

RESOLUCIÓN
(Expte. VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 20 de diciembre de 2013.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 30 de julio de 2007, la Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) acordó la incoación de oficio de expediente sancionador (Expte. 2804/07) contra las operadoras Repsol, Cepsa y BP por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. El Consejo de la CNC dio al citado expediente sancionador nuevo número 652/07 REPSOL/CEPSA/BP y acordó la aplicación del artículo 81 del Tratado constitutivo de la CE al mismo (TCE).

Con carácter previo a la incoación de dicho expediente, las tres operadoras petrolíferas (OP) citadas, habían sido objeto de determinadas Resoluciones en las que fueron declaradas responsables de la comisión de conductas restrictivas de la competencia, por cuanto habían fijado el PVP de los combustibles a distribuidores que no eran agentes sino empresarios independientes por asumir riesgos significativos vinculados a la venta de los productos a terceros. Dichas Resoluciones (en concreto la Resolución de 11 de julio de 2001, en el Expediente 490/00, Repsol; la Resolución de 30 de mayo de 2001, en el Expediente 493/00, Cepsa y la Resolución de 30 de marzo de 2005 en el Expediente A 325/02, BP) fueron a su vez objeto de sus correspondientes

expedientes de vigilancia, que en el caso de Repsol y Cepsa terminaron mediante Resoluciones de Ejecución de Sentencia en las que se determinó el efectivo cumplimiento por parte de las operadoras de lo dispuesto en las Resoluciones que las afectaban. Tanto las Resoluciones sancionadoras como las de vigilancia que traen cuenta de ellas han sido objeto de recursos contencioso-administrativos y, en su mayoría, han devenido firmes.

En los informes de los citados expedientes de vigilancia la DI puso de manifiesto que se estaba llevando a cabo en el marco de otro expediente, precisamente el que se incoó el 30 de julio de 2007, *“el análisis del seguimiento por las EESS de los precios máximos y recomendados por los operadores, así como el análisis de si el establecimiento de la comisión o descuento fijo o variable por un operador a las EESS de su red constituye una forma indirecta de fijar el precio de venta al público por la forma de establecer el precio de cesión del combustible a la EESS, descontando del precio recomendado o máximo el descuento o comisión pactado”*

2. El 30 de julio de 2009, el Consejo de la extinta CNC dictó Resolución en el mencionado expediente S/0652/07 y acordó en su parte dispositiva lo siguiente:

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

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

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

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

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

en las que los gestores sean empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia y, en particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Contra la Resolución de 30 de julio de 2009, las tres operadoras citadas interpusieron recursos contencioso-administrativo (ordinarios y en el caso de Repsol y Cepsa 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.

Asimismo, la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios (CEES), parte interesada en el expediente 652/07, interpuso recurso contencioso-administrativo ordinario, que fue inadmitido en parte y desestimado en parte por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012.

En cuanto al recurso contencioso-administrativo de BP fue desestimado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2010 en lo relativo al recurso por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales y por la Sentencia de 5 de noviembre de 2012 en cuanto al procedimiento ordinario. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de enero de 2013, sin embargo, casó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2010 (derechos fundamentales), la cual anula, si bien desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BP contra la Resolución de la CNC de 30 de Julio de 2009.

Por lo que se refiere al recurso contencioso-administrativo de REPSOL fue desestimado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 en lo relativo al recurso por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales y por la Sentencia de 5 de noviembre de 2012 en cuanto al procedimiento ordinario. Igualmente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de octubre de 2013, casó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012, a la que deja sin efecto, si bien desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por REPSOL contra la Resolución de la CNC de 30 de Julio de 2009.

Por último, en cuanto al recurso contencioso-administrativo de CEPSA, en este caso por la vía ordinaria, sigue pendiente de resolverse.

4. La DI, para dar cumplimiento al dispositivo duodécimo de la Resolución del Consejo de la CNC antes reproducido, realizó múltiples solicitudes y requerimientos de información en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, con objeto de verificar la situación contractual de los operadores sancionados con sus distribuidores y la operativa de los mecanismos de emisión de tickets y facturas en las EESS.
5. El 19 de diciembre de 2012, de conformidad con el artículo 42.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, notificó a las partes implicadas en la vigilancia la “Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia” en la que de lo actuado se deducía, por un lado, que ninguna de las tres operadoras citadas fijaba el precio de adquisición/cesión de forma distinta a la consistente en detracer del PVP máximo/recomendado la comisión/margen de la estación de servicio, y por otro, que tampoco habían implantado un sistema de fijación del precio de adquisición/cesión del producto que permitiese que el titular de la estación de servicio obtuviera, por su actividad, un margen suficiente para modificar significativamente el PVP máximo/recomendado.

Por todo ello la DI estimaba que ni REPSOL, ni CEPSA ni BP habían dado cumplimiento a la intimación realizada por el Consejo de la CNC en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, por lo que proponían al Consejo de la CNC que intimase a las mismas para que adoptaran las medidas exigidas para el cumplimiento de la citada resolución.

6. Dando respuesta al trámite de alegaciones las interesadas fueron remitiendo sus escritos a la CNC, a excepción de PROVACA que, a pesar de haber solicitado la condición de interesado, no presentó alegaciones a esta Propuesta de Informe de Vigilancia ni participó activamente durante toda la instrucción de dicho expediente de vigilancia.

El 17 de enero de 2013 tienen entrada en la CNC escrito de alegaciones de CEPSA. El 17 de enero de 2013 tienen entrada en la CNC las alegaciones de CEEES. Los días 18 de enero y 24 de febrero de 2013 tienen entrada en la CNC las alegaciones de BP. El día 24 de enero de 2013 tiene entrada en la CNC las alegaciones de REPSOL.

7. El 20 de mayo de 2013 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Informe Parcial De Vigilancia, llevándose a deliberación al Consejo de la CNC el día 29 de mayo de 2013.
8. El 5 de junio de 2013, advertida la ausencia del Informe preceptivo al órgano regulador sectorial, la Comisión Nacional de la Energía (CNE), el Consejo de la CNC acordó *“retrotraer el procedimiento al trámite procesal en el que debió realizarse dicha solicitud para que la Dirección de Investigación subsane la omisión y solicite informe a la Comisión Nacional de la Energía al amparo del artículo 17 de la LDC.”*

Este Informe se recibió en la CNC el día 6 de septiembre de 2013, y sus conclusiones son las siguientes:

“Primero. Como bien señala la Dirección de Investigación de la CNC, numerosos informes de la CNE ponen de manifiesto, en base a los datos remitidos por operadores y las EES, la ineficacia de la Resolución para evitar las prácticas que favorecen el seguimiento de los precios máximos o recomendados.

Segundo. A partir de la información sobre contratos que obra en poder de la CNE de la red de REPSOL en el municipio de Huesca y de las alegaciones de BP para el Informe sobre el expediente informativo del efecto del día de la semana en la determinación de los precios de los Carburantes” puede concluirse que, al menos en esos casos, existe efectivamente un precio de adquisición que se relaciona con el precio de venta al público recomendado por REPSOL y el precio de venta al público en la zona.

Tercero. Esta Comisión no puede aportar información sobre los contratos de suministro en exclusiva de CEPSA.

Cuarto. En caso de adoptarse decisión de la CNC según el contenido del informe de vigilancia, se tomaría en un momento oportuno, pues permitiría que dicha adaptación se realizara teniendo en cuenta las nuevas obligaciones impuestas por la Ley 11/2013.

Quinto. La CNE ha detectado algunas diferencias en los datos acerca del número de EES declarados por los tres operadores que convendría esclarecer con las propias compañías que los han facilitado”.

9. El 13 de septiembre de 2013, tuvo entrada en el Consejo, el “Informe Parcial de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009” de la Dirección de Investigación de fecha 12 de septiembre de 2013 en el que se concluye que:

“Habida cuenta de que de lo actuado en este expediente de vigilancia se deduce que:

- ni REPSOL, ni CEPSA ni BP OIL fijan el precio de adquisición/cesión de forma distinta a la consistente en detracer del PVP máximo/recomendado la comisión/margen de la estación de servicio y de que*
- ni REPSOL, ni CEPSA ni BP OIL han implantado un sistema de fijación del precio de adquisición/cesión del producto que permite que el titular de la estación de servicio pueda modificar significativamente el PVP máximo/recomendado.*

La Dirección de Investigación estima que las operadoras REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO Y BP ESPAÑA no han dado cumplimiento a la intimación realizada por el Consejo de la CNC en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009.

El objeto del presente Informe Parcial de Vigilancia debería ser pues proponer al Consejo de la CNC la adopción de Resolución declarativa del incumplimiento parcial de lo dispuesto en la Resolución de 30 de julio de 2009 y de la necesidad de que dicho cumplimiento sea total y efectivo para la remoción de los efectos anticompetitivos de las prácticas declaradas prohibidas en la misma, intimando a las citadas operadoras a la aplicación de las medidas necesarias, incluidas modificaciones contractuales, para dicho cumplimiento, y adoptando para ello las medidas de ejecución forzosa necesarias, incluido el uso de las facultades que le otorga el artículo 67 de la LDC en relación a la imposición de multas coercitivas.

Sin embargo, la promulgación en julio de 2013 de la Ley 11/13, ha dejado parcialmente vacía de contenido esta propuesta, toda vez que las medidas que al efecto hubiera podido adoptar el Consejo de la CNC respecto de los contratos DODO/comisión en los que los distribuidores sean empresarios independientes a los efectos de la normativa de la competencia, han sido ya establecidas en la mencionada Ley, dando para su cumplimiento un plazo determinado que finaliza el 28 de julio de 2014.

Lo anterior supone que las operadoras imputadas en el expediente del que deriva la presente vigilancia, como el resto de las que no se contemplaron en el mismo, deberán adaptar las relaciones contractuales afectadas por las modificaciones propuestas por la Ley 11/13 antes del término de dicho plazo, lo que invalidaría cualquier medida de ejecución que se pudiera adoptar actualmente.

Por otra parte, las relaciones contractuales que no se ven afectadas por las modificaciones propuestas por la Ley 11/13, aunque estuvieran incluidas en el ámbito de la Resolución de 30 de julio de 2009, gozan de la exención legal que les otorga dicha Ley, estando pues legalmente excluidas del objeto de esta vigilancia desde la entrada en vigor de la mencionada Ley, el 27 de julio de 2013.

