

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR **[CONFIDENCIAL] SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE UN DETERMINADO RÉGIMEN CONTRACTUAL DE SUMINISTRO EN EXCLUSIVA CON EL ARTÍCULO 43 BIS DE LA LEY DE HIDROCARBUROS**

CNS/DE/247/22

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 30 de junio de 2022

Visto el escrito de consulta de **[CONFIDENCIAL]**. sobre la compatibilidad de un determinado régimen contractual de suministro en exclusiva con el artículo 43 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria, de acuerdo con las funciones establecidas en el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, señala lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 18 de febrero de 2022 tuvo entrada en esta Comisión consulta formulada por [CONFIDENCIAL] (en adelante, [CONFIDENCIAL]), por la que se trasladan ciertas dudas acerca del alcance del artículo 43 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante, art 43 bis LH)¹.

En concreto, [CONFIDENCIAL] describe de forma detallada un determinado esquema contractual de suministro de productos petrolíferos en exclusiva existente entre un operador al por mayor y el titular de una estación de servicio, haciendo saber que *“a efectos aclaratorios, el citado régimen contractual objeto de consulta no es de aplicación en las relaciones contractuales de [CONFIDENCIAL] con sus distribuidores de las redes de Estaciones de Servicio abanderadas con imagen [CONFIDENCIAL]”*.

Si bien [CONFIDENCIAL] esgrime argumentos a favor de la compatibilidad de dicho régimen contractual con el art 43 bis LH, expone otros por los que la compatibilidad no existiría. Ante la duda, [CONFIDENCIAL] plantea a esta Comisión si *“¿Es compatible con el artículo 43 bis LSH el régimen contractual objeto de esta consulta?”*.

Con fecha 12 de mayo de 2022, [CONFIDENCIAL] reitera la consulta y solicita que se *“tramite con celeridad el expediente, para que se evacúe la consulta formulada”*.

¹ El artículo 43 bis de la Ley de Hidrocarburos fue introducido por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, posteriormente convalidado por la Ley 11/2013, de 26 de julio.

Establece las siguientes limitaciones sobre los contratos de exclusividad de suministro DODO:

“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 cualquiera 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”.

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, introduce una tercera limitación:

“c) No podrán contener cláusulas de exclusividad en lo relativo a la prestación de servicios de recarga eléctrica a vehículos.”

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL OBJETO DE CONSULTA

El régimen contractual objeto de consulta, existente entre el operador mayorista y el propietario de una estación de servicio, se expone a continuación.

El propietario de la estación de servicio cede su explotación en régimen de arrendamiento de industria al operador mayorista durante un periodo que puede extenderse hasta 15 años. Este contrato de cesión se denomina, a efectos de la consulta, “**Contrato de Arrendamiento**” y contiene las siguientes particularidades relevantes:

- El operador puede subarrendar la gestión de la explotación a un tercero, siempre y cuando disponga de la autorización del propietario.
- Por la cesión de la explotación, el operador abona al propietario una cantidad en concepto de renta anticipada por el periodo total de vigencia del Contrato. Si el Contrato se extingue antes de su finalización por causa imputable al propietario, éste ha de reintegrar al operador el importe pendiente de amortizar de la renta anticipada, no siendo necesario el reintegro si la causa de la resolución es imputable al operador. Adicionalmente, el operador abona al propietario una renta variable por cada litro comercializado.
- El primer año de Contrato es de obligado cumplimiento para el operador. Trascurrido este primer año, el operador puede resolverlo sin tener que satisfacer compensación alguna al propietario. En contraposición, el Contrato es de obligado cumplimiento para el propietario durante el periodo de vigencia completo pactado (hasta 15 años).

De forma simultánea a la suscripción del “Contrato de Arrendamiento” se firma lo que se denomina a efectos de la consulta “**Contrato de Subarrendamiento**”, mediante el cual el operador subarrienda la gestión de la explotación de la instalación a un tercero, tal y como le permite el “Contrato de Arrendamiento”. El “Contrato de Subarrendamiento” tiene las siguientes particularidades relevantes:

- El tercero al que se subarrienda la gestión de la explotación es el propietario de la estación de servicio.
- El Contrato incluye adicionalmente una relación de suministro de carburantes y combustibles en exclusiva entre el operador mayorista y el subarrendatario de la gestión, es decir, entre el operador y el propietario de la estación de servicio.
- Su duración es de un año con opción de dos prórrogas anuales.

