque en ellos es distribuidor actúa como agente del operador, pero por cuenta y riesgo de este. Y ello se deduce igualmente del dispositivo segundo de la resolución de 30 de julio de 2009 que permite concluir que las obligaciones impuestas se están refiriendo a todos los contratos de distribución " *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*".

De igual modo se recogía en el apartado tercero y cuarto de la parte dispositiva de la resolución de 30 de julio de 2009 al decir:

" *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 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 efectivo 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 calcularan 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 LDCy 81 del TCE, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas".

Por tanto, no puede ponerse en duda que, en definitiva, la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 afectaba a los contratos de agencia no genuinos en el que, si bien las petroleras pueden indicar un precio máximo o recomendado que comprende el precio de adquisición o de transferencia (lo que la estación de servicio paga al operador por la adquisición del combustible) y la comisión o el descuento -según la concreta modalidad contractual- que corresponde a la estación de servicio, aquéllas no pueden fijar ni directa ni indirectamente un precio final que se convierta en precio máximo/recomendado de venta al público. Pues bien, en este marco contractual, lo que la resolución de 30 de julio de 2009 imputaba a las petroleras sancionadas era que a través de un conjunto de prácticas llevadas a cabo a partir del complejo entramado contractual tejido por las petroleras con las gasolineras de su red había supuesto un fuerte desincentivo a que éstas modificaran a la baja, a costa de su comisión o descuento, el precio máximo/recomendado comunicado por la operadora. De esta manera, dichas prácticas habían llevado a que las estaciones de servicio no se hubieran separado de los precios máximos/recomendados, de forma que determinadas cláusulas, en consonancia con las referidas prácticas, habían convertido de hecho dichos precios máximos/recomendados en precios fijos. En definitiva, aunque sea de manera indirecta, las operadoras petrolíferas habrían fijado el precio final, incurriendo con ello en la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea. Prácticas que, apoyadas en determinadas cláusulas contractuales, respondían a un objetivo coordinado de disuadir o dificultar a los titulares de las estaciones de servicio de separarse del precio máximo/recomendado, lo que suponía una conducta encaminada a la fijación indirecta de los precios de las estaciones de servicios que actúan -o debían actuar- con plena autonomía económica. Ello constituía una práctica anticompetitiva en las relaciones verticales contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea.

Por tanto, concluimos que la CNMC no ha justificado la sanción ahora revisada en incumplimientos de obligaciones que fueran desconocidas para REPSOL puesto que estaban fijadas previamente en la resolución de 30 de julio de 2009. Conclusión esta que también alcanza el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 4 de febrero de 2020 que confirma en casación (no 6404/2018) la sentencia dictada por esta misma Sección de la Audiencia Nacional en fecha 5 de junio de 2018 en el recurso nº 82/2014. En dicho recurso la mercantil REPSOL impugnaba la resolución de 20 de diciembre de 2013 que puso fin al expediente de vigilancia.

El Tribunal Supremo analiza en esa sentencia si las medidas y obligaciones que se decían incumplidas en la parte dispositiva de la resolución entonces impugnada, se refería a la resolución dictada en el expediente de vigilancia, suponían o no una innovación o modificación respecto de lo acordado en la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009, y en último término, si suponían o no un exceso de la CNMC en el ejercicio de los límites de la potestad de vigilancia al imponer que la obligación de modificación afectaba también a los contratos de comisión por cuenta ajena. Afirmación que el Tribunal Supremo ha rechazado diciendo:

"En la resolución sancionadora, el Consejo de la extinta CNC (hoy CNMC) parte de que los acuerdos entre los operadores mayoristas y los distribuidores minoristas a que se refiere el expediente son acuerdos verticales, que deben ser analizados en el marco regulatorio configurado por el Reglamento (CE) 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y por la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices relativas a las restricciones verticales, que establece los criterios de aplicación del Reglamento (2000/C-291/01).

De conformidad con las anteriores normas, la exención prevista en el artículo 2 del Reglamento para determinados acuerdos de empresas que operen en planos distintos de la cadena de producción o distribución, no se aplicará a aquellos acuerdos verticales que directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios máximos o recomendar un precio de venta, siempre que estos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes (artículo 4 del Reglamento citado).

La resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 llegó a la conclusión (FD 15º) de que los precios máximos o recomendados por las operadoras se convertían en los precios de venta al público aplicados por la gran mayoría de las estaciones de servicio de las respectivas redes (así sucedía en más del 91% de las estaciones de servicio abanderadas por REPSOL, en más del 95% de las abanderadas por CEPSA y en más del 75% abanderadas por BP), y que dicha fijación indirecta de precios era el resultado de una serie de factores que dependían total o parcialmente de la actitud de las operadoras, que tiene como efecto el desincentivar al titular de la estación de servicio para que fije sus precios por debajo de los precios máximos/ recomendados.



Las medidas acordadas por la resolución sancionadora están dirigidas a poner fin a los factores bajo control directo de las operadoras que, de acuerdo con la misma resolución, producían el efecto de la fijación indirecta de precios de venta al público, y se refieren a las cláusulas contractuales sobre el precio de adquisición del combustible (dispositivo tercero), a las cláusulas sobre comisiones/márgenes (dispositivo cuarto) y otras prácticas que contribuyen a la fijación indirecta de precios (dispositivo quinto, apartados i a iv).

Debe señalarse, en primer término, que los dispositivos tercero y cuarto de la resolución sancionadora no se limitan a contener unas declaraciones sin consecuencias, pues declaran contrarias al artículo 1 LDC y 81 del TCE determinadas cláusulas, y la orden de cesación en las mismas, que debía por tanto ser objeto de vigilancia, resulta clara del resto de los dispositivos de la resolución sancionadora, en especial, del dispositivo quinto, que intima a las operadoras para que, a partir de la notificación de la resolución, "tomen las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio del combustible en las 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, asimismo, la intimación al cese de las conductas a que se refieren los dispositivos segundo y tercero resulta del dispositivo noveno, que contiene la expresa intimación a las operadoras "para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente."

Como antes se ha visto, la resolución de vigilancia, después de declarar en su dispositivo primero el incumplimiento parcial de la resolución sancionadora y de añadir en el dispositivo segundo que el cumplimiento de la resolución sancionadora debe ser total y efectivo para la remoción de los efectos anticompetitivos de las prácticas declaradas prohibidas, insta a las operadoras a las que se refiere el expediente a que adopten las medidas necesarias para el cumplimiento completo de la resolución sancionadora y, en particular, insta a las operadoras a la adopción de tres medidas (numeradas del 1 al 3), que se corresponden respectivamente con el cumplimiento de los dispositivos tercero, cuarto y quinto iv) de la resolución sancionadora.

(...)

La primera de las medidas, que se corresponde como decimos con el dispositivo tercero de la resolución sancionadora, se refiere a las prácticas en relación con el precio de transferencia o cesión del carburante, sin que la Sala aprecie que tal medida tenga un significado cualitativamente distinto, modificador o innovador de la intimación al cese de la conducta descrita en el apartado tercero de la resolución sancionadora.

Así, en primer lugar, el ámbito de aplicación de la medida de vigilancia, que se extiende a "los contratos de comisión y los contratos de reventa indiciada a precio de referencia en que los distribuidores sean empresarios independientes a los efectos de la normativa de competencia", no excede ni sobrepasa sino que se encuentra desde luego comprendido en el ámbito de aplicación más amplio del dispositivo tercero de la resolución sancionadora, que se refiere "cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante", bien entendido que los contratos de suministro a los que se refiere la resolución sancionadora, según resulta tanto de su FD 12º como del dispositivo segundo, son aquellos, cualquiera que sea su denominación, a los que resulten de aplicación las normas de defensa de la competencia, en cuanto el titular de la estación de servicio sea un empresario independiente por asumir, en una proporción no insignificante, una parte de los riesgos financieros o comerciales.

La primera intimación (dispositivo tercero, apartado 1) que se acuerda en el expediente de vigilancia consiste en la adopción por las operadoras de "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".

La Sala considera que la medida acordada no incurre en ningún exceso en relación con la intimación al cumplimiento del dispositivo tercero de la resolución sancionadora. A tal conclusión llegamos porque se insta a las operadoras a la adopción de las "medidas necesarias", sin determinar cuáles sean estas, que deberán ser decididas por las operadoras sancionadas; además, no supone ninguna discrepancia con la resolución sancionadora que se refiera la resolución de vigilancia a "precios de transferencia o de cesión del carburante", en lugar de a "precios de adquisición", pues ya hemos comentado que la resolución sancionadora es clara al indicar que se refiere a los contratos de suministro de combustible sujetos al derecho de la competencia, incluyendo por tanto los contratos denominados de comisión impropia, en los que el titular de la estación de servicios asume riesgos comerciales o financieros, como resulta del dispositivo segundo de la resolución sancionadora, que expresamente declara 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 los efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia, como contratos de reventa".

