

RESOLUCION DE VIGILANCIA
(Expte. VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 27 de julio de 2017.

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/652/07, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio de 2009 (recaída en el expediente S/652/07, REPSOL, CEPSA, BP), y por tanto de la Resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 (recaída en el expediente VS/0652/07 REPSOL, CEPSA, BP), de conformidad con lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 30 de julio de 2009, el Consejo de la extinta CNC dictó Resolución en el expediente S/0652/07 y 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 17 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 81.1 del Tratado CE, al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Contra la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, las tres operadoras citadas interpusieron recursos contencioso-administrativos (ordinarios y, en el caso de REPSOL y BP, también por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales), con solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución. Las piezas separadas de suspensión fueron resueltas para las tres interesadas, suspendiéndose exclusivamente lo relativo al pago de la multa impuesta, previa prestación de caución mediante aval bancario. REPSOL y BP presentaron en tiempo y forma la fianza solicitada para la suspensión de la multa impuesta, mientras que CEPSA procedió a abonar la misma el 3 de febrero de 2010 (folios 192-193).

Tras finalizar la revisión judicial, la Resolución de 30 de julio de 2009 recurrida ha devenido firme, habiendo sido confirmada por el Tribunal Supremo para las tres operadoras, (salvo en relación con el dispositivo relativo a la publicación en el caso de CEPSA) en los siguientes términos:

- El recurso contencioso-administrativo ordinario de REPSOL fue desestimado por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 5 de noviembre de 2012 (recurso 659/2009). Posteriormente el Tribunal Supremo desestimó el subsiguiente recurso de casación interpuesto por la empresa mediante sentencia de 22 de mayo de 2015 (recurso casación 658/2013). Con fecha 30 de julio de 2015, REPSOL procedió al pago de la multa de 5.000.000 € impuesta en la Resolución de 30 de julio de 2009 (folio 5792).
- El recurso contencioso-administrativo ordinario de BP también fue desestimado por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 5 de noviembre de 2012 (recurso 636/2009). Igualmente el Tribunal Supremo desestimó el subsiguiente recurso de casación interpuesto por BP mediante sentencia de 2 de junio de 2015 (recurso casación 4502/2012). Con fecha 24 de julio de 2015, BP procedió al pago de la multa de 1.100.000 € impuesta en la resolución recurrida (folios 5794-5795).
- En cuanto al recurso contencioso-administrativo de CEPSA, la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2012 (recurso 607/2009) lo estimó parcialmente anulando el dispositivo décimo de la Resolución impugnada relativo a la publicación, pero confirmando la infracción y la sanción impuesta a CEPSA. Esta decisión fue finalmente corroborada por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 2 de junio de 2015 (recurso de casación nº 297/2013).

Asimismo, la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios (CEES), parte interesada en el expediente S/0652/07, interpuso recurso contencioso-administrativo ordinario (nº 528/2009), que fue inadmitido en parte y desestimado en parte por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012.

En cuanto a la revisión bajo el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, los recursos de BP y REPSOL fueron igualmente desestimados por el Tribunal Supremo mediante las sentencias de 28 de enero (recurso 2908/2011) y 31 de octubre de 2013 (recurso 2789/2012), tras haber sido desestimados por la Audiencia Nacional (sentencias de 4 de noviembre de 2010 y 6 de junio de 2012).

3. Tras realizar múltiples solicitudes y requerimientos de información, en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, el 12 de septiembre de 2013, la entonces DI remitió al Consejo de la CNC Informe Parcial de Vigilancia en el que se concluía la existencia de incumplimientos

parciales del dispositivo tercero de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 por parte de las tres operadoras :

- De REPSOL, en relación a los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia y al residual número de contratos de reventa indiciada a un descuento fijo garantizado para el distribuidor, pues en dichos contratos el precio de adquisición del producto contractual no se había referenciado a parámetros objetivos, independientes del operador.
- De CEPSA, en relación con los contratos en régimen de comisión sujetos a la normativa de competencia en los que el precio de adquisición del producto no se había referenciado a parámetros objetivos, independientes del operador.
- De BP, en relación con los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia y con los contratos de reventa indiciada al precio de referencia, pues en dichos contratos BP no había determinado, tal y como se ordenaba en la misma, el precio de adquisición del producto contractual a parámetros objetivos independientes del operador.

Igualmente exponía la Dirección de Competencia en su informe la posible incidencia en dichos incumplimientos de las modificaciones normativas en el ámbito del sector de hidrocarburos introducidas por el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero y refrendadas por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

4. El 20 de diciembre de 2013, el Consejo de la CNMC adoptó resolución en el marco del expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, en la que declara el incumplimiento parcial de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, instando a la Dirección de Competencia (DC) a la apertura de procedimientos sancionadores y, en relación a los tres operadores, se dispone:

“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 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 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 € por cada día de retraso.*

5. Las tres operadoras interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra dicha Resolución, con solicitud de suspensión de la ejecución del acto administrativo como medida cautelar. Las piezas separadas de suspensión fueron denegadas en los tres casos por Autos de la Audiencia Nacional: de 7 de abril de 2014 en el caso de REPSOL, desestimada la reposición mediante Auto de 28 de octubre de 2014 y desestimada la casación mediante Auto del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2015; de 31 de marzo de 2014 en el caso de CEPSA, desestimada la reposición mediante Auto de 22 de octubre de 2014; y de 18 de marzo de 2014 en el caso de BP, desestimada la reposición mediante Auto de 17 de julio de 2014.

Por su parte, el recurso contencioso-administrativo no ha sido resuelto en primera instancia en ninguno de los tres casos.

6. Con fecha 29 de enero de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó resoluciones en los expedientes SNC/0033/13 CEPSA y SNC/0034/13 BP, declarando acreditado en ambos expedientes el incumplimiento por parte de ambas operadoras del dispositivo tercero de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 e imponiendo a CEPSA y BP sanciones por importe de 2.500.000 euros y 750.000 euros respectivamente.

Igualmente, la Sala de Competencia dictó resolución el 12 de marzo de 2015 declarando acreditado el incumplimiento del mencionado dispositivo tercero por parte de REPSOL con imposición de sanción por importe de 8.750.000 euros.

7. Las tres operadoras interpusieron recurso contencioso-administrativo ordinario ante la Audiencia Nacional contra dichas Resoluciones, que no ha sido resuelto en primera instancia en ninguno de los tres casos.
8. En ejercicio de las funciones de vigilancia encomendadas, la Dirección de Competencia ha desarrollado diversas actuaciones desde 2014, solicitando en mayo de 2014 y, posteriormente, en junio y noviembre de 2015 y abril de 2016, a cada una de las tres operadoras obligadas, la oportuna información sobre el cumplimiento de lo dispuesto por la CNMC en los dispositivos tercero y cuarto de su Resolución de 20 de diciembre de 2013.
9. Con fecha 3 de mayo de 2017, se recibió en el Consejo Informe Parcial de Vigilancia de la Dirección de Competencia en cuyo apartado 8, letra O, se propone a este Consejo de la CNMC, la adopción de Resolución declarando el cumplimiento de lo dispuesto en las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013 por parte de las operadoras REPSOL, CEPSA y BP; y ello sin perjuicio -se establece en la propuesta- de la continuidad del expediente de vigilancia en la medida en que, además de los procedimientos contencioso-administrativos pendientes, es necesario que los operadores acrediten periódicamente la evolución del cumplimiento práctico de las propuestas que requieren de un tiempo para su ejecución total, imponiéndoles la obligación de informar a la Dirección de Competencia de la CNMC (Subdirección de Vigilancia), con el carácter periódico que se determine, sobre la evolución del proceso y el estado de implantación, todo ello además de los errores y cambios oportunos comunicados al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (MINETAD) en relación con el cumplimiento del artículo 43.bis de la Ley de Hidrocarburos en relación con los contratos DODO/CODO.
10. Con fechas 23 de junio de 2017 y 3 de julio de 2017, se recibieron respectivamente escritos de CEPSA y BP de contestación al requerimiento de la Dirección de Competencia de revisión con los gestores de las estaciones de servicio del cumplimiento adecuado de las obligaciones de información al MINETAD.
11. Con fecha 11 de julio de 2017, tuvo entrada en la CNMC nuevo escrito de alegaciones de BP informando sobre la evolución del número de contratos de su red bajo el formato CODO/comisión.

