

RESOLUCIÓN (EXPTE. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP)

CONSEJO

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M. Jesús González, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez, Consejera

En Madrid, a 30 de julio de 2009.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC, el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente D^{ña}. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador 652/07 - número 2804/07 de la Dirección de Investigación (DI)-, iniciado de oficio, por presuntas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 1 de agosto de 2008 la DI dio trasladado al Consejo del expediente 2804/07 incoado de oficio el 30 de julio de 2007 contra las operadoras de productos petrolíferos REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. (REPSOL), CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. (CEPSA) Y BP OIL ESPAÑA S.A. (BP), por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC. En su informe la DI propone al Consejo que:

Primero.- *Que se declare que los contratos de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. Y BP OIL ESPAÑA S.A. con sus denominados comisionistas y revendedores son acuerdos entre operadores económicos que deben examinarse a la luz de las normas de competencia en la medida en que estos distribuidores soportan al menos parte de los riesgos comerciales y financieros de la venta minorista de carburantes, y para los cuales la solución aportada por las imputadas de permitir al distribuidor la concesión de descuentos con cargo a su comisión/margen sin disminuir los ingresos del principal no es aplicable, lo que hace que dicha solución sea inapropiada para*

solucionar el problema de competencia detectado en este tipo de relaciones contractuales.

Segundo.- *Que se declare que la combinación de precios máximos y recomendados con otra serie de prácticas, propias de las relaciones verticales de las partes, equivale a una fijación indirecta del precio de reventa por el operador y, por lo tanto, no está cubierta por la exención, con independencia de la cuota de mercado del operador. Esta fijación indirecta, a la que contribuye la estructura del sector y el efecto acumulativo derivado de la estructura patrimonial y operativa de los contratos, constituye en el caso de cada uno de los tres operadores individualmente considerados y de manera conjunta una práctica contraria al Artículo 1 de la LDC, que tiene por efectos anticompetitivos una reducción de la competencia intramarca al convertir los precios recomendados o máximos en fijos y una facilitación del alineamiento entre los operadores y, por tanto, la limitación de la competencia intermarca.*

Tercero.- *Que se intime a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. Y BP OIL ESPAÑA S.A. para que en el futuro se abstengan de realizar estas prácticas prohibidas. En este sentido, la DI propone que se imponga a las citadas empresas la adecuación de sus contratos para evitar las prácticas anticompetitivas.*

Cuarto.- *Que se ordene a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. Y BP OIL ESPAÑA S.A. la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el BOE y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional. Así mismo, que se imponga a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. Y BP OIL ESPAÑA S.A. la obligación de comunicar a todos sus abanderados los términos de esa resolución que afecten a sus contratos.*

Quinto.- *Que se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.*

2. Según consta en el expediente, éste se origina como sigue:

“El 28 de mayo de 2004, tuvo entrada escrito de la Unión de Consumidores de Ávila (UCA), en el que, a la vista de los precios aplicados por las ocho Estaciones de Servicio (EESS) de dicha ciudad, solicitaba del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) su opinión sobre la existencia de un posible acuerdo de precios perjudicial para los consumidores, así como sobre el que los precios en Ávila fueran los más caros de Castilla y León y unos de los más elevados de España.

El día 1 de marzo de 2005 tuvo entrada en el SDC, a través del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), escrito del Ayuntamiento de Ávila en el que se daba cuenta del acuerdo adoptado por el Pleno de dicho Ayuntamiento de 31 de mayo de 2004 de “trasladar una consulta al Tribunal de la Competencia, acogiéndose al artículo 26 de Funciones Consultivas de la Ley 16/89, de 17 de julio de

Defensa de la Competencia, pidiendo el análisis de precios de las distintas Estaciones de Servicio de Ávila y la emisión de un informe aclaratorio en materia de competencia respecto al precio de los carburantes”.

El 8 de noviembre de 2005 se solicita información a las 8 EESS hasta la fecha interesadas relativa al contrato y al sistema de fijación de precios, contestando todas entre el 30 de noviembre y el 5 de diciembre de 2005.