La indicación de que tal precio atienda a criterios objetivos es una referencia al modo de cumplimiento de la cesación en la conducta prohibida, que resulta de la propia resolución sancionadora, pues ésta en su FD 14ª explica, en relación con la formación del precio de adquisición -que considera como el primero de los factores que produce el resultado de que el precio máximo/recomendado se comporte en la práctica como un precio fijo-, que ello es debido a que el precio de adquisición se fija en base a dos parámetros controlados por la operadora: el precio de referencia y la comisión/descuento; e insiste en que la alternativa a esta forma de fijar los precios de adquisición consiste en referenciarlos a un precio no controlado por la operadora.

Finaliza el dispositivo tercero apartado 1 de la resolución de vigilancia con la indicación a las operadoras de que la fijación del precio de adquisición se efectúe de forma que "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", lo que es una instrucción plenamente coherente con lo resuelto en la resolución sancionadora, que explica en su FD 15º que los factores que dependen total o parcialmente de las operadoras, que allí se detallan y entre los que se encuentra el de fijación de un precio máximo/recomendado, tienen como efecto el claro desincentivo para el titular de la estación de servicio para fijar sus precios por debajo de los precios máximos/recomendados, y por tanto, supone la fijación indirecta de precios.

La segunda intimación acordada en la resolución de vigilancia (dispositivo tercero, apartado 2) impone a las operadoras "la cesación de las prácticas consistentes en el establecimiento de cláusulas en las que las comisiones a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde su ubique la estación de servicio", sin que pueda apreciarse ninguna clase de modificación o alteración en relación con el dispositivo cuarto de la resolución sancionadora, que declara contrarias al artículo 1 LDC y 81 TCE las cláusulas del mismo tenor literal y los dispositivos quinto y noveno de la resolución sancionadora, que ordenan a las operadoras la cesación en las prácticas sancionadas. Tampoco supone ningún exceso del dispositivo que examinamos de la resolución de vigilancia que disponga que las operadoras deberán adoptar y comunicar las correspondientes adendas a los contratos vigentes, previa autorización por parte de la Dirección de Competencia, pues no se trata sino de la indicación sobre la forma de acreditación del cumplimiento de una de las intimaciones de la resolución sancionadora, que por otra parte, ya ordenaba a las operadoras sancionadas, en su dispositivo undécimo, que justificaran ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en su parte dispositiva.

En cuanto a la tercera de las intimaciones o medidas de la resolución de vigilancia (dispositivo tercero, apartado 3), no es sino una reiteración de la intimación del dispositivo quinto, letra iv) de la resolución sancionadora, ajustada a las circunstancias de su incumplimiento parcial.

En efecto, la resolución sancionadora, en su dispositivo quinto, intimaba a las operadoras para que tomaran "las medidas necesarias" para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio de los combustibles en las estaciones de servicio por ellas abanderadas. En coherencia con los razonamientos de la resolución sancionadora (FD 14 y 21), que detalla los factores bajo control de las operadoras que, de forma directa o indirecta, limitan los incentivos de las estaciones de servicio a realizar descuentos, conduciendo a la fijación indirecta de precios prohibida por las normas de la competencia y objeto de sanción, entre los que figuraba "la falta de información al titular de la estación de servicios de los descuentos compartidos y aplicados", el dispositivo quinto apartado iv) de la resolución sancionadora contenía la orden o medida de que las operadoras afectadas al expediente "no podrán ocultar el conocimiento por parte del gestor de la estación de servicio del descuento total que aplique al cliente de cada tarjeta de fidelización cuando dicho descuento es compartido, así como de la cuantía que le corresponda".

También en este caso llegamos a la conclusión de que la medida que examinamos de la resolución de vigilancia no excede de los límites propios de este expediente, sino que se limita a incentivar el completo e íntegro cumplimiento de la correlativa medida del expediente sancionador. En particular, la precisión de la medida de vigilancia de que el sistema de acceso a los descuentos compartidos debía ser "continuo e indiscriminado", no es sino una respuesta a las formas de cumplimiento propuestas por algunas operadoras, que habían sometido el acceso a la información de los descuentos al requisito de la previa solicitud mediante un concreto formulario, estimando la resolución de vigilancia que tal acceso limitado o condicionado a la previa solicitud no daba debido efecto a lo decidido, pues la resolución sancionadora prohibió a los operadores que ocultaran a los gestores de la estación de servicio el conocimiento relativo a los descuentos, sin excepciones ni sujeción a requisitos de solicitud previa de la información, por lo que no cabe apreciar que la medida de vigilancia constituya una modificación o innovación de la intimación efectuada en la resolución sancionadora".

