



Roj: **SAN 4873/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4873**

Id Cendoj: **28079230062022100553**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/10/2022**

Nº de Recurso: **661/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000661 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 5787/2017

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

**Procurador:** DÑA. GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a once de octubre de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo nº **661/2017** promovido por la Procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, actuando en nombre y representación de la mercantil **REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.**, contra la resolución de 27 de julio de 2017 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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



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

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

**CUARTO.** Se fijó para votación y fallo la audiencia del día 14 de septiembre de 2022.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. (en adelante, REPSOL), impugna la resolución de 27 de julio de 2017 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0652/07 (REPSOL/CEPSA/BP) cuyo objeto es la vigilancia de la resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el expediente S/0652/07, así como de la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 20 de diciembre de 2013 recaída en el expediente VS/0652/07.

Concretamente, dicha resolución acuerda:

" **PRIMERO.** Declarar que no resulta posible considerar acreditado el cumplimiento de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, en los términos propuestos por la Dirección de Competencia en el informe parcial de vigilancia elevado a esta Sala con fecha 3 de mayo de 2017. **SEGUNDO.** Declarar que el cumplimiento de la mencionada Resolución debe ser total y efectivo para la remoción de los efectos anticompetitivos de las prácticas declaradas prohibidas en la misma.

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

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

1. Con fecha 30 de julio de 2007, la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia acordó la incoación de oficio del expediente sancionador nº 652/07 contra las operadoras Repsol, Cepsa y BP por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 81 del Tratado constitutivo de la CE al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.

2. El 30 de julio de 2009, el Consejo de la extinta CNC dictó Resolución en el mencionado expediente sancionador S/0652/07 y entendió que las tres operadoras REPSOL, CEPSA y BP, en sus relaciones verticales con las estaciones de servicio, estaban incurriendo en una fijación indirecta de precios de venta al público prohibida por los artículos 1 de la LDC y 81.1 del TCE. Y ello mediante instrumentos contractuales y otras medidas destinadas a desincentivar a que los distribuidores se alejasen del precio máximo/recomendado de venta que consistía en el precio de venta medio de las estaciones de servicio del entorno del minorista. Concretamente, el Consejo de la extinta CNC entendió que el precio de adquisición del combustible por parte de los distribuidores minoristas, con independencia del tipo de contrato, se fijaba en base a dos parámetros controlados directamente por el operador: el precio de referencia y la comisión/descuento, lo que llevaba a que el precio quedase controlado por el operador. Y ese sistema de formación de precio creaba un claro desincentivo en el titular de la estación de servicio a apartarse del precio máximo mediante la aplicación de descuentos con cargo a su comisión/margen, de ahí que para el Consejo la alternativa era referenciar el precio de adquisición a los precios internacionales y por tanto no controlados por el operador.

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

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



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

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

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

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

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

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

*(...)*

*NOVENO. Intimar a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS (...) para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*

*(...)*

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

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

4. La sanción impuesta a la mercantil ahora recurrente en la citada resolución de 30 de julio de 2009 se confirmó por esta misma Sección mediante sentencia dictada en fecha 5 de noviembre de 2012 (PO 659/2009) que se confirmó por el Tribunal Supremo en sentencia dictada en fecha 22 de mayo de 2015 en el recurso de casación nº 658/2013.

5. La Dirección de Investigación, para dar cumplimiento al dispositivo duodécimo de la Resolución del Consejo de la CNC, antes reproducido, en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, realizó numerosos requerimientos con objeto de verificar la situación contractual de los operadores sancionados con sus distribuidores, así como la operativa de los mecanismos de emisión de tickets y facturas en las EESS.

6. El 19 de diciembre de 2012, se notificó a las partes implicadas en el expediente de vigilancia la "Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia" en la que, de lo actuado, se deducía, por un lado, que las tres operadoras citadas fijaban el precio de adquisición/cesión detrayendo del precio máximo/recomendado la comisión/margen de la estación de servicio por lo que se impedía que el titular de la estación de servicio obtuviera, por su actividad, un margen suficiente para modificar significativamente el precio máximo/ recomendado.



7. Por todo ello la Dirección de Investigación entendió que ni REPSOL, ni CEPESA ni BP habían dado cumplimiento a la intimación realizada por el Consejo de la CNC en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, y proponía al Consejo de la CNC que intimase a las mismas para que adoptaran las medidas exigidas para el cumplimiento de la citada resolución.

