

RESOLUCIÓN 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 DEL CONSEJO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 12 de junio de 2020.

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, 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.

I. 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 PRODUCTOSPETROLÍFEROS, 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.*

En la mencionada resolución, se imponían sanciones de 5.000.000 € a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.; de 1.800.000 € a CEPSA

ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.; y de 1.100.000 € a BP OIL ESPAÑA, S.A. Adicionalmente, se intimaba a los tres operadores a abstenerse de realizar las prácticas sancionadas u otras de efecto equivalente y se instaba a la entonces Dirección de Investigación a vigilar y cuidar su cumplimiento.

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 14 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 parcialmente 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 anterior Dirección de Investigación remitió al entonces 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 Investigación 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) 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).

Tras finalizar la revisión judicial, la resolución de 20 de diciembre de 2013 recurrida también ha devenido firme, habiendo sido confirmada para las tres operadoras en todos sus términos, anulando únicamente la obligación que se imponía a los tres operadores petroleros de publicar la misma en sus respectivas páginas web, por no ser un extremo ajustado a Derecho:

- En cuanto al recurso contencioso-administrativo de CEPSA fue resuelto por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 14 de mayo de 2018 (recurso 77/2014). Esta decisión fue finalmente corroborada por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 4 de febrero de 2020 (recurso de casación nº 5945/2018).
 - El recurso contencioso-administrativo de BP fue resuelto por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 23 de mayo de 2018 (recurso 39/2014). Igualmente, el Tribunal Supremo desestimó el subsiguiente recurso de casación interpuesto por BP mediante sentencia de 4 de febrero de 2020 (recurso casación 5549/2018).
 - El recurso contencioso-administrativo ordinario de REPSOL fue resuelto por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 5 de junio de 2018 (recurso 82/2014). Posteriormente el Tribunal Supremo desestimó el subsiguiente recurso de casación interpuesto por la empresa mediante sentencia de 4 de febrero de 2020 (recurso casación 6404/2018).
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 (expedientes SNC/0032/13 REPSOL) declarando acreditado el incumplimiento del mencionado dispositivo tercero por parte de REPSOL con imposición de sanción por importe de 8.750.000 euros.

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 (recursos 173/2015 –CEPSA-, 177/2015 –BP- y 297/2015 –REPSOL-)

7. En ejercicio de las funciones de vigilancia encomendadas, la Dirección de Competencia desarrolló 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.
8. Con fecha 3 de mayo de 2017, se recibió en el Consejo nuevo informe parcial de vigilancia de la Dirección de Competencia en cuyo apartado 8, letra O, se propuso 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.
9. Mediante resolución de 27 de julio de 2017, el Consejo de la CNMC declaró que no resultaba posible considerar acreditado el cumplimiento de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013 por parte de los tres operadores petroleros sancionados (REPSOL, CEPSA y BP) en los términos propuestos por la Dirección de Competencia en el informe parcial de vigilancia remitido el 3 de mayo de 2017.

Esta Sala de Competencia interesó a la Dirección de Competencia, en la mencionada resolución, la realización de una serie de diligencias e investigaciones (descritas en el fundamento de derecho séptimo de la referida resolución), que se estimaron necesarias para la evaluación del cumplimiento efectivo de las obligaciones derivadas de la resolución de 30 de julio de 2009, en los términos señalados por la resolución de 20 de diciembre de 2013.

Únicamente REPSOL interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 27 de julio de 2017 frente a la Audiencia Nacional, sin que a la fecha se tenga constancia de la resolución del mismo (recurso 661/2017).

En ejercicio de las actuaciones encomendadas, la Dirección de Competencia desarrolló diversas diligencias desde agosto de 2017 hasta enero de 2019. Mediante acuerdos dictados el 3 de octubre de 2017, se admitió como partes interesadas en el expediente de vigilancia de referencia a la Asociación de Empresarios Gestores de Estaciones de Servicio (AGES, folios 9411-9412) así como a la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES, folios 9407-9408)

10. Con fecha 10 de junio de 2019, de conformidad con el artículo 42.3 del RDC, y con carácter previo a la elaboración del informe de vigilancia a elevar al Consejo de la CNMC, se notificó a las partes interesadas la propuesta de informe parcial de vigilancia, recibándose los siguientes escritos de alegaciones por parte de las mismas:

- Con fecha 21 de junio, escrito de alegaciones de CEPSA (folios 17786-17820), complementado con nuevo escrito de alegaciones presentado el 28 de junio de 2019 (folios 17836-17839).
- Con fecha 25 de junio de 2019, escrito de alegaciones de BP (folios 17831-17832).
- Con fecha 9 de julio de 2019, escrito de alegaciones de CEEES (folios 17846-17957), complementado con nuevo escrito de alegaciones presentado el 29 de julio (folios 19522-19557).
- Con fecha 10 de julio de 2019, escrito de alegaciones de AGES (folios 18051-19510).
- Con fecha 10 de julio de 2019, escrito de alegaciones de REPSOL (folios 17967-18047), complementado con otros escritos de alegaciones e información complementaria presentados entre los meses de agosto de 2019 a enero de 2020 -escritos de fechas 29 de agosto (folios 19561-1956); 2 de octubre (folios 19579-19583); 17 de octubre (folios 19605-19759); 24 de octubre (folios 19763-19768); fecha 28 de octubre (folios 19772-19775); y 28 de enero de 2020 (folios 19796-19802).

11. Con fecha 29 de enero de 2020, se recibió en el Consejo nuevo informe parcial de vigilancia de la Dirección de Competencia en cuyo apartado VII propone a esta Sala de Competencia la adopción de resolución con determinadas declaraciones respecto de cada uno de los operadores.

12. El 16 de marzo de 2020, el Secretario del Consejo de la CNMC notificó a las partes la suspensión de los plazos administrativos del expediente, de conformidad con la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020,

de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (folios 20435-20436).

13. Con fecha 25 de marzo de 2020 se recibió en el registro de la CNMC nuevo escrito de alegaciones remitido por REPSOL (folios 20455-20461).
14. El 27 de mayo de 2020 se comunicó a todas las partes que el cómputo de los plazos administrativos relacionados con el expediente que hubieran sido suspendidos se reanudaría con fecha 1 de junio de 2020, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (folios 20462-20463).
15. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su reunión del día 12 de junio de 2020.
16. Son interesados:
 - BP Oil España, S.A.U. (BP).
 - Cepsa Comercial Petróleo, S.A. (CEPSA).
 - Repsol Comercial Productos Petrolíferos, S.A. (REPSOL).
 - Asociación de Empresarios Gestores de Estaciones de Servicio (AGES).
 - Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES).

II. ACTUACIONES DE VIGILANCIA Y HECHOS INVESTIGADOS

El informe de vigilancia elevado a la Sala, en el marco del presente expediente, tiene por objeto las actuaciones de investigación llevadas a cabo por la Dirección de Competencia en cumplimiento de la resolución del Consejo de la CNMC de 27 de julio de 2017.

Mediante esta resolución, el Consejo de la CNMC declaró que no resultaba posible considerar acreditado el cumplimiento de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013 por parte de los tres operadores petroleros sancionados (REPSOL, CEPSA y BP), en los términos propuestos por la Dirección de Competencia en el informe parcial de vigilancia remitido el 3 de mayo de 2017.

Esta Sala de Competencia señaló, en la mencionada resolución, que el cumplimiento de la resolución objeto de vigilancia debía ser total y efectivo para la remoción de los efectos anticompetitivos de las prácticas declaradas prohibidas y, en tal resolución, interesó a la Dirección de Competencia la realización de una serie de diligencias e investigaciones (descritas en el fundamento de derecho séptimo de la referida resolución) que se dirigían, principalmente, a analizar las distintas medidas de ejecución propuestas y ejecutadas por cada uno de los tres operadores petroleros en cumplimiento de las referidas resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013.

En concreto, este mandato de la Sala se circunscribía a las medidas dirigidas a los contratos CODO/Comisión subsistentes en las respectivas redes de estaciones de servicio de estos operadores petroleros, con objeto de verificar la adaptación de los mismos a los siguientes criterios:

- Resuelve tercero de la resolución de 30 de julio de 2009:

“Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPSA y BP en el 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 [...]”

- Resuelve tercero (apartado primero) de la resolución de 20 de diciembre de 2013:

“[...] 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[...].”

Además, en la resolución de 27 de julio de 2017, también se encomendó a la Dirección de Competencia el examen de los cambios y evolución del mercado

minorista de distribución de combustibles de automoción como consecuencia de la implantación de estas medidas.

A continuación, se resume el análisis y valoración llevado a cabo por la Dirección de Competencia de acuerdo con los anteriores mandatos, distinguiendo por operador petrolero y medida analizada.

II.1 ACTUACIONES RELATIVAS A REPSOL

Por lo que se refiere al análisis de las medidas de cumplimiento propuestas y ejecutadas por REPSOL, las indicaciones de esta Sala en la resolución de 27 de julio de 2017 se referían fundamentalmente al “modelo Consigna” propuesto por este operador petrolero como solución de adaptación de sus contratos CODO/Comisión, mediante la suscripción de un nuevo modelo de negocio que eliminaría los riesgos comerciales o financieros asumidos por los gestores de estas estaciones de servicio.

En la resolución de 27 de julio de 2017 se encomendó a la Dirección de Competencia analizar si esta relación contractual propuesta e implantada por REPSOL con los gestores de estaciones de servicio a partir del denominado modelo Consigna, *“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”*.

Además, se solicitó el análisis de la situación de competencia intramarca en la red de estaciones de servicio abanderadas por REPSOL, antes y después de la implantación del modelo de negocio propuesto, y la evaluación del procedimiento ejecutado por REPSOL para su implantación, adjuntando información trimestral de las modificaciones contractuales realizadas.

1. ACTUACIONES DESARROLLADAS POR LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA

En cumplimiento del anterior mandato, la Dirección de Competencia dirigió a REPSOL los siguientes requerimientos de información:

- Con fecha 15 de noviembre de 2018 (folios 9639 a 9644) se requirió a REPSOL, entre otros extremos: (i) una descripción de las obligaciones asumidas por cada una de las partes a través de la suscripción del contrato

de implantación del modelo Consigna, (ii) la aportación del modelo de contrato empleado a tales efectos y (iii) la documentación acreditativa de las negociaciones entabladas por REPSOL para la suscripción de estos contratos con distintos distribuidores comerciales minoristas integrantes de su red¹.

Con fecha 22 de diciembre de 2017 tuvo entrada en la CNMC escrito de respuesta de REPSOL (folios 13257 a 13970), cuya información fue completada y subsanada mediante escrito de 13 de febrero de 2018 (folios 14028 a 14034).

- El 20 de febrero de 2018 se requirió a REPSOL una segunda solicitud de información (folios 14038 a 14045), que fue atendida por REPSOL el 13 de marzo de 2018 (folios 14519 a 14564).
- El 16 de marzo de 2018 se remitió a REPSOL una tercera solicitud de información (folios 14565 a 14569), para aclarar las dudas suscitadas a partir de su escrito de respuesta de 13 de marzo de 2018. La respuesta a este requerimiento tuvo lugar el 10 de abril de 2018 (folios 15289 a 16183).

Con el objetivo de determinar el grado de riesgos significativos asumidos por el operador petrolero a través del modelo Consigna, la Dirección de Competencia, con fecha 19 de febrero de 2018, acordó requerir a **[CONFIDENCIAL]**, que permitieran valorar la incidencia de la venta de carburantes y combustibles líquidos respecto de la prestación por las mismas de otros servicios (denominados actividades complementarias).

La última respuesta a este requerimiento tuvo entrada en la CNMC el 28 de marzo de 2018 (folios 14612 a 14614)².

Asimismo, en su resolución de 27 de julio de 2017, esta Sala solicitó al órgano de instrucción, entre otras actuaciones, estudiar *“el procedimiento ejecutado por REPSOL para la implantación del citado modelo de negocio, 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*

¹ Sobre una muestra de estos distribuidores seleccionados de conformidad con los siguientes criterios definidos por la Dirección de Competencia:

- Los **[CONFIDENCIAL]** gestores de estaciones de servicio con vínculos contractuales CODO/Comisión que, **[CONFIDENCIAL]**.
- Los **[CONFIDENCIAL]** gestores de estaciones de servicio con vínculos contractuales CODO/Comisión que, **[CONFIDENCIAL]**.

² No obstante, con fecha 7 de septiembre de 2018, tuvo entrada en la CNMC escrito de un gestor de estaciones de servicio (folios 16359.1-16359.2), mediante el que se subsanaban los datos presentados previamente, mediante escrito de 23 de febrero de 2018 (folios 14052 a 14057).

servicio afectadas a partir de 2014, así como las negociaciones desarrolladas para alcanzar la citada renovación de contratos”.

En cumplimiento de este mandato, la Dirección de Competencia dirigió a REPSOL diversos requerimientos de información que fueron respondidos por REPSOL en los siguientes escritos, aportando diversa información:

- escrito de 22 de diciembre de 2017 (folios 13257 a 13970).
- escrito de 13 de febrero de 2018 (folios 14028 a 14034).
- escrito de 13 de marzo de 2018 (folios 14519 a 14564),
- escrito de 10 de abril de 2018 (folios 15289 a 16183),
- escrito de 24 de julio de 2018 (folios 16325 a 16340),
- escrito de 28 de septiembre de 2018 (folios 16489 a 16495),
- escrito de 25 de octubre de 2018 (folios 16554 a 16569),
- escrito de 16 de noviembre de 2018 (folios 16596 a 16600),
- escrito de 29 de enero de 2019 (folios 16634 a 16644.2) y
- escrito de 7 de febrero de 2019 (folios 16659 a 16662).

Asimismo, la DC recibió información y alegaciones procedentes de otros interesados y terceros en el marco del expediente de referencia:

- Concretamente, la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES), en su escrito de 17 de octubre de 2017 (folios 9529 a 9532), y, fundamentalmente, la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES), en sus escritos de 27 de febrero de 2018 (folios 14069 a 14379), 27 de abril de 2018 (folios 16187 a 16233) y 3 de agosto de 2018 (folios 16349 a 16359).
- Asimismo, el 20 de noviembre de 2017 tuvo entrada en la CNMC un escrito de alegaciones en nombre UBARSI, S.A. (folios 9649 a 9998), el 25 de abril de 2019 escrito de alegaciones de CARBURANTS I SERVEIS DE L'EMPORDÀ, S.L. (folios 17091 a 17195), el 14 de mayo de 2019 escrito de alegaciones de CORBERA Y LA PALMA, S.A. (folios 17211 a 17309) y el 31 de mayo de 2019 escrito de alegaciones de GASÓLEOS MALLORCA, S.L. (folios 17313 a 17398).

2. EL MODELO CONSIGNA

La solución planteada por REPSOL para el cumplimiento de las resoluciones objeto de vigilancia en el presente expediente en relación con los contratos

CODO/Comisión es la conversión gradual de los mismos en un régimen de comisionistas o agentes puros, a través de la suscripción gradual del denominado modelo de contrato Consigna. REPSOL inició su implantación en octubre de 2014 y pretendía completarla el 31 de diciembre de 2018.

El modelo Consigna afecta, con carácter general, a aquellas estaciones de servicio con respecto a las cuales REPSOL, como operador mayorista ostenta: (i) un derecho de propiedad o (ii) un derecho de usufructo u otro derecho real (folios 13277 a 13278). En ambos casos REPSOL atribuye la gestión de la estación a un distribuidor minorista a través de la suscripción de un contrato de arrendamiento de industria (de la estación de servicio) y suministro de exclusiva para la venta de combustibles y carburantes (es decir, los denominados contratos CODO/Comisión o agencia impropia).

Según REPSOL, la implantación del modelo Consigna elimina la asunción de los riesgos financieros o comerciales vinculados a la venta de carburantes a clientes finales por parte de estos gestores de estaciones de servicio, lo que convierte a estos gestores en agentes o comisionistas puros o genuinos.

Como resultado, las relaciones comerciales de estos distribuidores con el operador mayorista dejan de estar sometidas a la normativa de Competencia, por lo que, a juicio de REPSOL, esta nueva estrategia de comercialización de carburantes se convierte en una solución de cumplimiento, a futuro, de lo dispuesto en las resoluciones objeto de vigilancia³ en el marco del presente expediente.

El factor clave de este planteamiento radica en la supuesta exoneración del riesgo del gestor de la estación de servicio que, de este modo, dejaría de determinar de forma autónoma su comportamiento en el mercado y pasa a depender completamente de su comitente (el operador petrolero proveedor de los carburantes).

En el marco de la evaluación de la citada propuesta como medida idónea de cumplimiento, debe analizarse si el nuevo modelo contractual supone la eliminación efectiva de los riesgos asumidos por los gestores de las estaciones de servicio afectadas por tal medida.

2.1. Planteamiento jurisprudencial de la cuestión del riesgo

³ Concretamente, en el dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009 y en el apartado 1 del dispositivo tercero de la Resolución de 20 de diciembre de 2013.

El análisis de la asunción del riesgo significativo en el marco de los contratos de abanderamiento y suministro en exclusiva de combustibles, a efectos de la calificación del distribuidor minorista como agente genuino o no genuino ha sido abordado por la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea en la materia.

Concretamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adoptado la doctrina de la jurisprudencia de la Unión Europea⁴ sobre la distinción entre el agente genuino y el agente no genuino⁵, según la cual la cuestión de la distribución de los riesgos comerciales y financieros sobre los productos suministrados, a partir de una serie de criterios tradicionalmente tenidos en cuenta por los tribunales⁶, debe evaluarse de manera individualizada, caso por caso, tomando en consideración el contexto de la realidad económica del correspondiente contrato, y analizando el clausulado del mismo en su integridad, sin quedarse en la formalidad de la previsión contractual.

A este respecto, deben citarse los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: (i) sentencia nº 231/2010, de 5 de mayo, (ii) sentencia nº 516/2010, de 3 de septiembre, y (iii) la sentencia nº 739/2011, de 2 de noviembre, en los que, a diferencia de la tendencia general, el Tribunal Supremo ha calificado una relación jurídica a efectos del Derecho de la Competencia como de agencia pura o genuina en el marco de un contrato de abanderamiento y suministro en exclusiva de combustibles y carburantes⁷.

El criterio jurisprudencial expuesto también se ha plasmado en las Directrices relativas a las restricciones verticales⁸, al señalar, de forma expresa, que “[L]a cuestión del riesgo debe evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo”.

Asimismo, estas Directrices, reflejando los criterios fijados por la jurisprudencia de la Unión Europea señalada, establece una clasificación de los tipos de riesgo comercial o financiero cuya evaluación resulta necesaria para determinar el

⁴ Principalmente, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de diciembre de 2006, en el asunto C-217/05 CEEES, de 11 de septiembre de 2008 y en el asunto C-279/06 CEPSA.

⁵ Jurisprudencia principalmente emanada a raíz de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales.

⁶ Por ejemplo, la propiedad de los productos, la contribución de los costes vinculados a su distribución, su conservación, la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos o por los daños que éstos puedan causar a terceros y la realización de inversiones específicas para la venta de los mismos.

⁷ Otras sentencias en las que el Tribunal Supremo ha seguido la doctrina del TJUE (aunque el gestor de la estación de servicio ha sido finalmente considerado como agente no genuino) son: sentencia nº 863/2009, de 15 de enero de 2010, sentencia nº 647/2011 de 28 de septiembre, sentencia nº. 166/2012, de 3 de abril, sentencia nº. 186/2012, de 10 de abril.

⁸ Publicadas el 10 de mayo de 2010 y que se ocupan de la cuestión de la agencia en sus apartados 12 a 21.

carácter genuino de un acuerdo de agencia con arreglo al Derecho de la Competencia:

1. Riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos por el agente por cuenta del principal (principalmente, la financiación de las existencias).
2. Riesgos relacionados con las inversiones específicamente destinadas al mercado. Es decir, aquellas inversiones destinadas específicamente al tipo de actividad para la que el principal ha designado al agente.
3. Riesgos relacionados con otras actividades realizadas en el mismo mercado de producto, siempre que el principal requiera que el agente (en este caso, la estación de servicio), realice tales actividades “por su propia cuenta”, no en nombre del principal.

Sobre esta clasificación, las Directrices consideran que el acuerdo se considerará “acuerdo de agencia” (en el sentido de agencia pura o genuina), si el agente (i) no asume riesgo alguno, o (ii) si el riesgo asumido es insignificante, en relación con cada uno de los tipos de riesgo enunciados.

Con carácter general, los riesgos específicamente valorados por la jurisprudencia señalada y estas Directrices⁹ se refieren a los gastos de transporte del producto, las pérdidas del producto, los daños a terceros por el producto suministrado, el periodo de pago del producto por el agente, las inversiones específicamente destinadas al mercado o a actividades de promoción de las ventas, así como la financiación de pagos del producto realizados por los clientes finales a través de las tarjetas de crédito facilitadas por el operador mayorista.

2.2. Evaluación de las obligaciones contractuales del modelo Consigna

a) Tipo de análisis desarrollado

La Dirección de Competencia ha analizado, partiendo de las Directrices y la jurisprudencia de la Unión Europea y nacional previamente indicada, si las condiciones comerciales y financieras que REPSOL, a través del modelo Consigna, impone a los distribuidores minoristas permite calificar verdaderamente estas relaciones contractuales como contratos de agencia pura o genuina.

Para ello, ha analizado la integridad del clausulado de los contratos a través de los que REPSOL ha implantado su nuevo modelo de negocio **[CONFIDENCIAL]**.

⁹ Sin que, tal y como se indica en las Directrices de la Unión Europea, esta enumeración de riesgos tenga carácter exhaustivo.

De conformidad con la información obrante en el expediente (folio 14525), el contenido contractual a través del que REPSOL ha venido implantando su nuevo modelo de negocio es **[CONFIDENCIAL]**¹⁰, donde se regula esta cuestión¹¹.

Por todo ello, el análisis llevado a cabo por la DC tomó como referencia **[CONFIDENCIAL]**¹², sin perjuicio de señalar **[CONFIDENCIAL]**.

Seguidamente, se exponen aquellas obligaciones contractuales impuestas al gestor de la estación de servicio habitualmente analizadas por tribunales nacionales y la jurisprudencia de la Unión Europea como riesgos susceptibles de ser significativos, siguiendo, a efectos exclusivamente sistemáticos, la categorización empleada por las Directrices de la Unión Europea en la materia¹³.

b) Delimitación del objeto de los contratos de modelo Consigna

Con carácter previo al análisis de las obligaciones contractuales susceptibles de constituir riesgos comerciales y financieros en el desarrollo de la actividad que asumen los gestores de las estaciones de servicio en virtud de la suscripción de los referidos contratos, resulta necesario delimitar cuál es, precisamente, el objeto de tal actividad.

En relación con esta cuestión, **[CONFIDENCIAL]**:

- La comercialización a consumidores finales de los combustibles líquidos y carburantes suministrados por REPSOL en régimen de exclusiva, que constituye el objeto o causa principal del contrato (en adelante, “la actividad principal”).

¹⁰ **[CONFIDENCIAL]**.

¹¹ **[CONFIDENCIAL]**.

¹² **[CONFIDENCIAL]**.

¹³ A efectos prácticos, las Directrices, en su párrafo 17, sugieren el siguiente orden de prelación en el análisis del riesgo (de mayor a menor importancia), conforme a la clasificación del mismo señalada con anterioridad:

1. Si el gestor incurre en riesgos específicos del contrato (financiación de existencias): será suficiente para considerar que es un distribuidor independiente.
2. En defecto de concurrencia de los riesgos anteriores, sería necesario evaluar los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado (inversiones dedicadas a la actividad del objeto contractual).
3. En ausencia de los dos tipos de riesgo previamente señalados, habría que pasar a evaluar la concurrencia de aquellos relacionados con otras actividades exigidas en el mismo mercado de producto.