En conclusión, sólo queda reseñar la oportunidad de que ese Consejo se pronuncie respecto de los extremos que a continuación se detallan:

- 1. Declaración del incumplimiento por parte de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO Y BP ESPAÑA de la intimación realizada por el Consejo de la CNC en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, desde su adopción hasta la entrada en vigor de la Ley 11/13 (28 de julio de 2013).*
 - 2. Respecto de los contratos de reventa indiciada a precio de referencia de la red BP, manifestando que la solución aportada por dicha operadora y consistente en el cese por parte de BP de recomendar precios de reventa a las EESS bajo esta modalidad contractual se considere adecuada a los efectos de eliminar cualquier posible desincentivo al establecimiento libre de precios de reventa, propiciando no solo las desviaciones de precios entre EESS de la red BP sino, en última instancia, entre las EESS de otras redes.*
 - 3. Respecto del número residual de contratos de reventa indiciada a precio de referencia de la red Repsol, ordenando que se adopten las medidas tendentes a evitar esta situación. A estos efectos, se considera adecuada la misma solución aportada por BP, esto es, el cese de la recomendación de precios de reventa por parte de Repsol a la EESS sujetas a esta modalidad contractual”.*
10. El día 22 de noviembre de 2013 se recibió en la sede de la CNMC el escrito de alegaciones de REPSOL al Informe de Vigilancia de 13 de septiembre de 2013.
11. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC).
12. El Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en reunión del día 19 de diciembre de 2013.
13. Son interesados:
- CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.
 - REPSOL COMERCIAL PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.
 - BP OIL ESPAÑA, S.A.U.
 - CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO
 - PROVACA
 - SPANPETROL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), la puesta en funcionamiento de la CNMC se iniciará a la fecha que al efecto se determine por Orden del Ministro de Economía y Competitividad.

Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“Las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia, se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Entre las funciones del Consejo, el artículo 20.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, establece que, a propuesta de la Dirección de Investigación, es función del Consejo *“Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones”*.

Asimismo, con respecto a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos, el apartado 1 del artículo 41 de la Ley 15/2007, establece que, *“La Comisión Nacional de la Competencia 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”*.

A partir de la puesta en funcionamiento de la CNMC, corresponde a la Dirección de Competencia, conforme a lo previsto en el artículo 19, letra o) Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos a que hace referencia el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Y finalmente el artículo 71 del RDC, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, reitera 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 Investigación”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Sobre el objeto de esta Resolución

El Consejo debe pronunciarse en este expediente de vigilancia sobre el cumplimiento por parte de REPSOL, CEPSA y BP de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, en el expediente 652/07.

Como se destaca en el Informe Parcial de Vigilancia de la antigua DI, no procede en el marco de esta Resolución valorar ni contestar a las operadoras sobre la licitud de la propia Resolución de 30 de julio de 2009 ya que dicho extremo está sometido a los contenciosos entablados por las tres operadoras, contenciosos que, en primera instancia y por lo que se refiere a Repsol y BP (falta la resolución del que atañe a Cepsa), han confirmado la mencionada Resolución de la extinta CNC.

TERCERO.- Antecedentes y fundamentación de la Resolución objeto de la presente vigilancia

En los años 2001 y 2005, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), resolvió dos expedientes sancionadores y una autorización¹ en los que se declaró que los operadores afectados por la presente vigilancia (Repsol, Cepsa y BP) habían incurrido en infracciones por conductas contrarias al artículo 1 de la LDC consistentes en imponer, en los contratos de distribución minorista de carburantes, un precio de venta al público del combustible –determinación directa del precio- cuando tales contratos no eran contratos de agencia puros o genuinos² 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, dictada en el asunto C-217/05-Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio versus Cepsa, vino a confirmar la aplicabilidad de la normativa de competencia a las relaciones contractuales entre los operadores petroleros y las estaciones de servicio cuando éstos últimos asumen riesgos significativos en relación con la distribución minorista de carburantes, con 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

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

² En los contratos de agencia puros, el distribuidor actúa como agente del operador, por cuenta y riesgo de éste y, por lo tanto, el operador puede fijar los precios y ello no es contrario a la LDC.

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, como indica la extinta DI, 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 “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).

Posteriormente, la entonces Dirección de Investigación (en adelante DI), 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 Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) consistente en la fijación indirecta de los precios de venta al público del carburante. Esta incoación fue ampliada, en la fase resolutoria, al artículo 81.1 del entonces TCE.

El Consejo dictó Resolución sancionadora el 30 de julio de 2009 al considerar que las tres imputadas en sus relaciones verticales con las estaciones de servicio estaban incurriendo en una fijación indirecta de precios de venta al público prohibida por los artículos 1 de la LDC y 81.1 del TCE. La fijación indirecta de precio de venta afectaba a las relaciones verticales en las que el contrato de distribución no era un contrato genuino de agencia -en cuyo caso si hubiesen podido fijar precios estando los contratos de agencia excluidos de la aplicación de la LDC en cuanto a fijación de precios- aunque formalmente los contratos contuviesen tal denominación.

En concreto, se consideró que con 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 a 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 junio 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 la comisión sobre el precio máximo o recomendado.

El Consejo de la extinta CNC entendió que todas estas conductas, que dependen total o parcialmente de la actitud de los operadores petroleros, tienen como objeto el desincentivar que las estaciones de servicio se aparten de los precios máximos/recomendados fijados por el operador petrolero y que estos precios máximos/recomendados actúen como fijos. Y, por ello, consideró que se trata de una conducta objetivamente restrictiva de la competencia, cuyo efecto estaba plenamente acreditado de acuerdo con los datos del expediente (en más del 91% de las estaciones de servicio abanderadas por Repsol los precios máximos recomendados son los precios de venta al público; en más del 95% de las de Cepsa y en más del 75% de las de BP).

CUARTO.- Propuesta elevada al Consejo sobre el cumplimiento de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009

Como se ha indicado en los antecedentes de hecho, la DI entiende que las tres operadoras imputadas han dado un cumplimiento parcial y claramente insuficiente a las intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC en su Resolución de 30 de julio de 2009, haciendo de las mismas una interpretación literal de los términos de su parte dispositiva con la que pretenden mantener su efectivo cumplimiento, aun siendo plenamente conscientes de la intranscendencia práctica de su actuación. Asimismo, entiende la DI que *“la actuación de las operadoras no ha contemplado extremos fundamentales de los que dependen absolutamente la eficacia de la mencionada Resolución, no pudiendo deducir sino un claro incumplimiento por parte de las mismas”*.

En concreto, y en relación con cada una de las intimidaciones de la Resolución, la propuesta de la DI ha tenido en cuenta las siguientes consideraciones.

1.- Fijación del precio de adquisición/cesión del combustible referenciado al precio máximo o recomendado de la propia estación de servicio o de los

competidores del entorno o cualquier uso comercial que tenga efecto equivalente.

De acuerdo con la DI, los tres operadores Repsol, Cepsa y BP habrían incumplido esta intimación respecto a los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia, al no haber modificado ni renegociado estos tras la Resolución de 30 de julio de 2009 (2.326 contratos de Repsol, 722 de Cepsa y 127 de BP) puesto que consideran que dichos contratos son conformes a la normativa europea y que, al no existir precio de adquisición, no puede éste referenciarse a precios internacionales o no controlados por el operador.

Respecto a los contratos de reventa con descuento fijo, Repsol tiene todavía 15 contratos que se van adaptando progresivamente y hay un incumplimiento total de BP en relación con sus 471 contratos de reventa. Cepsa ha sido la única que ha cumplido con la Resolución en este tipo de contratos que, a día de hoy, todos ellos están referenciados al índice de cotización Platts.

Con carácter previo, la DI ha partido de que lo relevante a efectos de la aplicación de la normativa de competencia no es la naturaleza jurídica de los contratos denominados de *agencia impropios* sino si les es de aplicación la normativa de competencia y ello, de acuerdo con el Consejo de la extinta CNC y con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mencionadas en los antecedentes de hecho, resulta indudable cuando el titular de la estación de servicio asume riesgos comerciales o financieros respecto de la actividad económica objeto del contrato; de acuerdo con el Reglamento (UE) nº 330/2010, de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3 de la del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (REC) y con la jurisprudencia de la Unión Europea y española, se aplican entonces los artículos 101.1 del TFUE y 1 de la LDC, como si fuera cualquier otro distribuidor y como si nos encontráramos ante un contrato de compraventa mercantil de carburante.

Por otro lado, se ha tenido igualmente en cuenta que el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2013 declara incompatible con el artículo 1 de la LDC y con el entonces artículo 81 del TCE no sólo las cláusulas en las que expresamente se referencie el precio de adquisición del combustible al precio máximo o recomendado de la propia estación o de los competidores del entorno, sino también “*cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas*”.

De hecho, de acuerdo con la Resolución de 30 de julio de 2009, el Consejo de la extinta CNC entendía que el precio de adquisición del combustible por parte de los distribuidores minoristas, con independencia del tipo de contrato³, se fija en base a dos parámetros controlados directamente por el Operador: el precio de referencia y la comisión/descuento.

³ Ya sean revendedores con descuento fijo o comisionistas.

El precio de referencia coincide con el propio precio máximo/recomendado y cada operador lo fija, bien como *"el promedio moda de los precios de venta al público de las EESS de su entorno competitivo"*, o bien de tal forma que cuando el revendedor le aplique a ese precio de referencia los *"márgenes o comisiones brutos que vengan obteniendo otros suministradores con significación en el mercado, de buena fe, respecto de los mismos productos y en la misma área geográfica o comercial"*, el precio final de mercado le permita mediante la ulterior venta obtener dichas comisiones.

Cualquiera de los dos criterios anteriores se basa en vincular el precio máximo/recomendado de cada EESS a los precios máximos/recomendados de las EESS del entorno. En el primero es explícito, en el segundo implícito.

Con el segundo criterio el Operador le fija al titular de la EESS un precio de adquisición tal que al sumarle los márgenes o comisiones de la zona (se deduce que todos los conocen) obtiene el precio de venta al público recomendado que le permite obtener esos márgenes/comisiones. Es inmediato concluir, como dice la Resolución, que con este método el precio de venta al público resultante deberá ser un precio competitivo, pues en caso contrario la EESS no vendería sus productos y por tanto no percibiría comisión. El precio será competitivo si no supera los precios del entorno, y por tanto, si el Operador se compromete contractualmente a fijarle unos precios máximos/recomendados que el titular percibe como competitivos, y que le van a permitir obtener el mismo nivel de comisiones que sus competidores, el incentivo del titular de la EESS será aplicar el precio máximo/recomendado. Por ello, este sistema de formación de precios crea un claro desincentivo en el titular de la EESS a apartarse del precio máximo/recomendado mediante la aplicación de descuentos con cargo a su comisión/margen.

A estos efectos, y de acuerdo con el anterior razonamiento, es evidente que con independencia del nombre que se dé a esos precios (precios de venta al público de las estaciones del entorno o directamente precios recomendados o máximos o precios de referencia), lo fundamental es que se utilizan para determinar un precio competitivo que esté al mismo nivel que el de los competidores de la zona y que desincentive a la estación de servicio a hacer descuentos con cargo a su comisión.