Asimismo, sigue diciendo el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 4 de febrero de 2020:



"También alega la parte recurrente, a propósito del dispositivo tercero, apartado 1, que el mismo impone una obligación ilegal, porque implica la modificación de la naturaleza jurídica de contratos lícitos. Considera al respecto que la CNMC carece de competencia para ilegalizar una modalidad contractual, como es el régimen de comisión por cuenta ajena, obligando a alterar la naturaleza jurídica de estos contratos, lo que constituye una grave intromisión en la libertad contractual y la libertad de empresa, que vulnera los artículos 33 y 38 CE .

Lo que propone la parte recurrente con tales alegaciones es traer al debate sobre la conformidad a derecho de las medidas de vigilancia las cuestiones atinentes a la legalidad de las medidas impuestas en la resolución sancionadora, cuestiones sobre las que quedó cerrado el debate al agotarse la vía de los recursos jurisdiccionales interpuestos contra la referida resolución sancionadora.

Si hemos llegado a la conclusión de que la medida de comportamiento que se determina en el expediente de vigilancia no excede, ni innova, ni modifica la correspondiente medida de comportamiento impuesta en el expediente sancionador, no cabe ya reabrir, con ocasión de la impugnación del expediente de vigilancia, un nuevo debate sobre la legalidad de la medida, con el argumento de que se trata de una medida que desnaturaliza el contrato de comisión o agencia, pues tal cuestión quedó ya definitivamente resuelta en el debate seguido en relación con la resolución sancionadora, que finalizó en la vía jurisdiccional con las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 22 de mayo de 2015 (recurso 658/2013 interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.) y 2 de junio de 2015 (recursos 4502/2012 interpuesto por BP Oil Estaciones S.A.U. y 297/2013 , interpuesto por Cepsa Comercial Petróleo S.A.).

En todo caso, las sentencias de esta Sala de 4 de mayo de 2007 (recurso 1890/2002 y 4 de diciembre de 2009 (recurso 6136/2007), ya establecieron, con apoyo en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada en el primero de los recursos de casación acabados de citar, que los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión entre las operadoras y las estaciones de servicio, con asunción por estas de riesgos significativos, eran contratos sujetos a las normas de la competencia, que no podían beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 1984/1983 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 81 del TCE .

La resolución sancionadora de la CNMC de 30 de julio de 2009, dedica un apartado (FD 12º) a delimitar el ámbito de los contratos entre las operadoras de productos petrolíferos y las estaciones de servicio a que se refiere, precisando que desde la óptica del derecho a la competencia, los contratos de distribución de carburante solo admiten una división, de un lado los contratos de distribución (CODO y DODO), sujetos a las normas de la competencia, cualquiera que sea la denominación, contratos de agencia no genuinos, contratos de suministro o compraventa, y de otro lado, los contratos de agencia (genuina), a los que en principio no se les aplica el artículo 1 LDC , siendo el elemento determinante diferenciador la asunción de riesgos por los empresarios titulares de las estaciones de servicio, y por ello el dispositivo segundo de la indicada resolución sancionadora declara 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".

No se trata, entonces, de que la CNMC desnaturalice el contrato de comisión, como afirma la parte recurrente, sino que ha considerado, en resolución firme, que los contratos de distribución de carburante, cualquiera que sea su denominación, en los que la operadora traslada al titular de la estación de servicio riesgos comerciales o financieros no insignificantes, están sujetos a las normas de defensa de la competencia, y en consecuencia no pueden incluir cláusulas que resulten contrarias a las prohibiciones establecidas en los artículos 1 LDC y 101 TFUE ."