- Aquellos otros servicios, **[CONFIDENCIAL]**¹⁴. Señalados como “actividades complementarias”, consisten, principalmente, en los servicios de tienda, lavado y restauración.

A diferencia de la actividad principal, el gestor de la estación de servicio comercializa estos servicios por su cuenta y riesgo¹⁵.

[CONFIDENCIAL].

Sobre la base de esta circunstancia, la Dirección de Competencia procedió a verificar el posible carácter residual o secundario de las actividades complementarias en el mercado de distribución minorista de carburantes de automoción en España, con la finalidad última de realizar una adecuada evaluación de los diferentes riesgos asumidos por el comisionista, adaptada a la realidad económica de los contratos y del mercado de referencia.

Para ello, la DC recabó información de **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio de la red REPSOL¹⁶ (objeto del programa modelo Consigna y distribuidas por diferentes puntos de la geografía nacional), relativa al volumen de ingresos generado por la comercialización de cada uno de los dos tipos de actividad señalados:

PORCENTAJE DE INGRESOS POR TIPO DE SERVICIOS DE EESS ABANDERADAS REPSOL (PERIODO 2014-2017)				
GESTOR	EESS	Actividad Principal	Actividades Secundarias	TOTAL
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%

¹⁴ **[CONFIDENCIAL].**

¹⁵ “[...] *asumiendo cualesquiera costes necesarios para la explotación de la misma, incluyendo agua, electricidad, gas o cualesquiera otros*” (folio 13293).

¹⁶ Se trata de una muestra representativa de las estaciones de servicio CODO/Comisión de la red REPSOL, **[CONFIDENCIAL]**.

[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	100%
MEDIA PORCENTUAL EESS		82%	18%	100%

Fuente: Elaboración propia por la DC

A la vista de los datos expuestos en la tabla precedente, se observa que, en el periodo 2014-2017, los ingresos generados por las actividades complementarias en las estaciones de servicio incluidas en la muestra representaron, como media, solamente un 18% de la actividad total de las estaciones de servicio, frente al 82% de los ingresos derivados de las ventas de carburantes y combustibles líquidos¹⁷.

Según la DC este resultado se encuentra en línea con las previsiones del Informe de la extinta Comisión Nacional de la Energía (CNE), de 10 de octubre de 2012¹⁸, que estimaba que los ingresos unitarios obtenidos por un distribuidor minorista en el año 2010 eran de 6,5 c€/lt, de los cuales, 1,9 c€/lt correspondían a las actividades secundarias (tienda de conveniencia, servicios de lavado, etc.), es decir, un 29% de los ingresos totales generados por la estación de servicio.

En consecuencia, la Dirección de Competencia considera que la venta de carburantes y combustibles constituye el núcleo principal de los servicios y productos objeto de comercialización por los gestores de las estaciones de servicio y que las denominadas actividades complementarias representan un porcentaje residual de la actividad desarrollada por tales empresarios.

Por ello, las obligaciones contractuales susceptibles de trasladar al gestor de la estación de servicio el riesgo comercial y financiero del contrato serán las que incidan sobre la actividad principal, sin que ni la política comercial impuesta a las actividades secundarias ni el resultado de explotación de las mismas sea susceptible de condicionar o influir en la primera, dado el significativo volumen de negocio generado por ésta.

c) Obligaciones contractuales y su valoración

¹⁷ [CONFIDENCIAL].

¹⁸ Informe sobre el mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio, en el que se emplearon los datos recabados por la empresa THE BOSTON CONSULTING GROUP (BCG), por encargo de la extinta CNE.

Así pues, el análisis de los riesgos asumidos por los gestores de estaciones de servicio suscriptores del modelo Consigna se ha centrado en las cláusulas relativas a la comercialización de carburantes y combustibles líquidos, sin perjuicio de que la Dirección de Competencia haya evaluado las obligaciones relativas a los servicios complementarios, si bien que encuadrados en lo que las Directrices relativas a las restricciones verticales denominan “*otras actividades realizadas en el mismo mercado de producto*”.

i) Riesgos relacionados con la comercialización de carburantes y combustibles líquidos

La Dirección de Competencia, de acuerdo con las Directrices relativas a los acuerdos verticales, analiza y valora de forma detallada las obligaciones contractuales de la comercialización de carburantes y combustibles líquidos del modelo Consigna en los apartados (55) a (181) de su informe parcial de vigilancia, apartados que se resumen a continuación.

i.1. Riesgos directamente relacionados con el objeto del contrato

La DC analiza en primer lugar los riesgos directamente relacionados con el objeto del contrato, como la financiación de las existencias, y en concreto las cláusulas relativas a:

- La propiedad de los productos objeto del contrato **[CONFIDENCIAL]**.
- La contribución a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato, **[CONFIDENCIAL]**.
- Los costes y riesgos del mantenimiento de las existencias de los bienes objeto del contrato, **[CONFIDENCIAL]**.
- La asunción de responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido (responsabilidad del producto). **[CONFIDENCIAL]**.
- La asunción de la responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes **[CONFIDENCIAL]**.

i.2. Riesgos relacionados con las inversiones destinadas al mercado

La Dirección de Competencia analiza, en segundo lugar, los riesgos relacionados con las inversiones específicamente destinadas al mercado. En particular, las cláusulas relativas a:

- La obligación de invertir directa o indirectamente en promoción de ventas **[CONFIDENCIAL]**.
- La realización de inversiones destinadas a equipos, locales o formación de personal. **[CONFIDENCIAL]**
- Otras cláusulas: obligaciones en materia laboral, tributaria y protección de datos de carácter personal. **[CONFIDENCIAL]**.

ii. Riesgos relacionados con otras actividades realizadas en el mismo mercado de producto

Según lo analizado por la DC, los gestores de estaciones de servicio asumen, de forma significativa, los riesgos comerciales y financieros derivados de la prestación de los denominados servicios complementarios de su actividad principal de venta de combustibles (por ejemplo, servicio de tienda, restauración, taller, túnel de lavado, etc.).

Según manifiesta la DC, **[CONFIDENCIAL]**.

2.3. Valoración y conclusiones de la DC respecto al modelo consigna

A la vista del análisis realizado, la Dirección de Competencia considera que REPSOL, a través del entramado contractual examinado, asume los principales riesgos comerciales y financieros de la comercialización de los carburantes y combustibles líquidos que, en su nombre, distribuye el gestor desde la estación de servicio objeto de arrendamiento. Esta asunción de riesgos implica que, a juicio del órgano de vigilancia, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, las relaciones comerciales entre ambos sujetos formen parte de una relación contractual de agencia pura o genuina.

Esta traslación del riesgo a la posición de REPSOL se articula principalmente, según se ha examinado en el informe elevado a Sala, mediante las previsiones contractuales que se indican a continuación.

Se trata de elementos que la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea en la materia ha venido tomando en consideración para la atribución efectiva de riesgos significativos en el desarrollo de la actividad principal de las estaciones de servicio.

Asimismo, la Dirección de Competencia considera que estas condiciones contractuales vienen a atender y solventar las preocupaciones manifestadas al respecto por terceras partes en el marco del expediente de referencia, principalmente por lo que se refiere al régimen de liquidación de los pagos realizados a través de las tarjetas SOLRED:

✓ **[CONFIDENCIAL]**.

Como ha quedado reflejado en el informe de vigilancia elevado, el contrato de modelo Consigna no excluye al gestor de cualquier tipo de obligaciones y responsabilidad sobre la comercialización de los carburantes **[CONFIDENCIAL]**. Sin embargo, a juicio de la Dirección de Competencia, estas obligaciones no supondrían la asunción por el gestor de los riesgos comerciales y financieros significativos derivados de la actividad desarrollada en la estación de servicio, por lo que, el ejercicio de estas funciones por parte del comisionista no se asemejaría a las de un operador económico independiente.

En consecuencia, la Dirección de Competencia concluye, en relación con el análisis de la condición de agente genuino atribuida a los gestores de estaciones de servicio a través de la suscripción del contrato de modelo Consigna, que la propuesta de REPSOL transforma la naturaleza de dichos gestores de empresarios independientes en meros agentes.

3. PROCEDIMIENTO Y CALENDARIO DE IMPLANTACIÓN DEL MODELO CONSIGNA

3.1. Actuaciones desarrolladas

Esta Sala de Competencia, en su resolución de 27 de julio de 2017 solicitó al órgano de vigilancia, entre otras actuaciones, estudiar *“el procedimiento ejecutado por REPSOL para la implantación del citado modelo de negocio, 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”*.

Sobre la base de la información facilitada por REPSOL en respuesta a varias solicitudes de información¹⁹, así como de la documentación y alegaciones formuladas por otros interesados y terceros en el marco del expediente de

¹⁹ En particular, en los diez escritos de respuesta remitidos por REPSOL entre el 22 de diciembre de 2017 (folios 13257 a 13970), y el 7 de febrero de 2019 (folios 16659 a 16662) referenciados en el apartado dedicado a las actuaciones de la Dirección de Competencia.

referencia²⁰, la Dirección de Competencia ha analizado las cuestiones planteadas en el referido pronunciamiento.

3.2. Desarrollo de la implantación efectiva del modelo de consigna

3.2.1. Situación inicial: calendario de implantación efectiva comprometido por el operador petrolero.

Como quedó reflejado en la resolución de 27 de julio de 2017, REPSOL propuso la implantación del modelo Consigna como una solución a futuro, a través de un proceso de ejecución gradual de los contratos CODO/Comisión, vinculado al vencimiento de los mismos, que debía quedar completado, según el propio operador, el **31 de diciembre de 2018**.

Esta circunstancia se debía, según lo alegado reiteradamente por REPSOL en el marco de este expediente de vigilancia, **[CONFIDENCIAL]**²¹, así como a la necesidad de **[CONFIDENCIAL]**.

Por todo ello, y sin perjuicio del desarrollo previo de un programa piloto en el año 2015, la efectiva implantación del modelo Consigna por REPSOL no se produjo hasta el año 2016, partiendo de los siguientes compromisos: (i) suscribir bajo esta modalidad todos los nuevos contratos de arrendamiento y renovaciones que tuvieran lugar a partir de ese año y (ii) cumplir con un calendario de adaptación efectiva de la red CODO/Comisión **[CONFIDENCIAL]**²².

Durante los años 2016 y 2017 la implantación del modelo Consigna fue la siguiente:

- ✓ Año 2016: **[CONFIDENCIAL]**.
- ✓ Años 2017 y 2018: **[CONFIDENCIAL]**. Fecha final del proceso: 31 de diciembre de 2018²³.

3.2.2. Implantación efectiva del modelo Consigna: datos de evolución trimestral y situación resultante al vencimiento del plazo comprometido por REPSOL

Una vez transcurrido el 31 de diciembre de 2018, fecha límite fijada por REPSOL como plazo máximo para la adaptación de sus contratos CODO/Comisión al nuevo modelo contractual, la Dirección de Competencia ha verificado los

²⁰ Concretamente, los escritos presentados por AGES, CEEES, **[CONFIDENCIAL]** y otros gestores de EESS también referenciados en el apartado dedicado a las actuaciones de la Dirección de Competencia.

²¹ Por ejemplo, según se sintetiza en la resolución de 27 de julio de 2017, **[CONFIDENCIAL]**.

²² La resolución de 27 de julio de 2017 partía de datos de julio de 2016: **[CONFIDENCIAL]**.

²³ En su escrito de 2 de agosto de 2016 (folios 7252 a 7256), REPSOL señalaba que **[CONFIDENCIAL]**.

resultados alcanzados como consecuencia de la ejecución de dicho proceso a través de la siguiente tabla, con datos actualizados a 29 de enero de 2019 (folios 16634 a 16635 y 16638).

De conformidad con lo señalado en la resolución de 27 de julio de 2017, en la tabla se reflejan, para cada uno de los trimestres de los ejercicios 2015, 2016, 2017 y 2018, los siguientes datos: (i) el número total de estaciones de servicio con vínculos contractuales previos CODO/Comisión cuyos gestores han suscrito el contrato de modelo Consigna²⁴ (con indicación del incremento trimestral en términos absolutos), (ii) el número total de estaciones de servicio que mantienen vínculos contractuales CODO/Comisión y (iii) el número total de estaciones de servicio que integran la red REPSOL de distribución comercial minorista de carburantes para la automoción.

Aunque la ejecución efectiva y sistemática del nuevo modelo de negocio comenzó en el año 2016, el periodo temporal analizado parte del año 2015, **[CONFIDENCIAL]**.

Por otra parte, en la tabla reproducida a continuación también se reflejan las estaciones de servicio COCO que han pasado a regirse por este nuevo modelo de negocio²⁵.

[CONFIDENCIAL].

Por último, en el apartado de la tabla correspondiente a los datos del año 2017, se refleja la desviación detectada en el número de estaciones CODO/Comisión inicialmente facilitado por REPSOL en la presente fase del expediente de referencia.

Según el operador petrolero, **[CONFIDENCIAL]**²⁶.

Se trata de **[CONFIDENCIAL]**²⁷.

Según el operador petrolero, **[CONFIDENCIAL]**.

IMPLANTACIÓN MODELO CONSIGNA RED ESTACIONES DE SERVICIO DE REPSOL EN ESPAÑA (EJERCICIOS 2015-2018)						
EJERCICIO	TRIMESTRE	EESS Modelo Consigna COCO	EESS Modelo Consigna CODO	Incremento Trimestral EESS Modelo Consigna CODO	EESS CODO/Comisión	Total EESS Red REPSOL

²⁴ Con independencia de que la instalación no se encontrara necesariamente operativa bajo el nuevo modelo de negocio en el trimestre correspondiente, dado el necesario periodo de adaptación operativo y estructural de la misma (folio 13282).

²⁵ Como se ha señalado con anterioridad, según REPSOL, **[CONFIDENCIAL]**.

²⁶ **[CONFIDENCIAL]** (folios 16326 y 16334).

²⁷ REPSOL ha facilitado en el marco de expediente de referencia **[CONFIDENCIAL]**.

2015	1º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	2º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	3º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	4º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	TOTAL AÑO	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2016	1º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	2º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	3º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	4º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	TOTAL AÑO	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2017	1º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	2º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	3º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	4º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	TOTAL AÑO	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	CORRECCIÓN ERROR RECLASIFICACIÓN	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2018	1º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	2º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	3º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	4º	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
	TOTAL AÑO	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]

Fuente: Elaboración por la DC con datos del expediente

Por su parte, en la siguiente tabla, a efectos aclaratorios, se recoge el número de nuevas estaciones de servicio con vínculos contractuales CODO/Comisión adaptadas cada trimestre del periodo de referencia (2015-2018)²⁸:

(1) INCREMENTO TRIMESTRAL EESS MODELO CONSIGNA CODO (PERIODO 2015-2018)		
2015	1º	[CONF]
	2º	[CONF]
	3º	[CONF]
	4º	[CONF]

²⁸ Datos de la columna cuarta "Incremento Trimestral" de la tabla precedente.

2016	1º	[CONF]
	2º	[CONF]
	3º	[CONF]
	4º	[CONF]
2017	1º	[CONF]
	2º	[CONF]
	3º	[CONF]
	4º	[CONF]
2018	1º	[CONF]
	2º	[CONF]
	3º	[CONF]
	4º	[CONF]
TOTAL	[CONFIDENCIAL]	

Fuente: Elaboración por la DC con datos del expediente

A la vista de los datos de las tablas precedentes, se observa que, a 31 de diciembre de 2018, fecha de finalización del plazo ofrecido por REPSOL para adaptar la totalidad de su red de contratos CODO/Comisión en España, habían suscrito contratos de modelo Consigna, desde el inicio de la ejecución de la estrategia analizada, un total de **[CONFIDENCIAL]** de estos gestores²⁹, quedando pendientes de transformación **[CONFIDENCIAL]** de estas estaciones de servicio (sin perjuicio del número de estas instalaciones que se encuentran no operativas o con relaciones contractuales objeto de litigios judiciales, como se examina en los apartados subsiguientes del informe elevado a Sala).

Con respecto a la evolución trimestral y anual del número de contratos Consigna suscrito por gestores CODO/Comisión, los datos expuestos revelan que los periodos en los que se registró un mayor volumen de adaptaciones fueron **[CONFIDENCIAL]**. Por el contrario, durante el año 2017 se registró un menor ritmo en la adaptación de estaciones de servicio CODO/Comisión, **[CONFIDENCIAL]**.

En cómputo trimestral, **[CONFIDENCIAL]**, es el periodo que ha registrado mayor volumen de estaciones de servicio transformadas a modelo Consigna **[CONFIDENCIAL]**, seguido del **[CONFIDENCIAL]**.

Una vez expuestos los términos cuantitativos relativos al proceso de adaptación de las estaciones de servicio CODO/Comisión mediante la adopción de contratos de modelo Consigna, durante y tras la finalización del calendario de ejecución delimitado por REPSOL, la Dirección de Competencia en el informe de vigilancia elevado a Sala procede a (i) establecer una comparativa entre el calendario de

²⁹ Según la información facilitada por REPSOL en el marco de la presente fase de la vigilancia.

implantación inicialmente propuesto por REPSOL y los resultados finalmente alcanzados, (ii) analizar cuál ha sido la estrategia negociadora abordada por este operador petrolero para la consecución de este objetivo y (iii) exponer en qué situación se encuentran las estaciones de servicio CODO/Comisión subsistentes, finalizando con (iv) una valoración del grado de cumplimiento de las resoluciones objeto de la presente vigilancia por REPSOL sobre estos vínculos contractuales.

3. 2.3 Comparativa entre el calendario propuesto y la implementación efectiva ejecutada por REPSOL.

Con carácter previo a la verificación del calendario progresivo de implantación del modelo Consigna propuesto por REPSOL, a través de su comparativa con los datos expuestos en las tablas precedentes, es necesario poner de manifiesto que la Dirección de Competencia **[CONFIDENCIAL]**.

En cualquier caso, la propia REPSOL ha declarado la dificultad práctica que supone la elaboración y conciliación exacta de los datos relativos a la estructura de su red por tipo de vínculo contractual (folio 16634), que ha dado lugar a diversas revisiones y recuentos realizadas por esta empresa sobre las cifras previas que ha venido facilitando a lo largo de la presente fase de la vigilancia.

Según REPSOL, esta dificultad se debería a la concurrencia de varios factores (folios 16599 y 16634): (i) el elevado número de estaciones de servicio integrantes de su red, (ii) la constante variación de su número, composición, estado, tipo de vínculo y judicialización, y (iii) la existencia de datos consignados no necesariamente actualizados o uniformizados en el momento en el que son requeridos por la CNMC (debido a los desfases en las comunicaciones internas con sus delegaciones o en el registro de campos de fecha que reflejan el último hito y no la fecha de suscripción contractual)³⁰.

Adicionalmente, como se detallará más adelante, en ocasiones las estaciones de servicio bajo contratos CODO/Comisión han experimentado vicisitudes que no obedecen a la adhesión al modelo Consigna (por ejemplo, por causar baja en la actividad o por ser adquiridas por otro operador petrolero).

Todo lo anterior determina que, a juicio de la Dirección de Competencia, no se disponga de un término de comparación uniforme que permita verificar, de manera precisa, la ejecución efectiva de las previsiones de adaptación

³⁰ No obstante, el operador petrolero alega que tales variaciones o diferencias se ven compensadas en el transcurso del tiempo, por lo que no afectarían a los datos finales recabados relativos a la cifra de contratos modelo Consigna suscritos o al número total de estaciones de servicio que integran la red REPSOL (folio 16634).

comprometidas por REPSOL para cada uno de los dos periodos en que articuló su estrategia de cumplimiento: **[CONFIDENCIAL]**.

Si se toman como referencia los datos recopilados en la presente fase de la vigilancia³¹, a finales del ejercicio 2016 se habían adaptado **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio con vínculos contractuales previos CODO/Comisión, lo que representaría un **[CONFIDENCIAL]** % sobre un total de **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión contabilizadas a 31 de junio de 2016, o un **[CONFIDENCIAL]** % de la red CODO/Comisión existente a 31 de diciembre de diciembre de 2015³² – **[CONFIDENCIAL]** -).

No obstante, durante los años 2017 y 2018 han sido adaptadas a modelo Consigna, respectivamente, **[CONFIDENCIAL]** y **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio, lo que supone un total de **[CONFIDENCIAL]** de contratos modificados, esto es, **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio menos que las comprometidas por el operador petrolero en la propuesta de cumplimiento recogida en la resolución de 27 de julio de 2017.

3.2.4. Estrategia negociadora de los contratos de modelo Consigna

A través de la información recabada en el marco de última fase del expediente de vigilancia, la Dirección de Competencia ha confirmado el carácter primordialmente oral de los contactos mantenidos entre los operadores petroleros y sus correspondientes distribuidores minoristas con objeto de negociar las condiciones que rigen sus relaciones comerciales. Se trata de una política general en el mercado analizado, **[CONFIDENCIAL]**.

En el supuesto particular de REPSOL, la existencia de documentación acreditativa relativa a las negociaciones entabladas entre este operador y sus gestores CODO/Comisión, con objeto de la suscripción de contratos de modelo Consigna, se limita, salvo casos excepcionales, al inicio formal de las mismas (supeditado a la fecha del vencimiento contractual), mediante el envío de la oferta de implantación del nuevo modelo de negocio, así como a su conclusión, en el caso de aquellos gestores que finalmente se avienen a suscribir el citado contrato³³.

³¹ A juicio de la Dirección de Competencia, ofrecen un mayor grado de fiabilidad, constituyendo un fiel reflejo de la red de estaciones de servicio de REPSOL en España.

³² **[CONFIDENCIAL]**.

³³ Con objeto de recabar la documentación acreditativa del proceso de negociación entablado de manera efectiva por el operador petrolero con los respectivos gestores de estaciones de servicio CODO/Comisión, la Dirección de Competencia procedió a seleccionar una muestra de estas estaciones, sobre la base de criterios objetivos previamente definidos.

[CONFIDENCIAL].

En caso de manifestación del interés en tal conversión, los términos concretos para la implantación del modelo Consigna se vendrían desarrollando, según se desprende de la información obrante en el expediente de vigilancia, a través de negociaciones verbales entre el gestor de la estación de servicio y el agente comercial del operador petrolero³⁴, en las visitas que este último realiza a las correspondientes instalaciones (folios 13281 a 13282).

Con respecto a las comunicaciones ofertando la adhesión al modelo Consigna (folios 13414 a 13415), éstas exponen las líneas generales del citado modelo de negocio, **[CONFIDENCIAL]**, así como en los riesgos comerciales y financieros que, según REPSOL, pasan a ser asumidos por el operador petrolero con carácter significativo.

Asimismo, se indica que la aceptación de dicha oferta por el gestor de la estación de servicio es voluntaria, señalándose que tanto el modelo de contrato empleados como la evolución del propio proyecto han venido siendo informados detalladamente a la Dirección de Competencia.

Por último, según se desprende de la información obrante en el expediente de referencia, la red de estaciones de servicio CODO/Comisión de REPSOL ha experimentado cambios que, en puridad, no obedecen a la estrategia de implantación del modelo Consigna (folios 13282 y 14034).