Por todo ello, no pueden aceptarse las alegaciones planteadas por los tres operadores de que al no existir precio de adquisición en dichos contratos de comisión, no pueden dar cumplimiento a la intimación que se refiere al *"precio de adquisición"*. Ni tampoco puede aceptarse la alegación de BP que entiende que al estar los contratos referenciados a los precios de venta al público del entorno cumplen con la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.

Pues bien, el Consejo considera, en línea con el informe de la DI, que las tres operadoras imputadas han dado un cumplimiento parcial y claramente insuficiente a las intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC en su Resolución de 30 de julio de 2009, haciendo de las mismas una interpretación formalista de los términos de su parte dispositiva con la que pretenden mantener su efectivo cumplimiento, aun siendo

plenamente conscientes de la intrascendencia práctica de su actuación que no ha reconocido los cambios introducidos con la Resolución de 2009 en relación con la situación previa basada en las Resoluciones del TDC del año 2001.

Por lo que respecta a Repsol, no ha modificado ninguno de los contratos de comisión más allá de la adaptación previa a la Resolución del extinto TDC de 2001. En relación con los 15 contratos de reventa con descuento fijo, se están modificando progresivamente mediante negociación bilateral.

Por lo que respecta a Cepsa, sus contratos en régimen de venta en firme tienen un precio de adquisición referenciado a las cotizaciones de los productos en el índice Platt's European Maketscan. No obstante, los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia, tampoco han sido adaptados más allá del cumplimiento que se dio a la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001.

Finalmente, en lo que a afecta a BP, no ha adaptado sus contratos afectados de venta en firme sobre precio de referencia ni tampoco sus contratos de comisión por considerar que no les es de aplicación la Resolución de 30 de julio de 2009.

Por el contrario, y según entiende el Consejo de acuerdo con la Dirección de Investigación, al no contemplar la actuación de las operadoras este extremo fundamental del que depende absolutamente la eficacia de la mencionada Resolución, no puede deducirse sino un claro incumplimiento por parte de las mismas. Así, han obviado:

- La intimación contenida en el punto 3º de la parte dispositiva de la citada Resolución en relación a la forma de establecimiento del precio de adquisición del producto en los contratos de comisión sujeta a normativa de competencia (en número total para las tres redes imputadas de 3175), al entender la imposibilidad de actuar sobre cláusulas inexistentes en dichos contratos. Las tres operadoras han incumplido el objetivo de la resolución, de cuya simple lectura se deduce que el uso del término “precio de adquisición” es extensivo a los “precios de cesión o de depósito de mercancía” que deben de pagar los distribuidores a dichos operadores.
- La intimación contenida en el punto 3º de la parte dispositiva de la citada Resolución en relación a la forma de establecimiento del precio de adquisición del producto en los contratos de reventa con indicación a precio de referencia de la red BP (en número total de 423), al entender que al no ajustarse al enunciado de la intimación, dichos contratos no se veían afectados por la misma.
- La intimación contenida en el punto 3º de la parte dispositiva de la citada Resolución en relación a la forma de establecimiento del precio de adquisición del producto en los contratos de reventa con indicación a descuento fijo garantizado de la red Repsol (en número total de 15), al entender que las modificaciones contractuales deben de contar con la autorización de la otra parte del contrato, lo que ha venido llevando a cabo con éxito excepto en estos 15 supuestos.

De este modo, para la DI es posible afirmar la inexistencia de efecto alguno sobre la competencia de los que se pretendieron con la Resolución de 30 de julio de 2009, y, en consecuencia, la ineficacia de la misma, ineficacia por incumplimiento de la que son plenamente conscientes las operadoras, habida cuenta de su extensa presencia en expedientes que han puesto de relieve los problemas de competencia del sector y de su posición y forma de actuar en el mismo.

En definitiva, considera la DI que, a falta de la prueba estadística que lo confirmase, parece evidente que, con las actuaciones de las operadoras imputadas en el expediente actualmente en vigilancia y objeto de este informe, no se ha propiciado el incentivo a las estaciones de servicio que se pretendía en la repetida Resolución, cuando menos en lo que respecta al bloque más importante constituido por aquellos que tienen pactado un régimen de comisión, pues en dichos casos, y así lo han confirmado las propias estaciones de servicio, el hándicap principal que encuentran para la realización de los descuentos no es que no puedan materialmente hacerlos o no se les hayan facilitado los mecanismos para ello, es que, dado el sistema de cálculo del precio de adquisición, cesión o transferencia, no quieren compartir el escaso margen que les supone esta comisión con el consumidor final, prefiriendo establecer siempre el precio máximo o recomendado determinado por la operadora que les suministra como precio de venta al público en sus establecimientos.

Como ya estableció el Consejo de la extinta CNC en su Resolución de 30 de julio de 2009, *“el sistema de fijación del precio de adquisición de los productos empleado por REPSOL, CEPSA y BP OIL -consistente en detracer al PVP máximo/recomendado el margen/comisión- no respeta ni el artículo 1 LDC, ni el artículo 101 TFUE, por constituir un medio de fijación de precios de venta al público de los carburantes y combustibles mediante instrumentos contractuales y otras medidas destinadas a desincentivar que los distribuidores se alejen del precio máximo/recomendado, previsto en el párr. 47 de las Directrices.*

La DI considera en su informe que esta conclusión se evidencia asimismo en el Informe de la Comisión Nacional de la Energía de octubre de 2012, que confirma el control de los Operadores petroleros para subir/bajar el PVP de los combustibles y carburantes a su exclusiva voluntad: descenso del PVP el lunes -día de comunicación del PVP de los hidrocarburos a la Comisión Europea- incremento del PVP progresivo en los días siguientes hasta alcanzar el mismo nivel de precios deseado.

Sin embargo, el Consejo de la CNC en su Resolución intima a REPSOL, CEPSA y BP a que, a partir de la notificación de la Resolución, tomen las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio de los combustibles a la venta en estaciones de servicio de sus redes abanderadas en las que los gestores sean empresarios independientes. Y, como indica la DI, ante esta intimación, no es posible alegar, como ha hecho alguna de las imputadas, que la parte dispositiva de la Resolución no distingue que contratos, ni que cláusulas contractuales son las que infringen la normativa de competencia, imposibilitando el conocimiento de las prácticas que quedan incluidas en la orden de cesación.

A este respecto, señala la DI que la Audiencia Nacional en el Fundamento Jurídico Decimosegundo de su Sentencia de 5 de noviembre de 2012, recurso nº 636/2009 (recurso interpuesto por BP OIL), concluye que *“las operadoras deberán analizar en cada concreto contrato qué medidas deberán adoptar para dar cumplimiento a la parte dispositiva de la Resolución que no aprecia esta Sala sea ambiguo”*.

Esto es, REPSOL, CEPSA y BP OIL deberían haber corregido aquellas prácticas que, hasta el momento, les ha posibilitado fijar el PVP de los combustibles y carburantes permitiendo a los operadores independientes que gestionan las estaciones de servicio incorporadas a su red abanderada no sólo modificar el PVP máximo/recomendado, sino modificarlo en una cuantía significativa.

Así lo ha destacado la propia Audiencia Nacional, en su Sentencia de 5 de noviembre de 2012 en el mismo recurso antes mencionado, destacando en el Fundamento Jurídico Octavo que:

“La conducta aquí sancionada es la fijación indirecta de precios de venta al público mediante instrumentos contractuales y otras medidas destinadas a desincentivar que los distribuidores se alejen del precio máximo/recomendado. Por lo tanto no es suficiente que se apliquen precios distintos sino si estos se alejan del precio máximo/recomendado en una cuantía significativa, teniendo en cuenta que como reconoce el propio perito (folio 7 de su informe) el precio de referencia utilizado para fijar el precio máximo/recomendado es el precio de venta medio de las estaciones de servicio del entorno o influencia del minorista en cuestión”. La CNE reconoce en ese informe que existen 10 ó 12 precios diarios distintos en las 30 gasolineras analizadas, pero al mismo tiempo pone de relieve que en promedio los precios se diferencian en 3,27 céntimos euros litro en el caso de gasolina 95 y 2,25 céntimos litro en el caso del gasóleo A. La resolución recurrida hace referencia a que la DI considera que una desviación típica máxima de la media de las EESS consideradas no superiores a 5 céntimos no es significativa lo que le permite concluir que “las principales redes aplican prácticamente el mismo precio (las desviaciones típicas en cada red son mínimas (folio 56 y 57 de la Resolución recurrida)).”

En consecuencia, la vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009 no puede limitarse a que se admita o no por el Operador la facultad de sus distribuidores comisionistas para hacer descuentos (lo que nunca se puso en duda), sino que debe extenderse a comprobar la eliminación del sistema de determinación del precio de adquisición/cesión del producto que desincentive la realización por éstos de descuentos, permitiendo al operador fijar indirectamente por esta vía el PVP. El efectivo cumplimiento de lo dispuesto por el Consejo en la repetida resolución requiere, en definitiva, que los titulares de las estaciones de servicio tengan la posibilidad efectiva de modificar de forma significativa los PVP máximos/recomendados, no basta con el reconocimiento expreso de su facultad de reducir el PVP máximo, esta facultad debe ser real y suficiente. A este respecto, la DI recuerda que en su Informe Propuesta de 1 de agosto de 2008 ya proponía al Consejo de la CNC que impusiera *“a las citadas*

empresas la adecuación de sus contratos para evitar las prácticas anticompetitivas”, a saber, el cumplimiento de la intimación del PUNTO TERCERO puede exigir la modificación, al menos, de determinadas cláusulas contractuales.

Por todo ello, habida cuenta de que de lo actuado en este expediente de vigilancia la DI deduce que:

- ni REPSOL ni CEPSA fijan el precio de adquisición/cesión de forma distinta a la consistente en detracer del PVP máximo/recomendado la comisión/margen de la estación de servicio, ni BP OIL fija el precio de adquisición/cesión de forma distinta a la consistente en detracer del denominado “precio de referencia” (cuyo cálculo se realiza según el parámetro objetivo de los PVP de las EESS de la zona de influencia) la comisión/margen de la estación de servicio, y de que
- ni REPSOL, ni CEPSA ni BP OIL han implantado un sistema de fijación del precio de adquisición/cesión del producto que permite que el titular de la estación de servicio obtenga, por su actividad de venta de los carburantes y combustibles, un incentivo y un margen suficiente para poder desviarse del PVP máximo/recomendado.

2.- Establecimiento de comisiones/márgenes calculadas a niveles similares a los de la zona o cualquier otra cláusula que tenga un efecto equivalente.

De acuerdo con la DI, las tres operadoras han cumplido con la intimación consistente en eliminar de los contratos las cláusulas en las 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, a excepción de 52 contratos de BP procedentes de Campsa.

