



Roj: **SAN 3194/2025 - ECLI:ES:AN:2025:3194**

Id Cendoj: **28079230062025100306**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/06/2025**

Nº de Recurso: **946/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000946/2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07964/2020

Demandante: CARBURANTS I SERVEIS DE L'EMPORDÀ, S.L.

Procurador: D. DAVID GARCÍA RIQUELME

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiséis de junio de dos mil veinticinco.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **946/2020** promovido por el Procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de «**CARBURANTS I SERVEIS DE L'EMPORDÀ, S.L.**»; contra la resolución de 12 de junio de 2020, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 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, CEPESA, BP) y por tanto, de la resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 (recaída en el expediente VS/0652/07 REPSOL, CEPESA, BP) que apreció el incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009 e intimó a las tres sancionadas a adoptar medidas para su cumplimiento completo. 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 formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala, por la que, declare no ser conforme a derecho el dispositivo segundo de la Resolución del Consejo -Sala de Competencia- de la CNMC, de 12 de junio de 2020 (Expte. VS/652/07 REPSOL/CEPSA/BP) y, en consecuencia, lo anule por no constituir el denominado "precio tercer cuartil" el cumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC, de 30 de julio de 2009 (Expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), ni de la Resolución del Consejo de la CNMC, de 20 de diciembre de 2013 (Expte. VS 652/07 REPSOL/CEPSA/BP).

SEGUNDO.-De ntro de plazo legal la Administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora e interesando la confirmación de la resolución impugnada.

TERCERO. -Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones y una vez efectuado quedaron los autos conclusos para sentencia, a cuyo efecto se señaló la audiencia del día 7 de mayo del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

CUARTO.-El anterior señalamiento fue suspendido mediante providencia de 7 de mayo del año en curso, señalándose nuevamente para deliberación, votación y fallo la audiencia del día 25 de junio de 2025.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M.^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-En el presente recurso contencioso administrativo impugna la CARBURANTS I SERVEIS DE L'EMPORDÀ, S.L.» la resolución de 12 de junio de 2020, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 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) y por tanto, de la resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 (recaída en el expediente VS/0652/07 REPSOL,CEPSA, BP) que apreció el incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009 e intimó a las tres sancionadas a adoptar medidas para su cumplimiento completo.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "VS/0652/07 REPSOL, CEPSA, BP" era del siguiente tenor literal:

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

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

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

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

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

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



SEGUNDO. -La resolución sancionadora de 30 de julio de 2009, declaró que REPSOL/CEPSA/BP 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.

Entendió la resolución, 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.

Con posterioridad, en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, el Consejo de la CNMC dictó en fecha 20 de diciembre de 2013, resolución por la que se declaró el incumplimiento parcial de la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 y acordó: *"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."

Tras esta resolución, la Dirección de Competencia continuó con la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 30 de Julio de 2009 y en ese expediente de vigilancia, VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, 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, eliminaba la asunción de riesgos financieros, comerciales y de producto por parte del gestor de la estación de servicio.

Ese Expediente de vigilancia que finalizó con la resolución dictada por la CNMC en fecha 27 de julio de 2017 y que acordó:

"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".

Esta resolución fue confirmada por sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 2022, rec. 661/2017, desestimando el recurso interpuesto por REPSOL.

Llegamos así a la resolución de 12 de junio de 2020 aquí impugnada que, entre otros pronunciamientos, declara que *"la fórmula aplicada unilateralmente por REPSOL con fecha 22 de octubre de 2019, que introduce la variable precio del tercer cuartil provincial, cumple con los criterios definidos por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos"*

La resolución recurrida tiene por objeto analizar la propuesta remitida por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 29 de enero de 2020, en torno al cumplimiento por parte de REPSOL, CEPSA y



BP de la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, en el expediente S/0652/07 y, por ello igualmente, sobre el cumplimiento de la resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 20 de diciembre de 2013, en el expediente VS/0652/07.