12. El Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 27 de julio de 2017.

13. Son interesados:

- BP OIL ESPAÑA, S.A.U. (BP)
- CEPSACOMERCIAL PETRÓLEO, S.A. (CEPSA)
- REPSOL COMERCIAL PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. (REPSOL)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que la CNMC *“vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, precisa en su apartado 3 que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia”*, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Sobre el objeto de esta Resolución

El Consejo debe pronunciarse en este expediente de vigilancia sobre el cumplimiento por parte de REPSOL, CEPSA y BP de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, en el expediente S/0652/07 y, por ello igualmente, sobre el cumplimiento de la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 20 de diciembre de 2013, en el expediente VS/0652/07.

Como se examinará en el siguiente fundamento de derecho las autoridades de competencia españolas han examinado la existencia de posibles conductas

anticompetitivas en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción mediante estaciones de servicio (EESS) en diversos expedientes sancionadores. Dicho mercado ha sido también objeto de análisis en diversos estudios desarrollados por estas autoridades de competencia o por la desaparecida Comisión Nacional de Energía (CNE).

En dichos expedientes y estudios las autoridades de competencia han estudiado los distintos tipos de vínculos contractuales que unen a los operadores al por mayor, como REPSOL, CEPSA y BP y los distribuidores minoristas (estaciones de servicio) integrados en sus redes de distribución que, básicamente, son los siguientes:

- **COCO (Company Owned-Company Operated):** la estación de servicio es propiedad del operador o bien éste ostenta sobre la misma un derecho real de larga duración (superficie, usufructo, etc.). La gestión del punto de venta la realiza también el operador, bien directamente o bien a través de una sociedad filial especializada. El grado de control del operador sobre la instalación es completo.
- **CODO (Company Owned-Dealer Operated):** instalaciones en las que el operador al por mayor conserva la propiedad (o la titularidad de un derecho real de superficie o usufructo) del punto de venta pero tiene cedida la gestión a favor de un tercero con exclusividad de suministro de los productos del operador.
- **DOCO (Dealer Owned-Company Operated):** se trata de instalaciones propiedad de un particular que cede la gestión del punto de venta a un operador al por mayor.
- **DODO (Dealer Owned-Dealer Operated):** instalaciones propiedad de un particular vinculadas al operador al por mayor mediante un contrato de suministro en exclusiva que suele incluir abanderamiento. El grado de control del operador es el más débil de los analizados, puesto que se limita a la exclusividad del suministro de sus productos por el tiempo de duración del contrato (hasta un máximo de 3 años -un año más dos prórrogas como máximo-) desde la entrada en vigor de la Ley 11/2013, de 26 de julio.

En aquellas EESS no gestionadas directamente por el operador al por mayor (CODO o DODO) pero con contratos de exclusiva con éste, existen dos modalidades de régimen de suministro:

- a) **Revendedores (o venta en firme):** son las estaciones de servicio que jurídicamente venden el carburante en su nombre y no por cuenta del

operador. El minorista asume el riesgo económico, vendiendo su producto a un precio libre. El operador únicamente puede indicar un precio de venta al público (PVP) recomendado.

- b) Comisión o agencia no genuina: Es el régimen jurídico predominante. La estación de servicio vende por cuenta del operador y es éste el que marca el PVP máximo sin perjuicio de que el titular de la estación de servicio puede hacer descuentos con cargo a su comisión.

En los contratos de comisión o agencia puros, el distribuidor actúa como agente del operador, por cuenta y riesgo de éste y, por lo tanto, no puede considerarse como un empresario independiente del operador mayorista sino parte de la misma unidad económica por lo que tales acuerdos no se consideran acuerdos entre empresas ni se someten a las normas de competencia por lo que el operador puede establecer la política comercial de la estación de servicio y fijar los precios de venta

TERCERO.- Fundamentación de la Resolución objeto de la presente vigilancia

En los años 2001 y 2005, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), resolvió dos expedientes sancionadores y una autorización¹ en los que se declaró que los operadores afectados por la presente vigilancia (REPSOL, CEPSA y BP) habían incurrido en infracciones por conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989, de defensa de la competencia (LDC 1989), consistentes en imponer, en los contratos de distribución minorista de carburantes, un precio de venta al público del combustible –determinación directa del precio- cuando tales contratos no eran contratos de agencia puros o genuinos ya que los titulares de las estaciones de servicio asumían riesgos significativos vinculados a la venta del combustible a terceros (riesgos financieros y riesgos por deterioro o pérdida del producto).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2006, (asunto C-217/05-Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio versus CEPSA), vino a confirmar la aplicabilidad de la normativa de competencia a las relaciones contractuales entre los operadores petroleros y las estaciones de servicio cuando éstos últimos asumen riesgos significativos en relación con la distribución minorista de carburantes, con

¹ Resolución de 11 de julio de 2001, expediente 490/00, Repsol; Resolución de 30 de mayo de 2001, expediente 493/00, Cepsa y Resolución de 30 de marzo de 2005, expediente A 325/02, BP.

independencia de la denominación de agencia o comisión que se confiera al contrato:

“Cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen a estos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por suponer la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado. Por tanto, en la medida en que los titulares de las estaciones de servicio asuman una proporción no insignificante de riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta del producto a terceros, tal contrato no estará cubierto por el Reglamento 1984/83”.

Asimismo, el Tribunal de Justicia precisó en la mencionada sentencia los criterios que permiten apreciar la distribución efectiva de los riesgos financieros y comerciales entre los titulares de las estaciones de servicio y el suministrador de carburantes. Esta distribución debe analizarse en función de criterios tales como la propiedad de los productos, la contribución a los costes vinculados a su distribución, su conservación, la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos o por los daños que los productos puedan causar a terceros y la realización de inversiones específicas para la venta de dichos productos. Posteriormente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de septiembre de 2008, en el asunto C-279/06, vino a confirmar la doctrina relacionada con los “riesgos relevantes” en las relaciones contractuales para la distribución minorista de carburantes.

Así pues, en el marco de esta doctrina:

- Los operadores pueden acordar con las estaciones de servicio distintos tipos de contratos. A los efectos de la aplicación a los citados contratos de la normativa de competencia, lo relevante es si las estaciones de servicio asumen o no riesgos significativos y, por lo tanto, si actúan o no como empresarios independientes, sin perjuicio de la denominación que se dé a los contratos.
- Solo cuando las estaciones de servicio no asumen riesgos significativos puede considerarse que actúan como agente del operador correspondiente, quedando el contrato al margen de la normativa de competencia, siendo el operador el que establece la política comercial a seguir y, más concretamente, el precio de venta al público.

- En el caso de que la estación de servicio asuma riesgos significativos, con independencia del tipo de contrato y su denominación, éste queda sometido a la normativa de competencia, siendo la propia estación de servicio la que ha de establecer de manera autónoma su propia política comercial y por tanto el precio de venta al público.
- Lo anterior no impide que, en el caso de comisionistas sujetos a la normativa de competencia por asumir riesgos significativos (denominados en el sector “agentes impropios o no genuinos” o “comisionistas impuros”), el operador pueda establecer un precio de venta al público máximo, siempre y cuando éste no actúe como fijo y que, por lo tanto, la estación de servicio pueda hacer descuentos con cargo a su comisión.
- Por el contrario, en el caso de revendedores la fijación de un precio de venta al público, aunque éste sea máximo, supone una infracción del artículo 1 de la LDC. En este supuesto sólo es lícito el establecimiento de precios recomendados.

En el marco de los expedientes de vigilancia de las mencionadas resoluciones del TDC de 2001 y 2005, se verificó que REPSOL, CEPSA y BP modificaron sus contratos y se consideró que se daba cumplimiento a lo dispuesto en las resoluciones (en los casos de REPSOL y CEPSA, esto se puso de manifiesto expresamente en sendas resoluciones de cumplimiento: resoluciones de 17 de julio de 2006 y de 18 de junio de 2013 –expte VS/490/00 REPSOL- y resoluciones de 4 de mayo de 2007 y de 18 de septiembre de 2013 -expte. VS 493/00 CEPSA-).