Como indica la DI en su informe, la mayor parte de los contratos que obraban en el expediente de la Resolución de 30 de julio de 2009, contenían el compromiso por parte de los operadores de aplicar a los titulares de las estaciones de servicio de una comisión/margen “similar a las percibidas por otros titulares de estaciones de servicio en las mismas circunstancias”. De esta forma, los titulares de las estaciones de servicio tenían la garantía de que sus comisiones eran del mismo nivel que las comisiones que percibían sus competidores, lo cual contribuía a desincentivar la posibilidad formal de reducir el precio de venta al público “competitivo” en su entorno.

Por otro lado, de acuerdo con el análisis de la Resolución que se vigila, el importe de la comisión/margen, era la diferencia entre el precio máximo/recomendado y el precio de adquisición –dejando impuestos al margen–, de manera que el descuento máximo que podía hacer el titular de la estación de servicio era el importe total de su comisión.

Como recuerda la DI, la fijación del nivel máximo de descuento a conceder, partiendo de un determinado nivel de precios establecido, también es una práctica considerada por las Directrices como un medio indirecto de fijación del precio.

En este contexto, la DI concluye que, respecto de los contratos anteriores a la Resolución de 30 de julio de 2009, Repsol ya ofreció en 2001 a su red la posibilidad de sustituir sus contratos por unos nuevos modelos que obviaban este tipo de cláusulas y Cepsa, mediante cartas de 2 de noviembre de 2001 dirigidos a los distribuidores afectados renunció a sus derechos cuando pudieran emanar de cláusulas contrarias a la competencia, por lo que las cláusulas con compromisos de comisiones las tiene Cepsa por no puestas. Con posterioridad a la Resolución, la DI concluye que ni Repsol ni Cepsa han celebrado contratos en los que se incluyan cláusulas como las mencionadas.

Por lo que respecta a BP, también concluye la DI que, respecto a los contratos de comisión no genuina, firmados antes de la Resolución de 2009, se adaptaron dichas relaciones al Reglamento de exención comunitario entonces en vigor mediante cartas de 25 de abril de 2005 dirigidas a los distribuidores con los que tuviera este tipo de contratos y mediante las cuales BP renunciaba a sus derechos si estos se derivaban de cláusulas contrarias a la competencia. No obstante, la DI señala que BP mantiene 52 contratos en los que se subrogó tras la extinción del monopolio del petróleo y en los que existían compromisos de determinación de comisiones en función de la aplicada por las estaciones del entorno, si bien estas cláusulas no responden a la voluntad de BP ni virtualidad práctica alguna. Aunque la DI no considera que pueda hablarse de incumplimiento, sí señala que BP debería modificar la cláusula referida de acuerdo con lo establecido por el Consejo en su Resolución o enviar una carta a los comisionistas afectados por dicha cláusula sustituyéndola por otra que se adecúe a la intimación del Consejo de la CNC.

No obstante, el Consejo considera que, dado que la Resolución que se vigila es del 2009, y dado que la misma constata la existencia de un problema de competencia previo como es el de las cláusulas de determinación indirecta del importe de las comisiones en función de la comisiones de las estaciones del entorno, lo que se ha puesto de manifiesto es que las operadoras han eliminado las cláusulas de los contratos nuevos posteriores a 2009 pero con posterioridad a la Resolución no han tomado ninguna medida sobre los contratos existentes antes de la misma, que se consideran por la DI adaptados con actuaciones previas de los años 2001 y 2005, en su mayoría a través de cartas y comunicaciones, a excepción de los 52 contratos de BP.

3.- Dificultad en la introducción manual del precio de venta final en cada operación y entrada automática en los terminales de pago con tarjetas propias y terminales de puntos de venta del precio máximo/recomendado.

De acuerdo con la DI, las tres operadoras han cumplido con la intimación del Consejo de cesar en la práctica que contribuye a la fijación indirecta del precio de los combustibles a la venta en estaciones de servicio, consistente en la entrada automática de en los distintos terminales de pago del precio máximo/recomendado.

La Resolución de 30 de julio de 2009 señalaba que el hecho de que los TPV y los terminales de pago de tarjetas propias estuvieran programados con el precio

máximo/recomendado supone de facto un freno a la realización espontánea y puntual de descuentos ya que, incluso siendo posible su modificación, ello no soluciona lo más relevante para la estación de servicio que es la necesidad de obtener un documento identificativo que le permita documentar el descuento realizado. Y reconoce el Consejo de la extinta CNC que programar los TPV y los terminales de pago de tarjetas propias con el precio máximo recomendado, era equivalente a la fórmula empleada por algunos proveedores de imprimir el precio recomendado en los productos que fabrica y que las Directrices cataloga como una media cuya combinación con otras reduce los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, de forma que la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia.

La DI concluye en su informe que, respecto a BP, ya quedó acreditado en la Resolución de 30 de julio de 2009 que los precios habían de introducirse siempre de forma manual sin que existiera ningún tipo de posibilidad de modificación automática de ninguno de los elementos por parte de BP. Por su parte, respecto de Repsol y Cepsa, la DI concluye que, desde septiembre de 2010, la primera ha desarrollado un nuevo sistema que hace preciso que el gestor de la estación de servicio incluya manualmente el precio de venta al público que pueden ser modificados cuantas veces se estime oportuno. Por su parte, Cepsa ha implementado un nuevo sistema de forma que el precio máximo comunicado por ésta sólo actúa como precio máximo para el caso concreto de los comisionistas, de forma que en esos casos no se pueden registrar operaciones por un precio superior al máximo comunicado, pero no aplica por defecto como PVP. El PVP debe introducirse manualmente y de forma obligada por las gasolineras, bloqueándose el terminal en caso contrario, de manera que puede ser modificado cuantas veces estime oportuno la estación.

4.- Impedimento o dificultad para el titular de la EESS de conocer los descuentos compartidos practicados a clientes de tarjetas de fidelización.

De acuerdo con la DI, las tres operadoras han cumplido con la intimación del Consejo de cesar en la práctica que contribuye a la fijación indirecta del precio de los combustibles a la venta en estaciones de servicio, consistente en la dificultad de conocer los descuentos compartidos practicados a clientes de tarjetas propias.

Como indica la DI, cuando el descuento es compartido entre el operador y la estación de servicio, el operador le factura al titular de la estación comisionista dicho descuento en el importe que corresponda, con el IVA que proceda. Este descuento se convierte para el comisionista en un gasto más de su negocio que, unido al porcentaje que le cobra la operadora por adherirse al sistema constituye un desincentivo a realizar descuentos adicionales con cargo al comisionista, especialmente si la parte de descuento que asume el operador es desconocida para el titular comisionista de la estación de servicio.

Teniendo en cuenta lo manifestado por las tres operadoras, la DI concluye que Repsol se ha comprometido a no ocultar a las estaciones que lo soliciten el descuento total compartido que se aplica a un determinado cliente. Igualmente, Repsol ha

implementado un sistema de información de los descuentos totales percibidos por dichos clientes y la contribución de la estación de servicio a dicho descuento.

Cepsa igualmente ha dado instrucciones a la red para que no se oculte la información sobre el descuento total a los titulares de estaciones de servicio que lo soliciten, siendo la parte que corresponde al gestor de la estación de servicio libremente fijada por éste y, por lo tanto, conocida por el mismo.

Por su parte, considera la DI que las estaciones de servicio de BP pueden solicitar la información de los descuentos a través de un formulario. Adicionalmente, en relación con los descuentos practicados a través de la tarjeta BP Plus, se envía un informe mensualmente a las estaciones de servicio con los descuentos compartidos en relación con cada cliente y volumen. En cuanto a la tarjeta BP Bonificación, las estaciones también pueden solicitar el detalle y desglose de los descuentos asumidos por cada parte; además, desde el primer trimestre de 2011, se ha incorporado a la factura que BP envía mensualmente al titular de la estación de servicio –sin previo requerimiento por parte de esta-, la información relativa al número de transacciones y volumen consumido por las distintas asociaciones así como los descuentos practicados.

El Consejo considera que la Resolución de 30 de julio de 2009, con independencia de su literalidad, impone en el Resuelve Quinto apartado iv, obligaciones de transparencia y puesta a disposición tanto de los descuentos totales como de las cuantías que correspondan a la estación de servicio. Lo más transparente es que esta información completa se transmita a las estaciones de servicio sistemáticamente, sin que haya necesidad de una solicitud previa. Es decir, para garantizar el conocimiento por las estaciones de servicio tanto 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 a la estación, de conformidad con lo exigido en el dispositivo Quinto iv de la Resolución de 30 de julio de 2009, las operadoras deben poner a disposición de las estaciones un sistema de acceso continuo e indiscriminado a todos los descuentos compartidos (totales y correspondientes a cada parte) de los clientes de cada tarjeta de fidelización.

5.- Existencia de dificultades para la obtención de justificantes de los descuentos practicados, bien para su uso como justificante de gasto promocional, bien para justificar una rectificación de factura y uso de las autofacturas como mecanismo que dificulta o impide la rectificación de la base imponible para reflejar los descuentos practicados por el gestor de la estación de servicio, a efectos de liquidación del IVA.

De acuerdo con la DI, tal y como manifiestan las tres operadoras, la Resolución de 30 de julio de 2009 no intima a no hacer uso de la posibilidad legal de la autofacturación, por lo que es este un extremo sobre el que no es posible actuación alguna que no sea propiamente regulatoria y, en consecuencia, ajena a la competencia de la CNC, habida cuenta no solo de su actual amparo legal sino de la voluntariedad de uso por parte del distribuidor. En concreto, ha quedado demostrado que:

- a) El sistema de autofacturación se emplea única y exclusivamente para documentar el servicio de intermediación que le presta el sujeto pasivo (EESS), mediante autorización expresa y por escrito de dicho sujeto pasivo. En definitiva se trata de la factura que refleja las comisiones abonadas a la Estación de Servicio por el servicio que presta y no afecta al IVA de la entrega del producto en la que el sujeto pasivo y obligado ante la Hacienda Pública es la operadora. La base imponible de las operaciones realizadas por la EESS con los clientes finales en nombre y por cuenta de la Compañía suministradora no se ve afectada, en ningún caso, por los descuentos que quiera conceder la EESS.
- b) Si la rectificación fuera procedente, no operan en las redes de distribución analizadas sistemas en los terminales de punto de venta que impidan o dificulten conocer y obtener justificantes de los descuentos practicados.
- c) La emisión de facturas por el cliente del sujeto pasivo es una posibilidad prevista en la normativa comunitaria y asumida por la legislación española.
- d) Y por último, el régimen de autofactura es consentido expresamente por las estaciones de servicio.