8. El Consejo de la CNMC en el expediente de vigilancia referido dictó en fecha 20 de diciembre de 2013 resolución por la que se acuerda el incumplimiento parcial de la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 refiriendo:

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

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

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

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

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

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

*CUARTO. Ordenar a Repsol, Cepsa y BP la publicación en su página web, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente Resolución, de la parte resolutive de la presente Resolución. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso.*

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

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

9. De todo lo actuado en el expediente de vigilancia VS/0652/07 y confirmado en la Resolución de 20 de diciembre de 2013, según la CNMC, quedó acreditado que REPSOL había dado cumplimiento parcial a lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009. Incumplimientos que según se indica en la citada resolución no había afectado a los contratos de suministro en exclusiva firmados por REPSOL con terceros operadores independientes, tanto en régimen de comisión como en régimen de venta en firme con precio de adquisición referenciado a descuentos fijos pactados con las EESS, pues en dicho contratos REPSOL no había determinado el precio de adquisición del producto contractual a parámetros objetivos, independientes del operador. Resolución de 20 de diciembre de 2013 que se confirmó por esta Sección mediante sentencia dictada en fecha 5 de junio de 2018 (PO 82/2014) que se confirmó también en casación por el Tribunal Supremo en sentencia dictada en fecha 4 de febrero de 2002 (recurso nº 6404/2018).

10. Y las situaciones afectadas por el incumplimiento de las intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC declarado en la resolución de 20 de diciembre de 2013 fueron las siguientes: "(i) casos en los que la gasolinera sea de la operadora y esté arrendada a un gestor bajo el régimen de suministro exclusivo en comisión sujeto a la normativa de competencia: EESS CODO/ comisión sujeta a normativa de competencia; (ii) casos en los que la gasolinera sea propiedad de un gestor y pacte con la operadora un régimen de suministro exclusivo en comisión sujeto a la normativa de competencia: EESS DODO/ comisión sujeta a normativa de competencia; (iii) casos en los que la gasolinera sea de la operadora y esté arrendada a un gestor bajo un régimen de suministro exclusivo en reventa con precio de adquisición del producto referenciado a un descuento fijo a un precio de referencia: EESS CODO/venta en firme con descuento".



11. Asimismo, la Resolución de 20 de diciembre de 2013 del Consejo de la CNMC ordenaba a la Dirección de Competencia la apertura de un expediente sancionador que, en relación con la mercantil ahora recurrente, da lugar al expediente SNC/0032/13 REPSOL que finalizó con la resolución sancionadora de 12 de marzo de 2015 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SNC/0032/13 REPSOL, por la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 8.750.000 euros. Resolución sancionadora que se confirmó por esta Sección mediante sentencia dictada en fecha 30 de diciembre de 2020 (PO nº 297/2015) - salvo en cuanto a la determinación del volumen de negocios que debía tenerse en cuenta para cuantificar el importe de la sanción de multa-. Sentencia que ha quedado firme mediante auto dictado por el Tribunal Supremo en fecha 18 de mayo de 2022 (recurso de casación nº 1604/2022).

12. Con posterioridad a la Resolución de 20 de diciembre de 2013, la Dirección de Competencia continuó con la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 30 de Julio de 2009 que igualmente se centró en el cumplimiento de lo establecido en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de Julio de 2009. Y en ese expediente de vigilancia REPSOL informó a la Dirección de Competencia de la decisión de implantar una nueva relación con las estaciones de servicio tipo CODO, el denominado "Modelo Consigna" que, a su juicio, elimina la asunción de riesgos financieros, comerciales y de producto por parte del gestor de la estación de servicio.

13. Expediente de vigilancia que finalizó con la resolución que constituye el objeto del presente proceso que se ha dictado por la CNMC en fecha 27 de julio de 2017 y que acuerda:

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

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

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

**TERCERO.** En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente, REPSOL, se solicita la nulidad de la resolución ahora impugnada dictada en fecha 27 de julio de 2017 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el expediente de vigilancia VS/0652/07. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Sostiene que se han vulnerado los artículos 41 de la LDC y 42 del RDC, preceptos que regulan la vigilancia del cumplimiento de las resoluciones que se adopten por la CNMC en materia de conductas restrictivas de competencia. Y ello porque, a su juicio, el expediente de vigilancia solo puede terminar acordando o bien el cumplimiento o bien el incumplimiento por parte de la obligada al cumplimiento; pronunciamientos que no se han recogido en la resolución ahora impugnada que se ha limitado a decir que no resulta posible acreditar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 y del apartado 3.1 de la Resolución de 20 de diciembre de 2013 y ello a pesar de que la Dirección de Competencia en el Informe de Vigilancia había concluido que el Modelo Consigna era compatible con las normas de competencia y daba cumplimiento a las citadas obligaciones.