Posteriormente, la entonces Dirección de Investigación, que había continuado investigando las relaciones contractuales y conductas de los operadores con los distribuidores, incoó de oficio, el 30 de julio de 2007, expediente sancionador contra REPSOL, CEPSA y BP por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC 1989, consistentes en la fijación indirecta de los precios de venta. Esta incoación fue ampliada, en la fase resolutoria, al artículo 81.1 del entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE).

El Consejo dictó Resolución sancionadora el 30 de julio de 2009, al considerar que las tres imputadas 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. La fijación indirecta de precio de venta afectaba a las relaciones verticales en las que el contrato de distribución no era un contrato genuino de agencia -en cuyo caso si hubiesen podido fijar precios estando los contratos de agencia excluidos de la aplicación de la LDC en cuanto a fijación de precios- aunque formalmente los contratos contuviesen tal denominación.

En concreto, se consideró que la desaparición formal de las cláusulas de fijación directa de los precios de venta se sustituyeron por otra serie de mecanismos de efecto equivalente (básicamente cláusulas contractuales sobre fijación de precios máximos o de referencia, procedimiento de fijación de las comisiones, sistemas de facturación y emisión de tickets en las terminales de punto de venta de las estaciones de servicio etc.), que dificultaban o impedían una verdadera aplicación de descuentos por parte de los titulares de las estaciones de servicio, lo que conllevaba en la práctica una fijación indirecta de los precios de venta.

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

En el Fundamento de Derecho DECIMOCUARTO de la Resolución de 30 de julio de 2009 se detallaron los factores que incidían en la fijación indirecta del precio de venta y que estaban bajo el control directo del operador petrolero:

- La formación de los precios de adquisición y el establecimiento de los precios de venta al público máximos/recomendados en función de los precios de venta al público de los competidores del entorno.
- La fijación de las comisiones y márgenes y del mismo nivel que las aplicadas a sus competidores más cercanos o del entorno.
- El sistema de comunicación de los precios recomendados o máximos, de instalación automática en los terminales de los puntos de venta.
- La cesión al operador de las obligaciones tributarias del titular de la estación de servicio en la facturación.
- El papel de los operadores petroleros en el tratamiento fiscal de los descuentos con cargo a la comisión a realizar por el distribuidor minorista en régimen de comisión.
- La aplicación de descuentos con cargo a comisión sobre el precio máximo o recomendado.

El Consejo de la extinta CNC entendió que todas estas conductas, que dependen total o parcialmente de la actitud de los operadores petroleros, tienen como objeto

el desincentivar que las estaciones de servicio se aparten de los precios máximos/recomendados fijados por el operador petrolero y que estos precios máximos/recomendados actúen como fijos. Y, por ello, consideró que se trata de una conducta objetivamente restrictiva de la competencia, cuyo efecto estaba plenamente acreditado de acuerdo con los datos del expediente (en más del 91% de las estaciones de servicio abanderadas por REPSOL los precios máximos recomendados son los precios de venta al público; en más del 95% de las de CEPSA y en más del 75% de las de BP).

Así pues, en línea con esta fundamentación y en el marco del expediente de vigilancia de la Resolución de la CNC de 2009, el Consejo de la CNMC adoptó la Resolución de 20 de diciembre de 2013, habiendo entrado en vigor unos meses antes la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo².

Tanto esta Ley 11/2013, como su precedente el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (publicado en el BOE 47 de 23 de febrero de 2013), del que directamente deriva, introducen una serie de modificaciones que afectan al mercado de distribución de carburantes, modificaciones que, como expresamente se menciona en su exposición de motivos, tienen en cuenta los diferentes informes emitidos por las extintas CNC y CNE en los que, a partir de una comparación de precios de los carburantes de varios países de Europa, se concluía que el comportamiento de los precios y márgenes de mercado de distribución de carburantes en España mostraba signos de una reducida competencia efectiva, adoptándose una serie de medidas, en el mercado mayorista³ y minorista, con el fin de incrementar la competencia efectiva en el sector y reducir las barreras de entrada a nuevos entrantes.

Con las medidas adoptadas se perseguía evitar regímenes económicos de gestión de estaciones de servicio con contratos en exclusiva en los que el distribuidor minorista actúa como un revendedor con descuento fijo o como un comisionista, regímenes estos en los que el precio recomendado o el precio máximo actúan como parámetros fundamentales en el establecimiento del precio de adquisición del producto, fomentando el alineamiento de precios entre estaciones de servicio abanderadas, reduciéndose así la competencia intramarca.

² Con entrada en vigor el 28 de julio de 2013.

³ Para garantizar que la eficiencia de la logística de hidrocarburos permita que los costes de distribución sean lo más bajos posibles se modifican los artículos 41, 43 y 109 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y se profundiza en el régimen de supervisión de las instalaciones logísticas y de almacenamiento que tienen obligación de acceso de terceros en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.

En concreto la Ley 11/2013 refrenda la inclusión de un nuevo artículo 43 bis en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH), para establecer condiciones más estrictas para la suscripción de contratos de suministro en exclusiva, prohibiendo las recomendaciones de precio de venta al público:

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

1. Los vínculos contractuales de suministro en exclusiva referidos en el artículo 43 de la presente ley, deberán cumplir las siguientes condiciones:

a. La duración máxima del contrato será de un año. Este contrato se prorrogará por un año, automáticamente, hasta un máximo de tres años consecutivos, salvo que el distribuidor al por menor de productos petrolíferos manifieste, con un mes de antelación como mínimo a la fecha de finalización del contrato, su intención de resolverlo.

b. No podrán contener cláusulas exclusivas que fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible.

2. Se considerarán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas contractuales en las que se establezca una duración del contrato diferente a la recogida en el apartado 1, o que determinen el precio de venta del combustible en referencia a un determinado precio fijo o recomendado, o cualesquiera otras que contribuyan a una fijación indirecta del precio de venta.

3. Los operadores al por mayor comunicarán a la Dirección General de Política Energética y Minas la suscripción de este tipo de contratos, incluyendo la fecha de su finalización, la cual será publicada en la web oficial del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

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

Por otra parte, la **Disposición adicional cuarta** de la Ley 11/2013 estableció el plazo de adaptación de los contratos de distribución en los siguientes términos:

“Los contratos de distribución en exclusiva afectados por el artículo 43 bis, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos deberán adaptarse en el periodo de **12 meses**⁴ desde la entrada en vigor de la presente Ley. Estos contratos no podrán incluir cláusulas que, directa o indirectamente, obliguen a su renovación, reputándose en todo caso nulas las así incluidas.

⁴ **28 de julio de 2014**, fecha límite de adaptación contractual

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

En el fundamento de derecho sexto de la Resolución de 20 de diciembre de 2013, el Consejo de la CNMC analizó las reformas introducidas por la Ley 11/2013, realizando las siguientes consideraciones:

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

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

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

Por otro lado, de acuerdo con lo expuesto, el Consejo entiende que, con independencia de la reforma de la Ley del Sector de Hidrocarburos, las tres operadoras debían haber cumplido las intimaciones de la Resolución de 30 de julio de 2009, en su totalidad, desde su notificación en esa misma fecha, incluidas las relacionadas con la determinación del precio de remuneración de combustible (precio de adquisición, cesión o transferencia), lo cual no

han hecho y, por ello, la entrada en vigor de la Ley 11/2013, con mayor motivo no se considera una eximente de la responsabilidad por incumplimiento de la Resolución de la extinta CNC.”

CUARTO.- Actuaciones de vigilancia de la Dirección de Competencia e información aportada por las operadoras en relación con el cumplimiento de los dispositivos tercero y cuarto de la Resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 por parte de REPSOL, CEPSA y BP

La Dirección de Competencia, en ejercicio de las funciones de vigilancia encomendadas, ha solicitado en mayo de 2014, y ha actualizado en junio y noviembre de 2015 y abril de 2016, a cada una de las tres operadoras obligadas, la oportuna información sobre el cumplimiento de lo dispuesto por la CNMC en los dispositivos tercero y cuarto de su Resolución de 20 de diciembre de 2013.