QUINTO.- Alegaciones de las partes

El 22 de noviembre de 2013 tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones de Repsol al Informe Parcial de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009 en el expediente 652/07, de 12 de septiembre de 2013, en las cuales solicita tanto la desestimación de las propuestas realizadas por la extinta DI en dicho Informe Parcial de Vigilancia como la declaración del cumplimiento por su parte de las obligaciones contenidas en la Resolución objeto del presente expediente de vigilancia.

En la primera de las alegaciones que Repsol realiza a dicho Informe Parcial de Vigilancia, una vez que deja clara su inconformidad con respecto al sumario de sus alegaciones que ha llevado a cabo la extinta DI, considera que la tipificación de la infracción creada por la Resolución de 30 de julio de 2009 infringe gravemente el principio de legalidad y de seguridad jurídica ya que nunca se ha puesto en duda que las EESS tienen la posibilidad contractual y real de reducir los precios máximos que Repsol establece, y de hecho se reconoce expresamente que las EESS proceden a modificar dichos precios aplicando aquellos que tengan por conveniente, por lo que ya se excluiría de por sí la existencia de una fijación directa o indirecta del precio de venta.

Sin embargo, y sin perjuicio de que la Resolución no sea firme, Repsol alega que ha procedido a cumplir con las intimaciones establecidas en la parte dispositiva de la Resolución de 30 de julio de 2009, tal y como confirma la DI.

Repsol dedica un segundo apartado en sus alegaciones a examinar las modificaciones normativas en el ámbito del sector de hidrocarburos a causa del 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. En esta alegación REPSOL considera que el análisis realizado por la DI en su IPV es

relevante por cuanto es la primera aplicación de dicha normativa reguladora y afecta, por tanto, a las obligaciones que tiene la CNMC como autoridad nacional de competencia responsable de la aplicación de las normas comunitarias de competencia. En este sentido considera Repsol que el artículo 43 bis que incorpora la citada Ley 11/2013 a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, al limitar la duración de las obligaciones de no competencia y al prohibir la comunicación de precios recomendados y la imposición de precios máximos en el contexto de los acuerdos verticales entre operadores y las EESS, es contrario al artículo 101.1 TFUE y artículo 101.3 TFUE, a las previsiones contenidas en el Reglamento 330/2010 que exencionan estas conductas bajo el artículo 101.3 TFUE y, finalmente, infringe la obligación de convergencia establecida en el artículo 3.2 del Reglamento 1/2003, por lo que no debería aplicarse por la CNMC como autoridad nacional de competencia.

La tercera de las alegaciones de Repsol está relacionada con el supuesto incumplimiento del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 respecto a los contratos de comisión por cuenta ajena. Repsol, tras exponer los argumentos de la extinta DI reflejados en su IPV a los que acusa de perseguir como fin último la conversión de la naturaleza jurídica de los contratos de comisión a venta en firme, insiste en remitirse a sus alegaciones a la Propuesta del IPV que adjunta como documento anexo. Además añade las siguientes consideraciones:

- En primer lugar vuelve a resaltar que la pretensión de la DI es deducir de la Resolución de 30 de julio de 2009 la existencia de una obligación de modificar los contratos de comisión por cuenta ajena, ya que al obligar a Repsol a reconocer jurídica y económicamente la existencia de un precio mayorista a las EESS comisionistas, dichas EESS estarían cesando en la prestación de servicios de intermediación, pues dicha posición es incompatible con la naturaleza misma de los contratos de comisión por cuenta ajena en los que, como es obvio, el puramente teórico precio de transferencia siempre es la diferencia entre el precio de venta que determina y percibe el principal y la comisión pactada con la EESS comisionista, por lo que en definitiva si Repsol establecía un precio mayorista (de transferencia), entonces ya no se trataría de un contrato de comisión por cuenta ajena, sino de un contrato de venta en firme.
- En segundo lugar considera Repsol que tampoco cabe deducir, como pretendía la DI, que del dispositivo tercero de la citada resolución de 2009 emanase una obligación para las operadoras de alterar la naturaleza jurídica y económica de los contratos de comisión por cuenta ajena. Entiende Repsol que no es razonable deducir la misma sobre la base de una interpretación forzada que considera que la propia naturaleza jurídica de determinados contratos de comisión es un *uso comercial* que tiene un *efecto equivalente* a esas cláusulas declaradas contrarias a las normas de competencia.
- En tercer lugar estima Repsol que lo que la Resolución consideraba un medio indirecto de fijación del precio de venta no significaba, como pretendía la DI, que los operadores estableciesen en los contratos de comisión un supuesto precio de adquisición/transferencia/cesión o depósito y que, por lo tanto, éste fuera un factor que debiera eliminarse con la consiguiente modificación de la naturaleza jurídica de

los contratos de comisión. Lo que criticaba la Resolución es que ese supuesto precio de transferencia o cesión entre el operador y el minorista estuviera referenciado al precio recomendado o precio máximo señalado por el operador, y al mismo tiempo, que el precio máximo y el precio recomendado se hubieran establecido, a su vez, en función de los precios de venta al público de las EESS del entorno. La Resolución consideraba que ello generaba un desincentivo para las EESS a modificar los precios máximos a costa de su comisión, dado que si la estación de servicio percibía su precio máximo como competitivo en su zona, entonces no lo reduciría excepto si estimase que la reducción de precios estimulaba de tal forma la demanda que las mayores ventas compensasen las pérdidas unitarias de la comisión. Entiende en este sentido Repsol que, con independencia de que la Resolución se equivoque (pues dichas cláusulas contractuales son lícitas), lo cierto es que en ningún caso consideraba que los operadores debían modificar los contratos de comisión por cuenta ajena mediante la creación de un precio de transferencia relacionado con un índice internacional indeterminado (no obstante, como se ha explicado anteriormente, claramente no es esto lo que exige la Resolución sino que el mecanismo de fijación del precio de adquisición no genere un desincentivo sobre la posibilidad de efectuar descuentos por parte de las EESS).

- En cuarto lugar, y para finalizar esta tercera alegación, Repsol considera que basta atender a la propia Resolución de 30 de julio de 2009 para apreciar que la CNC se declaró incompetente para modificar la naturaleza jurídica de los contratos por lo que no contempló en modo alguno proceder a intimar a los operadores a su modificación. Es más, Repsol afirma que la CNC era consciente de que la eliminación del precio máximo que establecen los operadores como precio de venta de los productos de su propiedad en el contexto de estos contratos tendría como consecuencia el incremento de los precios de venta por las EESS.

La cuarta y última de las alegaciones de Repsol es la relativa al supuesto incumplimiento del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 respecto a los contratos de venta en firme con descuento, los cuales son absolutamente residuales en la red de Repsol. En este sentido y teniendo en cuenta que Repsol no utiliza este régimen contractual desde 2001 le resulta incomprensible que la DI pretenda el referido incumplimiento de la Resolución, máxime cuando en su Informe Parcial de Vigilancia considera que Repsol cumple con el apartado cuarto de la parte dispositiva de la Resolución dado que no utiliza determinadas cláusulas desde el año 2001.

Además, Repsol reitera sus anteriores razonamientos respecto a los contratos de comisión respecto a estos contratos de venta en firme con descuento. Considera que el IPV pretende deducir erróneamente del dispositivo tercero que los operadores están obligados a eliminar dicho régimen contractual en el que el precio mayorista se establece con referencia al precio de venta recomendado que establece el operador menos un descuento acordado con las EESS. Para REPSOL se trata de un régimen contractual perfectamente lícito.

Repsol rechaza igualmente que pueda modificar estos contratos unilateralmente como propone el IPV. La operadora ha venido sustituyendo este régimen contractual

gradualmente mediante negociación con las EESS afectadas y considera esta negociación necesaria ya que la modificación de la naturaleza jurídica de un contrato precisa del consentimiento de ambas partes, como razonó en sus alegaciones a la Propuesta de IPV al diferenciar la modificación o novación de las obligaciones contractuales (arts. 1204 y ss. CC) y la renuncia a un derecho de origen contractual o, lo que es lo mismo, la renuncia a la exigencia de una obligación contractual (arts. 6.2, 1143, 1146, 1188 CC).

Para REPSOL, el IPV cuestiona por motivos erróneos un régimen contractual y luego pretende adoptar una solución meramente estética que como resulta evidente no resuelve el (inexistente) problema que pretende apreciar. Por ello critica *el cese de la recomendación de precios de reventa por parte de Repsol a la EESS sujetas a esta modalidad contractual* (medida similar a la propuesta por BP). Para Repsol la citada propuesta mantiene inalterada la formación del precio de adquisición, y la percepción del precio final (se recomienda o no).

Pues bien, en relación con la alegación de Repsol, compartida también por Cepsa, sobre que los llamados contratos de comisión o agencia impropia no se encuentran dentro de ámbito de aplicación afectado por la Resolución de 30 de julio de 2009, este Consejo, considera, una vez analizadas las alegaciones de las tres operadoras petrolíferas, especialmente Repsol y Cepsa, y la contestación que a las mismas dio la extinta DI, que el presente debate quedó zanjado, tanto en la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05-CEEES versus Cepsa) y jurisprudencia subsiguiente como en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 (recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido contra la resolución del TDC de 30 de mayo de 2001, expediente 493/00), y de 17 de noviembre de 2010 (recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido contra la resolución del TDC de 11 de julio de 2001, expediente 490/00).

En sus alegaciones al presente expediente, las operadoras en cuestión, especialmente Repsol y Cepsa, consideraron que en los contratos de comisión impropia no se debía arbitrar medida alguna tendente a cumplir con la Resolución de 30 de julio de 2009 dado que dicha Resolución no se refería a ellos. Dicho de otro modo, las operadoras entienden que la resolución no se aplica a dichos contratos como tampoco se aplica a los contratos de agencia pura. Los motivos que dan para llegar a dicha conclusión son básicamente que no existiendo cláusula expresa en dichos contratos que se refiriese al precio de adquisición de la mercancía, por el simple hecho de que en los mismos no se producía tal adquisición de la propiedad de la mercancía, las intimaciones del Consejo en su Resolución de 30 de julio de 2009 no se referían a dichos contratos ni por ello hicieron nada al respecto.

En concreto los argumentos de Repsol en sus alegaciones de 24 de enero de 2013 son los siguientes:

“Evidentemente la Dirección de Investigación no explica cómo es posible que Repsol pueda continuar estableciendo el precio de venta de los productos de su propiedad en el contexto de estos contratos de comisión por cuenta ajena si, se supone, debe reconocer a la EESS la capacidad para determinar dicho precio. Pues obligar a Repsol a reconocer jurídica y económicamente la existencia de un precio mayorista a los comisionistas implica que estos últimos cesen en la prestación de servicios de intermediación a esta parte y procedan a vender en firme los productos al precio de venta que determinen. Si existe un precio mayorista es porque existe una transferencia de la propiedad del producto (se llame como se llame dicha transferencia) o, en otras palabras, que las EESS adquieran la facultad de disponer de los productos y procedan a fijar el precio.