En particular, conforme a lo declarado por el operador petrolero, la no aplicación de las condiciones contractuales del modelo Consigna a un gestor comisionista puede deberse a las siguientes circunstancias (folios 16555 y 16635):

- ✓ Por haber causado baja en la red REPSOL, **[CONFIDENCIAL]** (folios 13282, 14034 y 16555).
- ✓ Por tratarse de estaciones de servicio no operativas, es decir, aquellas que formando parte de la red REPSOL, están temporalmente fuera de servicio debido a diferentes motivos. **[CONFIDENCIAL]**³⁵.
- ✓ Transformación en otros regímenes contractuales. **[CONFIDENCIAL]**³⁶ (folios 16555 y 16635), **[CONFIDENCIAL]** (folio 14034).
- **Eventualidades surgidas en las negociaciones para la implantación del modelo Consigna**

En particular, esta selección fue realizada con arreglo a los siguientes criterios: **[CONFIDENCIAL]**.

³⁴ **[CONFIDENCIAL]** (folios 9531 a 9532 y 14110 a 14111).

³⁵ La resolución de 27 de julio de 2017 indicaba que **[CONFIDENCIAL]**.

³⁶ Sujeto a las previsiones del artículo 43 bis de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

Como se ha apuntado previamente, según lo declarado por REPSOL, las negociaciones relativas a la contratación e implantación efectiva del modelo Consigna se vienen desarrollando de forma verbal, sin que exista un registro documental de las mismas, exceptuando la comunicación inicial de su oferta y el contrato finalmente suscrito por las partes.

Sin perjuicio de esta circunstancia, tanto CEEES como REPSOL, así como por parte de terceros³⁷, han acreditado documentalmente la existencia de incidencias o desavenencias surgidas entre REPSOL y algunos gestores de estaciones de servicio (concretamente **[CONFIDENCIAL]**), a los que se ha remitido comunicación relativa a la adhesión del nuevo modelo de negocio.

En particular, se trata de **[CONFIDENCIAL]**, frente a la solución de ser transformados en agentes puros, exigieron a REPSOL poder optar por un régimen contractual de reventa referenciado a Platt's, a efectos de lo cual le solicitaron la remisión de las condiciones contractuales y económicas de este último régimen, y con ello poder comparar ambas modalidades y decidirse por una u otra.

En algunos casos (folios 14547 a 14551), se acompaña también la respuesta de REPSOL a la petición del gestor de la estación de servicio. De contenido similar, en estas respuestas el operador petrolero pone en conocimiento de estos últimos las siguientes circunstancias:

- ✓ La suscripción del contrato para la aplicación del modelo Consigna depende, en todo caso, de la libre voluntad del gestor de la estación de servicio, ya que esta medida respondería al compromiso de cumplimiento asumido por REPSOL frente a la autoridad de competencia, la cual ha defendido –según REPSOL- *“la improcedencia de forzar el cambio de la naturaleza contractual de los contratos afectados”*.
- ✓ Este mismo principio es alegado por REPSOL para negarse a ofrecer al gestor la alternativa de optar por un contrato de venta en firme con referencia a Platt's.
- ✓ En consecuencia, frente a la oferta de REPSOL, el operador tiene dos opciones:
 - Su aceptación, a efectos de lo cual, se abriría la negociación en mayor detalle de los términos contractuales finalmente suscritos.
 - Su no aceptación: en este caso, la relación comercial entre REPSOL y su distribuidor minorista continuaría rigiéndose por el contrato vigente en ese momento (esto es, según el contrato CODO /Comisión que debe adaptarse por el operador petrolero a lo dispuesto en las Resoluciones objeto de vigilancia en el presente expediente).

³⁷ Folios 17091 a 17195, 17211 a 17309 y 17313 a 17398).

Por su parte, CEEES (en línea con varias estaciones de servicio) considera que la postura del operador petrolero se traduce en que, de no aceptarse por el gestor la migración al modelo Consigna, la única opción es la continuidad de la situación actual, lo que no sólo supondría una vulneración de las resoluciones objeto de vigilancia, sino también el retorno a una táctica habitual empleada por REPSOL en el pasado: congelar las comisiones del gestor, llevándolo a una situación de asfixia económica que le fuerza a la firma de las nuevas condiciones impuestas por esta empresa, sin que este hecho repercutiese en un menor precio de adquisición ni en un mayor beneficio para los consumidores finales (folio 14076).

Por ello, CEEES entiende que la solución de cumplimiento debe pasar porque REPSOL ofrezca una alternativa concreta a la adhesión al modelo Consigna: la posibilidad de optar por un contrato de reventa referenciado a Platt's (folio 14089).

Además de estas eventualidades, REPSOL alega que la aparición de problemas operativos derivados de la implantación del nuevo modelo de negocio ha tenido incidencia en el número de nuevos contratos de modelo Consigna suscritos durante el primer semestre del año 2018, [CONFIDENCIAL] (folio 16326).

REPSOL alega que [CONFIDENCIAL]³⁸, [CONFIDENCIAL].

Según el operador petrolero, [CONFIDENCIAL].

Sin embargo, las repercusiones que esta situación haya podido tener sobre la migración operativa de estaciones de servicio al nuevo modelo de negocio no ha condicionado, según REPSOL, el objetivo comprometido por el operador de suscripción de nuevos contratos de modelo Consigna con los gestores de estaciones de servicio dispuestos a ello.

3.2.5. Situación de los contratos no transformados a 31 de enero de 2018.

Los datos finales expuestos con anterioridad muestran que REPSOL, durante el lapso temporal comprendido [CONFIDENCIAL], hasta el 31 de diciembre de 2018, fecha fijada por el propio operador como vencimiento del plazo máximo para la adaptación, a través de la referida estrategia, de sus contratos CODO/Comisión, se han procedido a transformar un total de [CONFIDENCIAL] de estos vínculos contractuales³⁹.

La aplicación de esta medida, en concurrencia con otros factores (ya explicados con anterioridad, como el cierre de instalaciones o la recuperación de la nuda propiedad de éstas por el gestor), ha supuesto una considerable reducción de las

³⁸ [CONFIDENCIAL].

³⁹ REPSOL señala que [CONFIDENCIAL].

estaciones de servicio CODO/Comisión integrantes de la red REPSOL, la cual se componía de **[CONFIDENCIAL]** del nuevo modelo negocio⁴⁰.

Sin embargo, tras el vencimiento del plazo fijado por REPSOL para la completa adaptación de estos contratos a las previsiones de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, aún continúan en vigor **[CONFIDENCIAL]** **estaciones de servicio con vínculos contractuales CODO/Comisión** vigentes.

Con respecto las mismas, resulta pertinente analizar la situación en la que se encuentran, con objeto de verificar el número efectivo de distribuidores sobre el que el operador petrolero viene influyendo, directa o indirectamente, el PVP de los combustibles vendidos desde estas estaciones de servicio.

– Estaciones de servicio no operativas

En primer lugar, **[CONFIDENCIAL]**, si bien aparecen censadas como CODO/Comisión, se trata de estaciones de servicio que, por diversos motivos, no se encuentran operativas (folios 16635, 16659 a 16660 y 16662).

Con carácter principal (**[CONFIDENCIAL]**), se trata de relaciones contractuales en situación pre-litigiosa, **[CONFIDENCIAL]** (folios 16659 a 16660 y 16662).

En otros **[CONFIDENCIAL]** supuestos, se trata de estaciones de servicio sobre las que el gestor correspondiente ostenta la nuda propiedad, habiéndose procedido por estos al cierre de las mismas.

Asimismo, la interrupción de la actividad también puede deberse a un cambio permanente en la vinculación contractual entre el operador petrolero y el gestor, pendiente de formalización. **[CONFIDENCIAL]**.

Por último, en un caso el cierre de la estación obedece a una circunstancia transitoria, motivada por la realización de obras de reforma de las instalaciones, que volverán a estar operativas una vez que finalicen estos trabajos.

Por otra parte, la situación de inactividad de la mayoría de estas estaciones de servicio se ha venido manteniendo por largos periodos temporales, **[CONFIDENCIAL]**⁴¹.

Con respecto a la vigencia de los contratos de comisión de estas estaciones de servicio CODO no operativas, **[CONFIDENCIAL]**⁴².

Con base en estas consideraciones, la Dirección de Competencia estima que cabe excluir estas **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio del cómputo total de

⁴⁰ Según se refleja en la tabla precedente relativa a la evolución de la implantación del modelo Consigna.

⁴¹ **[CONFIDENCIAL]** (folio 16662).

⁴² **[CONFIDENCIAL]** (folio 16662).

estaciones de servicio CODO/Comisión pendientes de adecuar a los parámetros fijados por las Resoluciones objeto de la presente vigilancia.

Ello se debe al hecho de que, a 1 de enero de 2019, no resulta posible aplicar a estas estaciones de servicio las condiciones comerciales del régimen CODO/Comisión, por el simple hecho de que, a la citada fecha, no se realiza actividad de distribución de carburante alguna por las mismas.

Además, hay que tener en cuenta que, a juicio de la Dirección de Competencia, se trata de instalaciones con poca probabilidad de volver a actuar como comisionistas de REPSOL en un corto plazo, bien por encontrarse tales contratos bajo un alto riesgo de litigiosidad judicial y, por tanto, frente a una más que probable resolución de la disputa en un largo plazo, bien por ser estaciones de servicio cuyo régimen contractual ha sido modificado de facto, si bien dicha transformación se encuentra pendiente de formalización.

– Estaciones de servicio con vínculos contractuales judicializados

Según REPSOL, **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión que se encuentran operativas a 1 de enero de 2019, se encuentran judicializadas (folios 16635 y 16640 a 16643)⁴³, es decir, los contratos que rigen las relaciones comerciales entre el operador petrolero y el gestor de la estación de servicio están siendo objeto de revisión en el marco de un procedimiento judicial.

Por tanto, a juicio de REPSOL, no sería posible una conversión de estos contratos a modelo Consigna mientras no sean dirimidas las controversias objeto de análisis en los referidos procedimientos judiciales.

A pesar de esta afirmación, **[CONFIDENCIAL]** (folios 14534 a 14546).

Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección de Competencia recuerda que el objetivo último de la vigilancia de referencia no es la verificación de la implantación del modelo Consigna entre las estaciones CODO/Comisión de la red REPSOL, sino el análisis de la efectiva adecuación de las condiciones comerciales aplicadas por este operador a estos gestores, según criterios que garanticen la libre fijación de precios por estos últimos y cualquiera que sea la solución finalmente ejecutada por el mismo.

Criterios que han sido delimitados por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, que son precisamente los pronunciamientos que vinculan a REPSOL en el marco del presente expediente.

Así pues, desde el punto de vista de la Dirección de Competencia, REPSOL tenía la posibilidad de haber recurrido a otras medidas, distintas de una modificación sustancial de los contratos, dirigidas a adaptar sus relaciones comerciales de distribución minorista de carburantes a la normativa de Competencia, incluso

⁴³ Folios 16635 y 16640 a 16643.

respecto de aquellas que estuvieran siendo objeto de revisión en vía jurisdiccional.

De hecho, como se analiza detalladamente en el informe elevado a Sala, ni la eventual oposición por el gestor a una modificación del régimen contractual, ni la judicialización de la relación contractual, han impedido a CEPSA y BP la implantación de medidas alternativas de cumplimiento.

En consecuencia, la Dirección de Competencia concluye que, a 1 de enero de 2019, el número total de estaciones de servicio CODO/Comisión que, estando sometidos al cumplimiento de las resoluciones citadas, no han sido adaptadas a las previsiones de las mismas, es de **[CONFIDENCIAL]**.

– Propuestas de REPSOL y plazo de vigencia de los contratos CODO/Comisión subsistentes a 31 de diciembre de 2018.

REPSOL ha manifestado que, en relación con las estaciones de servicio cuyos gestores no hayan aceptado la transformación en modelo Consigna, “*con fechas de vencimiento de sus relaciones contractuales posterior al 31/12/2018*” (folio 16325), se disponen de las siguientes alternativas (folios 16325 y 16635):

- ✓ Estaciones de servicio de las que REPSOL es propietario o titular:
[CONFIDENCIAL].

- ✓ Estaciones de servicio propiedad del gestor, pero sobre las que REPSOL ostenta un derecho de larga duración:

La transformación de estos contratos queda supeditada al vencimiento del derecho de larga duración, **[CONFIDENCIAL]**⁴⁴, **[CONFIDENCIAL]**.

Según REPSOL, **[CONFIDENCIAL]** (folio 16635).

- ✓ REPSOL mantiene la posibilidad de transformación a modelo Consigna para estas estaciones con posterioridad al 31 de diciembre de 2018 y, en caso de que “*la Dirección de Competencia así lo entendiera oportuno*”, se realizaría a las mismas un nuevo ofrecimiento expreso a tales efectos.

Dado que, al igual que sucedía con el calendario de implantación inicial del modelo Consigna, la ejecución efectiva de las propuestas descritas están supeditadas a la fecha de vencimiento de los contratos que han quedado pendientes de adaptación con posterioridad a 31 de diciembre de 2018, resulta conveniente verificar cuándo está prevista tal eventualidad.

A tales efectos, la siguiente tabla agrupa las **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión pendientes de adaptación según el año de vencimiento

⁴⁴ Conforme a lo dispuesto por el artículo 43 bis de la LSH.

En particular, y con objeto de sistematizar estos datos y facilitar la comprensión de los mismos, el número de estaciones de servicio con vencimientos contractuales anteriores a 31 de diciembre de 2018 se muestran en una misma fila, mientras que los contratos con fecha de finalización a partir del 1 de enero de 2030 se muestran agrupados por décadas.

Por su parte, **[CONFIDENCIAL]**:

FECHA VENICIMIENTO CONTRATOS CODO/COMISIÓN SUBSISTENTES A 31/12/2018		
PERIODO	Nº de EESS	Nº EESS JUDICIALIZADAS
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
[CONF]	[CONF]	[CONF]
TOTAL	[CONF]	[CONF]

Fuente: Elaboración de la DC con datos del expediente.

A la vista de estos datos pueden extraerse las siguientes apreciaciones:

✓ [CONFIDENCIAL].

3.3. Transformación de la red residual de estaciones de servicio CODO/REVENTA a precio de referencia

La resolución del Consejo de 27 de julio de 2017 calificaba este régimen contractual como residual, puesto que, según se recoge en la misma, REPSOL mantenía únicamente 9 estaciones de servicio de este tipo⁴⁵.

Sin embargo, dado que se trata de vínculos contractuales sujetos a las obligaciones impuestas por las resoluciones objeto de vigilancia, respecto de los cuales el operador petrolero proponía una solución de cumplimiento a futuro (concretamente, su sustitución gradual por contratos del modelo Consigna, mediante negociación individualizada con los gestores, según la fecha de terminación de los respectivos contratos), la Dirección de Competencia ha analizado la adaptación efectiva de las subsistentes estaciones de servicio CODO/Reventa a precio de referencia (también denominadas reventa a PVP recomendado menos descuento) a los pronunciamientos de la Autoridad de Competencia.

3.3.1. Calendario de adaptación de las estaciones de servicio CODO/Reventa a precio de referencia

Según la información obrante en el expediente de vigilancia, el número de estaciones de servicio de la red REPSOL que se regían mediante vínculos contractuales CODO/Reventa a precio de referencia era, a 31 de diciembre de 2014, de [CONFIDENCIAL], número que se redujo a [CONFIDENCIAL] a finales del año 2016 [CONFIDENCIAL] (folio 13285).

A continuación, se resume la situación de las [CONFIDENCIAL] estaciones de servicio CODO/Reventa a precio de referencia que, según REPSOL, fueron adaptadas en el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2014 y el 1 de enero de 2017, señalándose, para cada una de ellas, la medida adoptada por el operador petrolero (folio 16329 y folios 16490 a 16491):

- [CONFIDENCIAL]⁴⁶.

Según la documentación acreditativa obrante en el expediente, [CONFIDENCIAL]⁴⁷, si bien [CONFIDENCIAL] (folio 16641).

– [CONFIDENCIAL].

Respecto a las [CONFIDENCIAL] estaciones que aún mantenían vínculos contractuales CODO/Reventa a precio de referencia en el año 2017,

⁴⁵ Si bien en el escrito de REPSOL de 27 de septiembre de 2016, de alegaciones a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 2 de septiembre de 2016, se señalaba que, [CONFIDENCIAL] (folio 7500).

⁴⁶ [CONFIDENCIAL] (folio 16490).

⁴⁷ Mediante [CONFIDENCIAL] (folios 16492 a 16495).

[CONFIDENCIAL] de ellas han sido transformadas: [CONFIDENCIAL] (folios 14526 a 14527).

No obstante, a 1 de enero de 2019, aún subsistían [CONFIDENCIAL] estaciones de servicio que mantienen vínculos contractuales CODO/Reventa a precio de referencia, cuya única previsión de adaptación efectiva es la fecha del vencimiento de los contratos ([CONFIDENCIAL])⁴⁸:

- [CONFIDENCIAL] (folio 16327).
- En el segundo de los casos, [CONFIDENCIAL]⁴⁹, y que, actualmente, [CONFIDENCIAL]⁵⁰.

[CONFIDENCIAL] (folios 14534 a 14546).

Frente a esta propuesta, [CONFIDENCIAL]⁵¹.

3.3.2. Negociaciones con los gestores CODO/Reventa a precio de referencia

En relación con las [CONFIDENCIAL] estaciones de servicio CODO/Reventa a precio de referencia sobre las que se pronuncia la resolución de 27 de julio de 2017, su Fundamento de Derecho Cuarto⁵² partía de la premisa de que este tipo de contratos se encontraban afectados por los compromisos adoptados por la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006⁵³, “*en cuyo marco el ofrecimiento de rescate de dichas estaciones incluía la posible conversión de venta en firme de las citadas estaciones a fórmula de Platt’s más un delta*”⁵⁴.

Sin embargo, según ha verificado la Dirección de Competencia y se acredita en la información obrante en el expediente de vigilancia, no todas estas estaciones de servicio estaban afectadas por los compromisos citados.

Éstos sólo resultaban aplicables a [CONFIDENCIAL] de las [CONFIDENCIAL] estaciones de servicio que, a 31 de diciembre de 2015, todavía mantenían vínculos contractuales CODO/Reventa a precio recomendado⁵⁵. [CONFIDENCIAL].

En consecuencia, fuera de las obligaciones asumidas por REPSOL en el marco de la referida Decisión de la Comisión europea, el operador petrolero no ha

⁴⁸ Folios 16326 a 16327 y 16635 a 16636.

⁴⁹ En particular, [CONFIDENCIAL].

⁵⁰ [CONFIDENCIAL].

⁵¹ [CONFIDENCIAL].

⁵² Relativo a las actuaciones de vigilancia de la Dirección de Competencia y a la información aportada por las operadoras en relación con el cumplimiento de la resolución de 20 de diciembre de 2013.

⁵³ Asunto COMP/B-1/38.348 – REPSOL C.P.P.

⁵⁴ [CONFIDENCIAL].

⁵⁵ [CONFIDENCIAL] (folio 6040).

realizado ninguna actuación tendente a la adaptación de este tipo de contratos a las previsiones de las resoluciones de 30 de junio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, como mínimo, hasta la implantación efectiva del modelo Consigna, a partir del año 2016.

REPSOL, en línea con sus alegaciones habituales formuladas en el marco del presente expediente, **[CONFIDENCIAL]**.

Por lo que respecta a aquellas estaciones de servicio subsistentes CODO/Reventa menos descuento, excluidas del ámbito objetivo de la referida Decisión de la Comisión europea, REPSOL esgrime los mismos motivos expuestos con anterioridad: **[CONFIDENCIAL]**.

3.4. Apreciaciones finales sobre el proceso de adaptación de las estaciones de servicio CODO de la red de REPSOL

Del relato de los hechos relativos al proceso y grado final de adaptación de las estaciones de servicio CODO de la red REPSOL en España, expuesto con anterioridad, la Dirección de Competencia extrae las siguientes apreciaciones.

Tales consideraciones, son aplicables tanto a las estaciones de servicio en régimen de agencia impura como a las de reventa a precio de referencia, toda vez que (i) ambas modalidades contractuales están sometidos a las resoluciones objeto de vigilancia, (ii) la medida de cumplimiento, en los dos supuestos, ha consistido en la aplicación del modelo Consigna, y (iii) que el procedimiento seguido a tales efectos ha pasado, en ambos casos, por similares vicisitudes:

- a) La principal medida de cumplimiento propuesta por REPSOL para sus estaciones de servicio CODO, a través de la implantación del modelo Consigna, ha quedado supeditada, en primer lugar, a (i) la **aceptación por los gestores** de tal transformación contractual y, en ausencia de ésta, (ii) a la **fecha de vencimiento de los respectivos contratos**, (iii) **sin que el operador petrolero se haya planteado abordar otras alternativas** destinadas a adecuar las condiciones comerciales aplicadas a sus distribuidores minoristas independientes a lo dispuesto en las resoluciones 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013.

La misma situación se ha producido en relación con otras medidas residuales de transformación experimentadas por estas estaciones de servicio, **cuya ejecución ha quedado postergada o condicionada a plazos ajenos a la voluntad del operador**. Se trata de las instalaciones CODO finalmente transformadas en DODO, una vez vencido el derecho real en virtud del cual REPSOL ostentaba la titularidad sobre las mismas.

- b) Desde el punto de vista de la estrategia de adaptación de sus estaciones CODO, **los esfuerzos negociadores de REPSOL se han limitado a la**

realización de una comunicación formal a los gestores de la oferta del modelo Consigna, sin que conste la realización de otro tipo de actuaciones en caso de negativa o no manifestación de interés favorable a adherirse a la misma.

[CONFIDENCIAL].

- c) La información obrante en el expediente de referencia ha puesto de manifiesto la existencia de **una voluntad real por parte de algunos de los gestores CODO para negociar con REPSOL fórmulas alternativas de adaptación** de sus respectivos contratos, con independencia de la conveniencia o atractivo comercial que las mismas tengan para el operador.
- d) Tras la finalización del plazo establecido por la propia REPSOL para completar la implantación del modelo Consigna a todas las estaciones de servicio CODO/Comisión de su red (medida que hizo extensiva a los contratos CODO/Reventa a precio de referencia), **a 1 de enero de 2019 quedaban pendiente de adaptar**⁵⁶:
 - ✓ **[CONFIDENCIAL] estaciones de servicio CODO/Comisión ([CONFIDENCIAL]);**
 - ✓ **[CONFIDENCIAL] estaciones de servicio CODO/Reventa a precio de referencia ([CONFIDENCIAL]).**
- e) El dilatado periodo de vigencia de los contratos pendientes de adaptación⁵⁷, en concurrencia con la necesaria connivencia de los gestores CODO a la adhesión y el alto grado de litigiosidad judicial registrado por este tipo de relaciones comerciales⁵⁸, extremos todos conocidos por REPSOL, pone en evidencia que **el término final fijado por el operador para la culminación de su estrategia de adaptación era de improbable, sino imposible, cumplimiento.**

4. SITUACIÓN DE LA COMPETENCIA INTRAMARCA EN LA RED DE ESTACIONES DE SERVICIO ABANDERADAS POR REPSOL ANTES Y DESPUÉS DE LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO CONSIGNA

⁵⁶ Con fecha 8 de abril de 2019, tuvo entrada en la CNMC escrito de REPSOL (folios 16768 a 17087), por el que se informaba de la evolución experimentada durante el primer trimestre de 2019 de las estaciones CODO subsistentes.

[CONFIDENCIAL] (folio 16769).

⁵⁷ **[CONFIDENCIAL].**

⁵⁸ **[CONFIDENCIAL]** (folios 16326 a 16327).

En la resolución de 27 de julio de 2017 sobre la adaptación de la red REPSOL, esta Sala de Competencia ordenó al órgano de vigilancia el examen de la situación de la competencia intramarca de la red de estaciones de servicio del citado operador, antes y después de la implantación del modelo Consigna.

En la citada la resolución de 27 de julio de 2017 se recogían las conclusiones alcanzadas por la Dirección de Competencia relativas a la solución de adaptación propuesta por REPSOL para sus estaciones de servicio con vínculos contractuales CODO/Comisión.