La información recibida sobre el estado de situación del cumplimiento por parte de cada una de las operadoras de los dispositivos tercero, 1, 2 y 3, y cuarto de la Resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 y sintetizada por la Dirección de Competencia en su Informe Parcial de Vigilancia es la siguiente.

1. REPSOL

A) Cumplimiento del dispositivo tercero 1: modificaciones en el establecimiento del precio de transferencia del producto, en los contratos de comisión y los contratos de reventa a precio de referencia para que no se desincentive la realización por parte de las estaciones de servicio de descuentos y evitar que el operador fije indirectamente el PVP.

- ✓ Contratos DODO/Comisión

[CONFIDENCIAL]

- ✓ Contratos CODO/Comisión

[CONFIDENCIAL]

- ✓ Contratos DODO/Reventa a PVP recomendado menos descuento

[CONFIDENCIAL]

- ✓ Contratos CODO/Reventa a PVP recomendado menos descuento

[CONFIDENCIAL]

B) Cumplimiento de los apartados 2 y 3 del dispositivo tercero y del dispositivo cuarto de la Resolución de 20 de diciembre de 2013.

[CONFIDENCIAL]

2.- CEPSA

A) Cumplimiento del dispositivo tercero 1: modificaciones en el establecimiento del precio de transferencia del producto, en los contratos de comisión y los contratos de reventa a precios de referencia, para que no se desincentive la realización por parte de las estaciones de servicio de descuentos y evitar que el operador fije indirectamente el PVP.

✓ Contratos DODO/comisión

[CONFIDENCIAL]

✓ Contratos CODO/comisión

Primera fórmula adoptada por CEPSA.

[CONFIDENCIAL]

Segunda fórmula propuesta por CEPSA.

[CONFIDENCIAL]

✓ Contratos DODO ó CODO/reventa a PVP recomendado menos descuento

[CONFIDENCIAL]

B. Cumplimiento del dispositivo tercero 2: modificaciones en los contratos de comisión de las cláusulas en las que las comisiones se calculaban

respecto de las de la zona previa autorización de la Dirección de Competencia

[CONFIDENCIAL]

C. Cumplimiento del dispositivo tercero 3: sistema de acceso directo de los empresarios de EESS a la información relativa a descuentos compartidos con la operadora, previa autorización de la Dirección de Competencia

[CONFIDENCIAL]

D. Cumplimiento del dispositivo cuarto: publicación de la Resolución

[CONFIDENCIAL]

3.- BP

A. Cumplimiento del dispositivo tercero 1: modificaciones en el establecimiento del precio de transferencia del producto, en los contratos de comisión y los contratos de reventa a precios de referencia, para que no se desincentive la realización por parte de las estaciones de servicio de descuentos y evitar que el operador fije indirectamente el PVP

✓ Contratos DODO/comisión

[CONFIDENCIAL]

✓ Contratos CODO/comisión

[CONFIDENCIAL]

✓ Contratos DODO/reventa indiciada a precio de referencia menos descuento

[CONFIDENCIAL]

✓ Contratos CODO/reventa a PVP de referencia menos descuento

[CONFIDENCIAL]

B. Cumplimiento del dispositivo tercero 2: modificaciones en los contratos de comisión de las cláusulas en las que las comisiones se calculaban respecto de las de la zona previa autorización de la Dirección de Competencia

[CONFIDENCIAL]

C. Cumplimiento del dispositivo tercero 3: sistema de acceso directo de los empresarios de EESS a la información relativa a descuentos compartidos con la operadora, previa autorización de la Dirección de Competencia

[CONFIDENCIAL]

D. Cumplimiento del dispositivo cuarto: publicación de la Resolución

[CONFIDENCIAL]

QUINTO.- Denuncias contra la actuación de CEPSA y REPSOL en relación a sus contratos CODO/COMISIÓN y de BP en relación a sus contratos CODO/DODO/PRECIO DE REFERENCIA

1. Denuncias contra la actuación de CEPSA en relación a sus contratos CODO/comisión

- **Escritos de la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicios (AGES):**

Mediante **escritos de 5 de noviembre de 2015 y de 29 de febrero de 2016**, AGES, en nombre de varias EESS directamente afectadas por la modificación operada por CEPSA en los **contratos CODO/comisión**, ha puesto de manifiesto su terminante oposición a esta modificación que consideran unilateralmente impuesta por CEPSA y absolutamente incompatible con su condición de empresarios independientes y con la finalidad del Expte. VS/652/07, en la medida en que mediante la fórmula notificada, la determinación del precio de transferencia o de cesión del carburante no atiende a criterios objetivos, desincentiva la realización por parte de la estación de servicio de descuentos, y facilita que el operador fije indirectamente por esta vía el PVP.

Para AGES con la modificación que pretende imponer CEPSA de forma unilateral, la fijación del precio de transferencia o de cesión del carburante no atiende a criterios objetivos, al estar basada en unos denominados "DIFERENCIALES APLICABLES SOBRE LA REFERENCIA PLATTS", desproporcionados, impuestos con carácter previo por el operador, de forma subjetiva y no ajustada al mercado. En consecuencia, el sistema de fijación de precios notificado junto con la continuidad de la forma en la que se establecen las comisiones y con otros factores de la relación comercial, continúa eliminando los incentivos de las estaciones de servicio para realizar descuentos y, por tanto, para competir vía precios, convirtiendo, de facto, los precios máximos comunicados en precios fijos.

Con fecha 23 de enero de 2017, AGES presentó nuevo escrito de alegaciones a la propuesta de CEPSA de 4 de octubre de 2016 anexando Informe Económico con análisis de las fórmulas propuestas por CEPSA, incluidas consideraciones sobre operativa y efectos del precio moda.

- **Escrito de la EESS Comercial Mavilar S.L**

Mediante **escrito de 26 de noviembre de 2015**, el representante de la EESS COMERCIAL MAVILAR S.L, que no ha sido considerada interesada en el expediente de vigilancia, denuncia el incumplimiento por parte de CEPSA del dispositivo Tercero 1 en cuanto a las modificaciones exigidas en la fórmula de establecimiento del precio de transferencia del producto en los contratos CODO/comisión en los mismos términos expuestos por AGES.

2. Denuncias contra la actuación de REPSOL en relación a sus contratos CODO/comisión

- **Escritos de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES)**

Mediante **escritos de 16 de noviembre de 2015, de 24 de noviembre de 2015⁵, 2 de diciembre de 2015⁶ y 7 de marzo de 2016⁷**, CEEES denuncia el incumplimiento por parte de REPSOL del dispositivo Tercero 1 en cuanto a las modificaciones exigidas en la fórmula de establecimiento del precio de transferencia del producto en los contratos CODO/comisión. Documenta dicho incumplimiento adjuntando copia del intercambio de burofaxes mantenido entre determinadas EESS a las que representa y la operadora REPSOL, así como del nulo resultado obtenido a los efectos pretendidos por las estaciones de servicio.

Todos los casos documentados en los tres escritos se refieren a EESS de plena propiedad de REPSOL que son gestionados por empresarios independientes a través de contrato de arrendamiento de industria en régimen de comisión. De la aplicación a dichos contratos de la normativa de competencia deriva CEEES la obligación por parte de REPSOL de modificar la naturaleza de los contratos aludidos, sustituyendo el régimen de comisión por uno de venta en firme, indiciado a Platt's. En caso de no producirse dicha novación, las EESS consideran que quedan facultadas para la rescisión unilateral del suministro en exclusiva de

⁵ Adjunta escrito en nombre de EESS GESDEGAS en el que solicita ser interesado, posteriormente ha cambiado de representante, recurriendo la denegación de interesado en el expediente, que ha sido desestimado por Resolución de 21 de junio de 2016

⁶ Adjunta escrito en nombre de EESS MIRAVEGAS y GRAN ZUFAIRA solicitando ser interesados en el expediente, solicitud que les ha sido denegada

⁷ Adjunta escrito en nombre de EESS LINACAR solicitando ser interesados en el expediente, solicitud que le ha sido denegada

carburantes objeto del contrato, lo que ha tenido efectivamente lugar en algunos supuestos.