Por otra parte, el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 4 de febrero de 2020 en el recurso de casación nº 6404/2018 que desestima el recurso de casación interpuesto por REPSOL contra la sentencia dictada por esta Sala en fecha 5 de junio de 2018 en relación con la resolución de la CNMC que puso fin al expediente de vigilancia VS/0652/07 da respuesta a la recurrente cuando esta sostiene que la CNMC carece de competencia para obligar a alterar la naturaleza jurídica de los contratos de comisión por cuenta ajena. Y el Tribunal Supremo expuso que:

"Lo que propone la parte recurrente con tales alegaciones es traer al debate sobre la conformidad a derecho de las medidas de vigilancia las cuestiones atinentes a la legalidad de las medidas impuestas en la resolución sancionadora, cuestiones sobre las que quedó cerrado el debate al agotarse la vía de los recursos jurisdiccionales interpuestos contra la referida resolución sancionadora.

Si hemos llegado a la conclusión de que la medida de comportamiento que se determina en el expediente de vigilancia no excede, ni innova, ni modifica la correspondiente medida de comportamiento impuesta en el expediente sancionador, no cabe ya reabrir, con ocasión de la impugnación del expediente de vigilancia, un nuevo debate sobre la legalidad de la medida, con el argumento de que se trata de una medida que desnaturaliza el



contrato de comisión o agencia, pues tal cuestión quedó ya definitivamente resuelta en el debate seguido en relación con la resolución sancionadora, que finalizó en la vía jurisdiccional con las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 22 de mayo de 2015 (recurso 658/2013 interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.) y 2 de junio de 2015 (recursos 4502/2012 interpuesto por BP Oil Estaciones S.A.U. y 297/2013, interpuesto por Cepsa Comercial Petróleo S.A.).

En todo caso, las sentencias de esta Sala de 4 de mayo de 2007 (recurso 1890/2002 y 4 de diciembre de 2009 (recurso 6136/2007), ya establecieron, con apoyo en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada en el primero de los recursos de casación acabados de citar, que los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión entre las operadoras y las estaciones de servicio, con asunción por estas de riesgos significativos, eran contratos sujetos a las normas de la competencia, que no podían beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 1984/1983 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 81 del TCE.

La resolución sancionadora de la CNMC de 30 de julio de 2009, dedica un apartado (FD 12º) a delimitar el ámbito de los contratos entre las operadoras de productos petrolíferos y las estaciones de servicio a que se refiere, precisando que desde la óptica del derecho a la competencia, los contratos de distribución de carburante solo admiten una división, de un lado los contratos de distribución (CODO y DODO), sujetos a las normas de la competencia, cualquiera que sea la denominación, contratos de agencia no genuinos, contratos de suministro o compraventa, y de otro lado, los contratos de agencia (genuina), a los que en principio no se les aplica el artículo 1 LDC, siendo el elemento determinante diferenciador la asunción de riesgos por los empresarios titulares de las estaciones de servicio, y por ello el dispositivo segundo de la indicada resolución sancionadora declara 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".

No se trata, entonces, de que la CNMC desnaturalice el contrato de comisión, como afirma la parte recurrente, sino que ha considerado, en resolución firme, que los contratos de distribución de carburante, cualquiera que sea su denominación, en los que la operadora traslada al titular de la estación de servicio riesgos comerciales o financieros no insignificantes, están sujetos a las normas de defensa de la competencia, y en consecuencia no pueden incluir cláusulas que resulten contrarias a las prohibiciones establecidas en los artículos 1 LDC y 101 TFUE".

Concluimos así que la recurrente tuvo posibilidad de conocer que las medidas exigidas en la resolución de 30 de julio de 2009 afectaban a los contratos de distribución de carburantes -cualquiera que fuera su denominación- siempre que el distribuidor actuase como empresario independiente de la operadora por cuanto asume riesgos empresariales significativos vinculados a la venta de los productos a terceros; situación está que no se da en los contratos de comisión genuinos en los que, efectivamente, el distribuidor actúa como agente del operador por cuenta y riesgo de este. Y ese conocimiento le obligaba a su cumplimiento de tal manera que, al menos a título de simple inobservancia, se le puede considerar responsable a título de culpa de la infracción imputada tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC.

NOVENO.- Asimismo, la recurrente sostiene que cuando la CNMC justifica la comisión de la infracción analizada en la imposición de esa nueva exigencia está desconociendo e incumpliendo las previsiones recogidas en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que introdujo un nuevo precepto - artículo 43 bis- en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos que afecta directamente a las relaciones contractuales entre los operadores petrolíferos y los empresarios de las estaciones de servicio. Y, según dice la recurrente, de acuerdo con esa nueva regulación hasta el 28 de julio de 2014 tenían plazo para adaptar los contratos de suministro en exclusiva para suprimir las cláusulas que supusieran la determinación del precio de venta del carburante.