Asimismo, la recurrente señala que se ha vulnerado, en su caso, el principio de seguridad jurídica toda vez que el expediente de vigilancia VS/0652/07 lleva abierto casi diez años y no se atisba su fin.

**CUARTO.** Esta Sección anticipa la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.

En primer lugar, la recurrente señala que la resolución impugnada dictada en fecha 27 de julio de 2017 es nula porque, a su juicio, no ha respetado lo dispuesto en los artículos 41 de la LDC y 42 del RDC ya que entiende que un procedimiento de vigilancia solo puede terminar con la declaración de cumplimiento o de incumplimiento de las obligaciones, en este caso, impuestas en el dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009 y en el apartado 3.1 de la resolución de 20 de diciembre de 2013. Declaraciones de cumplimiento o de incumplimiento que, según refiere, no se han recogido por la resolución de 27 de julio de 2017 ahora impugnada.

Este Tribunal no comparte esa afirmación. La resolución impugnada dictada en fecha 27 de julio de 2017 declara que, en esa fecha, no es posible todavía acordar el cumplimiento de las obligaciones referidas porque el llamado Modelo Consigna aportado por Repsol, como modelo de contrato para acreditar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en relación con los llamados contratos CODO, es, incluso para REPSOL, una solución que se propone para el futuro a medio plazo fijando la fecha límite del 31 de diciembre de 2018 para la conversión gradual de todos los contratos de su red de esta categoría a un régimen de comisión puro, en principio, sin riesgos para los comisionistas. Por ello, el Consejo de la CNMC en la resolución ahora



impugnada acuerda expresamente: *"Declarar que no resulta posible considerar acreditado el cumplimiento de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, en los términos propuestos por la Dirección de Competencia en el informe parcial de vigilancia elevado a esta Sala con fecha 3 de mayo de 2017".* Y, en consecuencia, mantiene todavía el incumplimiento a la espera del resultado que se obtenga de nuevas informaciones aportadas por REPSOL sobre la evolución de la implementación del contrato Modelo Consigna, así como la verificación de la implantación efectiva y, en este sentido, en la resolución impugnada se ordena a *"la Dirección de Competencia la realización de las diligencias e investigaciones propuestas en el fundamento de derecho séptimo que la Sala estima necesarias para la evaluación del cumplimiento efectivo de las obligaciones derivadas de la resolución de 30 de julio de 2009"*.

Y la CNMC justifica el acuerdo de incumplimiento diciendo en la resolución impugnada que:

*"...esta Sala considera que actualmente no resulta posible la adopción de la resolución propuesta por la Dirección de Competencia, declarando el cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013 por parte de las tres operadoras afectadas, al haberse puesto de manifiesto durante la tramitación del expediente de vigilancia la imposibilidad de alcanzar conclusiones definitivas sobre importantes cuestiones sometidas a la vigilancia de esta Comisión debido a la ausencia de sistematización de datos y análisis de determinados aspectos de las distintas alternativas propuestas de cumplimiento presentadas por las operadoras en relación con las redes de estaciones de servicio abanderadas por los tres operadores y la estructura y dinámica del mercado afectado. Asimismo, la Sala debe reiterar que, como expuso en su resolución de 20 de diciembre de 2013, "las tres operadoras debían haber cumplido las intimaciones de la Resolución de 30 de julio de 2009, en su totalidad, desde su notificación en esa misma fecha, incluidas las relacionadas con la determinación del precio de remuneración de combustible (precio de adquisición, cesión o transferencia)", lo cual no habían hecho en dicha fecha ni, para determinados contratos, durante los años siguientes, según los calendarios de cumplimiento presentados por las mismas. En concreto, esta Sala debe manifestar que, para la evaluación del cumplimiento efectivo de las obligaciones derivadas de la resolución de 30 de julio de 2009, resulta imprescindible analizar en mayor profundidad las distintas medidas de ejecución propuestas y ejecutadas por cada uno de los operadores sancionados en 2009 para el cumplimiento de la citada Resolución de 30 de julio. A este respecto la Sala considera necesario proceder a las siguientes actuaciones:*