En particular, la Dirección de Competencia señalaba que la implantación del modelo Consigna “[...] *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 [...]”* (destacado añadido).

La afirmación transcrita, según la DC, pone de relieve que la medida de transformación operada por REPSOL ha supuesto, en esencia y lejos de lo pretendido por las resoluciones objeto de vigilancia, la modificación del vínculo contractual en contratos de agencia pura.

De esta forma, lejos de cesar en la conducta consistente en la fijación indirecta del precio de venta al público (PVP) aplicado por los gestores de sus estaciones CODO, según la DC, el operador petrolero ha continuado imponiendo el precio de los carburantes vendidos a través de las instalaciones gestionadas por estos distribuidores, si bien ahora de forma directa y legitimado por el cambio de naturaleza contractual operado sobre los mismos.

En consecuencia, la Dirección de Competencia estima que no puede considerarse que la implantación del nuevo modelo de negocio haya sido susceptible de causar efectos sobre la competencia intramarca de la red REPSOL, toda vez que la situación de partida es la misma o muy similar que la resultante tras la culminación de este proceso: el control ejercido por el operador petrolero sobre los precios de venta al público ofertados por unas **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO⁵⁹.

Por todo ello, la implantación del modelo Consigna no ha supuesto, a juicio de la Dirección de Competencia, un cambio de la política de precios practicada por el operador petrolero sobre sus antiguos gestores CODO/Comisión, porque, en definitiva, este nuevo modelo de negocio se ha articulado, entre otros motivos,

⁵⁹ Número de estaciones de servicio CODO inicialmente afectadas por la resolución de 30 de julio de 2009 (folio 13286), sin perjuicio de que no todas estas instalaciones hayan pasado finalmente a ser gestionadas de conformidad con el nuevo modelo de negocio (como se señala en los apartados específicos del informe elevado a Sala, algunas de ellas han sido objeto de otras medidas de transformación, como su venta a otros operadores, su cierre, etc.).

con el objetivo de permitir a REPSOL continuar con la misma a través del modelo Consigna.

II.2 ACTUACIONES RELATIVAS A CEPSA.

1. ACTUACIONES DESARROLLADAS POR LA DC.

La resolución de 27 de julio de 2017 encomendó a la Dirección de Competencia un análisis detallado de la fórmula de cálculo de precios propuesta por CEPSA para los contratos CODO/Comisión, 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 cumplimiento de dicho análisis la Dirección de Competencia desarrolló diversas actuaciones consistentes, básicamente, en:

- Remitir diversos requerimientos de información dirigidos a CEPSA que fueron contestados por la empresa con fecha 14 de diciembre de 2017 (folios 10088 a 13219), 19 de enero de 2018 (folios 13988 a 13995), 15 de febrero de 2018 (folios 14037 y 16239), 12 de noviembre de 2018 (folios 16581 a 16592), 16 de enero de 2019 (folios 16627 a 16632), 21 de febrero de 2019 (folios 16667 a 16676) y 28 de febrero de 2019 (folios 16722 a 16732).
- Solicitar informe a la Dirección de Energía de la CNMC que fue contestado con fecha 25 de julio de 2018 (folios 16339 a 16342 y 16519 a 16524.).
- Remitir requerimientos de información a terceros operadores, gestores de estaciones de servicio.

2. ACTUACIONES DESARROLLADAS POR CEPSA.

Según la información recabada por la Dirección de Competencia a través de las actuaciones de vigilancia reseñadas, la estrategia implementada por CEPSA para el cumplimiento de sus obligaciones puede sintetizarse en dos líneas de actuación, la segunda de las mismas supeditada a la imposibilidad de ejecutar la primera):

- Una solución de naturaleza estructural dirigida transformar los contratos CODO/Comisión de la red de estaciones de servicio de CEPSA en España en otro tipo de vínculos contractuales, especialmente contratos de reventa Platt's.
- Una solución, de aplicación subsidiaria en caso ante de negativa del gestor de la ES a subscribir el contrato reventa Platt's mediante la aplicación por parte CEPSA, con carácter unilateral, de una fórmula alternativa para la determinación del precio de transferencia del combustible.

a) Solución estructural mediante la reducción de EESS CODO/Comisión.

Como se ha anticipado, la principal medida puesta en marcha por CEPSA para reducir el número de contratos CODO/Comisión de su red de estaciones de servicio en España ha consistido en ofrecer a los gestores CODO comisionistas o agentes impuros la posibilidad de modificar sus contratos de distribución de carburante en un régimen contractual de venta en firme, esto es, en contratos de reventa referenciados a índice Platt's (folios 16588 a 16589).

Junto con esta acción, CEPSA ha ejecutado otras medidas que también han supuesto un cambio estructural de su red como, por ejemplo, la transformación en gestores COCO o el cierre o venta de la estación de servicio, en los términos que se expondrán más adelante (folios 10090, 13988 a 13989, 16592 y 16628).

No obstante, según manifiesta CEPSA, los gestores comisionistas impuros han sido reacios a aceptar la conversión de su contrato de agencia impura en un contrato de reventa, debido a las obligaciones e incrementos de costes que se deben asumir como consecuencia de dicho cambio de modelo de gestión del negocio. En particular, al pasar de comisionistas a revendedores, el volumen de facturación de estas EESS pasa de calcularse sobre el importe de sus comisiones a hacerse sobre el total de sus ventas, lo que conlleva la pérdida de la condición de Pequeña y Mediana Empresa (PYME)⁶⁰, con todas las obligaciones societarias, fiscales y contables que ello conlleva, y el consiguiente incremento de costes (por ejemplo, la necesidad de contar con un informe de auditoría en sus cuentas anuales, mayor protección laboral, etc.).

En línea con lo argumentado por CEPSA, los operadores consultados por la DC consideran que las nuevas condiciones comerciales ofrecidas por el operador petrolero suponen un empeoramiento de las derivadas del vigente régimen

⁶⁰ De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) N° 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014.

contractual, de forma que el importe de los gastos se vería multiplicado por tres (folio 16363).

b) Solución a través de la aplicación unilateral de una fórmula alternativa para la determinación del precio de transferencia del combustible

Como segunda estrategia, de aplicación subsidiaria para aquellos gestores de EESS CODO/Comisión que no aceptaran modificar su régimen contractual, CEPSA ha propuesto la adopción de una nueva fórmula de fijación objetiva del precio de transferencia de combustible de acuerdo con lo ordenado por la resolución de 20 de diciembre de 2013.

3.1 Implantación de la primera medida de cumplimiento: suscripción contratos CODO/Reventa Platt's y otras actuaciones adicionales de transformación estructural.

Según informa la propia operadora, CEPSA ha materializado su oferta de suscripción de un contrato de reventa referenciado a Platt's de forma individual y verbal a cada uno de los distribuidores minoristas, **[CONFIDENCIAL]** (folio 16589-16590).

Según ha informado CEPSA y algunos gestores de EESS consultados por la DC⁶¹, bajo el nuevo modelo de contrato de reventa Platt's se establece que el precio de venta de los productos por el operador petrolero al distribuidor minorista (es decir, lo que se denomina con carácter general como precio de adquisición) se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$\text{Precio venta producto} = \text{Precio fórmula Platt's} + \text{CE} + \text{Diferencial} - \text{Descuentos} + \text{Impuestos}$
--

– Evolución de la red CEPSA de estaciones de servicio CODO/Comisión desde la resolución de 30 de julio de 2009 (periodo 2009-2018).

En la tabla recogida en el apartado (359) del informe de vigilancia de la DC se expone la evolución anual experimentada por la red de estaciones de servicio CODO/Comisión de CEPSA en el periodo 2009-2018, mostrando el número específico de contratos adaptados a las obligaciones dispuestas en las resoluciones objeto de vigilancia, con especificación de la medida de transformación contractual ejecutada. Asimismo, se muestran el número de estaciones CODO/Comisión subsistentes a 31 de diciembre de cada uno de los años del periodo examinado.

⁶¹ **[CONFIDENCIAL]** (folio 16434).

El número inicial de estas estaciones inicialmente afectadas por la resolución de 30 de julio de 2009 era de **[CONFIDENCIAL]** (folio 10089). Sin embargo, con posterioridad a esa fecha y hasta el año 2016⁶², CEPSA fue incorporando nuevas estaciones de servicio bajo el régimen CODO/Comisión, **hasta un total de [CONFIDENCIAL]** (folios 16591 y 16669).

En consecuencia, a efectos del presente expediente de vigilancia, CEPSA estaba obligada a adaptar **un total de [CONFIDENCIAL] contratos CODO/Comisión.**

La citada tabla, que se reproduce a continuación, recoge los datos recopilados de forma progresiva a lo largo de las actuaciones vigilancia⁶³ que reflejan, de manera conjunta la evolución experimentada por el total de estas estaciones de servicio, independientemente de la fecha de su incorporación en la red de CEPSA⁶⁴.

MEDIDAS ADAPTACIÓN RED CEPSA ESTACIONES SERVICIO CODO/COMISIÓN (2009-2018)						
PERIODO	COCO	CODO/Reventa Platt's	DODO	Cierre ⁶⁵ / Cambio bandera	TOTAL CODO/Comisión Adaptadas	CODO/Comisión Subsistentes
2009	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2010	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2011	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2012	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2013	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2014	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2015	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2016	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2017	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
2018	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
TOTAL	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]

Fuente: Elaboración de la DC con datos del expediente.

Tal y como se refleja en la tabla reproducida, con posterioridad a la resolución de 30 de julio de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2018, CEPSA ha procedido a **transformar en contratos reventa Platt's un total de [CONFIDENCIAL] estaciones de servicio con vínculos contractuales previos CODO/Comisión.**

⁶² **[CONFIDENCIAL]** (folios 16669 y 16670).

⁶³ La información consolidada de estos datos ha sido facilitada en el escrito de CEPSA de 28 de febrero de 2019 (folio 16727).

⁶⁴ **[CONFIDENCIAL]**.

⁶⁵ **[CONFIDENCIAL]**.

Esta cifra supone **un 37,6%** de las **[CONFIDENCIAL] estaciones de servicio CODO/Comisión de la red CEPSA sometidas a las obligaciones de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013.**

Asimismo, los datos de la tabla muestran que algunos de las estaciones de servicio CODO/Comisión de CEPSA han experimentado otras vicisitudes que han supuesto bien un cambio de régimen contractual, excluido del ámbito de las resoluciones vigiladas, bien su baja como puntos de distribución en exclusiva del carburante suministrado por este operador petrolero (folios 10090, 13989, 16592, 16628, 16670 a 16671 y 16728).

Concretamente, **[CONFIDENCIAL]**.

A su vez, **[CONFIDENCIAL]estaciones CODO/Comisión⁶⁶ [CONFIDENCIAL]⁶⁷.**

A la vista de estos datos, la DC concluye que, de las **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión afectadas por las Resoluciones vigiladas, un total de **[CONFIDENCIAL] habían dejado de quedar sujetas al cumplimiento de las mismas**, por haber experimentado diversas vicisitudes de tipo estructural en el periodo comprendido entre los años 2009 y 2018 (transformación en COCO, DODO, cambio de bandera o cierre).

[CONFIDENCIAL].

Por tanto, a la citada fecha (31 de diciembre de 2018), subsistían **[CONFIDENCIAL] estaciones de servicio** con vínculos contractuales **CODO/Comisión [CONFIDENCIAL⁶⁸.**

3.2 Implantación de la segunda medida de cumplimiento: fórmula alternativa de cálculo del precio de transferencia a los contratos CODO/Comisión subsistentes en la red de estaciones de servicio de CEPSA

En relación con la fórmula aplicada a estos efectos, la documentación recabada durante las últimas actuaciones de vigilancia pone de manifiesto que CEPSA ha venido aplicando a estos contratos la fórmula inicial adoptada por este operador petrolero, que fue comunicada a la Dirección de Competencia en mayo de 2014 y junio de 2015 (y remitida a los gestores correspondientes el 25 de septiembre de 2015).

⁶⁶ **[CONFIDENCIAL]**.

⁶⁷ Según la información obrante en el expediente de vigilancia, **[CONFIDENCIAL]**.

⁶⁸ **[CONFIDENCIAL]**.

En la presente fase de la vigilancia, la DC ha recabado las comunicaciones que CEPSA remitió a las **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión en el tercer trimestre de 2015, para informarles de la aplicación de la fórmula inicial notificada a la CNMC en la fecha señalada (folios 10092 a 13219). **[CONFIDENCIAL]**.

Por tanto, CEPSA no ha llegado a ejecutar la segunda fórmula, resultante de la modificación operada a instancias de la Dirección de Competencia, comunicada a ésta, según quedó reflejado en la resolución de 27 de julio de 2017, mediante escrito de 6 de octubre de 2016 (folios 13989 y 16590).

Esta circunstancia se debe, según CEPSA, a que el segundo método de cálculo propuesto, fijado con la conformidad de la Dirección de Competencia, no llegó a obtener la aprobación formal de esta Sala de Competencia del Consejo de la CNMC (folio 16590).

En consecuencia, “[...] *en tanto no se determine con la SV [Subdirección de Vigilancia] una fórmula que cuente con el necesario acuerdo*”, CEPSA ha continuado aplicando unilateralmente el método inicialmente propuesto, “[A]unque posteriormente aquella fórmula no fue considerada suficiente por la Dirección de Competencia [...]” (folio 16590).

Análisis de la fórmula CEPSA referenciada a moda provincial (propuesta de 6 de octubre de 2016).

Como se ha señalado con anterioridad, la resolución de 27 de julio de 2017 estimaba necesario analizar con mayor amplitud la fórmula propuesta por CEPSA el 6 de octubre de 2016, de cara a valorar la idoneidad de la inclusión en la misma de la variable “moda provincial” como determinante del descuento de la última fórmula propuesta por CEPSA, todo ello con objeto de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la resolución de 30 de julio de 2009.

Concretamente, dicho análisis debía contemplar los siguientes extremos sobre la variable “moda provincial”⁶⁹:

- ✓ Su incidencia en cuanto al incentivo de la estación de servicio a realizar descuentos.
- ✓ Preferencia de utilización de esta referencia frente a otros parámetros estadísticos.

⁶⁹ Por precio moda provincial se entiende el PVP más repetido en cada provincia.

- ✓ La interacción de la fórmula CEPSA con la nueva estructura de mercado favorecida por el denominado modelo Consigna de REPSOL en relación con los precios del mercado y la competencia intramarca.

a) Elementos definitorios de la fórmula CEPSA moda provincial

Según la fórmula propuesta por CEPSA en su escrito de 6 de octubre de 2016, el precio de transferencia (o PVP máximo comunicado por el operador petrolero al gestor de la estación de servicio), resultaría de aplicar un descuento al precio de referencia, de forma que:

$$\text{Precio de Transferencia (o PVP máximo)} = \text{Precio de Referencia} - \text{Descuento}$$

Tal precio de referencia sería el resultante de aplicar la siguiente fórmula:

$$\text{Precio de Referencia} = \text{Referencia Platt's} + \text{Diferencial} + \text{Impuestos}$$

El mecanismo de descuentos de la propuesta de CEPSA de 6 de octubre de 2016 podría sintetizarse del siguiente modo:

- ✓ Diariamente, el operador petrolero calcularía el precio moda provincial y lo compararía con el precio de referencia⁷⁰.
- ✓ Si el precio de referencia fuera menor que el precio moda provincial, no se aplicaría ningún descuento, permaneciendo el precio de transferencia igual al precio de referencia.
- ✓ Si el precio de referencia fuera mayor que el precio moda provincial, se operaría sobre el precio de referencia un descuento equivalente a la diferencia entre éste y la moda (por lo que el precio de transferencia sería igual al precio moda provincial).

b) Análisis de la fórmula CEPSA referenciada a moda provincial

En síntesis, en la propuesta de CEPSA de 6 de octubre de 2016, el descuento aplicado sobre el precio de referencia solamente opera cuando éste es superior al precio moda de la provincia correspondiente y su importe equivale a la diferencia entre ambos precios.

Esto se traduciría en que, en aplicación de la metodología descrita, los gestores de las estaciones de servicio tendrían fijado un precio máximo igual o inferior al PVP más repetido en su provincia.

⁷⁰ De conformidad con el procedimiento descrito en la resolución de 27 de julio de 2017.

De acuerdo con el análisis realizado por la DC⁷¹, los PVP máximos resultantes de esta metodología alternativa se sitúan 26 céntimos de euro (para la gasolina 95) y 25 céntimos de euro (para el gasóleo A) por encima del PVP medio fijado por las estaciones servicio CODO/Comisión de la red de CEPSA. Igualmente, superan el precio máximo de la provincia en 20 céntimos de euro, aproximadamente.

En segundo lugar, la Dirección de Competencia, partiendo de los criterios previamente delimitados, ha procedido a calcular **el porcentaje de estaciones de servicio que, en cada provincia, determinan el precio moda provincial (expresado en tres decimales⁷²) para cada tipo de combustible seleccionado.**

– Valoración

A la vista de los cálculos previamente expuestos, la DC considera que fórmula propuesta inicialmente por CEPSA para el cálculo del precio de referencia (esto es, Referencia Platt's + Diferencial + Impuestos), genera unos precios muy elevados, **del orden de 20 céntimos de euro por encima del precio máximo de cada provincia.** Esto hace que, de facto, **en el 100% de los días examinados, el precio de referencia sea superior al precio moda provincial.**

En consecuencia, como resultado de la aplicación del sistema de descuentos objeto de valoración, para todas las provincias y fechas indicadas, el precio moda provincial sería el precio de transferencia (o PVP máximo) comunicado por CEPSA a sus estaciones de servicio CODO/Comisión.

En otras palabras, de conformidad con las simulaciones operadas, **el sistema sugerido por el operador petrolero equivaldría a fijar el precio moda de la provincia como el PVP máximo.**

⁷¹ Resumido en la tabla incluida en el apartado (400) de su informe de vigilancia.

⁷² El análisis de la Dirección de Competencia también ha comprobado el resultando de tomar como referencia el precio moda provincial redondeado en dos decimales.

En el caso de aplicar un redondeo simétrico (consistente en aumentar en una cifra el segundo decimal si el tercer decimal se encuentra entre 5 y 9 y en mantener invariable el segundo decimal si el tercero se encuentra entre 0 y 4), los resultados serían ligeramente superiores a los obtenidos empleando tres decimales, que son los expuestos en la tabla.

En particular, el precio moda provincial para el gasóleo A vendría determinado, de media, por el 21,9% de las estaciones de servicio de la provincia, de las cuales el 85,5% pertenecen a las redes de distribución de REPSOL, CEPSA y BP. Por su parte, nuevamente en media, el precio moda provincial de la gasolina 95 vendría fijado por el 23% de las estaciones de servicio, de las cuales el 81,8% quedaría incluido en las redes de distribución de estos tres operadores petroleros.

El estadístico “moda” de un conjunto de datos se define como la observación que presenta mayor frecuencia absoluta en la muestra o, lo que es lo mismo, el dato que más veces se repite.

Por su propia definición, la variable “moda provincial” constituye una señal de precios competitivos, pues el PVP máximo comunicado por CEPSA es el PVP que más se ha repetido en los monolitos de las estaciones de servicio de la provincia en el día anterior.

En consecuencia, en opinión de la DC, los gestores no percibirán este PVP máximo como suficientemente elevado para tener que reducirlo a fin de lograr un precio con el que competir en el mercado, de forma que carecerán de incentivos a rebajar o realizar descuentos, con cargo a su comisión, sobre un precio que, de partida, consideran competitivo.

Asimismo, los resultados obtenidos evidencian, a juicio de la Dirección de Competencia, que más del 80% de las estaciones de servicio que determinan el precio moda provincial forma parte de la red de distribución de REPSOL, CEPSA o BP. El hecho de que el precio moda provincial sea establecido en un porcentaje tan elevado por estaciones de servicio integradas en las redes de distribución de las referidas petroleras **conduce a valorar el estadístico “moda provincial” como fácilmente influenciable.**

De ello se infiere que la capacidad conjunta de REPSOL, CEPSA y BP para fijar el precio moda provincial es muy elevada, lo que podría incentivar una coordinación tácita del comportamiento de estas tres empresas. Esto supondría un deterioro para la ya de por sí débil competencia intermarca existente en este mercado.

Tal coordinación en precios se vería favorecida por el **modelo Consigna** que REPSOL viene implantando en sus estaciones de servicio CODO. En síntesis, este modelo de negocio consiste en la modificación gradual de las relaciones contractuales y operativas de las estaciones de servicio CODO/Comisión (de agencia impropia, según la resolución de 30 de julio de 2009), a través de la conversión de estos operadores en agentes puros o genuinos que actúan por cuenta y en interés del operador mayorista.

El control directo, por parte de REPSOL, de los precios de venta al público de más de **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio, unido al hecho de que el 58,2% (para la gasolina 95) y el 57,6% (para el gasóleo A) de las estaciones de servicio que marcan el precio moda corresponden a la red de distribución de este operador (según la muestra analizada), facilita, según la Dirección de

Competencia, que los tres operadores con capacidad de refino en nuestro país puedan, tácitamente, alinear precios para determinar el PVP moda provincial. **Así, un análisis más profundo demuestra que la variable “moda provincial” es susceptible de ser condicionada por los operadores petrolíferos.**

Sumado a lo anterior, REPSOL es el operador con mayor presencia en todas las provincias examinadas⁷³, de forma que podría determinar por sí solo el precio moda provincial en virtud del control efectivo que el modelo Consigna le otorga sobre el PVP de todas las estaciones de servicio de su red. **En tal caso, CEPSA estaría fijando como precio de transferencia (o PVP máximo comunicado) un precio marcado directamente por REPSOL.**

Nueva fórmula propuesta por CEPSA el 1 de marzo de 2019: referencia Tercer Cuartil.

Con fecha 1 de marzo de 2019, tuvo entrada en la CNMC escrito de CEPSA (Folios 16733 a 16736) proponiendo un método de cálculo alternativo del precio de transferencia (o PVP máximo) del carburante suministrado por este operador, en régimen de exclusiva, a los distribuidores CODO/Comisión de su red de estaciones de servicio, mediante el que se introducían algunas variaciones respecto de la fórmula de 6 de octubre de 2016.

Esta nueva propuesta se caracteriza por la introducción de un nuevo parámetro estadístico, “*el precio Tercer Cuartil*”, en sustitución de la referencia “*precio moda provincial*”, ideado por el operador petrolero como resultado de “*una colaboración permanente con la Subdirección de Vigilancia*”, entablada a raíz de la resolución de 27 de julio de 2017 (Folio 16735).

Seguidamente, se procede a evaluar si este nuevo criterio cumple con lo dispuesto en las resoluciones de la CNMC de 2009 y 2013.

– Estructura de la nueva fórmula de cálculo del precio de transferencia

CEPSA propone mantener su última fórmula, en la que el precio de transferencia aplicado al gestor de la estación de servicio sea el resultado de aplicar un descuento al precio de referencia (este último, a su vez, resultante de sumar el índice Platt’s diario, el diferencial y los impuestos). Esto es:

$\text{Precio de Transferencia (o PVP máximo)} = \text{Precio de Referencia} - \text{Descuento}$
--

⁷³ En media, el 35% del total de estaciones de servicio de la provincia se integra en la red de distribución de REPSOL. Ver Tablas 9 y 10 del Anexo II.

$$\text{Precio de Referencia} = \text{Referencia Platt's} + \text{Diferencial} + \text{Impuestos}$$

La variación introducida por la propuesta de CEPSA de 1 de marzo de 2019 se circunscribe **a la forma de calcular el descuento**.