Rechazamos igualmente esa afirmación y para ello acogemos nuevamente los argumentos jurídicos recogidos en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 4 de febrero de 2002 en el recurso de casación nº 5945/2018 al decir:

"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, adoptó una serie de medidas en los mercados mayorista y minorista de distribución de carburantes en España, con la finalidad expresada en su exposición de motivos de "incrementar la competencia efectiva en el sector, reduciendo las barreras de entrada a nuevos entrantes y repercutiendo positivamente en el bienestar de los ciudadanos".

Dichas medidas se introdujeron en nuestro ordenamiento mediante la reforma de distintas normas, entre ellas de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.



En concreto, en lo que interesa a este recurso, el artículo 39.tres de la Ley 11/2013 añadió el nuevo artículo 43 bis en la Ley 34/1998, en el que se establecían determinadas limitaciones a los vínculos contractuales de suministro en exclusiva, entre ellas, la de la duración máxima del contrato, que no podrá exceder de un año, y en el apartado 1.b) la condición de que tales contratos "no podrán contener cláusulas exclusivas que, de forma individual o conjunta, fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible."

Seguidamente, en su apartado 4, el artículo 43 bis en la Ley 34/1998, en su nueva redacción, dispone que:

"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."

Por tanto, el nuevo artículo 43 bis de la Ley 34/1988 establece unas concretas limitaciones, sobre la duración máxima del contrato que no podrá exceder de un año y sobre la prohibición de cláusulas de fijación directa o indirecta de precios, aplicable a los vínculos contractuales de suministro en exclusiva, de los que están excluidos los contratos en los que la operadora sea propietaria de los terrenos e instalaciones de la estación de servicio, pero la exclusión de esas particulares limitaciones no puede llevar a afirmar la derogación o la inaplicación de las prohibiciones de prácticas colusorias del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, a los supuestos de contratos a los que se refiere la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 con la denominación de "Estaciones tipo CODO" (Company Owned-Dealer Operated), que son aquellos contratos para la distribución de carburante a través de estaciones de servicio propiedad del operador, arrendadas a la empresa explotadora, en el que el suministro de los productos petrolíferos se realice en régimen de comisión.

Ello es así, porque del artículo 43.bis de la Ley 34/1998 no resulta ninguna autorización para que, en los contratos a que acabamos de referirnos, el operador pueda fijar, directa o indirectamente, el precio de venta al público del combustible, y cabe aquí recordar que esta Sala ha mantenido de forma reiterada, entre otras en sentencias de 27 de octubre de 2005 (recurso 8093/2002) y 4 de noviembre de 2008 (recurso 5837/2005) que la exención de la aplicación de las prohibiciones del artículo 1 LDC, que contemplaban tanto el artículo 2.1 de la anterior LDC de 1987 y el actual artículo 4 de la LDC 15/2007, de 3 de julio, requieren de una norma con rango legal que específicamente autorice acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que, de no ser por su mediación, estarían incursos en las prohibiciones del artículo 1 de la LDC, sin que en este caso pueda deducirse de la redacción del artículo 43 bis.4 de la Ley 34/194 una específica habilitación a las operadoras para la fijación directa o indirecta de precios.

En el desarrollo de esta alegación la parte recurrente critica la sentencia impugnada por desenfocar el problema planteado, que se refiere a la legalidad intrínseca de la medida de comportamiento que se pretende imponer, que supone una injerencia en el derecho de propiedad y una intervención que corresponde al legislador, pues obligar a la operadora a fijar un denominado precio de transferencia en virtud de criterios objetivos, lo que determina materialmente la desnaturalización o prohibición de facto de una figura contractual enteramente lícita, como es el referido contrato de comisión o agencia, pues el derecho de la competencia no prohíbe la figura del contrato de agencia y admite que el principal fije los términos de venta al público.

Lo que propone la parte recurrente con tales alegaciones es traer al debate sobre la conformidad a derecho de las medidas de vigilancia las cuestiones atinentes a la legalidad de las medidas impuestas en la resolución sancionadora, cuestiones sobre las que quedó cerrado el debate al agotarse la vía de los recursos jurisdiccionales interpuestos contra la referida resolución sancionadora.