Mediante nuevo **escrito de 3 de junio de 2016**, con la implantación del “modelo consigna” antes reseñado ya en marcha⁸, CEEES presentó alegaciones denunciando el incumplimiento de lo ordenado por el Consejo de la CNMC a través del nuevo modelo ideado por REPSOL. En efecto, de la lectura del contrato tipo utilizado en el modelo consigna CEEES concluye:

- ✓ REPSOL impone la resolución del contrato previo con declaración expresa de las partes de darse por liquidadas y con renuncia de cualesquiera acciones derivadas del referido Contrato.
- ✓ REPSOL protege las operaciones con tarjeta frente a las operaciones en efectivo.
- ✓ REPSOL impone la aceptación de las tarjetas SOLRED, cuya operativa lleva aparejada la asunción de riesgos financieros por el gestor de la ES
- ✓ La liquidación y facturación sobre las ventas de los productos contractuales se define como “estimativa”.
- ✓ REPSOL modifica la forma de pago de la renta y, en muchos casos, la duración de la relación contractual de arrendamiento de industria, de lo que se deduce el intento por parte de REPSOL de utilizar la intimación del Consejo de la CNMC para recuperar la ES antes del plazo inicialmente convenido por las partes

Por último CEEES subraya que con la Ley 11/2013, de 26 de julio, el legislador pretendía introducir una competencia real en el mercado de distribución de combustibles a través del impulso de los contratos de reventa, y no el mantenimiento de los numerosos contratos de comisión existentes en el mercado español, que permite a los operadores, y en este caso a REPSOL, la fijación del PVP del combustible en más del 70% de su red (EES COCO, DOCO y CODO).

3. Denuncia contra la actuación de BP en relación a sus contratos CODO/DODO/precio de referencia

• Escrito de CEEES

Mediante **escrito de 15 de enero de 2016**, CEEES denuncia que BP no estaría dando cumplimiento a las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013 en relación con la solución dada a los contratos de reventa indiciada a precio de referencia, por cuanto la forma de establecimiento del precio

⁸ Recuérdesse que se empieza a implantar en el año 2016, de manera progresiva y según vencimientos de cada uno de los contratos CODO/comisión afectados.

de cesión de los combustibles no estaría siendo referenciada a parámetros objetivos, como fuera ordenado en ambas.

Así, la Resolución de 30 de julio de 2009 declara prohibida la práctica consistente en establecer el precio de adquisición del combustible con referencia al precio máximo o recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno.

Según CEEES el medio indirecto de fijación del PVP sancionado en ambas resoluciones se refiere al sistema de cálculo del precio de adquisición de los productos, vinculado al precio de referencia, entendido como el "promedio moda de los precios de venta al público de las EESS" del entorno competitivo. En consecuencia, el problema de competencia no se vincula a la existencia de un precio de venta máximo o recomendado, sino a que el precio de adquisición de los productos se vincule al PVP de las estaciones de la competencia, pues con ello se promueve un "alineamiento indeseable" de los precios, al no existir incentivo para separarse de los precios de referencia. Por lo tanto, concluye CEEES, la práctica sancionada no se refiere a la recomendación de precios, sino que se refiere al sistema de cálculo del precio de adquisición de los productos. De esta forma, que BP deje de recomendar precios no supone el cumplimiento de lo dispuesto por la CNMC.

Puesto que el precio de adquisición aparece referenciado al PVP moda de la competencia, éste será el PVP "recomendable" por resultar un precio competitivo, desincentivando al titular de la estación de servicio para alejarse del mismo.

Finalmente, destaca CEEES que, en la actualidad, el único criterio objetivo al que puede referenciarse el precio de adquisición es la cotización Platt's, ajena al control de los operadores petrolíferos.

SEXTO.- Valoración de la Dirección de Competencia y Propuesta elevada al Consejo sobre el cumplimiento de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 y de la Resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2009

1. Valoración de la Dirección de Competencia

Contratos DODO/comisión de las tres operadoras

En el caso de este tipo de contratos, no hay duda para la Dirección de Competencia, del efectivo cumplimiento de la Resolución de 20 de diciembre de 2013 llevado a cabo por las tres operadoras que, además, considera han actuado en este punto de forma homogénea y coetánea.

De la información aportada por la operadoras a instancia de la Dirección de Competencia, se deriva la modificación por parte de las mismas de los **contratos DODO/comisión** pertenecientes a sus redes, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo⁹.

En el marco de esta obligada adaptación, la DC considera que las tres operadoras han modificado los contratos de su red directamente afectados. Así:

- REPSOL: ha modificado 733 contratos DODO/comisionistas, que han pasado a ser revendedores con referencia a Platt's y que actualmente ascienden a 1054, lo que supone un 43% de la totalidad de contratos de distribución exclusiva de la red REPSOL (en número de 2451).
- CEPSA: ha modificado 289 contratos DODO/comisionistas, que han pasado a ser revendedores con referencia a Platt's y que actualmente ascienden a 378, lo que supone un 45% de la totalidad de contratos de distribución exclusiva de la red CEPSA (en número de 832).
- BP: ha modificado/rescindido los 78 contratos DODO/comisionistas de los que disponía, que han pasado bien a ser revendedores con referencia a Platt's, bien a formar parte de otras redes de distribución. De esta forma, los contratos DODO/revendedores Platt's que actualmente tiene BP ascienden a 64, lo que supone un 10% de la totalidad de contratos de distribución exclusiva de la red BP (en número de 628).

Contratos residuales (9) de REPSOL CODO/reventa indiciada a PVP máximo menos descuento fijo

La DC considera que REPSOL plantea para estos contratos una solución de futuro a largo plazo, por cuanto ante la negativa de los gestores de las 9 EESS (0,36% de su red) que están en esta situación a cualquier cambio, sólo pueden esperar al vencimiento de los contratos afectados para su posterior conversión al modelo "consigna" antes explicado.

Contratos de BP DODO/CODO reventa indiciada a precio de referencia

Señala la DC que la red de BP se sustenta en este tipo de contratos pues BP no es titular de la mayoría de las EESS de su red (es decir, no cuenta con red propia significativa). Es por ello el modelo contractual mayoritario y fundamental en su estructura de red. De hecho aproximadamente 536¹⁰ de las 628 EESS BP con exclusivas de suministro (el 85% de su red) están reguladas por dicho régimen económico en el que vincula el precio de adquisición al denominado "precio de referencia", cuyo cálculo se realiza según el parámetro objetivo de los precios de

⁹ Con entrada en vigor el 28 de julio de 2013.

¹⁰ 297 DODO's y 239 CODO's

venta al público de las EESS de la zona de influencia, dato conocido a través del propio Ministerio de Industria.

La DC recuerda que el propio Consejo de la CNMC en su Resolución de 29 de enero de 2015 (expediente SNC/ 0034/13) se ha pronunciado expresamente en sentido favorable a la medida entonces propuesta y hoy realidad, implementada por BP en estos contratos.

Adicionalmente, y como consecuencia tanto de las resoluciones de la autoridad de competencia, como de aplicación del nuevo artículo 43 bis de la LSH, introducido por la Ley 11/2013, debido a la necesidad de adaptar este tipo de contratos al nuevo marco jurídico impuesto por dicha Ley, BP ha dejado de comunicar a las EESS el precio recomendado de venta al público para cada estación. Asimismo, en los contratos DODO aplica la limitación temporal de un año de vigencia contractual establecida por la repetida Ley, lo que implica que estas relaciones estén sujetas a una renegociación frecuente y permanente.

Para la DC, lo que claramente se prohíbe es cualquier tipo de vinculación entre el precio de adquisición y el precio recomendado (propio o de las EESS del entorno).

En los contratos de reventa de BP analizados la cláusula de precio de adquisición suele tener habitualmente la siguiente redacción:

“A) El precio de cada una de las clases de carburantes y combustibles objeto de suministro que LA TITULAR abonará a LA COMPAÑÍA será el resultado de restar al Precio de Referencia, según se define éste más adelante, los siguientes descuentos: [...]”.