En concreto, el término de comparación que determina la aplicación de descuento pasa de ser el precio de la moda provincial **al precio determinado por el tercer cuartil de la provincia correspondiente**⁷⁴, que operaría de conformidad con el siguiente procedimiento (folios 16735 a 16736).

Resultados del análisis desarrollado y valoración

En línea con el estudio abordado sobre la fórmula propuesta por CEPSA el 6 de octubre de 2016, la Dirección de Competencia, con objeto de valorar la idoneidad de la nueva solución propuesta para adecuarse a las resoluciones objeto de vigilancia, ha procedido a calcular los siguientes extremos: (i) el nivel de precios resultantes de aplicar la nueva variable y (ii) la composición de las estaciones de servicio que marcan el precio del tercer cuartil provincial.

Asimismo, los resultados expuestos confirman que, con el precio del tercer cuartil de la provincia, se obtendrían precios de transferencia semejantes a aquellos arrojados por la metodología de cálculo propuesta por CEPSA en el año 2016.

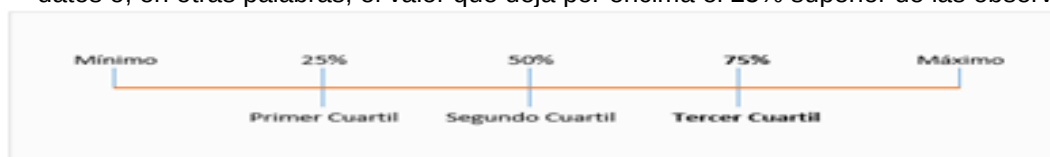
No obstante, la Dirección de Competencia considera que, al contrario de lo que ocurría con la variable precio moda, por su propia definición, **el precio que marca el tercer cuartil de la provincia no sería percibido como competitivo por los gestores de las estaciones de servicio**, quienes, en consecuencia, tendrían incentivos a reducirlo.

Apreciaciones finales

Con base en los resultados del estudio expuesto con anterioridad, la Dirección de Competencia extrae las siguientes conclusiones:

⁷⁴ Los cuartiles se definen como los tres valores que dividen un conjunto de datos numéricamente ordenados en cuatro partes iguales.

El tercer cuartil es el valor por debajo del cual se encuentran las tres cuartas partes de los datos o, en otras palabras, el valor que deja por encima el 25% superior de las observaciones.



- ✓ La metodología de cálculo del precio de transferencia, utilizando la **variable moda provincial, equivaldría a fijar el precio moda de la provincia correspondiente como el PVP máximo** comunicado por CEPSA a sus estaciones de servicio CODO.
- ✓ Por su propia definición, **los gestores de las estaciones de servicio percibirán el precio moda provincial como competitivo**, lo que **desincentivará la aplicación de descuentos con cargo a su comisión**. Las propias características del mercado tampoco incentivan que los gestores se aparten del PVP máximo comunicado por la petrolera, pues las expectativas de percibir ganancias suficientes que compensen la renuncia a una parte de la comisión son escasas.
- ✓ **El precio moda provincial viene determinado, aproximadamente, por el 17% de las estaciones de servicio de la provincia**. Resulta llamativo que una proporción tan elevada de estaciones de servicio haya determinado el mismo PVP con **una precisión de hasta 3 decimales**.
- ✓ Más del 80% de las estaciones de servicio que marcan el precio moda provincial pertenecen a la red de distribución de REPSOL, CEPSA o BP. Ello supone que **los tres operadores petroleros ostentan capacidad suficiente para influir sobre el precio moda de la provincia en caso de coordinación tácita de su comportamiento**.
- ✓ La posible coordinación en precios de los tres operadores petroleros se vería favorecida por el modelo Consigna que REPSOL viene implantando en sus estaciones de servicio CODO, en virtud del cual el 54% de los contratos en exclusiva de la red de este operador quedarán fuera del ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia. A juicio de la Dirección de Competencia, **el control directo, por parte de REPSOL, de los PVP de un número significativo de estaciones de servicio adheridas a este nuevo modelo de negocio, facilita que los tres operadores petroleros puedan coordinar tácitamente el precio moda de la provincia**.
- ✓ En definitiva, la variable “moda provincial” es susceptible de ser influenciada por estos operadores, en caso de coordinarse expresa o tácitamente. **Así, el sistema de cálculo del precio de transferencia propuesto por CEPSA en octubre de 2016 entraña el riesgo de que el operador pueda fijar, de manera indirecta, el precio de reventa de los carburantes**.
- ✓ Dado que la propuesta de CEPSA de octubre de 2016 no es apta para dar cumplimiento a las resoluciones del extinto Consejo de la CNC, de 30 de julio de 2009, y del Consejo de la CNMC, de 20 de diciembre de 2013, el operador petrolero ha procedido a proponer un método de cálculo alternativo.

- ✓ Tal propuesta consiste en establecer **el precio del 3^{er} cuartil de la provincia como límite máximo para el precio de transferencia** (o PVP máximo comunicado por CEPSA a sus estaciones de servicios).
- ✓ La alternativa indicada respeta, en esencia, la metodología de cálculo propuesta por CEPSA, **sustituyendo únicamente el precio moda provincial por el precio del 3^{er} cuartil de la provincia**. Los precios de transferencia resultantes son muy similares a los obtenidos con la fórmula de CEPSA, si bien se eliminan los problemas que planteaba la variable moda: **los gestores de las estaciones de servicio tendrán incentivos a apartarse del PVP máximo comunicado por el mayorista (pues no es percibido por éstos como competitivo), y la capacidad de REPSOL, CEPSA y BP para condicionar el 3^{er} cuartil es muy reducida (ya que se ve influida por los cambios en los precios más bajos)**.
- ✓ En definitiva, la nueva fórmula basada en el precio del tercer cuartil cumple los siguientes requisitos: (i) CEPSA no pueda fijar, de manera indirecta, el precio de reventa, (ii) arroja precios suficientemente altos como para que los gestores de las estaciones de servicio no los perciban como competitivos y tengan incentivos a reducirlos con cargo a su comisión y, al mismo tiempo, (iii) los precios resultantes no son tan elevados como para que los gestores no consigan precios competitivos aun destinando el total de su comisión a la realización de descuentos.

II.3 ACTUACIONES RELATIVAS A BP

1. ACTUACIONES DESARROLLADAS POR LA DC

Las actuaciones de vigilancia relativas a BP, encomendadas por esta Sala en su resolución de 27 de julio de 2017, proponían, fundamentalmente, verificar la ejecución efectiva de la solución planteada por el operador petrolero respecto de las 28 estaciones de servicio subsistentes con vínculos contractuales CODO/Comisión⁷⁵, a efectos de su adaptación a lo dispuesto en el dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009 y en el dispositivo tercero 1 de la resolución de 20 de diciembre de 2013⁷⁶.

⁷⁵ Con anterioridad, durante el periodo comprendido entre la resolución de 30 de junio de 2009 y el citado escrito de BP de 4 de noviembre de 2015, el operador había procedido a transformar, mediante la modificación de los términos contractuales o la negativa a prorrogar la vigencia del contrato, **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión de un total de **[CONFIDENCIAL]** inicialmente sometidas al cumplimiento de la resolución de 30 de julio de 2009.

⁷⁶ En esencia, la realización de las modificaciones necesarias para garantizar que el establecimiento del precio de transferencia del producto no desincentive la realización de

Mediante escrito de alegaciones al Consejo de la CNMC de 11 de julio de 2017 (folios 9289 a 9295)⁷⁷, BP había informado del cumplimiento efectivo de la adaptación de los contratos CODO/Comisión subsistentes en noviembre de 2015 (según el operador, **[CONFIDENCIAL]**) aunque sin aportación de la necesaria documentación acreditativa.

En el citado escrito se aseguraba que, tras la sustitución o resolución del grueso de los mismos, comunicada por BP mediante escrito de 23 de septiembre de 2016 (folios 7459 a 7480), se había procedido a la adaptación de los **[CONFIDENCIAL]** contratos CODO/Comisión pendientes a esta última fecha, de forma que, “[E]fectivamente desde el 1 de julio [del año 2017] BP no tiene suscrito ningún contrato CODO/comisión”.

A la vista de estas informaciones, la resolución de 27 de julio de 2017 reconoció los efectos positivos de las actuaciones ejecutadas por BP, pero estimó necesario que la valoración de la Dirección de Competencia sobre la adaptación de los contratos CODO/Comisión tuviese en cuenta el calendario concreto de cumplimiento de BP para la adecuación de estos contratos, “[...] *acreditando la transformación efectiva a la que se hace referencia en la última información aportada*”.

En cumplimiento de dicho mandato, la Dirección de Competencia procedió a examinar la transformación efectiva de esas **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio a través de varios requerimientos de información dirigidos a BP:

- Con fecha 10 de noviembre de 2017 (folios 9645 a 9648) se requirió información, desglosada por tipo de vínculo contractual, relativa a la evolución de la red de estaciones de servicio de BP, en el periodo 2009-2017, así como los datos relativos al calendario y medidas de la adaptación de esta red al mandato de las resoluciones objeto de vigilancia en el presente expediente. La respuesta de BP a esta solicitud de información tuvo lugar el 14 de diciembre de 2017 (folios 13220 a 13238)⁷⁸.
- Posteriormente, el 20 de marzo de 2018 (folios 14570 a 14573), se requirió a BP información relativa a la acreditación de la efectiva adaptación

descuentos por los gestores de las estaciones de servicio y evitar que el operador petrolero fije indirectamente el precio de venta al público.

⁷⁷ Remitido con posterioridad a que la Dirección de Competencia hubiera elevado a éste su informe parcial de vigilancia de 28 de abril de 2017.

⁷⁸ Con fecha 13 de marzo de 2019, tuvo entrada en la CNMC escrito de BP rectificando los datos de su red de estaciones de servicio a 31 de diciembre de 2017 (folios 16743 a 16746).

ejecutada en cumplimiento de las referidas resoluciones, sobre aquellas estaciones de servicio de su red que, en el periodo 2016-2017, aún mantenían vínculos contractuales CODO/Comisión. Dicho requerimiento fue atendido por el operador petrolero el 10 de abril de 2018 (folios 14615 a 15288).

Por otra parte, el 5 de octubre de 2017 (folios 9413 a 9518), tuvo entrada en la CNMC un escrito de alegaciones de BP en el que se facilitaba determinada información tendente, fundamentalmente, a (i) justificar que la adaptación efectiva de las estaciones de servicio CODO/Comisión había tenido lugar con anterioridad a julio de 2017, y (ii) explicar las medidas adoptadas para instar la rectificación de los errores detectados en la base de datos del entonces Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (MINETAD)⁷⁹, relativos a la clasificación contractual de las estaciones de servicio de la red BP. BP sugería a la Dirección de Competencia la emisión de un informe de vigilancia específicamente dedicado a las actuaciones de cumplimiento de BP.

2. ACTUACIONES DESARROLLADAS POR BP.

ANÁLISIS DE LA ADAPTACIÓN DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO CODO/COMISIÓN DE BP.

2.1 Consideraciones previas: escenario valorado en la resolución de 27 de julio de 2017

Según la información facilitada por el operador a la DC en el mencionado escrito de BP de 4 de noviembre de 2015, las negociaciones celebradas entre BP y los respectivos gestores debían seguir el siguiente calendario de actuaciones, que toma en consideración la fecha de vencimiento de los correspondientes contratos:

- a) **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio cuyos contratos tienen un vencimiento posterior al [CONFIDENCIAL]:

En relación con éstas, la resolución de 27 de julio de 2017 señalaba que BP había enviado a los respectivos gestores un burofax en los meses de agosto y septiembre de 2015 en el que se les informaba de la necesidad y obligación de formalizar un nuevo acuerdo en modalidad de venta en firme, con objeto de atender los pronunciamientos de la CNMC.

Si bien BP estimaba que, fruto de los contactos mantenidos, se iba a lograr la resolución de la situación con un gran número de estaciones de servicio

⁷⁹ Actualmente Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

afectadas, dada la previsión de negociaciones tremendamente complejas y con manifiesta oposición, proponía las siguientes actuaciones sucesivas⁸⁰:

- ✓ Envío de una segunda comunicación proponiendo la suscripción de un contrato de reventa en firme sin recomendación de precio, con advertencia de la necesidad de resolver el contrato en caso de una respuesta negativa en el plazo establecido.
- ✓ En caso de no aceptación u oposición a la oferta realizada en la segunda comunicación, BP procedería a enviar una nueva comunicación instando a alcanzar un acuerdo de resolución del contrato de mutuo acuerdo, informando de la posible resolución unilateral del mismo por el operador petrolero.

b) [CONFIDENCIAL] estaciones de servicio cuyos contratos tienen un vencimiento anterior al [CONFIDENCIAL]:

Se trata de contratos con fechas de vencimiento entre [CONFIDENCIAL], previendo expresamente su clausulado la posibilidad de prórroga.

En relación con los mismos, y con anterioridad a la resolución de 27 de julio de 2017, BP había comunicado a los respectivos gestores la imposibilidad de prorrogar el contrato en las condiciones hasta entonces estipuladas, proponiendo su modificación anticipada en caso de aceptación.

La resolución de 27 de julio de 2017 señalaba que el modelo de gestión CODO/Comisión era un régimen contractual con presencia residual en la red BP, [CONFIDENCIAL]^{81/82}.

Con respecto al estado de implantación de este proceso, la resolución de 27 de julio de 2017 indicaba que, según lo manifestado en el escrito de BP de 23 de septiembre de 2016, estos [CONFIDENCIAL] contratos se habían reducido a [CONFIDENCIAL].

Sin embargo, la citada resolución hacía referencia a que, según la información facilitada por el operador petrolero mediante escrito de 11 de julio de 2017 (folios 9289 a 9295), BP había implementado en su totalidad su estrategia de cumplimiento, de modo que, “[...] desde el día 1 de julio de 2017 no tiene ya suscrito ningún contrato CODO/Comisión”.

⁸⁰ Asimismo, como quedó reflejado en la resolución de 27 de julio de 2017, BP manifestó que estas negociaciones implicaban [CONFIDENCIAL].

⁸¹ Como consecuencia de la Ley 15/1992, de 5 de junio, sobre medidas urgentes para la progresiva adaptación del sector petrolero al marco de la Unión Europea.

⁸² En la resolución de 27 de julio de 2017 se matiza que, [CONFIDENCIAL].

Además de este proceso de adaptación, y con carácter previo a la implantación del mismo (concretamente en mayo del año 2014), BP había cesado en la comunicación de precios máximos a los gestores de estas estaciones de servicio⁸³, medida de adopción unilateral posible gracias al hecho de no suponer una modificación de los términos contractuales pactados entre las partes, sino la renuncia a un derecho atribuido al operador petrolero en estos contratos.

Calendario de cumplimiento y transformación de las estaciones de servicio CODO/Comisión

– Evolución anual de la red CODO/Comisión

La tabla elaborada por la DC incluida en el apartado (462) de su informe de vigilancia recopila los datos recabados a través de diversos requerimientos de información, en relación con la evolución experimentada por estas estaciones de servicio⁸⁴. Concretamente, se refleja el número de estaciones de servicio cuyos gestores, a 31 de diciembre de cada año comprendido en el periodo 2009-2017, aún se encontraban vinculados comercialmente a BP mediante contratos CODO/Comisión⁸⁵.

⁸³ La resolución de 29 de enero de 2015 (expte. SNC/0034/13 BP), determinó, en relación con los contratos de reventa de la red de estaciones de servicio de BP:

“De acuerdo con la propuesta de la DC, la Sala de Competencia entiende también que la supresión de precios recomendados por parte de BP para sus EESS de reventa facilita la libertad de fijación de precio por parte de las EESS sujetas a este régimen contractual. Y permite un cumplimiento adecuado del Dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 que declaraba contraria a las normas de competencia cualquier cláusula contractual de los contratos de suministro de carburante de BP (o uso comercial con efecto equivalente) en la que se establezca que el precio de adquisición del combustible referenciado al precio máximo o recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno”.

⁸⁴ La fuente de información de la que proceden estos datos es la propia BP, por lo que puede haber discrepancias con la obrante en la base de datos del geoportal de gasolineras (gestionada actualmente por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico), dado que las estaciones de servicio son las encargadas de facilitar la información censal disponible en dicha base de datos (entre otros extremos, los datos del operador petrolero suministrados y el régimen contractual), lo que motiva que sea una información no siempre correctamente actualizada (folio 13231).

A título de ejemplo de estas posibles discrepancias, **[CONFIDENCIAL]**.

⁸⁵ Según la información obrante en el expediente de referencia, entre el número de estaciones de servicio CODO se incluyen también las denominada estaciones de servicio COFO (company owned - franchise operated), con idéntico régimen económico. La única diferencia estriba en cuestiones vinculadas a productos y servicios no relacionados con la distribución de carburantes, como, por ejemplo, la gestión de la tienda (folio 13232). Esta distinción conceptual resulta irrelevante a efectos del análisis desarrollado, por lo que no se facilita un desglose de datos según se trate de contratos de comisión o agencia impropia en régimen CODO y COFO, dado que, en todo caso, se trata de vínculos contractuales sometidos a las mismas obligaciones cuyo cumplimiento constituye el objeto de la presente vigilancia.

<i>EVOLUCIÓN ESTACIONES SERVICIO CODO/Comisión RED BP (2009-2017)</i>	
<i>EJERCICIO</i>	<i>Nº EESS⁸⁶</i>
2009	[CONF]
2010	[CONF]
2011	[CONF]
2012	[CONF]
2013	[CONF]
2014	[CONF]
2015	[CONF]
2016	[CONF]
2017 (Primer Semestre)	[CONF]
2017 (Segundo Semestre)	[CONF]

Fuente: Elaboración por la DC con datos del expediente.

Los datos de la tabla ponen de manifiesto que el número total de estaciones de servicio CODO/Comisión que, inicialmente, debían adaptarse a las previsiones del dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009 era de **[CONFIDENCIAL]**⁸⁷.

En el periodo comprendido entre la resolución de 30 de julio de 2009 y escrito de BP de 4 de noviembre de 2015, a través del cual el operador petrolero informa de una estrategia detallada de cumplimiento, fueron adaptadas la mitad de las estaciones de servicio CODO/Comisión existentes en la red BP **[CONFIDENCIAL]**⁸⁸.

Por lo tanto, a finales del año 2015 subsistían **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio bajo el referido régimen contractual cuya transformación efectiva debe ser acreditada, de conformidad con el mandato contenido en la resolución de julio de 2017.

Durante el ejercicio siguiente (2016), BP adaptó **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión, quedando reducida la presencia en su red de esta

⁸⁶ Folios 13232 y 13234.

⁸⁷ Si bien la tabla analizada refleja los datos a 31 de diciembre del año correspondiente, la información obrante en el marco del expediente de referencia pone de manifiesto que el número de estas estaciones se mantuvo invariable desde el 30 de julio al 31 de diciembre del año 2009 (folios 13232 y 13234).

⁸⁸ A este respecto, los escritos de BP de 2 de julio y 4 de noviembre de 2015 (respectivamente, folios 5736 y 5869), señalaban que esta reducción se había logrado gracias al desarrollo de actuaciones individuales con la respectiva estación de servicio **[CONFIDENCIAL]**.

modalidad de gestión a **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio a 31 de diciembre de 2016 (dos de las cuales se encontraban en proceso de venta – folio 13235-).

A lo largo del primer semestre del año 2017 fueron objeto de transformación las restantes estaciones de servicio que aún subsistían **[CONFIDENCIAL]**, de forma que, en los términos que veremos seguidamente, el 1 de julio de 2017 BP había procedido a la adaptación efectiva de su red CODO/Comisión de conformidad con lo expresado en las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013.

La información recabada por la Dirección de Competencia permite confirmar que esta adaptación se llevó a cabo, fundamentalmente, a través de una doble estrategia ejecutada por el operador petrolero: (i) el cese en la comunicación de precios máximos, a partir de mayo de 2014, facilitando únicamente los datos económicos necesarios a efectos fiscales (autofactura, folios 9443, 13234 a 13235 y 14620) y (ii) la conversión a contratos CODO/Reventa (folio 13234).

Ello, sin perjuicio de que, durante el periodo contemplado en la tabla analizada, la relación comercial de BP con algunas de estas estaciones de servicio haya sido objeto de litigios **[CONFIDENCIAL]** (folio 13232).

Seguidamente, se procede a abordar un análisis pormenorizado del proceso de adaptación o sustitución de los referidos **[CONFIDENCIAL]** vínculos contrales CODO/Comisión operado por BP durante los años 2016 y 2017.

Acreditación de la aplicación efectiva por BP de las nuevas condiciones contractuales a los contratos CODO/Comisión transformados en CODO/Venta en firme sin recomendación de PVP

Con respecto a las **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión pendientes de adaptación a 31 de diciembre de 2016, BP ha acreditado documentalmente la transformación efectiva de **[CONFIDENCIAL]** de ellas según los criterios fijados en las resoluciones objeto de vigilancia en el presente expediente, ya sea mediante (i) la aportación de los documentos en los que ha quedado plasmado el consentimiento expreso del gestor a la aplicación de un régimen de venta en firme sin recomendación de PVP⁸⁹ o (ii) a través de los acuerdos en los que las partes han manifestado su voluntad de resolver el contrato⁹⁰.

⁸⁹ Mediante la suscripción de la correspondiente adenda modificativa de los contratos, en el caso de **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio.

⁹⁰ **[CONFIDENCIAL]**.

Por lo que respecta a **[CONFIDENCIAL]**.

En particular, la aplicación unilateral por BP a estas **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio, a partir del 1 de julio de 2017, de las condiciones económicas de venta de venta en firme (sin recomendación de precio), se corrobora, fundamentalmente, a través de dos tipos de documentos:

- En primer lugar, la copia de las facturas emitidas por BP que reflejan los suministros de combustibles realizados a la estación de servicio (folios 9454 a 9496).

Para cada una de las estaciones de servicio objeto de transformación durante el año 2017⁹¹, BP ha aportado las facturas emitidas a 30 de junio de 2017, es decir, periodo en el que aún se aplicaba el régimen de comisión, y las primeras facturas emitidas a partir del mes de julio de 2017 (folio 9447), fecha en la que, bien de mutuo acuerdo o por decisión unilateral del operador petrolero, la adquisición del producto por los gestores de estas estaciones de servicio pasó a regirse por los términos contractuales propios de un sistema de venta en firme.

Esta documentación pone de manifiesto que **[CONFIDENCIAL]**⁹².

- En segundo lugar, BP también ha facilitado una copia de las capturas de pantalla correspondientes a la plataforma empleada por este operador para comunicarse, de manera bilateral, con los respectivos gestores de las estaciones de servicio integrantes de su red (folios 9497 a 9507).

En este documento, queda reflejada **[CONFIDENCIAL]**⁹³.

Asimismo, **[CONFIDENCIAL]** (folios 9464 a 9469 y 9506).

II.4 OTRAS ACTUACIONES DE VIGILANCIA

Además de la evaluación de las distintas medidas propuestas y ejecutadas por REPSOL, CEPSA y BP en cumplimiento de las resoluciones objeto de la vigilancia de referencia (cuyo análisis ha sido expuesto con anterioridad), la resolución de 27 de julio de 2017 también encomendó a la Dirección de Competencia el examen del cambio experimentado hasta la fecha, así como su

⁹¹ **[CONFIDENCIAL]**.

⁹² Se trata de un documento en el que, **[CONFIDENCIAL]**.

⁹³ **[CONFIDENCIAL]**.

previsible evolución, del mercado minorista de distribución de combustibles de automoción como consecuencia de la implantación de estas medidas.