Recuerda la citada resolución que las autoridades de competencia han estudiado los distintos tipos de vínculos contractuales que unen a los operadores al por mayor, como REPSOL, CEPSA y BP y los distribuidores minoristas (estaciones de servicio) integrados en sus redes de distribución que, básicamente, son los siguientes: COCO (Company Owned-Company Operated): la estación de servicio es propiedad del operador o bien éste ostenta sobre la misma un derecho real de larga duración (superficie, usufructo, etc.). La gestión del punto de venta la realiza también el operador, bien directamente o bien a través de una sociedad filial especializada.

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

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

a) Revendedores (o venta en firme): son las estaciones de servicio que jurídicamente venden el carburante en su nombre y no por cuenta del operador. El minorista asume el riesgo económico, vendiendo su producto a un precio libre. El operador únicamente puede indicar un precio de venta al público (PVP) recomendado.

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

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

TERCERO.- Como se ha expuesto, el Consejo de la CNC dictó resolución sancionadora el 30 de julio de 2009, al considerar que las tres operadoras sancionadas 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 sí hubiesen podido fijar precios estando los contratos de agencia excluidos de la aplicación de la LDC en cuanto a fijación de precios- aunque formalmente los contratos contuviesen tal denominación.

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

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



Pues bien, la resolución ahora recurrida, de 12 de junio de 2020, de vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 30 de julio de 2009 asume la propuesta de la Dirección de Competencia y considera que:

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

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

Destaca que durante los más de 10 años transcurridos desde que la CNC dictó la resolución de 30 de julio de 2009, REPSOL no ha propuesto, sugerido ni negociado ninguna medida adicional para dar solución a los problemas de fijación indirecta de precios expuestos en la citada resolución, amparándose en la imposibilidad de modificar las relaciones contractuales establecidas con las estaciones de servicio.

No es hasta su escrito de alegaciones de 10 de julio de 2019 y, con mayor concreción el 2 de octubre del mismo año, cuando REPSOL formalizó una medida adicional a las conversiones ya ejecutadas y a su oferta indefinida de conversión al modelo Consigna respecto a las estaciones de servicio CODO/comisión que permanecían en su red de RCPP y no aceptaban la conversión al Modelo Consigna: la aplicación unilateral de la fórmula propuesta por CEPSA a partir del 22 de octubre de 2019.

En segundo lugar, que la fórmula de precios cumple con los criterios definidos en ambas resoluciones, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos.

En cuanto a la fórmula de la fijación del precio, tercer cuartil provincial como límite máximo del PVP (precio de transferencia) considera que puede constituir un incentivo para que las estaciones de servicio realicen descuentos sobre este precio.

A su juicio, se trata de una referencia difícilmente influenciable por los operadores petroleros con mayor cuota en el mercado analizado, por lo que se trata de una medida adecuada para tratar de evitar que dichos operadores acaben fijando indirectamente por esta vía el PVP aplicado por estas estaciones de servicio.

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

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

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

A su juicio, la nueva fórmula basada en el precio del tercer cuartil cumple los siguientes requisitos: (i) CEPSA no pueda fijar, de manera indirecta, el precio de reventa, (ii) arroja precios suficientemente altos como para que los gestores de las estaciones de servicio no los perciban como competitivos y tengan incentivos a reducirlos con cargo a su comisión y, al mismo tiempo, (iii) los precios resultantes no son tan elevados como para que los gestores no consigan precios competitivos aun destinando el total de su comisión a la realización de descuento.



C) En el caso de BP, entiende la Sala de Competencia acreditado que, desde el 1 de julio de 2017, ha completado de forma efectiva el proceso de adaptación de las estaciones de servicio que operaban bajo el régimen CODO/Comisión y propone al Consejo de la CNMC que declare el cumplimiento de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013.

En particular, se ha acreditado la aplicación efectiva por BP de las nuevas condiciones contractuales a los contratos CODO/Comisión transformados en CODO/Venta en firme sin recomendación de PVP, mediante la aportación de los documentos en los que queda reflejado el consentimiento expreso del gestor a la aplicación de un régimen de venta en firme sin recomendación de PVP o a través de los acuerdos en los que las partes manifiestan su voluntad de resolver el contrato.