Esta posición de la Dirección de Investigación es incompatible con la naturaleza misma de los contratos de comisión por cuenta ajena que son compatibles con las normas de competencia y por supuesto con el equilibrio económico acordado con las EESS en estos contratos. Por de pronto Repsol no puede reconocer la existencia de un precio mayorista en el contexto de una relación de esa naturaleza. Sencillamente dicho precio mayorista (se llame como se llame) no existe en estos contratos. Las EESS que libremente aceptan ese régimen contractual no adquieren el combustible. Es Repsol el propietario del combustible hasta su entrega al consumidor final y es Repsol, por tanto, el que determina libre y legítimamente el precio de venta final del combustible permitiendo a la estación de servicio compartir su comisión con el consumidor final”.

Cepsa se manifestó de forma casi idéntica a Repsol con respecto a la fijación del precio de transferencia o adquisición en los contratos de comisión, en concreto en sus alegaciones de 18 de enero de 2013 establecía lo siguiente:

“...el precio de transferencia teórico o equivalente es siempre la diferencia entre el precio que recibe el principal y la comisión del comisionista. Si no fuera así, no estaríamos ante un contrato de comisión.

Es decir, que si un contrato establece un precio de transferencia o adquisición distinto de aquella diferencia, el contrato no es de comisión. Y si un contrato de comisión se modifica para establecer en sus cláusulas un precio de transferencia como tal (por ejemplo, mediante un índice de referencia) se estaría sin más cambiando su naturaleza y convirtiéndolo en un contrato distinto, de venta para la reventa”.

Asimismo considera que *“La aplicación del Derecho de la Competencia a las relaciones entre el principal y el agente comisionista - que impide, por ejemplo, que el principal establezca un precio fijo de venta al público no susceptible de reducción por el comisionista - no cambia la naturaleza ni modifica la estructura de las prestaciones del contrato. De otro modo, dejaría simplemente de ser un contrato de comisión (la comisión y la agencia son, al cabo, modalidades del mandato mercantil).*

La no transformación de la estructura contractual de la relación de agencia o comisión en compraventa por el hecho de que, en atención a los riesgos asumidos por el comisionista, el acuerdo esté sujeto al Derecho de la Competencia ha sido reiteradamente confirmada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con las estaciones de servicio comisionistas, rechazando las pretensiones de su declaración como revendedores”.

Sin embargo la DI consideró en su Informe Parcial de Vigilancia de 12 de septiembre de 2013 que “no puede asumirse la alegación de las tres OP de que en el caso de los contratos de comisión impura no existe precio de adquisición por cuanto la propiedad de la gasolina sigue siendo del operador y por tanto dichos contratos no estarían afectados por la intimación del Consejo.

Es cierto que en los casos de contratos de comisión, no puede hablarse propiamente de precio de adquisición, sin embargo, y con independencia del nombre utilizado, sí que existe un precio de transferencia, depósito o cesión, que actúa como el de adquisición y que como éste es establecido por los OP sobre la base de parámetros controlados exclusivamente por ellos, principalmente el precio de referencia o precio medio de los PVP del área de influencia y que coincide con el precio máximo/recomendado por cada OP⁴. En este sentido no hay que olvidar que el Consejo en su resolución declara prohibido cualquier “uso comercial que tenga un efecto equivalente” a las cláusulas contractuales que referencien el precio de adquisición al precio máximo o recomendado, lo que lleva a concluir que es indiferente que el precio de referencia se establezca sobre los precios máximos/recomendados o sobre los PVP de la zona de influencia. Lo que el Consejo pretende con la Resolución no es otra cosa que evitar que el OP establezca el precio de adquisición/transferencia con base en parámetros controlados directamente por el, con independencia de que dichos parámetros sean precios máximos, recomendados o de referencia y que en definitiva les lleva a poder controlar el PVP.

Por tanto, y de acuerdo con lo anterior, no es suficiente que los contratos, como ellos mismos alegan, estén adaptados a la normativa europea y validados por el TDC ya que el problema no es sólo el clausulado sino la aplicación práctica del precio de adquisición/transferencia, que hace insuficiente el que los distribuidores puedan hacer o no uso de la potestad de reducir los precios con cargo a su comisión, ya que, como dice el Consejo, el propio sistema utilizado por las operadoras es, en sí mismo, disuasorio.

Por último, el que las EESS no estén vinculadas a las intimaciones de la Resolución de 30 de julio de 2009 no es óbice para que los OP no modifiquen aquellos extremos que en la misma el Consejo de la CNC ha considerado que estarían incumpliendo la normativa de competencia y, de hecho, no sería la primera vez que los OP modifican unilateralmente aquellas cláusulas o condiciones contractuales que han sido declaradas prohibidas”.

⁴ Informes CNC y CNE del año 2012.

Como se ha advertido el Tribunal Supremo analizó alegaciones muy similares en las Sentencias de 4 de diciembre de 2009 y de 17 de noviembre de 2010 con los argumentos que aquí reproducimos (idénticos tanto para Cepsa como para Repsol):

“En primer lugar, el suministrador factura al titular de la estación de servicio todos los litros de combustible entregados a ésta, que podrán no coincidir con los todos los litros de combustible entregados a ésta, que podrán no coincidir con las ventas a los consumidores finales realizadas a posteriori, y el pago se hará incondicionalmente en el plazo de nueve días contados desde la entrega. Esto es, con independencia de que el producto se venda o no (y aunque fuera cierto que en una buena parte de los casos se vende dentro de un periodo inferior a nueve días) el titular de la estación de servicio ha de pagar la mercancía entregada asumiendo el riesgo comercial correspondiente a la diferencia entre las cantidades suministradas y las efectivamente vendidas a los clientes. Si dicha diferencia, repetimos, corre a cargo del titular de la estación de servicio en todo caso, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes, y no necesariamente se venderá todo el producto en el plazo de nueve días, la aplicación de los criterios sentados por el Tribunal de Justicia en los apartados 57 y 58 de su sentencia conducen a la conclusión de que aquél soporta el riesgo comercial de la operación.

Ha de tenerse en cuenta que el impago de un solo pedido entregado (esto es, con independencia de que el titular de la estación de servicio haya revendido o no al público consumidor el combustible suministrado) legitima a Cepsa no sólo para suspender la entrega de otros nuevos sino también para someter los futuros suministros a su pago adelantado. No se trata, pues, de una obligación de pago que dependa del buen fin de las "gestiones" del agente o de que éste haya recibido, en todo caso, el precio satisfecho por el consumidor final.

En segundo lugar, el titular de la estación de servicio asume en exclusiva los riesgos del producto (pérdidas, fugas, diferencias de volumen por factores ligados a la temperatura o evaporación, etc.) desde que le es suministrado, incluso si los conserva en condiciones adecuadas. A partir del momento de la entrega del producto, y sea cual sea el momento en que éste sea vendido al consumidor final, el titular de la estación de servicio lo habrá abonado por la cantidad que se le suministró, que puede no coincidir con la que él mismo venderá a los consumidores cuando el combustible sufra una minoración de su volumen a consecuencia de las alteraciones de temperatura, o sufra las mermas y pérdidas derivadas de otros factores. El dato de que estas variaciones -volumétricas o de distinto signo- no se produzcan en cantidades importantes no es óbice a la consideración, netamente jurídica, de que existe el riesgo y que es asumido por el titular de la estación de servicio. Asume éste igualmente los riesgos derivados de los daños que los productos puedan causar a terceros mientras se encuentren en sus instalaciones, también en los supuestos de caso fortuito.

La asunción de estos dos riesgos significativos, unida al hecho de que se imponía al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al

público fijado por el suministrador, son factores que, a la luz de las consideraciones del Tribunal de Justicia en su sentencia antes transcrita, bastan para concluir que los contratos de distribución objeto de litigio no podían beneficiarse de la exención prevista en Reglamento 1984/83 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 85 del Tratado CEE (actualmente artículo 81 CE). En esta misma medida, y dado que el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, que desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, se remite al Reglamento comunitario 1984/83 para autorizar, en los términos de este último, determinados acuerdos comerciales como los que son objeto de debate, tampoco podían beneficiarse de la exención referida».

Por ello, el argumento central en que la defensa letrada de las Compañías recurrentes fundamenta su pretensión casacional, de que la conducta imputada a REPSOL, consistente en la fijación de precio de venta al público de los carburantes y combustibles suministrados a distribuidores minoristas, no constituye una práctica restrictiva de la competencia subsumible en el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues no priva a los titulares de las estaciones de servicio consideradas de la facultad de aplicar descuentos con cargo a su comisión, no puede ser aceptado, ya que descansa en la calificación de los contratos examinados por el Tribunal de Defensa de la Competencia como "verdaderos" contratos de agencia o mediación, eludiendo, en consecuencia, que, como sostuvo esta Sala jurisdiccional, se trata de contratos atípicos de agencia o mediación, que reúnen componentes negociales complejos en que el distribuidor en exclusiva, que comercializa los carburantes suministrados por REPSOL, no actúa "procuratoris domini" sino propio domine, como dueño exclusivo de la mercancía, y, por ello, se asemejan a un contrato de reventa, lo que determina la inaplicación de la doctrina del «brazo alargado», en razón de la realidad económica y jurídica subyacente.

Asimismo, debemos rechazar la crítica que se formula a la Sala de instancia de haber desconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en lo referente a la calificación de los hechos imputados de práctica restrictiva de la competencia, puesto que la sentencia recurrida declara como hechos probados que REPSOL fija los precios de venta al público a las estaciones de servicio que actúan bajo un supuesto régimen de comisión o agencia, sin que se haya desvirtuado que los titulares de las estaciones de servicio analizadas no hayan respetado en sus relaciones comerciales con terceros dicha obligación contractual, reduciendo los precios mediante la aplicación de rebajas. En suma, habiendo determinado la Sala de instancia que dichos distribuidores minoristas han asumido, en una proporción significativa, riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros de combustibles y carburantes «se evidencia la conducta anticompetitiva» de las compañías recurrentes, que queda sujeta a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE, y que no está cubierta o amparada en el Reglamento (CEE) nº 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, en la medida en que se impone al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público de los carburantes fijado por el suministrador».

A la vista de las consideraciones anteriores la alegación expuesta por las operadoras petrolíferas respecto a la inaplicabilidad de la Resolución de 30 de julio de 2009 sobre los llamados contratos de comisión o agencia impropia, por encontrarse fuera de su ámbito de aplicación, no puede ser aceptada. Partiendo de los razonamientos expuestos en las sentencias referidas se constata que el Tribunal Supremo ha considerado que los contratos atípicos de agencia o mediación examinados reúnen componentes negociales complejos y, en ellos, el distribuidor en exclusiva -que comercializa los carburantes suministrados por las operadoras- actúa como dueño exclusivo de la mercancía. Por ello, el Tribunal Supremo considera que estos contratos se asemejan a un contrato de reventa y no pueden ser equiparados a un contrato típico de agencia o mediación para su evaluación conforme la normativa de competencia.