En particular, esta Sala de Competencia del Consejo de la CNMC instó a efectuar dos actuaciones concretas:

1. Examen general de la estructura contractual de la red de estaciones de servicio de cada uno de los tres operadores petroleros afectados, desde la emisión de la resolución de 30 de julio de 2009 hasta la resolución de 27 de julio de 2017.
 2. Análisis y valoración de las respuestas remitidas por REPSOL, CEPSA y BP al requerimiento de información efectuado por la Dirección de Competencia con fecha 27 de abril de 2017, en relación con los posibles errores o contradicciones detectados por la Dirección de Energía de la CNMC en su informe de 27 de abril de 2017.
- 1. Evolución de la estructura contractual de las redes de estaciones de servicio de REPSOL, CEPSA Y BP en España desde la resolución de 30 de julio de 2009**

Actuaciones desarrolladas

En relación con el examen general de la evolución de las redes de distribución minorista de carburantes para la automoción de estos tres operadores petroleros en España, la resolución de 27 de julio de 2017 indicaba que el mismo debía permitir analizar la evolución de dichas redes de estaciones de servicio durante los últimos ocho años y su adecuación a las obligaciones establecidas por la resolución de 30 de julio de 2009.

Concretamente, dicho estudio debía precisar:

- ✓ El número y clase de las estaciones de servicio pertenecientes a la red del operador en diciembre de cada año natural desde el año 2009.
- ✓ El porcentaje de dichas estaciones afectadas por el cumplimiento de la citada resolución.
- ✓ La evolución anual de los distintos tipos de relaciones contractuales existentes en casa uno de los operadores teniendo en cuenta (i) la tipología habitualmente empleada en el análisis de las Autoridades de Competencia (COCO, DOCO, CODO y DODO), incluyendo (ii) los distintos subtipos existentes en cada una de ellas (agencia pura o genuina, agencia no genuina, reventa, etc.).

Además, la resolución de 27 de julio de 2017 encomendaba la valoración de 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)”.

A tales efectos, la Dirección de Competencia, ha procedido a través de requerimientos de información periódicos (indicados con anterioridad), a recabar los datos correspondientes a la composición, por tipo de vínculo contractual, de cada uno de los operadores petroleros señalados.

2. Evolución estructural de las redes de estaciones de servicio de REPSOL, CEPSA Y BP

La tabla del anexo 3 del informe de vigilancia elevado a Sala recoge los datos recopilados por la Dirección de Competencia en el marco de la última fase de vigilancia de referencia, mostrando la evolución experimentada por las respectivas redes de estaciones de servicio de REPSOL, CEPSA y BP en España.

Concretamente, de conformidad con lo establecido en la resolución de 27 de julio de 2017, los datos de la tabla reflejan el número de estaciones de servicio obrantes en las respectivas redes a 31 de diciembre de cada uno de los años comprendidos en el periodo 2009-2018⁹⁴, desglosados por tipo y subtipo de vínculo contractual:

- ✓ Estaciones de servicio COCO: En el caso de REPSOL, se recogen también las estaciones de servicio COCO que han pasado a regirse por el modelo Consigna;
- ✓ Estaciones de servicio CODO: (i) contratos de reventa referenciados a precio de referencia, (ii) contratos de reventa referenciados a índice Platt's y (iii) contratos de comisión. En el caso de REPSOL, se señala además (iv) el número de contratos de modelo Consigna con vínculos previos CODO⁹⁵.
- ✓ Estaciones de servicio DOCO⁹⁶;

⁹⁴ En el caso de BP los datos se han recopilado hasta el 31 de diciembre de 2017, ya que, a juicio de la Dirección de Competencia, este operador petrolero ha acreditado la adaptación de sus estaciones de servicio CODO/Comisión a la citada fecha.

⁹⁵ Los datos del expediente confirman que CEPSA y BP no han suscrito ningún contrato CODO en régimen de agencia pura o genuina.

⁹⁶ Según REPSOL, el régimen de las estaciones de servicio DOCO sería similar o equiparable al de las estaciones de servicio COCO, por lo que considera que los datos correspondientes a estas tipologías deberían contemplarse de manera conjunta (folio 16636). No obstante, la Dirección de Competencia ha estimado conveniente mantener la diferenciación entre ambos regímenes contractuales, dado que se trata de tipologías delimitadas en los precedentes nacionales en la materia, y que así se especificaba en la resolución de 27 de julio de 2017.

- ✓ Estaciones de servicio DODO: (i) contratos de reventa referenciados a precio de referencia, (ii) contratos de reventa referenciados a índice Platt's y (iii) contratos de comisión.

Asimismo, la siguiente tabla refleja, para cada operador petrolero, el número de estaciones de servicio inicialmente afectadas por la resolución de 30 de julio de 2009, en lo que se refiere a la prohibición de que el precio de adquisición del combustible se referencie al PVP máximo o recomendado de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno. Es decir, tanto el número inicial de estaciones de servicio CODO cuya adaptación ha sido objeto de análisis en el presente informe, como de las estaciones de servicio DODO, que fueron adaptadas por REPSOL, CEPSA y BP en cumplimiento de la Ley 11/2013⁹⁷.

EES AFECTADAS POR LA RESOLUCIÓN DE 30/07/2009					
OPERADOR PETROLERO	CODO		DODO		TOTAL
	Comisión	Reventa Precio de Referencia	Comisión	Reventa Precio de Referencia	
REPSOL	IDEN	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
CEPSA	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
BP	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]

Fuente: Elaboración de la DC con datos del expediente.

3. Análisis y valoración

Sobre la base los datos anteriores, la Dirección de Competencia extrae las siguientes apreciaciones en relación con cada una de las redes de estaciones de servicio de los referidos operadores petroleros en España:

➔ Red de estaciones de servicio de REPSOL:

A finales del año 2009, la red de estaciones de servicio de este operador estaba formada por **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio. A 31 de diciembre de 2018 su red ha pasado a tener **[CONFIDENCIAL]** instalaciones (un 7% menos que en el año 2009).

De las estaciones de servicio existentes en 2009, este operador petrolero controlaba, de manera directa o indirecta, el PVP de un 94,7%⁹⁸ del total de su red de distribución minorista de carburantes de automoción.

⁹⁷ Folio 13286 y 14033 (datos REPSOL), folio 10089 (datos CEPSA) y folios 13234 y 16743 (datos BP).

⁹⁸ **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio COCO, CODO/Reventa precio de referencia, CODO/Comisión, DODO y DODO/Comisión.

Una vez vencido el plazo establecido por REPSOL para la adaptación de sus estaciones de servicio CODO, a 31 de diciembre de 2018, el número de estaciones de servicio sobre las que el operador petrolero ha pasado a controlar directamente el PVP es de **[CONFIDENCIAL]**⁹⁹, esto es, un 70,3% del total de su red.

Por una parte, la disminución de este porcentaje se basa fundamentalmente, además de la reducción de la red, en las modificaciones establecidas por la Ley 11/2013, que obligaba a la adaptación de los contratos DODO. No obstante, el hecho de que REPSOL continúe controlando el precio en un alto porcentaje de estaciones de servicio de su red se debe principalmente a la estrategia de cumplimiento de las resoluciones de la CNMC implementada por REPSOL, y en particular, y como se ha puesto de manifiesto en este informe, al traspaso de las estaciones reventa a precio de referencia y comisión impropia al régimen económico de suministro de agencia pura (modelo Consigna).

Todo ello, se entiende sin perjuicio de que las estaciones de servicio CODO, sobre las que REPSOL aún mantenga su capacidad de influir en el PVP, seguirán pendientes del cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones objeto de vigilancia¹⁰⁰.

➔ Red de estaciones de servicio de CEPSA:

A 31 de diciembre de 2009, la red de CEPSA en España contaba con unas **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio, teniendo capacidad para controlar, de forma directa o indirecta, el PVP de **[CONFIDENCIAL]** de las mismas (un 98,9%, folio 10089).

Nueve años más tarde, a 31 de diciembre de 2018, la red de CEPSA se ha incrementado ligeramente (**[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio, un 2,6%).

Aunque el número de estaciones COCO ha repuntado ligeramente, es evidente que como consecuencia de la estrategia llevada a cabo por CEPSA para el cumplimiento de las resoluciones de la CNMC (fundamentalmente la conversión de las estaciones CODO en revendedores a precio Platt's) ha disminuido el número de estaciones de servicio de la red sobre las que CEPSA tiene un control directo sobre el PVP **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio COCO y DOCO (esto es, un 44% del total de estaciones de servicio existentes en la red de este operador a 31 de diciembre de 2018).

⁹⁹ Suma de las estaciones de servicio COCO, modelo Consigna, DOCO y de las CODO que no han sido objeto de transformación.

¹⁰⁰ Esto es, las **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión y **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/reventa a precio de referencia, subsistentes a 1 de enero de 2019 (si bien, según el escrito de REPSOL de 8 de abril de 2019, a finales del primer trimestre de 2019 el número de estaciones de servicio CODO/Comisión se redujo a **[CONFIDENCIAL]**).

➔ Red de estaciones de servicio de BP:

A finales del año 2009, la red de BP estaba formada por [CONFIDENCIAL] estaciones de servicio, de las que [CONFIDENCIAL] (un 92,9%)¹⁰¹, eran estaciones cuyo PVP era controlado, de manera directa o indirecta, por el operador petrolero.

A finales del año 2017, una vez finalizado el periodo de adaptación de las estaciones de servicio CODO de este operador, su red había aumentado ligeramente, pasando a estar integrada por [CONFIDENCIAL] instalaciones (un 1,8% más). No obstante, al final de este periodo, BP ha pasado a controlar, de manera directa, el PVP de únicamente tres estaciones COCO, lo que representa el 0,5% de su red.

Análisis y valoración de las respuestas remitidas por REPSOL, CEPSA y BP en relación con los posibles errores o contradicciones detectados por la Dirección de Energía de la CNMC en su informe de 27 de abril de 2017.

1. Actuaciones desarrolladas

El informe de la Dirección de Energía de la CNMC de 18 de abril de 2017 alertaba de que REPSOL, CEPSA y BP realizaban envíos al entonces MINETAD correspondientes a estaciones de servicio cuyos gestores declaran tener vínculo DODO. De ser cierto, supondría la fijación del precio de estas estaciones de servicio, pese a que la Dirección de Competencia había asegurado que se trataba de estaciones de servicio adaptadas a la Ley 11/2013.

Asimismo, la Dirección de Energía había observado envíos de precios por parte de estos operadores a estaciones de servicio cuyo gestor declaraba tener suscrito un contrato CODO/Venta en firme, lo que respondería a modelos de contratos donde aún existía el precio recomendado por el mayorista.

Como consecuencia de estas apreciaciones, la Dirección de Energía manifestó que resultaba oportuno instar a estos operadores petroleros a contrastar con los gestores de sus puntos de venta la veracidad de los vínculos contractuales informados al MINETAD y verificar que, en caso de errores, éstos procederían a notificar al referido Ministerio los cambios oportunos.

En consecuencia, la Dirección de Competencia, con carácter previo a la resolución de 27 de julio de 2017 (concretamente, el 27 de abril de 2017), dirigió sendos escritos (folio 9211) requiriendo a REPSOL, CEPSA y BP:

“De acuerdo con lo anterior se le requiere para que revise y confirme que los envíos de precios que realiza al MINETAD en cuanto a contratos

¹⁰¹ Estaciones de servicio COCO, CODO/Reventa precio de referencia, CODO/Comisión, DODO/Reventa precio de referencia y DODO/Comisión.

*DODO/CODO es correcta, **procediendo, en su caso, a contrastar con los gestores la información y verificar que se informa adecuadamente al Ministerio de los errores y cambios oportunos**¹⁰², informando a esta Dirección puntualmente del resultado de las acciones realizadas”.*

Con fecha 23 de junio de 2017 (folios 9233-9240) tuvo entrada en la CNMC escrito de CEPSA en respuesta al citado requerimiento, mientras que la respuesta de BP tuvo lugar el 3 de julio de 2017 (folios 9267-9272), completado mediante escrito de 5 de octubre de 2017 (folios 9433-9453).

Por su parte, la respuesta de REPSOL al citado requerimiento tuvo lugar mediante escritos de 31 de julio de 2017 (folios 9341 a 9345) y 8 de agosto de 2017 (folios 9350 a 9355).

2. Análisis y valoración de las respuestas

Con respecto a las discrepancias detectadas por el referido informe de la Dirección de Energía de la CNMC, los tres operadores petroleros han coincidido en señalar la inexactitud de la base de datos del entonces MINETAD, a efectos de lo cual han procedido a comunicar al mismo dichos errores, toda vez que la responsabilidad de los datos censales, en el caso de las estaciones de servicio DODO y CODO/Reventa en firme, corresponde exclusivamente a los gestores de las instalaciones, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Orden ITC/2308/2007¹⁰³.

En particular, REPSOL procedió a comunicar al referido Ministerio, mediante comunicación de 3 de agosto de 2017 (folio 9352), la relación de instalaciones cuyo vínculo censal no se correspondía con el mantenido realmente con el operador petrolero.

Asimismo, REPSOL informó a la Dirección de Competencia que se había procedido a comunicar a cada uno de los gestores erróneamente clasificados la existencia de dicha discrepancia y la necesidad de clasificar correctamente su instalación en el censo del Ministerio, así como de mantener actualizada dicha información.

Por su parte, CEPSA también manifestó a la Dirección de Competencia que había procedido a solicitar a estos gestores la subsanación de la información remitida a dicho censo. A juicio de CEPSA, estos errores serían consecuencia de las

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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.

dificultades interpretativas que plantea la propia página web del Ministerio, que induciría al error a los citados operadores (folio 9234).

De igual forma, BP, tras detectar la existencia de estaciones de servicio erróneamente clasificadas, también procedió a enviar comunicaciones a los correspondientes gestores intimándoles a corregir dichos datos del censo del actual Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y, en caso de no proceder a su subsanación, advirtiéndoles de la subsiguiente comunicación de tal omisión al Ministerio a los efectos oportunos (folios 9508 a 9512)¹⁰⁴.

Con base en lo anterior, la Dirección de Competencia considera que, si bien se trata de una información cuya veracidad es responsabilidad de los correspondientes gestores de estaciones de servicio, tanto REPSOL como BP han procedido a cumplir con el mandato del Consejo establecido en su resolución de 27 de julio de 2017, esto es, a contrastar con los gestores la información y verificar que se informa adecuadamente al Ministerio de los errores detectados. No obstante, la actuación llevada a cabo por CEPSA, solicitar a los gestores la subsanación de la información remitida, sin ninguna verificación posterior, no permite dar por satisfecho el requerimiento del Consejo en la citada Resolución.

III. 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, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), 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

¹⁰⁴ BP ha realizado actuaciones adicionales tendentes a asegurar la corrección de la información censal suministrada por sus gestores, como la elaboración de una guía orientativa para facilitar la remisión de estos datos (folios 9515 a 9518).

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 la propuesta remitida por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 29 de enero de 2020 en torno al 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 autorización¹⁰⁵ en los que se declaró que los operadores afectados por la presente vigilancia (REPSOL, CEPESA 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

¹⁰⁵ 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.

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) confirmó 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 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 de la CNC 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 trataba 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 empleo¹⁰⁶.

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 mayorista¹⁰⁷ y minorista, con el fin de incrementar la competencia efectiva en el sector y reducir las barreras de entrada a nuevos entrantes.

¹⁰⁶ Con entrada en vigor el 28 de julio de 2013.

¹⁰⁷ 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

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.

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:

almacenamiento que tienen obligación de acceso de terceros en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.

*“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**¹⁰⁸ desde la entrada en vigor de la presente Ley. Estos contratos no podrán incluir cláusulas que, directa o indirectamente, obliguen a su renovación, reputándose en todo caso nulas las así incluidas.*

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

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

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

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.- 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 de las actuaciones ejecutadas por REPSOL para la adaptación de sus EESS CODO/Comisión.

En su informe de vigilancia de 29 de enero de 2020 la Dirección de Competencia ha sintetizado el análisis realizado a lo largo de la última fase del expediente de vigilancia para dar respuesta a las cuestiones planteadas por esta Sala en la resolución de 27 de julio de 2017 para determinar el cumplimiento por REPSOL de lo dispuesto en las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en el particular relativo a sus estaciones con vínculos contractuales CODO/Comisión.

Según señala el órgano de vigilancia este examen ha comprendido:

- (i) la evaluación de la misma naturaleza de la solución propuesta por el operador petrolero para la adaptación de los referidos contratos, mediante la implantación de un nuevo modelo de negocio que elimina la condición de empresarios independientes de los gestores de las estaciones de servicio (el modelo Consigna),
- (ii) los posibles efectos que tal transformación o toma de control directo sobre un considerable número de gestores, previamente independiente, hayan podido tener sobre la competencia intramarca de la red de REPSOL, y
- (iii) el grado efectivo de implementación de la solución propuesta en el plazo fijado por el propio operador.

Por lo que se refiere a la primera cuestión (esto es, la verificación de la efectiva traslación del riesgo del gestor comisionista al operador petrolero), la Dirección de Competencia, tras analizar las condiciones contractuales del modelo Consigna conforme a los criterios delimitados por la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea en la materia, concluye que el entramado contractual sobre el que desarrolla este modelo de negocio dispensa a los gestores del ejercicio de

funciones o responsabilidades que económicamente se asemejen a las de un operador económico independiente, por no contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y comerciales significativos vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros.

En consecuencia, la Dirección de Competencia considera que el modelo Consigna es una medida que, efectivamente, transforma la naturaleza de los gestores comisionistas o agentes impuros que se adhieran al mismo, pasando de la condición de empresarios independientes sometidos a las normas de competencia a meros agentes del operador petrolero no sometidos a las mismas.

Sin embargo, la Dirección de Competencia se reafirma igualmente en las valoraciones expresadas en su anterior informe parcial de vigilancia de 3 de mayo de 2017, recogidas en la resolución de 27 de julio, según la cual, la solución arbitrada a través de la implantación del modelo Consigna:

- ✓ Aunque aceptable desde el punto de vista jurídico, no es la solución más favorecedora de la competencia, al permitir al primer operador español el control directo de los PVP de un considerable número de estaciones de servicio previamente independientes.
- ✓ Esta conclusión fue confirmada por el informe de la Dirección de Energía de la CNMC de 18 de abril de 2017, emitido en el marco del expediente de vigilancia de referencia, en el que se afirmaba que tal transformación de los contratos *“no es la solución propicia desde el punto de vista del fomento de la competencia”*.

La Dirección de Competencia señala que esta apreciación sobre el carácter no pro competitivo del modelo Consigna como solución de cumplimiento propuesta por REPSOL queda confirmada en las conclusiones alcanzadas por la propia Dirección en relación con los efectos derivados de la implantación de dicha estrategia sobre la competencia intramarca de la red de estaciones de servicio de REPSOL, segunda cuestión del análisis desarrollado en cumplimiento de la resolución de 27 de julio de 2017.

A juicio de la Dirección de Competencia, **la implantación del modelo Consigna, lejos de suponer un cambio en la política de precios practicada por el operador petrolero sobre sus antiguos gestores CODO/Comisión, ha actuado como una estrategia para regularizar, desde un punto de vista formal, la situación preexistente, calificada como anticompetitiva por las resoluciones** objeto de vigilancia en el marco del presente expediente.

En particular, bajo el paraguas de una nueva modalidad contractual que se encuentra excluida del ámbito bajo la óptica de la LDC, REPSOL se ha visto legitimado para continuar fijando directamente el PVP de las estaciones de servicio CODO/Comisión adheridas al modelo Consigna.

Por ello, la Dirección de Competencia considera que la estrategia propuesta por REPSOL como medida de cumplimiento para los referidos vínculos contractuales, aunque legítima, se aparta de lo pretendido por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013.

Junto a estas consideraciones y, tras analizar y verificar el procedimiento y calendario de implantación del modelo Consigna por REPSOL, la Dirección de Competencia señala que **REPSOL ni siquiera ha completado la ejecución de la estrategia Consigna**

Concretamente, **a 1 de enero de 2019** (fecha límite fijada por la propia REPSOL que constituye un lapso de casi 10 años después desde la adopción de la resolución de 30 de julio de 2009), **el citado operador mantenía [CONFIDENCIAL] contratos en régimen CODO/Comisión¹⁰⁹ y [CONFIDENCIAL] contratos en régimen CODO/Reventa en firme**. Situación resultante, según REPSOL, de la imposibilidad de imponer a los gestores de las estaciones de servicio un cambio de régimen contractual.

Port el contrario, en el informe de vigilancia elevado a Sala, la Dirección de Competencia estima que REPSOL **no ha adoptado las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones a las que venía obligado desde el año 2009**, y cuyo incumplimiento ya fue declarado por la resolución de 20 de diciembre de 2013 (y sancionada por resolución de 12 de marzo de 2015 (expte. SNC/0032/13)).

Como ha quedado acreditado en el marco de la presente fase de la vigilancia, **REPSOL no ha recurrido a ninguna vía de cumplimiento alternativa** ante la negativa o ausencia de manifestación por el gestor de la adhesión al modelo Consigna, más allá de esperar al vencimiento del contrato CODO¹¹⁰ cuyas condiciones comerciales debían adaptarse a parámetros competitivos.

La Dirección de Competencia recuerda que el objeto del expediente de vigilancia VS/0652/07 no es la verificación de la efectiva implantación del modelo Consigna por REPSOL entre las estaciones CODO de su red, **sino la vigilancia de la**

¹⁰⁹ Sin perjuicio de que, como se ha señalado previamente, según la información facilitada por REPSOL en su escrito de 8 de abril de 2019, a finales del primer trimestre de 2019 el número de estaciones de servicio en régimen CODO/Comisión de su red se había reducido a **[CONFIDENCIAL]**.

¹¹⁰ Así como, en su caso, al vencimiento del derecho real en los casos en los que la titularidad de la nuda propiedad de las instalaciones correspondiera al gestor o a un tercero distinto de REPSOL.

ejecución y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013¹¹¹.

Por tanto, y dado que las resoluciones dictadas por el Consejo de la CNMC son de obligado cumplimiento para los sujetos infractores¹¹², la Dirección de Competencia considera que REPSOL debería haber adecuado sus contratos CODO a lo dispuesto en las referidas resoluciones, **a más tardar el 31 de diciembre de 2018.**

Todo ello, **con independencia de las medidas adoptadas por el operador a tales efectos**, ya sea mediante la modificación del régimen contractual (modelo Consigna, reventa indiciada a Platt's, etc.) o a través de soluciones correctoras ejecutadas unilateralmente por REPSOL (por ejemplo, referenciando la fórmula de cálculo del precio de adquisición o transferencia a parámetros objetivos), pues lo verdaderamente relevante, a juicio de la Dirección de Competencia es que, a la citada fecha, los distribuidores CODO de la red REPSOL no se vieran desincentivados a la realización de descuentos sobre el PVP de los carburantes distribuidos y que este operador no tuviera la capacidad para fijar indirectamente el mismo.

Esta circunstancia viene a confirmar, en opinión de la Dirección de Competencia, que la **no finalización en plazo de la estrategia de cumplimiento propuesta por REPSOL es responsabilidad, en exclusiva, de este operador**, que no ha recurrido a todos los medios razonables que estaban a su disposición para adecuar sus contratos CODO a la normativa de Competencia.

Argumento que se ve reforzado por el rechazo sistemático de REPSOL a negociar otras alternativas de modelo de negocio propuestas por algunos de sus gestores CODO.

Por otra parte, la Dirección de Competencia señala que la opción de REPSOL de esperar a la finalización de la vigencia aquellos contratos no adheridos al modelo Consigna para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, **supone postergar la terminación del presente expediente de vigilancia sine die**, toda vez que, conforme se ha indicado con anterioridad, el vencimiento más tardío de estos contratos tendrá lugar en el año 2.114.