Por tanto, el precio de adquisición no se vincula a un precio recomendado o máximo ni de la propia ES ni de las de su entorno, sino al denominado precio de referencia que se define en los contratos de BP de la siguiente manera:

“El precio de referencia será el promedio moda de los precios de venta al público, según conste en el monolito o cartel anunciador de los carburantes a la venta en cada estación, obtenido de la totalidad de las estaciones de servicio de correspondiente área de influencia calculado en días aleatorios y con frecuencia semanal.

Las entregas de combustibles se facturarán aplicando como precio de referencia el calculado por BP. En caso de discrepancia con el precio reflejado en la factura, LA TITULAR dispondrá de un plazo de 15 días naturales desde la fecha de emisión de la factura para manifestar su disconformidad con la misma [...]”.

El parámetro “Precio de Referencia” utilizado por BP se apoya únicamente en los precios de venta al público de las EESS de la zona de influencia, calculada de

una determinada manera acordada por las partes firmantes del contrato, y según los datos elaborados y obrantes en el MINETAD. No se puede decir, considera la DC, que este no sea un dato objetivo, independiente de la voluntad del operador. Y señala que *“es verdad que no es el índice Platts, como quiere CEEES, pero tanto el Consejo de la CNMC como la propia Dirección de Competencia han mencionado en distintas ocasiones que cuando hablan de parámetro objetivo a la hora de establecer el precio de transferencia del producto contractual no se están refiriendo de forma exclusiva al citado Platts”*.

Caso de los contratos CODO/comisión

En el caso de estos contratos, la DC resalta que la actuación de las operadoras ha diferido completamente, optando cada una de ellas por una solución distinta. Así:

- REPSOL plantea una solución de futuro a medio plazo (hasta 31 de diciembre de 2018), mediante la conversión gradual, a través de un modelo de contrato denominado “Consigna”, de todos los contratos de su red de esta categoría a un régimen de comisión puro, teóricamente sin riesgos para los comisionistas, que ya no serían empresarios independientes y a los que no sería de aplicación la normativa de competencia **(en número de 1336, o sea el 54% de sus contratos con exclusivas de suministro)**. Es decir, transforma la figura del “comisionista impuro”, en la de comisionista puro, ajeno a la normativa de competencia.
- BP plantea una solución a corto plazo, forzando la novación contractual de sus EEES de este tipo mediante la remisión al obligado cumplimiento del mandato de las autoridades de competencia. De esta forma, reconvierte los contratos comisionista de su red **(en número de 28, o sea el 4% de sus contratos con exclusivas de suministro)**, a contratos de reventa¹¹.
- CEPSA aporta una solución inmediata, vigente desde el 1 de noviembre de 2015, para los contratos de estas características de su red **(en número de 384¹², o sea el 46% de sus contratos con exclusivas de suministro)**, consistente en el mantenimiento del carácter de comisionista no genuino de sus distribuidores, la comunicación de precios máximos de venta al público del producto contractual, la asunción de determinados riesgos por parte de esos distribuidores, el consecuente mantenimiento del sometimiento de los mismos a la normativa de competencia, y la introducción de un elemento objetivo (la referencia a la fórmula Platts) en el

¹¹ Mediante escrito de 23 de septiembre de 2016, BP ha manifestado que el número de contratos se ha reducido a 8, de los cuales 4 está a punto de ser modificados, 3 van a ser resueltos unilateralmente y el último está judicializado

¹² Según escrito de CEPSA de 4 de octubre de 2016, actualmente, el número se ha reducido a 283, 94 han sido convertidos a contratos de reventa y 7 a contratos de agencia genuina.

sistema de formación del “precio de cesión” del producto contractual, como límite que opera a la hora de establecer el precio del principal o, lo que es igual, pues ambos conceptos coinciden, el precio máximo de venta al público comunicado a cada EESS. De acuerdo con su segunda propuesta, el descuento no será determinado unilateralmente por CEPSA sino como la diferencia entre el precio de referencia y el precio moda provincial de cada estación de servicio y se aplicará si el primero es mayor que el segundo.

Para la Dirección de Competencia tanto la posición de BP como la de REPSOL a futuro resultarían idóneas, en contra de la alegación de CEES para el que dichas opciones no estarían en línea con la intención del legislador, a su entender, de formalizar contratos de reventa. Es cierto, considera la DC, que en el caso de REPSOL, la solución aportada, aunque aceptable desde el punto de vista jurídico, no es la más favorecedora de la competencia, al permitir al primer operador español el control directo de los precios de venta al público de 1300 gasolineras, de igual forma que hacía anteriormente sin el amparo legal del que ahora dispone.

Así mismo señala la DC que la autoridad de competencia también se ha manifestado acerca de la licitud de la figura del comisionista, y de su no sujeción a la normativa de competencia si dicho agente no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque no asume riesgos y por tanto depende completamente de su comitente, en este caso el proveedor de carburantes.

Por último, la DC subraya determinadas características estructurales de los contratos afectados que considera preciso tener en cuenta. Se trata:

- ✓ o bien de **contratos CODO** en los que se regula mediante un arrendamiento de industria y suministro en exclusiva, la relación entre el suministrador del producto, **nudo y pleno propietario de la EESS**, con el distribuidor al por menor del mismo y arrendatario de la industria.
- ✓ o bien de contratos CODO en los que se regula mediante un arrendamiento de industria y suministro en exclusiva, la relación entre el suministrador del producto, **propietario del usufructo, superficie u otro derecho real sobre la ES**, con el distribuidor al por menor del mismo y arrendatario de la industria, posible (no siempre) nudo propietario de la mencionada EESS, y que en su momento dispuso de la posibilidad de “rescatar la plena propiedad” de la ES en base a la Decisión CE de 12 de abril de 2006, que implicaba no solo dicho rescate sino también la formulación de la relación contractual bajo el régimen económico de reventa.

Respecto de CEPSA considera la DC que la fórmula propuesta finalmente por la operadora da cumplimiento a la intimación porque, de acuerdo con la misma, los parámetros utilizados para el establecimiento del precio de cesión y los descuentos se determinan en función de valores objetivos que hacen que este precio no dependa arbitrariamente de la voluntad del operador, favoreciendo en

incentivando la realización de descuentos con cargo a comisión por parte del gestor de la estación de servicio.

Bajo estas consideraciones, la Dirección de Competencia concluye que las tres operadoras REPSOL, CEPSA y BP han dado cumplimiento a las intimaciones realizadas por la Autoridad de Competencia en sus Resoluciones de 30 de julio de 2009, Expediente 652/07, y de 20 de diciembre de 2013, Expediente VS/0652/07.

En particular, en relación con los dispositivos de la Resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013, considera la DC que:

- 1) Las operadoras han dado cumplimiento en relación a lo dispuesto en el **dispositivo tercero 1)**, sobre la adaptación de las medidas necesarias para que el precio de transferencia o de cesión del carburante –en los contratos de comisión y de reventa indiciada a precios de referencia en los que los distribuidores sean empresarios independientes- atienda a criterios objetivos.
- 2) Las operadoras han dado cumplimiento a lo dispuesto en el **dispositivo tercero 2)**, sobre cesación de las prácticas consistentes en el cálculo de los comisiones en niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio mediante la adaptación de los contratos vigentes.
- 3) Las operadoras han dado cumplimiento a lo dispuesto en el **dispositivo tercero 3)**, sobre el establecimiento de un sistema de acceso continuo e indiscriminado de las estaciones de servicio a todos los descuentos compartidos de los clientes con tarjeta de fidelización.
- 4) Las operadoras han dado cumplimiento a lo dispuesto en el **dispositivo cuarto**, sobre publicación en la página WEB de la mencionada Resolución.