Según expone [CONFIDENCIAL] en su consulta, al cabo de los tres años de duración del “Contrato de Subarrendamiento” (un año y sus dos prórrogas anuales), *“las mismas partes formalizan sucesivamente ulteriores Contratos de Subarrendamiento uno tras otro, en los mismos términos de duración de hasta tres años cada uno. Esta concatenación de Contratos de Subarrendamiento (...) se prolonga en el tiempo durante todo el periodo de vigencia previsto para el Contrato de Arrendamiento”*.

III. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN CONTRATUAL EXPUESTO Y CONTESTACIÓN A LA CONSULTA

Mediante la suscripción del “Contrato de Arrendamiento” entre el operador al por mayor y el propietario de la instalación, la estación de servicio se convierte en DOCO, dado que la plena propiedad de la misma sigue correspondiendo al propietario (DO-) y la gestión de la explotación queda en manos del operador mayorista (-CO). La estación de servicio se integra en la red de distribución del operador, por lo que lucirá su bandera y venderá su producto durante el periodo de vigencia del Contrato que puede extenderse hasta 15 años.

En principio, y desde el punto de vista de la normativa sectorial de hidrocarburos, el “Contrato de Arrendamiento” no presentaría objeciones, a no ser que, en la provincia en la que se ubica la estación de servicio, la red del operador estuviera limitada en los términos previstos en la disposición adicional cuarta de la Ley 8/2015². De ser así y tratarse de una provincia limitada, esta operación solo estaría permitida si la integración de la nueva DOCO no supone un incremento del número de COCO/DOCO+CODO por encima del máximo permitido en la

² “Los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior al 30 por ciento, no podrán incrementar el número de instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título que les confiera la gestión directa o indirecta de la instalación, ni suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor que se dediquen a la explotación de la instalación para el suministro de combustibles y carburantes a vehículos, con independencia de quién ostente la titularidad o derecho real sobre la misma. No obstante lo anterior, podrán renovarse a su expiración los contratos preexistentes aunque con ello se supere la cuota de mercado anteriormente expresada. Asimismo, los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior al 30 por ciento en dicha provincia o ámbito territorial, no podrán adquirir en régimen de propiedad ni explotar nuevas instalaciones cuando esto suponga un incremento de su cuota de mercado en función de las ventas anuales del ejercicio anterior, independientemente de que no se aumente el número de instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título que les confiera la gestión directa o indirecta de la instalación.”

provincia o si, en caso de no superarse este máximo, la nueva adquisición no supone un incremento de la cuota de ventas del operador en la provincia.

Mediante la suscripción del “Contrato de Subarrendamiento”, simultánea a la suscripción del “Contrato de Arrendamiento”, la instalación se convierte en lo que se conoce como DO-CO-DO. La plena propiedad de la instalación sigue perteneciendo al propietario (DO-) y la gestión de la explotación no está en manos del operador, sino que está en manos de un tercero (-DO) que, en este caso, es el propietario de la estación de servicio. A efecto prácticos, se puede considerar que la instalación se convierte en DODO.

Si se analiza de forma individualizada, el “Contrato de Subarrendamiento” tampoco presentaría objeciones desde el punto de vista de la normativa sectorial de hidrocarburos, pues se trata de un contrato de suministro en exclusiva DODO que cumple la limitación temporal establecida por el apartado a) del artículo 43 bis LH (duración de un año con un máximo de dos prórrogas anuales)³.

Por tanto y hasta lo aquí expuesto, no se hallan objeciones desde el punto de vista de la normativa sectorial de hidrocarburos a cada uno de los dos contratos si estos se aplican de forma separada; por un lado, el “Contrato de Arrendamiento” (que convierte a la instalación en DO-CO) y, por otro, el “Contrato de Subarrendamiento” (que convierte a la instalación en DODO), pues la duración de este último es de un año, con posibilidad de dos prórrogas de la misma duración (coincidente con los plazos establecidos en el artículo 43 bis LH).