A juicio de la Dirección de Competencia, **REPSOL ha disfrutado de un plazo, más que holgado, para culminar la adaptación de su red de estaciones de**

¹¹¹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), artículo 41 de la LDC y artículo 42 del RDC, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

¹¹² En virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015) y artículo 62.4.c) de la LDC.

servicio CODO a lo dispuesto en los referidos pronunciamientos de la Autoridad española de Competencia.

En particular, REPSOL ha dispuesto de más de cuatro años y medio para adaptar en su totalidad estas estaciones de servicio, siendo éste el periodo temporal comprendido entre la resolución de 20 de diciembre de 2013¹¹³ (declarando el incumplimiento de lo previsto en el pronunciamiento del año 2009), y el 31 de diciembre de 2018, fecha límite delimitada por la propia REPSOL, y que fue admitida por la resolución de 27 de julio de 2017.

Por todo ello, tras ejecutar las intimaciones ordenadas en la resolución de 27 de julio de 2017, la Dirección de Competencia propone al Consejo de la CNMC que declare el incumplimiento por REPSOL de lo dispuesto en el resuelve tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el resuelve tercero, apartado 1, de la resolución de 20 de diciembre de 2013, en relación con los siguientes contratos subsistentes a 1 de enero de 2019: (i) **[CONFIDENCIAL]** contratos CODO en régimen de comisión o agencia impura¹¹⁴ y (ii) **[CONFIDENCIAL]** contratos CODO en régimen de reventa a precio de referencia, cuyas condiciones comerciales no se adecuan a lo dispuesto en las referidas resoluciones.

2. Valoración de la Dirección de Competencia respecto de las actuaciones ejecutadas por CEPSA para la adaptación de sus estaciones de servicio codo/comisión

En su informe de vigilancia de 29 de enero de 2020 la Dirección de Competencia considera adecuadas las medidas implementadas por CEPSA para adaptar sus contratos CODO/Comisión a lo dispuesto en las resoluciones objeto de vigilancia en el marco del presente expediente.

En particular, al menos desde la declaración de incumplimiento de la resolución de 20 de diciembre de 2013, CEPSA ha procedido a la transformación estructural de estos vínculos contractuales. Principalmente, a través de la suscripción de contratos de reventa referenciados a índice Platt's, solución considerada por la Autoridad de Competencia española como un elemento dinamizador de la libre competencia en el mercado de distribución minorista de carburantes de automoción en estaciones de servicio, ya que favorece la libre fijación por el

¹¹³ Como se refiere en los antecedentes de la presente resolución mediante auto de 7 de abril de 2014, la Audiencia Nacional denegó la medida cautelar de suspensión de esta resolución, solicitada por REPSOL en el marco del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma.

¹¹⁴ Sin perjuicio de que, como se ha señalado previamente, según la información facilitada por REPSOL en su escrito de 8 de abril de 2019, a finales del primer trimestre de 2019 el número de estaciones de servicio en régimen CODO/Comisión de su red se había reducido a **[CONFIDENCIAL]**.

distribuidor minorista del PVP de los combustibles objeto de suministro en exclusiva.

En concreto, este operador petrolero, a 1 de enero de 2019, ha suscrito con gestores comisionistas CODO un total de **[CONFIDENCIAL]** contratos de reventa referenciada a Platt's, lo que supone un 59% del total de estaciones de servicio subsistentes con vínculos contractuales sometidos a cumplimiento.

Precisamente, dado que la ejecución de esta estrategia se encuentra supeditada a su aceptación por los correspondientes gestores, CEPSA, con objeto de solventar las eventuales negativas a tal novación contractual, ha ideado una solución de cumplimiento alternativa: la aplicación unilateral de una fórmula de fijación del precio de transferencia (PVP máximo) que comunica a sus estaciones de servicio CODO/Comisión.

A estos efectos, al menos desde mayo de 2014 (como se recoge en la resolución de 27 de julio de 2017), CEPSA ha venido colaborando con la Dirección de Competencia para la delimitación de una fórmula que se adecúe a los criterios de las Resoluciones objeto de vigilancia.

En particular, CEPSA ha venido aplicando a las estaciones de servicio CODO/Comisión subsistentes la fórmula inicialmente propuesta, que fue comunicada a los correspondientes gestores el 25 de septiembre de 2015.

Con respecto a la fórmula propuesta por CEPSA el 6 de octubre de 2016, que introducía la referencia al precio de la moda provincial (como factor corrector de la fórmula inicial), la Dirección de Competencia considera que ha quedado demostrado que este parámetro moda provincial no se adecúa a los criterios de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, básicamente porque (i) desincentiva al gestor la aplicación de descuentos con cargo a su comisión y (ii) resulta fácilmente influenciado por REPSOL, CEPSA y BP, en caso de que los mismos coordinasen tácitamente su comportamiento (riesgo que se vería facilitado por el hecho de que el primero de estos operadores petroleros haya pasado a ostentar el control directo del PVP de un ingente número de estaciones de servicio, a través de la implantación del modelo Consigna).

Por el contrario, la Dirección de Competencia estima que, además de atender a criterios objetivos, la fijación del precio del tercer cuartil provincial como límite máximo del PVP (precio de transferencia), que CEPSA comunica a sus gestores CODO/Comisión, constituye un incentivo para que estos últimos realicen descuentos sobre este precio, pues se trata de un parámetro que implica la existencia de un 25% de estaciones de servicio con precios superiores en media.

Asimismo, dado que ha quedado acreditado que se trata de una referencia difícilmente influenciable por los operadores petroleros con mayor cuota en el mercado analizado, la Dirección de Competencia considera que se trata de una medida suficiente para evitar que CEPSA acabe fijando indirectamente por esta vía el PVP aplicado por estas estaciones de servicio.

3. Valoración de la Dirección de Competencia de las actuaciones ejecutadas por BP para la adaptación de sus estaciones de servicio CODO/comisión.

En su informe de vigilancia de 29 de enero de 2020 la Dirección de Competencia considera acreditado que, tras la resolución de 20 de diciembre de 2013, que declaró el incumplimiento por BP de la resolución de 30 de julio de 2009, el citado operador petrolero procedió a diseñar y ejecutar una estrategia con objeto de adaptar las EESS CODO/Comisión a las obligaciones derivadas de las citadas resoluciones.

Con anterioridad, durante el periodo comprendido entre la resolución de 30 de junio de 2009 y el escrito de BP de 4 de noviembre de 2015, el operador había procedido a transformar, mediante la modificación de los términos contractuales o la negativa a prorrogar la vigencia del contrato, **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión de un total de **[CONFIDENCIAL]** inicialmente sometidas al cumplimiento de la resolución de 30 de julio de 2009.

Esta estrategia de cumplimiento se basó en la ejecución de dos medidas:

- La primera, ejecutada **en mayo del año 2014**, consistió en dejar de comunicar precios máximos a los gestores de las estaciones de servicio, siendo calificada por la resolución del Consejo de la CNMC de 29 de enero de 2015 (expediente SNC/0034/13 BP), como una medida adecuada de cumplimiento del dispositivo tercero de la resolución de 30 de junio de 2009, si bien en relación con los contratos de reventa.

En ejecución de esta política, BP, al menos en los contratos de venta en firme suscritos en el año 2016 en sustitución del régimen de comisión impropia, ha introducido una cláusula por la que se atribuye al gestor de la estación de servicio la facultad de fijar libremente los PVP, según su propio criterio e interés.

- La segunda medida de cumplimiento, comunicada a la DC el **4 de noviembre de 2015**, consistía en la implantación de un procedimiento para la conversión obligatoria de las **[CONFIDENCIAL] estaciones de servicio**

con vínculos contractuales subsistentes en esa fecha¹¹⁵, en contratos de venta en firme sin recomendación de precio, conforme a un calendario de actuaciones determinado por la fecha de vencimiento de los respectivos contratos.

La documentación recabada en cumplimiento del este mandato evidencia que el operador petrolero suscribió, **entre los meses de enero y octubre el año 2016**, un total de **[CONFIDENCIAL]** contratos de venta en firme, sin recomendación de precio, en sustitución de vínculos contractuales previos CODO/Comisión (bien con los mismos gestores o, **[CONFIDENCIAL]**, con un nuevo titular)

Para lograr que las restantes **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión estuviesen adaptadas antes del primer semestre de 2017, BP procedió de la siguiente forma, según ha quedado acreditado en el marco del expediente de referencia:

- ✓ Intento de venta de **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio. No obstante, ante la previsible no consecución de este objetivo en plazo, BP suscribió un contrato de venta en firme con **[CONFIDENCIAL]** y en **[CONFIDENCIAL]**, optó por la aplicación unilateral de este régimen a partir del 1 de julio de 2017 (previa comunicación de los nuevos términos contractuales en el mes de junio).
- ✓ En las **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio restantes, BP optó por comunicar, durante el mes de junio de 2017, la aplicación unilateral del régimen de venta en firme, a partir del **1 de julio de 2017**, en caso de no aceptación de tales condiciones por los gestores correspondientes.

Como resultado de esta estrategia, según se desprende de la documentación obrante en el expediente, finalmente se firmaron **[CONFIDENCIAL]** nuevos contratos bajo el régimen de venta en firme sin recomendación de precio, se resolvió un contrato de mutuo acuerdo con el gestor y en otros **[CONFIDENCIAL]** casos los nuevos términos contractuales fueron modificados unilateralmente por el operador petrolero. En relación con la relación contractual judicializada, BP también procedió a aplicar de forma unilateral el régimen de venta en firme sin recomendación de precio.

Por todo ello, la Dirección de Competencia considera que BP ha acreditado que, desde el 1 de julio de 2017, ha completado de forma efectiva el proceso de adaptación de las estaciones de servicio que operaban bajo el régimen CODO/Comisión y propone al Consejo de la CNMC que declare el cumplimiento

¹¹⁵ Como se ha indicado anteriormente, BP ya había transformado **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión de un total de **[CONFIDENCIAL]** inicialmente sometidas al cumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009.

por BP en relación con la adaptación efectiva de la red de estaciones de servicio CODO/Comisión a lo dispuesto en el dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el dispositivo tercero (apartado primero) de la resolución de 20 de diciembre de 2013.

3. Propuesta elevada a la Sala de Competencia

A la vista de todo lo actuado en el marco del presente expediente de vigilancia, la Dirección de Competencia propone al Consejo de la CNMC:

1. Que se den por adecuadamente realizadas las diligencias e investigaciones propuestas a la Dirección de Competencia en el fundamento de derecho séptimo de la resolución de 27 de julio de 2017.
2. Que declare el incumplimiento por REPSOL de lo dispuesto en el resuelve tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, así como en el resuelve tercero, apartado 1, de la resolución de 20 de diciembre de 2013, en relación con los contratos sujetos al cumplimiento de la resolución subsistentes a 1 de enero de 2019 y hasta el 22 de octubre de 2019, cuyas condiciones comerciales no se adecuan a lo dispuesto en las referidas Resoluciones.

Asimismo, que declare que la fórmula aplicada unilateralmente por REPSOL con fecha 22 de octubre, que introduce la variable precio del tercer cuartil provincial, cumple con los criterios definidos por las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos.

3. Que declare que la fórmula propuesta por CEPSA en su escrito de 1 de marzo de 2019, que introduce la variable precio del tercer cuartil provincial, cumple con los criterios definidos por las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos.

Asimismo que, a tales efectos, conceda a CEPSA (i) un plazo de un mes, a contar desde la fecha de notificación de la resolución que en su caso dicte el Consejo, para que proceda a adoptar las medidas necesarias para la aplicación unilateral y efectiva de la fórmula “precio tercer cuartil provincial” a todos y cada uno de los contratos CODO/Comisión subsistentes a esa fecha **[CONFIDENCIAL]**, así como (ii) un plazo de 15 días adicionales, a contar desde el vencimiento del plazo de dos meses, para remitir a esta Dirección de Competencia la acreditación documental de todas las

modificaciones contractuales realizadas a estos efectos y de su aplicación efectiva.

4. Que declare el cumplimiento por BP en relación con la adaptación efectiva de la red de estaciones de servicio CODO/Comisión a lo dispuesto en el Dispositivo Tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, así como en el Dispositivo Tercero (apartado primero) de la Resolución de 20 de diciembre de 2013.
5. Que considere cumplido por parte de las tres operadoras el requerimiento del Consejo establecido en su resolución de 27 de julio de 2017, respecto a la verificación de la información remitida al actual Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico sobre los vínculos contractuales de las estaciones de servicio.

QUINTO.- Valoración de la Sala de Competencia

En el informe de vigilancia elevado el pasado 29 de enero de 2020, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala del Consejo de la CNMC adoptar una 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 la operadora BP OIL ESPAÑA, S.A. y de CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. en lo que se refiere a la fórmula propuesta en su escrito de 1 de marzo de 2019, así como la declaración de un incumplimiento parcial de las obligaciones impuestas en la citada resolución de 30 de julio de 2009 por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.

Estas declaraciones de cumplimiento e incumplimiento parcial mediante resolución se proponen por la Dirección de Competencia sin perjuicio de la continuidad del expediente de vigilancia en lo que respecta a la acreditación por parte de los operadores del cumplimiento real de las propuestas que requieren de un tiempo para su ejecución total. Por ello el órgano de vigilancia propone una obligación de informar a la CNMC del resultado final de dicha implantación.

A la vista de los hechos, actuaciones y antecedentes recogidos en el cuerpo de la presente resolución y de los razonamientos que se exponen a continuación, esta Sala considera que resulta necesario un análisis separado de la situación específica de cada una de las operadoras que fueron sancionadas en la resolución de 30 de julio de 2009, dada las diferentes soluciones y actuaciones desarrolladas por cada una de ellas durante los últimos diez años y la distinta evolución que ha experimentado la política de precios en su red de estaciones de servicio abanderadas durante todo el periodo de vigilancia.

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 diciembre de 2013 ni tampoco, para determinados contratos, durante los años siguientes, según los calendarios de cumplimiento presentados por las mismas.

1.- Actuaciones ejecutadas por REPSOL para la adaptación de sus EESS CODO/Comisión.

En relación con REPSOL, en el informe de vigilancia de 29 de enero de 2020 la Dirección de Competencia propone la adopción de una doble declaración:

- Por un lado, declarar el incumplimiento por parte de REPSOL de lo dispuesto en el resuelve tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el resuelve tercero, apartado 1, de la resolución de 20 de diciembre de 2013, en relación con los contratos sujetos al cumplimiento de la resolución subsistentes, entre el 1 de enero de 2019 y el 22 de octubre de 2019.
- En segundo lugar, declarar asimismo que la fórmula aplicada unilateralmente por REPSOL con fecha 22 de octubre de 2019 (que introduce la variable precio del tercer cuartil provincial), cumple con los criterios definidos en ambas resoluciones, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos.

Junto a ambas declaraciones la Dirección de Competencia expone también algunas conclusiones respecto a la adopción por parte de REPSOL del denominado modelo Consigna, adoptado como una modalidad contractual preferente (al menos hasta julio u octubre de 2019) para regular sus relaciones con las estaciones de servicio de su red objeto de la presente vigilancia. Según las conclusiones finales alcanzadas por la Dirección de Competencia, la adopción de la citada modalidad contractual determina el no sometimiento de dichos contratos a la normativa de competencia, al no contemplar la asunción, por parte de los gestores de las estaciones de servicio afectadas, de riesgos financieros y comerciales significativos vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos propios de un empresario independiente. De este modo, la suscripción de dicho

contrato convierte a los gestores de estaciones de servicio abanderadas por REPSOL en simples agentes del operador petrolero.

Como se ha examinado, para alcanzar esta conclusión, la Dirección de Competencia ha procedido a analizar las condiciones contractuales incluidas en el modelo Consigna por REPSOL conforme a los criterios delimitados por la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea en la materia. Sin embargo, tal y como expone la propia Dirección de Competencia en su informe, las conclusiones del análisis realizado tienen un alcance limitado por dos razones principales:

- En primer lugar, porque el objetivo del presente expediente de vigilancia no es la verificación de la implantación del modelo Consigna entre las estaciones de la red REPSOL sino el análisis de la efectiva adecuación de las condiciones comerciales aplicadas por este operador a los gestores CODO/Comisión de su red, según criterios que garanticen la libre fijación de precios por estos últimos y cualquiera que sea la solución finalmente ejecutada por el mismo, conforme lo señalado por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013 sometidas a vigilancia.
- En segundo lugar ya que, conforme a la jurisprudencia aplicable de los tribunales españoles y europeos¹¹⁶, el análisis de los riesgos asumidos por la estación de servicio debe realizarse siempre y en todo supuesto, de manera individualizada, caso por caso, tomando en consideración el contexto de la realidad económica del correspondiente contrato, y analizando el clausulado del mismo en su integridad y su aplicación práctica, sin quedarse en la formalidad de la previsión contractual. Como subraya la Dirección de Competencia el criterio jurisprudencial expuesto se ha plasmado en las Directrices relativas a las restricciones verticales¹¹⁷, señalando, de forma expresa, que la cuestión del riesgo *“debe evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo”*.

Partiendo de estas consideraciones, la Dirección de Competencia realiza un análisis limitado al contenido contractual, que no evalúa su funcionamiento práctico en la situación específica individual de las más de 1000 estaciones de servicio afectadas por el nuevo modelo contractual de REPSOL en sus parámetros económicos, sino que circunscribe su examen a un análisis general

¹¹⁶ Las ya citadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de diciembre de 2006, en el asunto C-217/05 CEEES, de 11 de septiembre de 2008 y en el asunto C-279/06 CEPSA.

¹¹⁷ Publicadas el 10 de mayo de 2010 y que se ocupan de la cuestión de la agencia en sus apartados 12 a 21.

de las previsiones contractuales incluidas por REPSOL en el citado modelo Consigna, alcanzando de este modo un análisis formal de la citada fórmula contractual.

Por otro lado, hay que tener en cuenta el carácter general de la verificación realizada en el informe en sus apartados (45) a (54) respecto del posible carácter residual o secundario de las actividades complementarias realizadas por las estaciones de servicio afectadas por el modelo Consigna, con la finalidad de evaluar los riesgos asumidos por el comisionista. Como manifiesta expresamente la Dirección de Competencia en su apartado (46) *“A diferencia de la actividad principal, el gestor de la estación de servicio comercializa estos servicios por su cuenta y riesgo”*¹¹⁸. Es decir, el gestor de la estación de servicio puede actuar en estas actividades como un empresario independiente y no como agente de REPSOL, lo que se traduce *“en la imposición al gestor de la estación de servicio de diferentes tipos de obligaciones y, por tanto, de la asunción de diferentes niveles de riesgos comerciales y financieros en la prestación de los mismos”* (apartado 47).

Para evaluar si esta diferente asunción de riesgos en la comercialización de distintas actividades por una misma estación de servicio incide en la consideración como agente propio o impropio del gestor de la estación de servicio en lo que respecta a la venta de combustibles el informe elevado examina el volumen de ingresos generado por la comercialización de cada uno de los dos tipos de actividad señalados en una muestra limitada de tan sólo 20 estaciones de servicio de la red REPSOL, entre las 1.500 estaciones de servicio afectadas por la vigilancia y 1.000 adheridas al modelo Consigna a 31 de diciembre de 2018¹¹⁹. Los resultados de dicho análisis muestran que los ingresos complementarios pueden ser superiores al 25% en casi la mitad de los 20 casos evaluados, superando el 30% en una tercera parte de la muestra.

Como afirma la Dirección de Competencia, este resultado se encuentra en línea con las previsiones del informe de la CNE de 10 de octubre de 2012¹²⁰, que estimó que los ingresos unitarios obtenidos por un distribuidor minorista de actividades secundarias en el año 2010 suponían un 29% de los ingresos totales generados por la estación de servicio.

A la vista de lo expuesto, las denominadas actividades complementarias podrían representar un porcentaje significativo en la actividad desarrollada por

¹¹⁸ “[...] asumiendo cualesquiera costes necesarios para la explotación de la misma, incluyendo agua, electricidad, gas o cualesquiera otros” (folio 13293).

¹¹⁹ Según informa REPSOL en sus alegaciones de 25 de marzo de 2020 (folios 20455-20461).

¹²⁰ Informe sobre el mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio, en el que se emplearon los datos recabados por la empresa THE BOSTON CONSULTING GROUP (BCG), por encargo de la extinta CNE.

determinados gestores de estaciones de servicio afectados por el modelo Consigna, siendo en este caso imprescindible un análisis caso por caso para determinar si la política comercial impuesta a las citadas actividades secundarias o el resultado de explotación de las mismas junto a la actividad principal de venta de combustible, incide en los riesgos asumidos por tales gestores y determina su consideración como verdaderos empresarios independientes.

Del mismo modo, el análisis de determinados riesgos realizado por la Dirección de Competencia en su informe no puede desligarse del marco teórico y general sobre el que se realiza, expuesto a diversas variaciones posibles apuntadas en el propio informe y, en todo caso, sin que pueda en este momento verificarse la aplicación de dichas previsiones a la realidad, quedando limitado el análisis a la formalidad de la redacción contractual, o anticiparse nuevos riesgos que no hayan sido tenidos en cuenta.

Por ello la Sala, asume los planteamientos expuestos por la Dirección de Competencia, respecto al carácter de agencia genuina del contenido contractual analizado, sin perjuicio de que, en el futuro, ante la existencia o consideración de riesgos diferentes o adicionales a los considerados en este análisis o debido a la aplicación práctica de estos contratos, pudieran detectarse indicios de infracción de las normas de competencia que dieran lugar en su caso a la incoación del correspondiente expediente sancionador.

En todo caso no correspondería a esta Sala en la presente resolución decidir los supuestos en los que el modelo Consigna puede determinar el no sometimiento de los contratos suscritos a la normativa de competencia o, por el contrario, su sometimiento, lo que podría llevar aparejada una posible infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Como ha manifestado la Dirección de Competencia el objeto de la presente resolución queda limitado por Ley a la vigilancia de la resolución de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente S/0652/07, en la que se determinó la existencia de una infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE por fijación indirecta por parte de REPSOL del precio de venta al público del combustible a empresarios independientes que operan bajo su bandera. Con la adopción del modelo Consigna, REPSOL se aparta expresamente de dicha política de fijación indirecta de precios a través de los mecanismos examinados en la resolución de 30 de julio de 2009 para adoptar una política de fijación directa de los mismos a las estaciones de servicio de su red que se acojan a dicho modelo, al considerarlos no sometidos a las normas de competencia.

Pasando a examinar las propuestas del informe de la Dirección de Competencia relativas al objeto de la presente vigilancia debe examinarse en primer lugar el

posible incumplimiento por parte de REPSOL de lo dispuesto en el resuelve tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el resuelve tercero, apartado 1, de la resolución de 20 de diciembre de 2013. En relación a este incumplimiento, la Dirección de Competencia constata en su informe que a 1 de enero de 2019, REPSOL mantenía **[CONFIDENCIAL]** contratos en régimen CODO/Comisión¹²¹ y dos contratos en régimen CODO/Reventa en firme, ante la imposibilidad de imponer a los gestores de las estaciones de servicio un cambio de régimen contractual.

La Dirección de Competencia estima que REPSOL no ha adoptado las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones a las que venía obligado desde el año 2009 (cuyo incumplimiento ya fue declarado por la resolución de 20 de diciembre de 2013 y sancionado por resolución de 12 de marzo de 2015) y no ha recurrido a ninguna vía de cumplimiento alternativa ante la negativa o ausencia de manifestación por el gestor de la adhesión al modelo Consigna, más allá de esperar al vencimiento del contrato CODO cuyas condiciones comerciales debían adaptarse a parámetros competitivos.