2. Informe de la Dirección de Energía

La DC ha requerido informe de la Dirección de Energía de la CNMC que se ha remitido con fecha 27 de abril de 2017. En este informe la Dirección de Energía concluye:

- “1) Se emite una opinión favorable sobre el contenido del informe elaborado por la Dirección de Competencia, no realizando observaciones de fondo al respecto.*
- 2) No existen aspectos de la Ley sectorial que incidan en las conclusiones del expediente o que no hayan sido tenidos en cuenta en el informe.*
- 3) Se comparten las valoraciones de la Dirección de Competencia sobre cada una de las propuestas ofrecidas por los operadores afectados, REPSOL, CEPSA y BP, para dar cumplimiento a los requerimientos de las Resoluciones de 2009 y 2013.*

En concreto, respecto a la propuesta de REPSOL de convertir los contratos de agencias impuras en contratos de agencias genuinas se comparte la apreciación de la Dirección de Competencia. Si bien no es la solución propicia desde el punto de vista del fomento de la competencia, no hay que olvidar que las autoridades de competencia no se han pronunciado en contra de la procedencia de este tipo de contratos y que, más bien al contrario, señalan la improcedencia de forzar el cambio de su naturaleza jurídica a contratos de reventa.

4) Se comparte la necesidad de dar continuidad al expediente de vigilancia en la medida en que, además de los procedimientos contenciosos administrativos aún no resueltos, es preciso acreditar la evolución del cumplimiento práctico de las propuestas de las operadoras, fundamentalmente las focalizadas en los contratos CODO comisión de estaciones gestionadas por empresarios independientes que requieren de un tiempo para su ejecución total.

5) La Dirección de Competencia asegura que los contratos DODO de las tres operadoras han sido adaptados a los requerimientos de las Resoluciones de 2009 y 2013, en tanto en cuanto han dado cumplimiento a las limitaciones que sobre este tipo de contratos establece el artículo 43.bis de la Ley de Hidrocarburos. Según este artículo estos contratos no pueden contener cláusulas por las que el operador fije directa o indirectamente el precio aplicado en las estaciones de servicio. Sin embargo, la Dirección de Energía, en base al análisis de la información de que dispone, procedente de la obligación de información contenida en la Orden ITC/2308/2007¹³, viene observando que los operadores realizan envíos de precios al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (MINETAD) correspondientes a estaciones de servicio cuyos gestores declaran tener vínculo DODO. Considerándose firme la aseveración de la Dirección de Competencia, habría de entenderse que la existencia de estos envíos de precios por parte del operador es correcta y que lo que está erróneamente informado por parte del gestor del punto de venta es el tipo de vínculo contractual.

Según la información disponible en la Dirección de Energía, a la fecha de este informe se observan envíos realizados por el operador en el 31% del total de estaciones de servicio de BP cuyos gestores declaran tener vínculo DODO. Este porcentaje es del 14% para el caso de REPSOL y del 2% para el de CEPSA.

6) De forma análoga al punto anterior, la Dirección de Energía ha observado envíos de precios por parte del operador correspondientes a estaciones de servicio cuyo gestor declara tener suscrito con su operador contratos CODO venta en firme, los cuales responderían a modelos de contratos donde aún existe el precio recomendado por el operador.

¹³ Orden ITC/2308/2007, de 25 de julio, por la que se determina la forma de remisión de información al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre las actividades de suministro de productos petrolíferos.

Según la información disponible en la Dirección de Energía, a la fecha de este informe se observan envíos realizados por el operador en el 63% del total de estaciones de servicio de BP cuyos gestores declaran tener vínculo CODO venta en firme. Este porcentaje es del 41% para el caso de REPSOL y del 5% para el de CEPSA.

7) Como consecuencia de lo apuntado en las consideraciones 5) y 6), se considera oportuno, en el marco del expediente de referencia, instar a las tres petroleras, REPSOL, CEPSA y BP, a que contrasten con los gestores de sus puntos de venta la veracidad de los vínculos contractuales informados al MINETAD y verifiquen que, en caso de errores, estos proceden a notificar al referido Ministerio los cambios oportunos¹⁴”.

Como consecuencia del Informe de la Dirección de Energía de la CNMC, el 27 de abril de 2017 la Dirección de Competencia ha requerido a las tres operadoras para que revisen y confirmen si son correctos los envíos de precios que realizan al MINETAD en cuanto a contratos DODO/CODO, indicándoles la obligación, en su caso, de contrastar con los gestores la información y verificar que se informa adecuadamente al Ministerio de los errores y cambios oportunos, así como de la obligación de informar a la Dirección de Competencia del resultado de las acciones realizadas.

3. Propuesta elevada a la Sala de Competencia

La Dirección de Competencia, habida cuenta de las anteriores consideraciones, propone al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la adopción de Resolución declarando el cumplimiento de lo dispuesto en las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013 por parte de las operadoras REPSOL, CEPSA y BP.

Ello sin perjuicio de la continuidad al expediente de vigilancia en la medida en que, además de los procedimientos contenciosos administrativos pendientes, es necesario que las operadoras acrediten periódicamente la evolución del cumplimiento práctico de las propuestas que requieren de un tiempo para su ejecución total, por lo que deben imponerse obligaciones de información a la Dirección de Competencia (Subdirección de Vigilancia), con el carácter periódico que se considere, de la evolución del proceso y estado de implantación, todo ello además de los errores y cambios oportunos comunicados al MINETAD en relación con el cumplimiento del artículo 43.bis de la Ley de Hidrocarburos en relación con los contratos DODO/CODO.

¹⁴ Según establece la Orden ITC/2308/2007, los gestores de los puntos de venta (no el operador) son los únicos sujetos responsables de introducir y mantener actualizada la información censal de las instalaciones de suministro. El dato del vínculo contractual con el operador tiene el carácter de información censal.

SÉPTIMO.- Valoración de la Sala de Competencia

En su Informe Final de Vigilancia elevado a esta Sala el pasado 3 de mayo de 2017, la Dirección de Competencia propone al Consejo de la CNMC la adopción de resolución declarando el cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013 por parte de las operadoras: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. y BP OIL ESPAÑA, S.A.

Esta declaración de cumplimiento mediante resolución se propone por la Dirección de Competencia sin perjuicio de la continuidad del expediente de vigilancia en lo que respecta a la acreditación periódica por parte de los operadores de la evolución del cumplimiento práctico de las propuestas que requieren de un tiempo para su ejecución total. Por ello el órgano de vigilancia propone una obligación periódica de informar a la Dirección de Competencia de la CNMC de la evolución del proceso y estado de implantación.

A la vista de los hechos y antecedentes recogidos en el cuerpo de la presente resolución y de los razonamientos que se exponen a continuación, esta Sala considera que actualmente no resulta posible la adopción de la resolución propuesta por la Dirección de Competencia, declarando el cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013 por parte de las tres operadoras afectadas, al haberse puesto de manifiesto durante la tramitación del expediente de vigilancia la imposibilidad de alcanzar conclusiones definitivas sobre importantes cuestiones sometidas a la vigilancia de esta Comisión debido a la ausencia de sistematización de datos y análisis de determinados aspectos de las distintas alternativas propuestas de cumplimiento presentadas por las operadoras en relación con las redes de estaciones de servicio abanderadas por los tres operadores y la estructura y dinámica del mercado afectado.

Asimismo la Sala debe reiterar que, como expuso en su resolución de 20 de diciembre de 2013, *“las tres operadoras debían haber cumplido las intimaciones de la Resolución de 30 de julio de 2009, en su totalidad, desde su notificación en esa misma fecha, incluidas las relacionadas con la determinación del precio de remuneración de combustible (precio de adquisición, cesión o transferencia)”*, lo cual no habían hecho en dicha fecha ni, para determinados contratos, durante los años siguientes, según los calendarios de cumplimiento presentados por las mismas.