*- En lo que concierne a la propuesta formulada por REPSOL con respecto a la implantación del denominado "modelo Consigna" a los contratos existentes CODO/comisión, la Sala considera necesario proceder al análisis y valoración de los efectos de dicha implantación que contempla la transformación de los contratos de agencia no genuina de la operadora existentes actualmente (sometidos a la normativa de competencia) en contratos de agencia pura no sometidos a la normativa de competencia, tras la eliminación propuesta por REPSOL de la asunción de riesgos comerciales o financieros por parte del gestor de la estación de servicio. La Sala considera que este análisis del resultado de esta transformación resulta imprescindible dado que la valoración de la implantación de dicho modelo por parte de la Dirección de Competencia en el informe elevado a esta Sala revela que tal operación "no es la más favorecedora de la competencia, al permitir al primer operador español el control directo de los precios de venta al público de 1300 gasolineras". Igualmente, la Dirección de Energía manifiesta en el informe emitido el pasado 27 de abril que tal transformación de los contratos "no es la solución propicia desde el punto de vista del fomento de la competencia". El análisis a desarrollar para permitir la evaluación posterior de la implantación de la citada propuesta del "modelo Consigna" como medida de cumplimiento de la resolución de 30 de junio de 2009, debe contemplar en todo caso las siguientes cuestiones:*

*-En primer lugar, debe analizarse si la propuesta de REPSOL elimina en su totalidad la asunción de riesgos por los gestores de estaciones de servicio en los términos propuestos por la operadora en sus escritos de alegaciones, transformando la naturaleza de dichos gestores de empresarios independientes sometidos a las normas de competencia en meros agentes no sometidos a las mismas.*

*-En segundo lugar, debe examinarse la situación de la competencia intramarca en la red de estaciones de servicio abanderadas por REPSOL antes y después de la implantación del citado "modelo Consigna".*

*-Por último, resulta también necesario estudiar cuál ha sido el procedimiento ejecutado por REPSOL para la implantación del denominado "modelo Consigna", adjuntando información trimestral de modificaciones contractuales realizadas, en sus relaciones contractuales con estaciones de servicio a partir de 2016, con especial atención a las comunicaciones dirigidas por la operadora a las estaciones de servicio afectadas a partir de 2014, así como las negociaciones desarrolladas para alcanzar la citada renovación de contratos. (...) Asimismo la Sala considera conveniente abordar las anteriores valoraciones y análisis en el contexto de la realidad actual del mercado minorista de distribución de combustibles de automoción y la evolución experimentada en los últimos años en el mismo a consecuencia de las actuaciones realizadas por los operadores con el objetivo del cumplimiento de la citada resolución. Idéntico ejercicio debe realizarse para examinar la situación previsible en los futuros ejercicios una vez ejecutadas las acciones propuestas por los tres operadores*



sometidos a vigilancia. Tal y como ha puesto de manifiesto REPSOL en sus alegaciones de 22 de septiembre de 2016 a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 2 de septiembre anterior (folios 7499-7503), la implantación de alguna de las alternativas propuestas por las operadoras y, en concreto por la propia REPSOL con su "modelo Consigna", constituye una modificación estructural y permanente en la red de EESS (folio 7500). La Sala considera que esta modificación estructural y permanente en la red de EESS debe ser examinada con el máximo rigor y atención antes de proceder a cualquier declaración de cumplimiento o no de las obligaciones emanadas de sus resoluciones sancionadoras anteriores, teniendo en cuenta que la Resolución de 29 de julio de 2009 simplemente pretendía, e instaba a, eliminar aquellas prácticas que permitían la fijación indirecta de precios por parte de los operadores siendo empresarios independientes los gestores de las estaciones de servicio. En lo que se refiere al contexto general sobre la estructura del mercado minorista de distribución de combustibles de automoción la Sala considera necesario efectuar dos actuaciones concretas:

- En primer lugar, resulta necesario efectuar un examen general, teniendo en cuenta el contexto y las características actuales del sector, de la estructura contractual de la red de estaciones de servicio de cada uno de los tres operadores afectados, desde la emisión de la resolución de 30 de julio de 2009 hasta el momento actual. Este examen general debe permitir analizar la evolución de dichas redes de estaciones de servicio durante los últimos ocho años y su adecuación a las obligaciones que dimanaban de la resolución de 30 de julio de 2009. En dicho estudio deberá precisarse el número y clase de las estaciones de servicio pertenecientes a la red del operador en diciembre de cada año natural desde 2009, el porcentaje de dichas estaciones afectadas por el cumplimiento de la citada resolución y la evolución anual de los distintos tipos de relaciones contractuales existentes en cada uno de los operadores teniendo en cuenta la tipología habitualmente empleada en el análisis de las autoridades de competencia (COCO, DOCO, CODO y DODO) incluyendo los distintos subtipos existentes en cada una de ellas (agencia pura o genuina, agencia no genuina, reventa, etc.). Igualmente, se valorarán los efectos de todo ello en la competencia inter e intramarca, considerando efectos de redes paralelas, y teniendo en cuenta igualmente la adaptación de los contratos DODO de las operadoras a la Ley 11/2013 (y por ende a la Resolución de 2009).

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

Asimismo, no se pone en duda en este proceso que la mercantil recurrente estaba obligada a dar cumplimiento a las condiciones expuestas en el dispositivo tercero de la resolución dictada por la CNMC en fecha 30 de julio de 2009 y en el apartado 3.1 de la resolución de 20 de diciembre de 2013. Resoluciones que se han confirmado en la vía judicial por diversas sentencias recogidas en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia y, por tanto, estaba obligada al cumplimiento de los compromisos establecidos. De tal manera que, mientras no quede constancia de su cumplimiento efectivo por parte de la mercantil obligada a ello, debe quedar abierto el expediente de vigilancia, sin que, la incertidumbre que puede ocasionar la excesiva duración del procedimiento de vigilancia pueda entenderse como vulneración del principio de seguridad jurídica porque, en este caso, no se ha demostrado (i) que la CMC haya adoptado una conducta pasiva para alargar innecesariamente ese periodo de vigilancia ni tampoco (ii) que existieran datos fehacientes y concluyentes en el expediente de vigilancia que permita concluir que el modelo del contrato denominado CONSIGNA propuesto por REPSOL suponga el cumplimiento de los compromisos asumidos más allá de entender, siguiendo a la Dirección de Competencia, que, en un principio, pudiera ser un sistema que implicase el cumplimiento de los compromisos aludidos.

En este aspecto, este Tribunal, en contra de lo que sostiene la recurrente, destaca que las conclusiones que se recogen por la Dirección de Competencia en el Informe de Vigilancia emitido en el procedimiento de vigilancia no son concluyentes en cuanto al cumplimiento de los compromisos por parte de REPSOL. Así, la propia Dirección de Competencia admite que la solución propuesta por REPSOL resultaría idónea en un futuro y, además, sostiene que "es necesario que las operadoras acrediten periódicamente la evolución del cumplimiento práctico de las propuestas que requieren de un tiempo para su ejecución total, por lo que deben imponerse obligaciones de información a la Dirección de Competencia (Subdirección de Vigilancia), con el carácter periódico que se considere de la evolución del proceso y estado de implantación, todo ello además de los errores y cambios oportunos comunicados al MINETAD en relación con el cumplimiento del artículo 43. Bis de la Ley de Hidrocarburos en relación con los contratos DODO/CODO". Por ello, no puede afirmarse que el Consejo de la CNMC se haya separado de la propuesta de la Dirección de Competencia al concluir que no existe todavía cumplimiento diciendo que durante la tramitación del expediente de vigilancia se ha puesto de manifiesto "la imposibilidad de alcanzar conclusiones definitivas sobre importantes cuestiones sometidas a la vigilancia de esta Comisión debido a la ausencia de sistematización de datos y análisis de determinados aspectos de las distintas alternativas propuestas de cumplimiento presentadas por las operadoras en relación con las redes de estaciones de servicio abanderadas por los tres operadores y la estructura y dinámica del



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

En definitiva, desestimamos el recurso contencioso-administrativo confirmado la resolución impugnada porque de los datos expuestos no apreciamos en la actuación de la CNMC una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

**QUINTO.** Lo expuesto nos lleva a desestimar el recurso interpuesto y ello implica que se impongan a la parte recurrente las costas procesales causadas en esta instancia, tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA.

#### FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **661/2017** promovido por la Procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, actuando en nombre y representación de la mercantil **REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.**, contra la resolución de 27 de julio de 2017 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP. Y, en consecuencia, se confirma íntegramente porque entendemos que se ajusta al ordenamiento jurídico.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.