Sin embargo, es cuestionable si la aplicación conjunta y simultánea de ambos contratos, que convierten a la instalación en DO-CO-DO, se ajusta a los principios liberalizadores y de fomento de la competencia que inspiraron la aprobación del art 43 bis LH, el cual establece limitaciones sobre los contratos de exclusividad de suministro DODO, y cuya cita se reitera para evitar remisiones:

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

³ La información aportada por [CONFIDENCIAL] sobre el contenido del “Contrato de Subarrendamiento” no es suficiente para poder analizar el cumplimiento de las restantes limitaciones que el art 43 bis LH impone sobre los contratos DODO (no contener cláusulas que fijen directa o indirectamente el precio en el punto de venta y no contener cláusulas de exclusividad en lo relativo a la prestación de servicios de recarga eléctrica a vehículos).

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 cualquiera 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, o 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”.*

Así pues, el artículo recién citado establece un límite de tres años a los señalados contratos de exclusividad de suministro DODO (un año prorrogable en dos ocasiones). Sin embargo, mediante el esquema contractual expuesto, consistente en la suscripción simultánea del ‘Contrato de Arrendamiento’ y el ‘Contrato de Subarrendamiento’, se lograría artificioosamente asegurar la bandera del operador durante un extenso periodo, muy superior al de 3 años al que viene limitado en la Ley, pues puede llegar a los 15 años, durante el cual el propietario de la instalación también se asegura su explotación.

En efecto, por un lado, no parece probable, salvo causa mayor y a costa de su perjuicio económico, que el propietario tenga interés en rescindir unilateralmente el “Contrato de Arrendamiento” pues si lo hace tendrá que reintegrar parte de la renta anticipada. Por otro, tampoco parece probable que pueda ser otro tercero el que gestione la explotación ya que para ello se requiere la autorización del propietario. Al encontrarse de algún modo el propietario incitado a agotar el periodo total de vigencia del “Contrato de Arrendamiento”, los “Contratos de Subarrendamiento”, de tres años máximo de duración cada uno, se irán concatenando en el tiempo, de forma que el operador se asegura la exclusividad de suministro y su imagen de marca en la instalación durante 15 años si no surgen eventualidades.

El que un operador al por mayor mantenga durante periodos prolongados la exclusividad de suministro en una instalación de la que no ostenta la propiedad plena (como es el caso objeto de consulta) no es compatible con el objetivo pretendido con la aprobación del art 43 bis LH. Mediante la limitación temporal que este artículo introduce sobre los contratos DODO lo que se pretende es

brindar al dealer cada año la oportunidad de decidir si quiere seguir vinculado al operador con el que tiene suscrito el contrato de exclusividad de suministro. Si así lo desea, se puede desvincular del operador y convertirse en una instalación independiente o vincularse a otro operador mayorista diferente, lo cual sin duda introduce dinamismo al mercado y fomenta la competencia. En el caso objeto de consulta, aparentemente, el propietario de la instalación DODO puede replantearse cada año si quiere cambiar de bandera, pero con toda probabilidad no lo hará pues se encuentra condicionado por las cláusulas del “Contrato de Arrendamiento”.

IV. CONCLUSIÓN

El esquema contractual que se somete a consulta es el resultado de la unión de dos contratos que individualmente no presentan objeciones desde el punto de vista de la normativa sectorial de hidrocarburos. Sin embargo, su aplicación conjunta y simultánea constituiría un artificio contractual que podría vulnerar el fin pretendido por el artículo 43 bis de la Ley de Hidrocarburos, pues estaría orientado a impedir que la estación de servicio pueda ser suministrada por otros agentes durante un amplio periodo de tiempo, asegurando así la bandera del operador mucho más allá del límite máximo de tres años previsto en la Ley para los contratos de suministro en exclusiva. Se considera, por tanto, que el esquema contractual expuesto en la consulta resulta contrario al espíritu del artículo 43 bis de la Ley de Hidrocarburos.