La resolución recurrida explica que la fórmula propuesta consiste en establecer el precio del Tercer Cuartil de la Provincia como límite máximo para el precio de transferencia (o PVP máximo comunicado por CEPSA a sus estaciones de servicios). Es decir, con la misma metodología de cálculo, sustituye el precio moda, por el precio tercer cuartil de la provincia. Precio de Transferencia (o PVP máximo) = Precio de Referencia - Descuento

Tal precio de referencia sería el resultante de aplicar la siguiente fórmula: Precio de Referencia = Referencia Platt's + Diferencial + Impuestos Precio de Transferencia (o PVP máximo) = Precio de Referencia Q3 - Comisión

Para la Sala de Competencia, la nueva fórmula basada en el precio del tercer cuartil cumple los siguientes requisitos:

- (i) que CEPSA no pueda fijar, de manera indirecta, el precio de reventa,
- (ii) arroja precios suficientemente altos como para que los gestores de las estaciones de servicio no los perciban como competitivos y tengan incentivos a reducirlos con cargo a su comisión y, al mismo tiempo,
- (iii) los precios resultantes no son tan elevados como para que los gestores no consigan precios competitivos aun destinando el total de su comisión a la realización de descuentos.

A diferencia de la variable Precio Moda, por su propia definición, el precio que marca el Tercer Cuartil de la Provincia no sería percibido como competitivo por los gestores de las estaciones de servicio, quienes, en consecuencia, tendrían incentivos a reducirlo.

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

Por esa razón, la resolución recurrida concluye:

"Declarando la existencia de indicios de incumplimiento por REPSOL respecto de los contratos cuyas condiciones comerciales no se adecuan a las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013. Declarar que la fórmula aplicada unilateralmente por REPSOL con fecha 22 de octubre de 2019, que introduce la variable precio del tercer cuartil provincial, cumple con los criterios definidos por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos.

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

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

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



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

CUARTO.- En su demanda, la recurrente denuncia que la CNMC ha considerado cumplido el dispositivo tercero de la Resolución de 30.07.2009 y el apdo. 1 del dispositivo tercero de la Resolución de 20.12.2013, con la propuesta del "precio tercer cuartil" cuando ésta supone el mantenimiento del medio indirecto de fijación del PVP al que LEMPORDÀ debe vender los combustibles y carburantes suministrados en exclusiva por REPSOL CPP. Esto es, que la CNMC no vigiló el cumplimiento de sus resoluciones, propiciando la permanencia de la práctica ilícita, la vulneración del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, pese a que la CNMC insistió en que el cumplimiento de sus resoluciones debía ser total, con su comportamiento ha hecho dejación de sus facultades.

Dicho lo anterior, opone la infracción de los artículos 41, 53.2 y 62.4 c) de la LDC, del artículo 42 del RDC y del artículo 5 de la Ley 3/2013 y, por ende, del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE.

Expone que el medio indirecto de fijación del PVP sancionado en la Resolución de 30.07.2009 consistía en determinar el precio de transferencia o de cesión que debía pagar la estación de servicio por el producto con referencia al supuesto PVP máximo de la misma estación o al PVP de las estaciones de servicio de su zona de influencia y en esta misma línea, el contenido de la Resolución de 20.12.2013.

Que la exigencia de que el precio de transferencia o de cesión se determine por criterios objetivos se debe interpretar en el sentido de que no se trate de criterios sometidos al control de las petroleras sancionadas y que la intimación a la petrolera contenida en las resoluciones de la CNMC, ambas firmes tras su revisión judicial, no pueden ser objeto de modificación en vigilancia, según doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por lo que, este es el contexto en el que se debe evaluar si la Resolución impugnada es o no conforme a derecho, partiendo del medio indirecto de fijación sancionado y no otro.

Que, en el caso concreto, el precio de referencia se determina de forma absolutamente arbitraria por REPSOL CPP y si, por un casual, debe aplicarse el "precio tercer cuartil", este es exactamente igual de influenciado que el "precio moda provincial" desechado por la CNMC.

Añade que la diferencia entre el "precio tercer cuartil" y el "precio moda provincia" es tan ínfima que sí, bajo el criterio de la CNMC, el precio moda se percibe por las estaciones de servicio como un precio competitivo, desincentivándose los descuentos por parte de la estación de servicio, el mismo resultado deberá observarse con el "precio tercer cuartil" que difiere del anterior en medio céntimo de euros.