En concreto, esta Sala debe manifestar que para la evaluación del cumplimiento efectivo de las obligaciones derivadas de la resolución de 30 de julio de 2009, resulta imprescindible analizar en mayor profundidad las distintas medidas de ejecución propuestas y ejecutadas por cada uno de los operadores sancionados en 2009 para el cumplimiento de la citada Resolución de 30 de julio. A este respecto la Sala considera necesario proceder a las siguientes actuaciones:

- En lo que concierne a la propuesta formulada por REPSOL con respecto a la implantación del denominado “modelo Consigna” a los contratos existentes CODO/comisión, la Sala considera necesario proceder al análisis y valoración de los efectos de dicha implantación que contempla la transformación de los contratos de agencia no genuina de la operadora existentes actualmente (sometidos a la normativa de competencia) en contratos de agencia pura no sometidos a la normativa de competencia, tras la eliminación propuesta por REPSOL de la asunción de riesgos comerciales o financieros por parte del gestor de la estación de servicio. La Sala considera que este análisis del resultado de esta transformación resulta imprescindible dado que la valoración de la implantación de dicho modelo por parte de la Dirección de Competencia en el informe elevado a esta Sala revela que tal operación *“no es la más favorecedora de la competencia, al permitir al primer operador español el control directo de los precios de venta al público de 1300 gasolineras”*. Igualmente la Dirección de Energía manifiesta en el informe emitido el pasado 27 de abril que tal transformación de los contratos *“no es la solución propicia desde el punto de vista del fomento de la competencia”*.

El análisis a desarrollar para permitir la evaluación posterior de la implantación de la citada propuesta del “modelo Consigna” como medida de cumplimiento de la resolución de 30 de junio de 2009, debe contemplar en todo caso las siguientes cuestiones:

- o En primer lugar debe analizarse si la propuesta de REPSOL elimina en su totalidad la asunción de riesgos por los gestores de estaciones de servicio en los términos propuestos por la operadora en sus escritos de alegaciones, transformando la naturaleza de dichos gestores de empresarios independientes sometidos a las normas de competencia en meros agentes no sometidos a las mismas.
- o En segundo lugar, debe examinarse la situación de la competencia intramarca en la red de estaciones de servicio abanderadas por REPSOL antes y después de la implantación del citado “modelo Consigna”.

- o Por último, resulta también necesario estudiar cuál ha sido el procedimiento ejecutado por REPSOL para la implantación del denominado “modelo Consigna”, adjuntando información trimestral de modificaciones contractuales realizadas, en sus relaciones contractuales con estaciones de servicio a partir de 2016, con especial atención a las comunicaciones dirigidas por la operadora a las estaciones de servicio afectadas a partir de 2014, así como las negociaciones desarrolladas para alcanzar la citada renovación de contratos.
- En lo que respecta a la propuesta de CEPSA con respecto a los contratos existentes en su red del tipo CODO/comisión, consistente en el mantenimiento del carácter de comisionista de sus distribuidores, y la comunicación de PVP máximos a través de una fórmula de establecimiento del precio del principal, la Sala considera positiva la evolución de la medida propuesta por el operador hacia una determinación objetiva de los precios pero también estima necesario desarrollar un análisis más profundo de la fórmula de cálculo de precios propuesta finalmente por CEPSA en sus últimas alegaciones –también en relación con la competencia intermarca- con objeto de poder verificar el cumplimiento de la obligación establecida en la resolución de 30 de julio de 2009, de eliminar las cláusulas contractuales que determinen los precios 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”*.

En particular la Sala considera necesario analizar la conveniencia de incluir en la fórmula propuesta por CEPSA la moda provincial (y no otros parámetros estadísticos) como determinante del descuento de la fórmula para el cálculo del precio de referencia, así como examinar cómo afecta tal extremo y la fórmula propuesta en sí al incentivo de la estación de servicio a realizar descuentos, cuestiones sobre las que el órgano de vigilancia no se pronuncia. Asimismo, a la vista de los posibles efectos derivados de la estructura concentrada del sector y de la existencia de redes paralelas de estaciones de servicio abanderadas por las operadoras afectadas, la Sala considera imprescindible un análisis de las posibles interacciones derivadas de la introducción de la nueva fórmula propuesta por CEPSA para la determinación del precio de cesión o adquisición de las estaciones CODO/comisión de su red con la nueva estructura que para este mismo tipo de estaciones puede derivarse de la implantación del “modelo Consigna” en la red de estaciones de servicio abanderadas por REPSOL, a

través del control directo de los precios de venta al público que podrá ejercer la citada operadora sobre 1300 gasolineras adicionales que tendrán la consideración de agentes genuinos.

- Por último, en lo que se refiere a BP, la Sala reconoce los efectos positivos de las actuaciones ejecutadas por esta operadora. No obstante, la valoración de la DC de las medidas adoptadas debe tener en cuenta el calendario concreto de cumplimiento de BP para la adecuación de sus contratos, acreditando la transformación efectiva a la que se hace referencia en la última información aportada.

Asimismo la Sala considera conveniente abordar las anteriores valoraciones y análisis en el contexto de la realidad actual del mercado minorista de distribución de combustibles de automoción y la evolución experimentada en los últimos años en el mismo a consecuencia de las actuaciones realizadas por los operadores con el objetivo del cumplimiento de la citada resolución. Idéntico ejercicio debe realizarse para examinar la situación previsible en los futuros ejercicios una vez ejecutadas las acciones propuestas por los tres operadores sometidos a vigilancia. Tal y como ha puesto de manifiesto REPSOL en sus alegaciones de 22 de septiembre de 2016 a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 2 de septiembre anterior (folios 7499-7503), la implantación de alguna de las alternativas propuestas por las operadoras y, en concreto por la propia REPSOL con su “modelo Consigna”, constituye una modificación estructural y permanente en la red de EESS (folio 7500). La Sala considera que esta modificación estructural y permanente en la red de EESS debe ser examinada con el máximo rigor y atención antes de proceder a cualquier declaración de cumplimiento o no de las obligaciones emanadas de sus resoluciones sancionadoras anteriores, teniendo en cuenta que la Resolución de 29 de julio de 2009 simplemente pretendía, e instaba a, eliminar aquellas prácticas que permitían la fijación indirecta de precios por parte de los operadores siendo empresarios independientes los gestores de las estaciones de servicio.

En lo que se refiere al contexto general sobre la estructura del mercado minorista de distribución de combustibles de automoción la Sala considera necesario efectuar dos actuaciones concretas:

- En primer lugar resulta necesario efectuar un examen general, teniendo en cuenta el contexto y las características actuales del sector, de la estructura contractual de la red de estaciones de servicio de cada uno de los tres operadores afectados, desde la emisión de la resolución de 30 de julio de 2009 hasta el momento actual. Este examen general debe permitir analizar la evolución de dichas redes de estaciones de servicio durante los últimos

ocho años y su adecuación a las obligaciones que dimanen de la resolución de 30 de julio de 2009. En dicho estudio deberá precisarse el número y clase de las estaciones de servicio pertenecientes a la red del operador en diciembre de cada año natural desde 2009, el porcentaje de dichas estaciones afectadas por el cumplimiento de la citada resolución y la evolución anual de los distintos tipos de relaciones contractuales existentes en cada uno de los operadores teniendo en cuenta la tipología habitualmente empleada en el análisis de las autoridades de competencia (COCO, DOCO, CODO y DODO) incluyendo los distintos subtipos existentes en cada una de ellas (agencia pura o genuina, agencia no genuina, reventa, etc.). Igualmente, se valorarán los efectos de todo ello en la competencia inter e intramarca, considerando efectos de redes paralelas, y teniendo en cuenta igualmente la adaptación de los contratos DODO de las operadoras a la Ley 11/2013 (y por ende a la Resolución de 2009).

- En segundo lugar la Sala también considera necesario que se analicen y valoren las respuestas remitidas por las operadoras al requerimiento de información efectuado por la DC con fecha 27 de abril de 2017 (folios 9211-9212), en relación con los posibles errores o contradicciones detectados por la Dirección de Energía de la CNMC en el informe emitido el pasado 27 de abril (folios 8927-8936).

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que no resulta posible considerar acreditado el cumplimiento de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, en los términos propuestos por la Dirección de Competencia en el informe parcial de vigilancia elevado a esta Sala con fecha 3 de mayo de 2017.

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.- Interesar a la Dirección de Competencia la realización de las diligencias e investigaciones propuestas en el fundamento de derecho séptimo que la Sala estima necesarias para la evaluación del cumplimiento efectivo de las obligaciones derivadas de la resolución de 30 de julio de 2009.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.