El órgano de vigilancia señala que REPSOL ha dispuesto de un plazo superior a cuatro años (entre la resolución de 20 de diciembre de 2013 que declaró el incumplimiento de lo previsto en el pronunciamiento del año 2009, y el 31 de diciembre de 2018, fecha límite delimitada por la propia REPSOL) para adaptar en su totalidad estas estaciones de servicio.

Por todo ello, tras ejecutar las intimaciones ordenadas en la resolución de 27 de julio de 2017, la Dirección de Competencia propone a esta Sala que declare el incumplimiento por REPSOL de lo dispuesto en el resuelve tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el resuelve tercero, apartado 1, de la resolución de 20 de diciembre de 2013, en relación con los siguientes contratos subsistentes a 1 de enero de 2019: (i) **[CONFIDENCIAL]** contratos CODO en régimen de comisión o agencia impura¹²² y (ii) **[CONFIDENCIAL]** contratos CODO en régimen de reventa a precio de referencia, cuyas condiciones comerciales no se adecuan a lo dispuesto en las referidas resoluciones.

En sus sucesivas alegaciones al expediente de vigilancia REPSOL ha rechazado la existencia del incumplimiento señalado por la Dirección de Competencia

¹²¹ Sin perjuicio de que, como se ha señalado previamente, según la información facilitada por REPSOL en su escrito de 8 de abril de 2019, a finales del primer trimestre de 2019 el número de estaciones de servicio en régimen CODO/Comisión de su red se había reducido a **[CONFIDENCIAL]**.

¹²² Sin perjuicio de que, como se ha señalado previamente, según la información facilitada por REPSOL en su escrito de 8 de abril de 2019, a finales del primer trimestre de 2019 el número de estaciones de servicio en régimen CODO/Comisión de su red se había reducido a **[CONFIDENCIAL]**.

basándose en diferentes argumentos. En su escrito de alegaciones de 25 de marzo de 2020 (AH 15), REPSOL rechaza de nuevo la propuesta de la Dirección de Competencia en relación con la declaración de incumplimiento entre el 1 de enero de 2019 y el 22 de octubre de 2019 sobre la base de los siguientes argumentos:

- REPSOL considera que la declaración de incumplimiento propuesta resulta incompatible con la naturaleza del procedimiento de vigilancia definido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 8 de mayo de 2018 (recurso 527/2016) y de 22 de mayo de 2019 (recurso 1299/2018), ya que no considera posible declarar el incumplimiento de una obligación que se considera, a su vez, cumplida.
- REPSOL solicita un trato equivalente al concedido por la Dirección de Competencia a CEPSA en anteriores informes de vigilancia, dado que en el informe parcial de vigilancia de 27 de abril de 2017 la Dirección de Competencia no propuso al Consejo que declarara el incumplimiento de CEPSA en el periodo anterior a la modificación de su propuesta de compromisos, a pesar de haber propuesto la declaración de incumplimiento en la propuesta de informe de vigilancia anterior, fechada el 2 de septiembre de 2016.
- REPSOL manifiesta, además, que ha realizado sus mayores esfuerzos para proceder al cumplimiento, antes y después del 1 de enero de 2019 como acredita la continua negociación con los gestores para su conversión de los contratos al modelo Consigna.

Examinando en primer lugar la presunta incompatibilidad de la declaración de incumplimiento con la naturaleza del procedimiento de vigilancia declarada por el Tribunal Supremo la lectura de las sentencias señaladas por REPSOL no permite, en opinión de esta Sala, observar la alegada imposibilidad de declarar un incumplimiento conforme al artículo 41 LDC, en los términos señalados por la Dirección de Competencia en su informe.

Según REPSOL en la citada jurisprudencia el Tribunal Supremo ha declarado que el procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuesta por la autoridad de competencia y, en su caso, instar al cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia mediante la imposición de multas coercitivas. De tal forma que una eventual declaración de incumplimiento tiene por única finalidad incentivar el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, considera REPSOL, no se puede declarar el incumplimiento de

una obligación que se considera, a su vez, cumplida dado que ello no resulta compatible con la naturaleza del procedimiento de vigilancia.

Como expone REPSOL el alcance y límites de las declaraciones de incumplimiento en un procedimiento de vigilancia es una cuestión resuelta por el Tribunal Supremo en las sentencias de 8 de mayo de 2018 (recurso 527/2016) y de 22 de mayo de 2019 (recurso/1299/2018). Dicha doctrina ha sido refrendada este mismo año por el Alto Tribunal en sus sentencias de 4 de febrero de 2020 (AH 5, recursos 5945/2018, 5549/2018 y 6404/2018), una de las cuales resolvía un recurso de casación planteado por REPSOL (recurso 6404/2018).

En dicho recurso REPSOL realizó alegaciones relativas a la naturaleza meramente ejecutoria del procedimiento de vigilancia regulado en el artículo 41 de la LDC y las estrictas limitaciones de la posible actuación de la CNMC que coinciden parcialmente con las que plantea en el presente expediente. Sin embargo, en la sentencia de 4 de febrero de 2020 referida al recurso interpuesto por REPSOL, el Tribunal Supremo rechazó dichas alegaciones, desestimando el recurso de REPSOL, para declarar finalmente que no era preciso aclarar, matizar o corregir la jurisprudencia establecida en las citadas sentencias de 8 de mayo de 2018 y 22 de mayo de 2019, en las que se fijó el criterio sobre el alcance y contenido de las resoluciones de la CNMC en los expedientes de vigilancia. De acuerdo con dichas sentencias, el procedimiento de vigilancia, que carece de naturaleza sancionadora, tiene por objeto constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuesta por la autoridad de competencia y, en su caso, instar al cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia.

Por ello el Tribunal Supremo considera que las resoluciones de la CNMC en los expedientes de vigilancia deben limitarse a la verificación del estado de cumplimiento de lo resuelto en el expediente sancionador, y en caso de constatar un incumplimiento a instar o incentivar el cumplimiento, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas de ejecución contempladas en los citados artículos 41 de la LDC y 42 del RDC.

Sin embargo, el Tribunal Supremo añade que, aunque el expediente de vigilancia tiene vedada la adopción de las medidas y obligaciones estructurales y de comportamiento que la LDC restringe a los procedimientos sancionadores, *“la ejecución de una resolución sancionadora puede requerir en ocasiones de un período de tiempo más o menos prolongado, **o puede presentar diferentes fases o grados de cumplimiento**, o plantear diferencias sobre el debido cumplimiento entre la CNMC y las partes obligadas, por lo que la resolución del expediente de vigilancia, a los efectos de cumplir su función de incentivo de cumplimiento de lo acordado, no puede limitarse a repetir miméticamente las*

*declaraciones de la resolución sancionadora, desatendiendo el estado de la ejecución, **sino que deberá ajustarse o adaptarse a las circunstancias que exija en cada momento el debido cumplimiento de lo resuelto***”.

Por lo tanto, la doctrina jurisprudencial invocada por REPSOL reconoce expresamente la complejidad de la ejecución de una resolución sancionadora sometida a vigilancia y la posible existencia de “*diferentes fases o grados de cumplimiento*” en dicha ejecución que requieren una respuesta administrativa adaptada a las circunstancias que exija en cada momento el debido cumplimiento de la resolución sometida a vigilancia.

Nada hay, pues, en la regulación de los expedientes de vigilancia ni en la doctrina jurisprudencial aplicable que impida a la CNMC declarar el cumplimiento de ciertas obligaciones y constatar, al mismo tiempo, que durante un periodo de tiempo determinado se ha producido un incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas de la resolución sancionadora. De atender el planteamiento de REPSOL cualquier empresa podría demorar durante años la ejecución de una resolución sancionadora sin causa justificada y obviar la posible aplicación del tipo previsto en el artículo 62.4 c) de la LDC procediendo a la ejecución requerida tras la emisión del correspondiente informe de vigilancia que examinase el incumplimiento.

En todo caso, como ha declarado repetidamente la jurisprudencia examinada, la posible aplicación del tipo previsto en el artículo 62.4 c) de la LDC no corresponde a este expediente de vigilancia sino a un posterior expediente de naturaleza sancionadora, en el que REPSOL dispondrá del pleno ejercicio de sus derechos de defensa para razonar la justificación de su comportamiento y la ausencia de acreditación del incumplimiento señalado. En la presente resolución, conforme a lo dispuesto por el Tribunal Supremo, cualquier declaración de incumplimiento al amparo de la previsión del artículo 42 del RDC será una “*apreciación circunscrita al momento en que se dicta*” con “*evidente naturaleza provisional*”, tal y como señala la sentencia de 8 de mayo de 2018.

En conclusión, nada obsta y no resulta incompatible con la naturaleza del procedimiento de vigilancia definida por el Tribunal Supremo, para que esta Sala pueda declarar el incumplimiento de una obligación derivada de una resolución sancionadora sometida a vigilancia e instar a su posible investigación y sanción a la vez que se declara, finalmente, cumplida tal obligación, si ambas declaraciones se ajustan a las circunstancias del caso y a las diferentes fases o grados de cumplimiento verificados durante la vigilancia por la Dirección de Competencia.

En lo que respecta a la solicitud de trato equivalente al concedido a CEPSA en anteriores informes de vigilancia, REPSOL recuerda que, en su propuesta de informe parcial de vigilancia de 2 de septiembre de 2016, la Dirección de Competencia solicitó que se declarara el incumplimiento por CEPSA de las obligaciones establecidas por la resolución de 30 de julio de 2009. Sin embargo, tras la modificación por CEPSA de su propuesta de compromisos, la Dirección de Competencia procedió a elevar al Consejo el informe parcial de vigilancia de 27 de abril de 2017 (folio 9008) con una propuesta de declaración de cumplimiento por parte de CEPSA que no incluía una solicitud de declaración de incumplimiento por el periodo anterior a la modificación de su propuesta de compromisos, similar a la efectuada ahora. REPSOL señala adicionalmente que ha aplicado ya la fórmula de precio tercer cuartil a las escasas estaciones de servicio CODO/comisión que permanecían en su red, a diferencia de CEPSA que esperó a la declaración efectuada por la CNMC en su resolución de 2017.

La alegación de discriminación esgrimida por REPSOL no puede aceptarse. Como afirma la Dirección de Competencia las medidas de cumplimiento ejecutadas por las dos operadoras con respecto a la resolución de 30 de julio de 2009 han sido sustancialmente diferentes, como también es diferente su situación en el mercado y el número de contratos o estaciones de servicio afectadas por el expediente de vigilancia, que en el caso de REPSOL representa más del doble que el de CEPSA.

Como se ha expuesto en el cuerpo de esta resolución –y también en el informe de vigilancia elevado por la Dirección de Competencia- las estrategias de cumplimiento planteadas y ejecutadas por REPSOL y CEPSA han sido radicalmente distintas. Así, tal y como se ha visto, la ejecución planteada por CEPSA ha consistido en ofrecer a los gestores CODO comisionistas la posibilidad de una modificación de sus contratos en un régimen de venta en firme, es decir, contratos de reventa referenciados a índice Platts, en busca de un criterio objetivo para la determinación del precio de transferencia. Por el contrario, REPSOL no ha considerado la adopción de un régimen de venta en firme en sus contratos CODO/Comisión en ningún momento como estrategia principal de ejecución. Desde 2016 REPSOL ha planteado dar respuesta a la resolución de 30 de julio de 2009 a través de la implementación de un nuevo modelo de contratación (el modelo Consigna) basado en la fijación directa de precios a las estaciones de servicio afectadas, bajo la presunción de que actuaban como agentes o comisionistas puros.

Adicionalmente, para aquellos gestores que no aceptaran la modificación del régimen contractual, CEPSA propuso desde 2015 (por tanto, antes de la emisión de la propuesta de informe parcial de vigilancia de 2 de septiembre de 2016)

hasta tres fórmulas distintas con vistas a propiciar una fijación objetiva del precio de transferencia que no desincentivara la realización de descuentos por parte de la estación de servicio, tal y como exige la Resolución de 2009. A estos efectos, debe recordarse que la resolución de 27 de julio de 2017 ya señalaba que CEPSA había venido colaborando con la Dirección de Competencia desde mayo de 2014 -en la delimitación de una fórmula que se adecúe a los criterios de las resoluciones objeto de vigilancia. Del mismo modo CEPSA comunicó la fórmula inicialmente propuesta a los correspondientes gestores de su red de estaciones de servicio el 25 de septiembre de 2015.

REPSOL, hasta su escrito de alegaciones de 10 de julio de 2019 -una vez conocida la propuesta de incumplimiento de la Dirección de Competencia- no había propuesto ninguna medida adicional para aquellos gestores de estaciones de servicio que estuvieran dispuestos a adoptar el modelo Consigna, defendiendo que no tenía ninguna obligación de cumplir la resolución de 30 de julio de 2009 más allá de la proposición a las estaciones de servicio de su nuevo modelo Consigna.

Además, la medida principal llevada a cabo por REPSOL, como se ha demostrado, ha impedido los efectos positivos que, sobre la competencia intramarca de REPSOL, se hubieran podido derivar de la Resolución de 30 de julio de 2009, toda vez que dicha estrategia no ha supuesto un cambio en la política de precios de la red REPSOL, sino que lo único que se ha hecho es regularizar la situación preexistente de control de los precios, a través de la conversión de la relación contractual existente con los gestores de las estaciones CODO. Esto, por lo demás, ha quedado corroborado con los datos aportados sobre la evolución de las redes de distribución minorista de carburantes de los tres operadores petroleros en España, que ponen de manifiesto que REPSOL es el operador que continúa controlando el precio en el porcentaje más alto de estaciones de servicio de su red.

A la vista de lo expuesto, esta Sala considera que existen diferencias evidentes y apreciables entre las actuaciones de CEPSA y REPSOL durante la vigilancia de este expediente que impiden considerar discriminatoria la propuesta de declaración de incumplimiento incluida en el informe de vigilancia elevado a Sala por la Dirección de Competencia.

Finalmente, debe también desestimarse la alegación de REPSOL en la que señala que ha realizado los mayores esfuerzos para proceder al cumplimiento de las resoluciones sometidas a vigilancia, antes y después del 1 de enero de 2019, tanto a través de la negociación con los gestores de estaciones de servicio de su red para la conversión de los contratos al modelo Consigna como, finalmente,

para la implementación unilateral de la variable precio del tercer cuartil provincial a aquellas estaciones de servicio que se niegan a dicha conversión.

La exposición de las actuaciones de REPSOL incluida en la presente resolución acredita, por el contrario, que REPSOL, negó en un primer momento la necesidad de proceder a ninguna actuación de ejecución en relación a la resolución de 30 de julio de 2009; posteriormente procedió a dicha ejecución a través de una única medida, la implantación del denominado modelo Consigna, que no ha conseguido implementar de forma completa en el plazo por ella determinado.

Durante los más de 10 años transcurridos desde que la CNC dictó la resolución de 30 de julio de 2009 REPSOL no ha propuesto, sugerido ni negociado ninguna medida adicional para dar solución a los problemas de fijación indirecta de precios expuestos en la citada resolución, amparándose en la imposibilidad de modificar las relaciones contractuales establecidas con las estaciones de servicio. No es hasta su escrito de alegaciones de 10 de julio de 2019 y, con mayor concreción el 2 de octubre del mismo año, cuando REPSOL formalizó una medida adicional a las conversiones ya ejecutadas y a su oferta indefinida de conversión al modelo Consigna respecto a las estaciones de servicio CODO/comisión que permanecían en su red de RCPP y no aceptaban la conversión al Modelo Consigna: la aplicación unilateral de la fórmula propuesta por CEPSA a partir del 22 de octubre de 2019.

Por todo lo expuesto, la Sala considera que procede declarar, a los efectos previstos en el artículo 41 de la LDC, la existencia de indicios de incumplimiento por parte de REPSOL de lo dispuesto en el resuelve tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el resuelve tercero, apartado 1, de la resolución de 20 de diciembre de 2013, en relación con los contratos sujetos al cumplimiento de la resolución subsistentes, entre el 1 de enero de 2019 y el 22 de octubre de 2019.

En relación con el cumplimiento de las resoluciones sometidas a vigilancia mediante la aplicación unilateral de la referida fórmula (que introduce la variable precio del tercer cuartil provincial) a partir de la fecha señalada, la Dirección de Competencia estima en su informe de vigilancia que dicha fórmula de precios cumple con los criterios definidos en ambas resoluciones, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos.

Como se examinará a continuación respecto de la fórmula finalmente propuesta y ejecutada por CEPSA, esta Sala de Competencia estima que, en primer lugar, dicha fórmula atiende a criterios objetivos, pero, además, la fijación del precio del

tercer cuartil provincial como límite máximo del PVP (precio de transferencia) puede constituir un incentivo para que las estaciones de servicio realicen descuentos sobre este precio.

Asimismo, dado que ha quedado acreditado que se trata de una referencia difícilmente influenciada por los operadores petroleros con mayor cuota en el mercado analizado, la Sala de Competencia considera que se trata de una medida adecuada para tratar de evitar que dichos operadores acaben fijando indirectamente por esta vía el PVP aplicado por estas estaciones de servicio.

2.- Actuaciones ejecutadas por CEPSA para la adaptación de sus EESS CODO/comisión

En relación con CEPSA, en su informe de vigilancia de 29 de enero de 2020 la Dirección de Competencia propone que se declare que la fórmula propuesta por CEPSA en su escrito de 1 de marzo de 2019 cumple con los criterios definidos por las resoluciones sometidas a vigilancia, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos.

Esta Sala de Competencia coincide con la valoración del órgano de vigilancia y considera que la fórmula propuesta por CEPSA en octubre de 2016, que introducía la referencia al precio de la moda provincial (como factor corrector de la fórmula inicial) no se adecúa a los criterios de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, tanto porque desincentiva la aplicación de descuentos por el gestor de la estación de servicio con cargo a su comisión como porque resultaría fácilmente influenciada por una coordinación tácita del comportamiento de los principales operadores de petróleo en el mercado nacional (REPSOL, CEPSA y BP), riesgo que puede incrementarse cuando REPSOL tenga control directo del PVP de más de 1000 estaciones de servicio, tras la implantación definitiva del modelo Consigna.

Por el contrario, como se ha anticipado, esta Sala estima que la fórmula propuesta por CEPSA el 1 de marzo de 2019 (folios 16733 a 16736) como método de cálculo alternativo del precio de transferencia del carburante suministrado en régimen de exclusiva a las estaciones de servicio CODO/Comisión de su red atiende a criterios objetivos pero, además, a través de la fijación del precio del tercer cuartil provincial como límite máximo del PVP (o precio de transferencia), constituye un incentivo para que los gestores afectados realicen descuentos sobre este precio, pues se trata de un parámetro que, según el análisis realizado por la Dirección de Competencia, implica la existencia de un 25% de estaciones de servicio con precios superiores en media.

Asimismo, dado que ha quedado acreditado que se trata de una referencia difícilmente influenciable por los operadores petroleros con mayor cuota en el mercado analizado, esta Sala considera que se trata de una medida que puede dificultar que CEPSA pueda fijar indirectamente el PVP aplicado por estas estaciones de servicio.

A efectos del cierre de este expediente de vigilancia, CEPSA dispondrá de los siguientes plazos para la ejecución de y aplicación de la fórmula propuesta:

- (i) un plazo de dos meses, a contar desde la fecha de notificación de la presente resolución, para que proceda a adoptar las medidas necesarias para la aplicación unilateral y efectiva de la fórmula “precio tercer cuartil provincial” a todos y cada uno de los contratos CODO/Comisión subsistentes a esa fecha **[CONFIDENCIAL]**.
- (ii) un plazo de 15 días adicionales, a contar desde el vencimiento del plazo de dos meses, para remitir a la Dirección de Competencia la acreditación documental de todas las modificaciones contractuales realizadas a estos efectos y de su aplicación efectiva.

3.- Actuaciones ejecutadas por BP para la adaptación de sus EESS CODO/comisión.

En relación a BP, en su informe de vigilancia de 29 de enero de 2020 la Dirección de Competencia propone que se declare el cumplimiento de la adaptación efectiva de su red de estaciones de servicio CODO/Comisión a lo dispuesto en el dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el dispositivo tercero (apartado primero) de la resolución de 20 de diciembre de 2013.

Tal y como se ha examinado en la presente resolución tras la resolución de 20 de diciembre de 2013, BP procedió a ejecutar una estrategia para adaptar las EESS CODO/Comisión a las obligaciones derivadas de las resoluciones de 2009 y 2013.

Así, en mayo de 2014, como señaló esta Sala en su resolución de 29 de enero de 2015 (expediente SNC/0034/13 BP), BP dejó de comunicar precios máximos a los gestores de las estaciones de servicio, como medida de cumplimiento del dispositivo tercero de la resolución de 30 de junio de 2009, si bien en relación con los contratos de reventa.

Posteriormente, procedió a implementar un calendario de actuaciones para la conversión obligatoria de las **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio con vínculos contractuales subsistentes a noviembre de 2015 en contratos de venta en firme sin recomendación de precio, conforme a la fecha de vencimiento de los

respectivos contratos. De este modo, entre enero y octubre de 2016, BP suscribió un total de **[CONFIDENCIAL]** de estos contratos de venta en firme, sin recomendación de precio, en sustitución de vínculos contractuales previos CODO/Comisión.

Respecto de las restantes **[CONFIDENCIAL]** estaciones de servicio CODO/Comisión durante 2017 BP procedió a su adaptación, preferentemente a través de la aplicación unilateral del régimen de venta en firme sino resultaba posible la suscripción de nuevos contratos o la resolución de los antiguos.

Por ello, esta Sala considera que BP ha acreditado que, desde el 1 de julio de 2017, ha completado de forma efectiva el proceso de adaptación de las estaciones de servicio que operaban bajo el régimen CODO/Comisión y ha dado cumplimiento a lo dispuesto en las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013.

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 la existencia de indicios de incumplimiento por REPSOL de lo dispuesto en el resuelve tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el resuelve tercero, apartado 1, de la resolución de 20 de diciembre de 2013, en relación con los contratos sujetos al cumplimiento de la resolución subsistentes a 1 de enero de 2019 y hasta el 22 de octubre de 2019, cuyas condiciones comerciales no se adecuan a lo dispuesto en las referidas resoluciones.

SEGUNDO.- Declarar que la fórmula aplicada unilateralmente por REPSOL con fecha 22 de octubre de 2019, que introduce la variable precio del tercer cuartil provincial, cumple con los criterios definidos por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos.

TERCERO.- Declarar que la fórmula propuesta por CEPSA en su escrito de 1 de marzo de 2019, que introduce la variable precio del tercer cuartil provincial, cumple con los criterios definidos por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de

transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos.

Se concede a CEPSA (i) un plazo de dos meses, a contar desde la fecha de notificación de la presente resolución, para que proceda a adoptar las medidas necesarias para la aplicación unilateral y efectiva de la fórmula “precio tercer cuartil provincial” a todos y cada uno de los contratos CODO/Comisión subsistentes a esa fecha ([CONFIDENCIAL] a 1 de enero de 2019), así como (ii) un plazo de 15 días adicionales, a contar desde el vencimiento del plazo de dos meses, para remitir a la Dirección de Competencia la acreditación documental de todas las modificaciones contractuales realizadas a estos efectos y de su aplicación efectiva.

CUARTO.- Declarar el cumplimiento por BP en relación con la adaptación efectiva de la red de estaciones de servicio CODO/Comisión a lo dispuesto en el dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el dispositivo tercero (apartado primero) de la resolución de 20 de diciembre de 2013.

QUINTO.- Declarar cumplido por parte de las tres operadoras el requerimiento del Consejo establecido en su resolución de 27 de julio de 2017, respecto a la verificación de la información remitida al actual Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico sobre los vínculos contractuales de las estaciones de servicio.

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 el día siguiente al de su notificación.