Que el hecho de que con la cuantía de la comisión de LEMPORDÀ no se puedan realizar descuentos reales y significativos, y el hecho de que, se debería incrementar las ventas en importes importantes para hacer atractivo el descuento con cargo a la comisión, de nuevo REPSOL CPP consiguiera que los denominados PVP "máximos" se conviertan en fijos.

Reitera que, con la Resolución impugnada, la CNMC ha omitido velar y exigir el cumplimiento de sus resoluciones y, con ello, ha "legalizado" la práctica ilícita, por la que en 2009 sancionó a REPSOL CPP, junto a CEPSA y BP OIL. La CNMC lejos de considerar cumplidas sus resoluciones con el "precio tercer cuartil" debió imponer multas coercitivas que concluyera la real y efectiva eliminación del mercado de la práctica sancionada, en ningún caso, cambiar de nombre al medio indirecto de fijación del PVP para amparar su subsistencia.

QUINTO.-El Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, recuerda que el objetivo de la resolución de vigilancia objeto de recurso no es solucionar los posibles problemas de concentración o de niveles de precios presentes en el sector, sino cumplir con las resoluciones de 2009 y 2013 y asegurar, en relación con el operador que proponía la fórmula, que era CEPSA (al margen de que otros operadores decidieran aplicarla después), que no fija directamente los precios finales, sino que estos obedezcan a criterios objetivos, y que estos sean tales que incentiven la realización, con carácter general, de descuentos por parte de las estaciones de servicio.

Rechaza la alegación de la recurrente que afirma que el "precio tercer cuartil" no diferiría sustancialmente del precio modal en cuanto a la capacidad de los tres principales operadores de manipular o fijar los precios del tercer cuartil. Añade que la capacidad conjunta de las petroleras para condicionar el precio del tercer cuartil es relativamente reducida, ya que debe tenerse en cuenta toda la distribución para su cálculo, esto es, el PVP fijado por todas las estaciones de servicio de la provincia. Que no se puede suponer, como afirma la recurrente, que la capacidad para fijar de forma directa el tercer cuartil por parte de REPSOL, CEPSA y BP no difiera sustancialmente de su capacidad para fijar el precio modal, puesto que para fijarlo tendrían que llegar a un acuerdo muy detallado y que, además, la composición del tercer cuartil no es siempre la misma, es decir, está determinada por toda la distribución: si las gasolineras que se encuentran en el 75% inferior aumentarían los



precios, o el 25% superior los disminuyera, la composición de los cuartiles cambiaría. Menciona como ejemplo, los casos de Soria y Barcelona para la distribución de Gasóleo A3, donde se puede observar que la composición del tercer cuartil cambia en el tiempo (se han tomado como referencia los meses de julio y noviembre de 2017, y marzo de 2018). Si bien es cierto que la moda también fluctúa, en el caso de querer manipular los precios, sería mucho más fácil para los operadores con mayor cuota de mercado, especialmente REPSOL con su modelo consigna, aplicar el mismo precio en un gran número de EESS y fijar directamente la moda provincial, mientras que sería muy complicado fijar el tercer cuartil, que es aquel que deja por debajo el 75% de la distribución. El tercer cuartil es, por tanto, un caso distinto al de la moda.

Rechaza también la afirmación de que la fórmula del tercer cuartil desincentivaría la realización por parte de las estaciones de servicio de descuento por no poder ser capaces de competir (ni tendrían incentivos para ello) con los precios de mercado resultantes si se aplica dicha fórmula. Considera el Abogado del Estado que las estaciones de servicio sí pueden realizar descuentos con cargo a su comisión y ser competitivos. Que las EESS tendrían incentivos para realizar descuentos si se utiliza la fórmula del tercer cuartil para establecer el precio de referencia, ya que salvo en casos extremos (el precio resultante no tendría las mismas consecuencias para todas las EESS de la provincia, ya que dependería en mayor medida del entorno de cada una de ellas), esto les permitiría competir con el resto de operadores y matiza que los casos extremos se darían con cualquier alternativa, ya que utilizar una sola referencia para todas las EESS, ya sea Platt's o cualquier otra, implica necesariamente que para unas EESS será más favorable que para otras.