El Consejo de la extinta CNC adoptó idéntico criterio acordando claramente en el dispositivo segundo de la Resolución del expediente S/0652/07, sometida a vigilancia, y con carácter previo a cualquier otra decisión adoptada *“Declarar que todos los contratos que incluyen cláusulas en virtud de las cuales el principal le traslada a la otra parte firmante del acuerdo riesgos comerciales o financieros no insignificantes serán tratados, a efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia, como contratos de reventa”*.

SEXTO.- MODIFICACIONES NORMATIVAS EN EL AMBITO DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 4/2013, DE 22 DE FEBRERO, Y 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.

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), en su Título V “Medidas en el ámbito del sector de Hidrocarburos”, introdujo una serie de cambios en el marco normativo de este sector que hay que tener en cuenta en el presente expediente ya que afectan a un elemento central para este procedimiento de vigilancia como son las cláusulas de los contratos para la determinación del precio de reventa y su incidencia en los precios de venta al público del combustible. En concreto, se ha modificado la [Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos](#), que establece el marco sectorial básico, en particular del suministro de hidrocarburos líquidos y el [Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios](#).

Según se indica en la exposición de motivos de esta norma, *“... dado el escenario de recesión económica y la evolución de las cotizaciones de los productos petrolíferos, se considera justificado por razones de interés nacional, velar por la estabilidad de los precios de los combustibles de automoción y adoptar medidas directas de impacto inmediato sobre los precios de los carburantes, al tiempo que permitan un funcionamiento más eficiente de este mercado”*. Y se recuerdan los informes de las extintas CNE y CNC que han constatado de forma reiterada el mayor nivel de precios

antes de impuestos de los carburantes en España respecto a Europa y que el comportamiento de precios y márgenes del mercado de distribución de carburantes en España muestra signos de una reducida competencia efectiva. Por ello, se indica también en la exposición de motivos de esta norma, que “... *se adoptan una serie de medidas en el mercado mayorista⁵ como en el minorista, que permitirán incrementar la competencia efectiva en el sector, reduciendo las barreras de entrada a nuevos entrantes y repercutiendo positivamente en el bienestar de los ciudadanos*”.

Y continúa la exposición de motivos señalando que, “*en el ámbito minorista del sector, se proponen medidas para eliminar barreras administrativas, simplificar trámites a la apertura de nuevas instalaciones de suministro minorista de carburantes y medidas para fomentar la entrada de nuevos operadores*”. Así, además de facilitar la apertura de estaciones de servicio en centros comerciales, parques comerciales, establecimientos de inspección técnica de vehículos y zonas o polígonos industriales, profundizándose en los objetivos marcados por el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, la exposición de motivos de la norma dice expresamente que, “*De forma adicional a las dificultades para el establecimiento de las nuevas estaciones de servicio, la existencia de contratos de suministro al por menor en exclusiva se considera una de las principales barreras a la entrada y expansión de operadores en España alternativos a los operadores principales. Las restricciones contractuales que actualmente aparecen en los contratos en exclusiva, limitan la competencia en el sector, lo que perjudica a los consumidores. Para paliar dicho efecto, se añade un nuevo artículo 43 bis a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, para establecer condiciones más estrictas para la suscripción de contratos de suministro en exclusiva y prohibiendo las recomendaciones de precio de venta al público. Se persigue 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. En estos regímenes, el precio recomendado o el precio máximo son parámetros fundamentales en el establecimiento del precio de adquisición del producto, fomentado el alineamiento de precios entre estaciones de servicio abanderadas, reduciéndose así la competencia intramarca*”.

De acuerdo con la exposición de motivos, esta reforma –entre otras medidas- introduce un nuevo artículo 43 bis en la [Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos](#), imponiendo determinadas medidas relacionadas con los vínculos contractuales los operadores petroleros y las estaciones de servicio:

“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:

⁵ Para garantizar que la eficiencia de la logística de hidrocarburos permita que los costes de distribución sean lo más bajos posibles se modifican los artículos 41, 43 y 109 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y se profundiza en el régimen de supervisión de las instalaciones logísticas y de almacenamiento que tienen obligación de acceso de terceros en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.

- 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.”*

Por su parte, la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 4/2013 determinó la entrada en vigor de las medidas adoptadas y el plazo de adaptación de los contratos de distribución en exclusiva, estableciendo que, *“Los contratos de distribución en exclusiva afectados por el artículo 43 bis, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, deberán adaptarse en el periodo de 12 meses desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley. Estos contratos no podrán incluir cláusulas que, directa o indirectamente, obliguen a su renovación, reputándose en todo caso nulas las así incluidas.”* De acuerdo con su Disposición final duodécima, el Real Decreto-Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir el 24 de febrero de 2013. Así pues, las medidas adoptadas con esta reforma estaban perfectamente en línea con la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 y, tomando como punto de partida, de acuerdo con la exposición de motivos, la constatación de los problemas de competencia sancionados en esta Resolución, se elevaban a norma con rango de ley, y con plazos de cumplimiento determinados, los elementos centrales de las intimaciones que la propia Resolución imponía a las operadoras.

Posteriormente, estas medidas fueron refrendadas en la tramitación del Real Decreto-Ley 4/2013 como proyecto de Ley con la adopción de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. No obstante, en esta tramitación se ha introducido un nuevo apartado 4 en el artículo 43 bis de la Ley del Sector de Hidrocarburos que ha venido a limitar el número de contratos afectados por las obligaciones establecidas en esta disposición. Este nuevo apartado establece lo siguiente:

“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”.

Con ello, las estaciones de servicio con contratos CODO⁶ quedan excluidas de las obligaciones legales establecidas en el nuevo artículo 43 bis de la Ley del Sector de

⁶ Company owned, dealer operated.

Hidrocarburos (esto es, de acuerdo con los últimos datos que obran en el expediente recogidos en el cuadro del fundamento tercero de esta Resolución, quedarían excluidas de las obligaciones legales 1.576 estaciones de servicio de Repsol, 481 de Cepsa y 46 de BP).

Por otro lado, la disposición adicional cuarta de la Ley 11/2013 establece por su parte el plazo de adaptación de los contratos de distribución en los siguientes términos:

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

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

En consecuencia, por imposición legal, antes del 28 de julio de 2014, todos los contratos DODO afectados deberán estar adaptados y, en consecuencia, no podrán contener cláusulas que, de forma individual o conjunta, fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible. En caso contrario, serán nulas o se tendrán por no puestas las cláusulas que determinen el precio de venta del combustible en referencia a un determinado precio fijo, o recomendado, o cualesquiera otras que contribuyan a una fijación indirecta del precio de venta.

Pues bien, teniendo en cuenta el contenido final de esta reforma de la Ley del Sector de Hidrocarburos realizada finalmente a través de la mencionada Ley 11/2013, de 26 de julio, es necesario esclarecer primero los efectos de la misma sobre el cumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009 que se vigila en el presente expediente a efectos de determinar su incidencia sobre el período de incumplimiento de la Resolución y sobre las obligaciones impuestas a las operadoras a través de las intimaciones de la mencionada Resolución.

Para ello hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1º) El Consejo considera, de acuerdo con la Resolución de 30 de julio de 2009, que cualquier cláusula contractual que establezca que el precio de adquisición del combustible se referencia al precio máximo o recomendado, ya sea de la propia estación o de los competidores del entorno o, por tener un efecto equivalente, al precio de venta al público de las estaciones del entorno, constituye una conducta que restringe la competencia en el sector de la distribución minorista de carburantes y que es contraria a los artículos 1 de la LDC y 101.1 del TFUE.

Se encuentran dentro del ámbito de esta consideración los contratos CODO y DODO de comisión y de reventa con descuento fijo y ello con independencia de la propiedad

por parte del operador petrolero de los locales y terrenos desde los que se produzca la venta minorista de carburantes cuando la estación de servicio, por una asunción significativa de riesgos, se comporta en la práctica como un operador independiente, tal y como recoge la Resolución de 30 de julio de 2009 en su dispositivo Segundo.

Ello además, está en línea con la interpretación de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011 y de 18 de mayo de 2012 que han venido a refrendar la Resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009.

2º) Las modificaciones introducidas en la Ley del Sector de Hidrocarburos con la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2013 y, finalmente, por la Ley 11/2013, no contienen ninguna disposición que excluya a este sector de la aplicación de la normativa nacional de competencia. Muy al contrario, de acuerdo con la exposición de motivos de la mencionada Ley los objetivos que persigue la reforma son precisamente fomentar la competencia y la eliminación de barreras en el segmento de la distribución minorista de carburantes.

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

Por el contrario, lo que la Ley ha venido a hacer en la práctica –junto con otra serie de medidas recomendadas igualmente por las extinta autoridades de competencia y supervisión regulatoria- es, con independencia de la evolución de los procedimientos de vigilancia de las Resoluciones de las autoridades de competencia, facilitar el cumplimiento de estas para las estaciones tipo DODO pero no cabe deducir del contenido de la Ley la voluntad de eximir a las operadoras del cumplimiento de algunas de ellas. Así, no habiendo una exoneración expresa del cumplimiento de la normativa de competencia, la misma se debe aplicar en paralelo a la Ley del Sector de Hidrocarburos, introduciendo como ocurre en otros ámbitos un marco de actuación más restrictivo que el determinado en la normativa sectorial.

3º) En todo caso, no podría excluirse –por primacía normativa- la aplicación del acervo y de las normas de competencia de la Unión Europea que son asimismo objeto del presente expediente de vigilancia.

El Consejo de la extinta CNC acordó considerar que la conducta objeto de esta expediente es susceptible de ser calificada como una práctica contraria al antiguo artículo 81 del TCE, actual 101 del TFUE.

Como se indicaba en la Resolución de 30 de julio de 2009, las Directrices relativas al concepto de efectos sobre comercio contenido en los artículos 101 y 102 del TFUE se aplican a los acuerdos horizontales y verticales y a las prácticas de empresas que *“puedan afectar al comercio entre los Estados miembros”*. Asimismo, señalaba que el párrafo 88 de las mencionadas Directrices establece que *“Los acuerdos por los que las empresas imponen precios de reventa pueden tener efectos directos sobre el comercio entre Estados miembros al aumentar las importaciones de otros Estados miembros y disminuir las exportaciones del Estado miembro en cuestión. Los acuerdos que imponen los precios de reventa también pueden afectar a las corrientes comerciales de manera muy similar a las de los carteles horizontales. En la medida en que el precio de reventa impuesto sea más alto que el que existe en otros Estados miembros, este nivel de precios sólo se puede mantener si es posible controlar las importaciones de otros Estados miembros”*.