Lo anterior se evidencia en el propio escrito de interposición, en el que la parte recurrente alega que la medida de comportamiento de que se trata (la relativa al precio de transferencia) "no podía ser adoptada por la CNMC, ni en el seno del expediente de vigilancia ni en el seno de ningún otro expediente". Pero resulta que si hemos llegado a la conclusión de que la medida de comportamiento que se determina en el expediente de vigilancia no excede, ni innova, ni modifica la correspondiente medida de comportamiento impuesta en el expediente sancionador, no cabe ya reabrir, con ocasión de la impugnación del expediente de vigilancia, un nuevo debate sobre lo que la parte recurrente denomina "la legalidad intrínseca" de la medida, con el argumento de que se trata de una medida que desnaturaliza el contrato de comisión o agencia, pues tal cuestión quedó ya definitivamente resuelta en el debate seguido en relación con la resolución sancionadora, que finalizó en la vía jurisdiccional con las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 22 de mayo de 2015 (recurso 658/2013 interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.) y 2 de junio de 2015 (recursos 4502/2012 interpuesto por BP Oil Estaciones S.A.U. y 297/2013, interpuesto por Cepsa Comercial Petróleo S.A.).

En todo caso, las sentencias de esta Sala de 4 de mayo de 2007 (recurso 1890/2002 y 4 de diciembre de 2009 (recurso 6136/2007), ya establecieron, con apoyo en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada en el primero de los recursos de casación acabados de citar, que los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión entre las operadoras y las estaciones de servicio, con asunción por estas de riesgos significativos,



eran contratos sujetos a las normas de la competencia, que no podían beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 1984/1983 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 81 del TCE.

La resolución sancionadora de la CNMC de 30 de julio de 2009, dedica un apartado (FD 12º) a delimitar el ámbito de los contratos entre las operadoras de productos petrolíferos y las estaciones de servicio a que se refiere, precisando que desde la óptica del derecho a la competencia, los contratos de distribución de carburante solo admiten una división, de un lado los contratos de distribución (CODO y DODO), sujetos a las normas de la competencia, cualquiera que sea la denominación, contratos de agencia no genuinos, contratos de suministro o compraventa, y de otro lado, los contratos de agencia (genuina), a los que en principio no se les aplica el artículo 1 LDC, siendo el elemento determinante diferenciador la asunción de riesgos por los empresarios titulares de las estaciones de servicio, y por ello el dispositivo segundo de la indicada resolución sancionadora declara 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".

No se trata, entonces, de que la CNMC desnaturalice el contrato de agencia o comisión, como afirma la parte recurrente, sino que ha considerado, en resolución firme, que los contratos de distribución de carburante, cualquiera que sea su denominación, en los que la operadora traslada al titular de la estación de servicio riesgos comerciales o financieros no insignificantes, están sujetos a las normas de defensa de la competencia, y en consecuencia no pueden incluir cláusulas que resulten contrarias a las prohibiciones establecidas en los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Por tanto, la entrada en vigor de la Ley 11/2013 no ha supuesto una exención del cumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009 y, en consecuencia, no puede esgrimirse su aplicación retroactiva como norma sancionadora más favorable.

DÉCIMO.- Finalmente, la mercantil recurrente invoca la falta de motivación, así como la vulneración del principio de proporcionalidad al cuantificarse el importe de la multa impuesta.

Como venimos diciendo se le ha sancionado por la comisión de la infracción muy graves prevista en el artículo 62.4.c) de la LDC a la que, como así se dice en la propia resolución sancionadora "según el artículo 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". Y añade la resolución que ahora revisamos: "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 determinara 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".

Por tanto, esta Sala entiende que la CNMC ha vulnerado el artículo 63.1.c) de la LDC por cuanto ha cuantificado de forma errónea el importe de la multa y ordenamos a la CNMC a que recalcule de nuevo el importe de la sanción atendiendo al volumen de negocios que tenía REPSOL en el año 2014.

UNDÉCIMO.- Lo expuesto nos lleva a estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo y ello implica que no se efectuó un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia, tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo nº **297/2015** promovido por la Procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, actuando en nombre y representación de **REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.**, contra la resolución de 12 de marzo de 2015 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SNC/0032/13 REPSOL, por la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 8.750.000 euros que se confirma íntegramente salvo en la cuantificación de la sanción de multa que deberá recalcularse nuevamente por la CNMC atendiendo a los criterios expuestos en el fundamento de derecho décimo de esta sentencia.

No se realiza una especial imposición respecto de las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.



Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