Por lo demás refiere que la recurrente propone una nueva fórmula con fundamento en un informe cuyo contenido íntegro admite no conocer. No obstante, explica que la fórmula propuesta por CEEES parte de un análisis que habría concluido que los precios promedio de venta al público de carburantes (Gasóleo A y Gasolina 95) en España se habrían visto afectados por un sobre precio debido a que la práctica vertical de fijación indirecta de precios sancionada por la CNMC habría tenido como efecto una fijación horizontal de precios.

Dicho lo anterior precisa que el objeto del expediente del que dimana la resolución recurrida no es vigilar una posible infracción horizontal, sino asegurar que los precios de transferencia del combustible se calculan de forma objetiva y de manera que no desincentiven la realización de descuentos por parte de las estaciones de servicio y que el hecho, de que se haya dado o no un posible sobreprecio debería en todo caso ser analizado en un nuevo expediente. Que, por esa razón, no es fácil pese a lo que afirma la entidad recurrente, que REPSOL, CEPSA y BP puedan manipular fácilmente y de forma directa el tercer cuartil, puesto que para fijarlo tendrían que llegar a un acuerdo muy detallado. Además, la composición del tercer cuartil no es siempre la misma, es decir, está determinada por toda la distribución: si las gasolineras que se encuentran en el 75% inferior aumentarán los precios, o el 25% superior los disminuyera, la composición de los cuartiles cambiaría.

Que la moda y el tercer cuartil son precios muy similares porque, en primer lugar, entre el precio máximo y el mínimo de cada provincia suele haber únicamente unos 20-25 céntimos de diferencia, y, en segundo lugar, porque el 50% superior de la distribución está mucho más concentrado, con precios medios, tercer cuartil, mediana y moda muy similares. Esto se debe a las características del sector, no a que las operadoras tengan la capacidad de fijar el precio exacto (con tres decimales que deja por debajo el 75% de los precios).

Que, además, la cercanía del tercer cuartil, la mediana y la moda implica que la elección de uno u otro no supone un cambio significativo en el resultado del precio de referencia en cuanto al nivel de precios, aunque sí en la percepción que los gestores de las EESS tienen de la referencia.

En cuanto a los descuentos, rechaza que las estaciones de servicio no tengan incentivos para competir aplicando descuentos si se aplica la fórmula tercer cuartil porque con su aplicación pueden realizar descuentos con cargo a su comisión y ser competitivas.

Explica que, si se parte del tercer cuartil, del que se descuentan 3 céntimos, el precio resultante es siempre menor a la mediana, con lo que la competitividad de cada estación de servicio y el incentivo para realizar ese descuento dependerá de su entorno. Si en el entorno hay precios superiores a la mediana o al tercer cuartil, pueden darse dos situaciones: si los precios son más cercanos al tercer cuartil, las EESS tendrían muchos incentivos para realizar el descuento, ya que se diferenciarían de sus competidores; y si los precios son muy altos, es decir, cerca del máximo de la provincia, la estación de servicio podría decidir no hacer descuentos, ya que no necesitaría diferenciarse más para atraer clientes.

Añade que si, por otro lado, los precios de las estaciones competidoras se sitúan alrededor del precio final (es decir, $Q3 - 3c€$), sí habría un incentivo claro para hacer un descuento con cargo a la comisión para poder ser competitivo. Finalmente, si los precios del entorno son muy bajos, la estación estará fuera de mercado, ya que incluso haciendo el descuento no podría competir con el resto. Que, por lo tanto, las EESS tendrían incentivos para realizar descuentos si se utiliza la fórmula del tercer cuartil para establecer el precio de referencia, ya que



salvo en casos extremos (el precio resultante no tendría las mismas consecuencias para todas las EESS de la provincia, porque dependería en mayor medida del entorno de cada una de ellas), esto les permitiría competir con el resto de los operadores.

Ahora bien, advierte que los casos extremos se darían con cualquier alternativa, ya que utilizar una sola referencia para todas las EESS, ya sea Platts o cualquier otra, implica necesariamente que para unas EESS será más favorable que para otras.