4º) En línea con lo señalado en los apartados anteriores, la entrada en vigor de la Ley 11/2013, introduciendo un plazo máximo para la adaptación de los contratos DODO, plazo que puede no agotarse si así lo deciden los operadores petroleros, no puede tomarse como referencia temporal a efectos de considerar esta fecha como fecha límite del incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009.

De acuerdo con los anteriores argumentos, 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 éstos 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 del 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 del 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.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentario citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar el incumplimiento parcial de la Resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009, en particular de su dispositivo TERCERO, CUARTO Y QUINTO apartado iv.

SEGUNDO.- Declarar que el cumplimiento de la mencionada Resolución debe ser total y efectivo para la remoción de los efectos anticompetitivos de las prácticas declaradas prohibidas en la misma.

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

1. En relación con los contratos de comisión y los contratos de reventa indiciada a precio de referencia en los que los distribuidores sean empresarios independientes a los efectos de la normativa de competencia, adopten las medidas necesarias para que el precio de transferencia o de cesión del carburante atienda a criterios objetivos de forma que su determinación no desincentive la realización por parte de las estaciones de servicio de descuentos, para evitar que el operador fije indirectamente por esta vía el PVP.
2. Tomen las medidas necesarias para la cesación de las 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.

QUINTO.- Repsol, Cepsa y BP justificarán ante la Dirección de Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas por la Resolución de 30 de julio de 2009 y en los anteriores apartados de la presente Resolución.

SEXTO.- Interesar a la Dirección de Competencia la apertura de un procedimiento sancionador por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero de esta Resolución y para que vigile y cuide el cumplimiento de esta Resolución.

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

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz contra la Resolución Administrativa dictada por esta SALA DE COMPETENCIA, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el Expediente de Vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP.

Discrepancia con lo acordado y resuelto, que desarrollo seguidamente:

PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.-

1º Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy extinto, con fecha **30 de Julio del 2009** dictó Resolución Administrativa, en cuya Parte Dispositiva acordaba:

Primero.- Declarar que **REPSOL** Comercial de Productos Petrolíferos S.A., **CEPSA** Estaciones de Servicio S.A., y BP Oil de España S.A., han infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 16 de Julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 81.1 del Tratado CE, al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.

Segundo.- Declarar que todos los contratos que incluyen las cláusulas en virtud de las cuales el principal le traslada a la otra parte firmante del acuerdo riesgos comerciales o financieros no 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 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 puntos de venta que impidan o dificulten conocer y obtener justificantes de los descuentos practicados, bien para su uso como justificante de un gasto promocional o para justificar una rectificación de factura.

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

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

Sexto.- Imponer a REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos S.A., una multa de CINCO MILLONES DE EUROS (5.000.000 €EUROS) por la infracción sancionada.

Séptimo.- Imponer a CEPSA Estaciones de Servicio S.A., una multa de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL EUROS (1.800.000 €EUROS) por la infracción sancionada.

Octavo.- Imponer a BP Oil España S.A., una multa de UN MILLON CIEN MIL EUROS (1.100.000 €EUROS) por la infracción sancionada.

Noveno.- Intimar a REPSOL, CEPSA y BP para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

Décimo.- Ordenar a REPSOL, CEPSA y BP la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la Parte Dispositiva de esta Resolución en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor difusión en todo el territorio nacional. En caso de incumplimiento se le impondrán una multa coercitiva de 600 €uros por cada día de retraso.

Undécimo.- Los sancionados justificarán ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

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

2º REPSOL, CEPSA y BP interpusieron ante la Audiencia Nacional recursos ordinario y extraordinario derechos fundamentales, que fueron desestimados en Sentencias dictadas en las siguientes fechas:

- REPSOL: derechos fundamentales 5 de Noviembre de 2012; y ordinario 6 de Junio de 2012.
- CEPSA: ordinario 15 de Noviembre de 2012; **pendiente de resolución el Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo.**
- BP: derechos fundamentales 4 de Noviembre de 2012; y ordinario 5 de Noviembre de 2012

3º La Sala Tercera del Tribunal Supremo estima los Recursos de Casación interpuestos por REPSOL y BP **y casa y anula** la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, en Sentencias de 31 de Octubre de 2013 y de 28 de Enero de 2013, respectivamente.

SEGUNDO.- Por consecuencia de lo anterior y hasta tanto no hubiere gozado de firmeza la Resolución Administrativa, por consecuencia de los recursos interpuestos, la Vigilancia de la misma queda en suspenso por imperio de la Ley.

O lo que es lo mismo que decir que hasta el día 28 de Enero de 2013 (BP) y 31 de Octubre del 2013 (REPSOL) la hoy extinta Dirección de Investigación **carecía de autoridad para cuidar de la vigilancia** de la Resolución Administrativa 30 de Julio del 2009, tantas veces citada, **en lo atañente a los numerales Tercero, Cuarto y Quinto (Parte Dispositiva).**

TERCERO.- Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que en la Resolución que se nos propone y de la que discrepo, **en el apartado 7 de los Antecedentes de hecho** literalmente se dice que “el 20 de Mayo tuvo entrada en la Secretaria del Consejo Informe Parcial de Vigilancia, llevándose a deliberación al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinta) el día 29 de Mayo de 2013.

Y sigue diciendo en el siguiente **apartado 8** que “el 5 de junio de 2013, advertida la ausencia del Informe preceptivo del **órgano regulador sectorial**, la Comisión Nacional de la Energía (CNE), el Consejo de la CNC **acordó retrotraer** el procedimiento al trámite procesal en el que debió realizarse dicha solicitud para que la Dirección de Investigación subsane la omisión y solicite informe a la Comisión Nacional de la Energía al amparo del Artículo 17 de la LDC”.

En dicho Informe se dice en el **apartado segundo** que “a partir de la información sobre contratos que obra en poder de la CNE de la red de Repsol en el municipio de Huesca y de las alegaciones de BP para el informe sobre el expediente informativo **del efecto del día de la semana** en la determinación de precios de los carburantes, **puede concluirse que, al menos**, en esos casos, existe efectivamente un precio de adquisición que se relaciona con el precio de venta al público recomendado por Repsol y el precio de venta al público en la zona”.

Y significativamente sigue diciendo en el siguiente apartado tercero que **“esta Comisión (CNE) no puede aportar información sobre los contratos de suministro en exclusiva de Cepsa”**.

Y todavía más significativo lo concretado en el siguiente apartado cuarto **“en el caso de adoptarse decisión de la CNC según el contenido del informe de vigilancia, se tomaría en un momento oportuno, pues permitiría que dicha adaptación se realizara teniendo en cuenta las nuevas obligaciones impuestas por la Ley 11/2013”**.

En concordancia y amparo con lo anterior, en el llamado **borrador de resolución**, en su página 7, se establece lo siguiente “sin embargo, la promulgación en julio de 2013 de la ley 11/13 ha dejado parcialmente vacía de contenido esta propuesta (la elevada por la Dirección de Investigación al Consejo CNC) toda vez que las medidas que al efecto **hubiera podido adoptar el Consejo de la CNC** respecto de los contratos DODO/comisión.....han sido ya establecidas en la mencionada Ley, **dando para su cumplimiento un plazo determinado que finaliza el 28 de Julio del 2014”**.

CUARTO.- En el interim, se ha promulgado y publicado la Ley 11/2013, de 26 de Julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que doy por reproducida al amparo de la máxima **iura novit curia**.

En su Título V, Medidas en el ámbito del sector de hidrocarburos, **modifica** lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de Octubre, del Sector Hidrocarburos **y añade un nuevo artículo el 43 bis con una redacción del siguiente tenor** (en cita literal).

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

1 Los vínculos contractuales de suministro en exclusiva deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) La duración máxima del contrato será de un año. Este contrato se prorrogará por un año, automáticamente, por un máximo de dos prórrogas, salvo que el distribuidor al por menor de productos petrolíferos manifieste, con un mes de antelación como mínimo a la fecha de finalización del contrato o de cualesquiera de sus prórrogas, su intención de resolverlo.

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

2 Se considerarán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas contractuales en las que se establezca una duración del contrato diferente a la recogida en el apartado 1 ó que determinen el precio de venta del combustible en referencia a

un determinado precio fijo, máximo o recomendado, o cualesquiera otras que contribuyan a una fijación indirecta del precio de venta.

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

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

QUINTO.- El apartado 4 de la Ley 11/2013, anteriormente citado, evidentemente establece **una excepcionalidad singular ad personam**, quizás debida a una enmienda transaccional legislativa presentada en el trámite ante el Senado, pero ello no empece para que esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **no cumpla el mandato legal de dictar resoluciones bajo el imperio de la Ley y el Derecho** ex Artículo 103 de la Constitución Española, al tiempo que veda **la interdicción y la arbitrariedad de los poderes públicos** ex Artículo 9 del mismo Texto Constitucional que, obviamente, **consagra los principios de seguridad jurídica y legalidad.**

SEXTO.- Se debe **concluir diciendo** que:

1º el seguimiento de los contratos ha sido aleatorio, según el Informe preceptivo emitido por la Comisión Nacional de la Energía, hoy extinta.

2º que, en todo caso, los mismos y por consecuencia de la promulgada y publicada Ley 11/2013 la adecuación de los contratos tendría una plazo de adecuación para su cumplimiento que finalizaría en Julio del 2014.

3º que **el dies a quo** viene concretado por la fecha de notificación de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Sala Tercera en orden a la firmeza de la Resolución Administrativa **ex nunc.**

4º que dicha Ley 11/2013 en el apartado cuarto del Artículo 43 bis consagra un régimen de excepcionalidad singularizada ad personam.

5º finalmente, la Ley 3/2013, de 4 de Junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia engloba a siete anteriores Comisiones, entre las que se encuentra la extinta Comisión Nacional de Energía.

De ahí que, partiendo del principio de seguridad jurídica que proclama, deviene fácilmente comprensible que el mismo Organismo no puede dictar resoluciones administrativas contrarias y/o incluso contradictorias, **so pena de vulnerar el principio**

doctrinal de confianza legítima y caer en una incongruencia, difícilmente entendible y, en todo caso, no sujeta a legalidad.

SÉPTIMO.- En todo caso y por consecuencia de lo previamente establecido, es de aplicación lo prevenido en el Artículo 4 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Lo que significa que esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **debería** haber dictado una Resolución Administrativa conforme y adecuada a lo establecido en los hechos probados, en adecuación a los principios de legalidad y seguridad jurídica exigidos por el Ordenamiento.

Así, por este mi Voto Particular Discrepante lo dispongo, mando y firmo en Madrid, el mismo día.