En relación con la Fórmula precio Moda, aplicada por BP en casi toda su red, si la CNMC no ha validado el precio Moda como una referencia adecuada para los contratos, carecería de sentido validar el precio del tercer cuartil, ya que es el más parecido al precio Moda, además de estar casi siempre más alto. Desde una perspectiva económica esta circunstancia necesariamente operaría en sentido negativo a efectos de trasladar al consumidor precios más competitivos.

En todo caso, recuerda la necesidad de la continuidad del expediente de vigilancia para acreditar que los operadores cumplen de manera efectiva las propuestas que requieren de un tiempo para su ejecución total.

SEXTO. -Expuestos los planteamientos de ambas partes debemos precisar que el objeto del presente procedimiento queda circunscrito a examinar la conformidad a derecho de la concreta resolución impugnada y, por tanto, si cumple con las intimaciones contenidas en la Resolución del Consejo de la CNC, de 30 de julio de 2009 y en la Resolución del Consejo de la CNC de 20 de diciembre de 2013. Así las cosas, queda extramuros del mismo el análisis y la valoración de la fórmula propuesta por la recurrente, por cuanto no era destinataria de las citadas intimaciones.

Pues bien, no compartimos los argumentos de la recurrente cuando afirma que la fórmula del "precio tercer cuartil" admitida en la Resolución impugnada no cumple con las intimaciones contenidas en la Resolución del Consejo de la CNC, de 30 de julio de 2009, ni de la Resolución del Consejo de la CNC de 20 de diciembre de 2013.

En este sentido, la propia resolución sancionadora explica la evolución y la valoración que la Dirección de Competencia ha realizado en su informe de 29 de enero de 2020 de las modificaciones contractuales y las propuestas realizadas por las operadoras y por qué, tras analizarla entiende adecuada al fin pretendido la aplicación de la fórmula Tercer Cuartil propuesta por CEPSA y REPSOL como mecanismo para que los titulares de las EESS tengan incentivos para realizar descuentos en el precio.

A juicio de la Sala, no se desvirtúan sus conclusiones por el hecho de no percibirse todavía la cesación de la práctica prohibida pues es evidente la necesidad de analizar su aplicación durante un periodo de tiempo para ver el resultado que ofrece.

La fórmula aceptada por la Sala de Competencia introduce un esquema de funcionamiento en el que a partir de la comparación del precio del tercer cuartil con el precio de referencia permite, si este es mayor, introducir un descuento y, por tanto, dentro del margen temporal del que dispone la estación de servicio puede aplicar una política comercial.

Por lo demás, ningún informe pericial se ha aportado en este procedimiento que acredite la inidoneidad de fórmula del tercer cuartil en los términos expuestos en la demanda, resultando insuficiente a estos efectos la remisión que se efectúa en la demanda al Informe de la Confederación española de Empresarios de Estaciones de Servicio - CEEES, de 9 de julio de 2019, cuyo contenido completo se admite no conocer.

A lo dicho debemos añadir que cualquiera que sea la fórmula aplicada que incentive la realización de descuentos, vendrá condicionada porque la mayoría de las estaciones de servicio pertenecen a los tres principales operadores, siendo la capacidad de éstas para condicionar el precio del tercer cuartil más reducida, ya que para ello, deberían tener en cuenta el PVP fijado por todas las estaciones de servicio de la provincia y que el tercer cuartil es el dato que deja por debajo de cómputo el 75% de la distribución de cada producto en cada provincia, circunstancias que dificultan la concertación a la hora de fijar indirectamente el precio. Entiende por ello la Sala, como ya hizo en la sentencia dictada en el Procedimiento ordinario tramitado con el número 818/2020 de su registro, que la resolución recurrida, en cuanto acepta la introducción de la variable precio del tercer cuartil provincial, cumple con los criterios definidos por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos, es conforme a derecho, por lo que procede desestimar el recurso.

SÉPTIMO. -De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso. Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,



FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de «**CARBURANTS I SERVEIS DE L'EMPORDÀ, S.L.**»; contra la resolución de 12 de junio de 2020, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 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) y por tanto, de la resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 (recaída en el expediente VS/0652/07 REPSOL, CEPSA, BP) que apreció el incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009 e intimó a las tres sancionadas a adoptar medidas para su cumplimiento completo, resolución que declaramos conforme a derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

FONDO DOCUMENTAL CEN