Del análisis de la información que, a instancia del SDC, fue remitida por el Ayuntamiento, la UCA y las propias EESS, se extrajeron las siguientes conclusiones (folios 1 a 389):

- las EESS abanderadas de Cepsa tienen el mismo precio y cambian éste el mismo día.*
- a igual conclusión se llega respecto de las EESS de BP y Repsol respectivamente, si bien hay algún día en que difieren, tanto en cuanto a precio como a días de cambio, coincidiendo también en ocasiones en precio y día de cambio las EESS de ambos operadores.*
- los precios establecidos por las distintas EESS, con independencia del operador y tipo de contrato, son los recomendados por el propio operador, de ahí la mayoritaria igualdad que se aprecia entre EESS abanderadas por el mismo operador y su práctica coincidencia en el día de cambio de precio. Es decir, cabría inferir un seguimiento total de los precios recomendados o máximos por parte de las EESS.*

Como consecuencia del citado resultado, el SDC consideró la necesidad de abrir nuevas diligencias para determinar el grado de seguimiento por parte de los distribuidores de carburantes de los precios máximos/recomendados comunicados por los respectivos operadores”.

3. *“El 19 de diciembre de 2005 el Servicio, en virtud del artículo 31 de la LDC, inició unas diligencias bajo el número DP 13/05 al objeto de analizar la situación y grado de competencia, así como la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de la distribución al por menor de productos petrolíferos de automoción a través de estaciones de servicio, concretamente para determinar si el precio que las operadoras establecen como máximo o recomendado a las EESS que suministran funciona realmente como tal o si por el contrario el grado de seguimiento del mismo es mayoritario, y de ser así a qué se debía dicho seguimiento.*
4. *El resultado de las diligencias anteriores concluía que había un elevado grado de seguimiento por parte de las estaciones de servicio del precio de venta recomendado o precio máximo fijado por los operadores. Estos resultados motivaron la incoación del presente expediente el 30 de julio de 2007 contra REPSOL, CEPESA y BP, “... de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 4 del artículo 36 de la LDC, ... por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC.”.*

5. Una vez incoado el expediente se llevaron a cabo las siguientes actuaciones instructoras por parte de la DI:

“1.- Por un lado, se continuó analizando la información relativa a los precios sobre la base de la información incluida en la base de datos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, con el doble objeto de comprobar tanto el seguimiento real del precio máximo o recomendado por las EESS, como el efecto sobre el nivel de precios y, por tanto, de la competencia intermarca.

2.- Por otro lado, solicitó información a una muestra representativa de EESS sobre los mecanismos de fijación de los precios de venta al público y su relación con los precios máximos o recomendados por el proveedor. Se procedió de modo que dicha muestra recogiera todas las posibilidades en cuanto al problema de alineación de precios que se investigaba. Así, no sólo se solicitó información a EESS de las tres operadoras interesadas, sino también a otras en las que los porcentajes de alineación de precios eran claramente inferiores (ERG, AGIP). Por otra parte, la muestra recogía tanto EESS que sí modificaban el PVR por la operadora, como EESS que no lo hacían. Asimismo, se procuró que dicha muestra diera cabida a los distintos tipos de regímenes de propiedad/gestión de la estación. El número total de EESS encuestadas fue de 50. Para ello, se consideró necesario solicitar información sobre los sistemas de establecimiento y comunicación de precios máximos/recomendados utilizados, sobre los sistemas para el establecimiento de los precios de transferencia de los productos, sobre los mecanismos de fijación de las comisiones y márgenes de beneficios para el distribuidor, sobre el sistema de facturación del producto vendido a través de tarjetas propias de los operadoras, etc. Todo ello, con el fin último de determinar si esa presunta alineación generalizada entre los precios de venta al público (PVP) y los precios máximos/recomendados (PVR) que se había detectado era efectivamente real y, en caso afirmativo, cuáles serían las causas de la citada alineación y la consecuente ausencia de competencia intramarca.

A este respecto, la normativa es clara al señalar que el efecto de fijación de los precios al minorista puede alcanzarse por métodos directos o por una multitud de métodos indirectos, entre ellos, el establecimiento de precios máximos o recomendados o la aplicación de cláusulas de cliente más favorecido o la fijación de los márgenes comerciales.

También la normativa y la doctrina son unánimes al determinar bajo qué circunstancias de mercado, no necesariamente vinculadas con la propia relación vertical, la existencia de precios máximos o recomendados puede facilitar la situación de precios fijos y conducir a una reducción de la competencia intermarca.

3.- Por otra parte, atendiendo a que una de las posibles causas detrás del seguimiento de los precios máximos o recomendados y del posible efecto facilitador de la igualdad de precios intermarca radica, como se verá en los Hechos Acreditados, en la toma en consideración para el establecimiento de

los precios máximos o recomendados a una EESS de los precios existentes en el resto de EESS de su entorno competitivo, se solicitó nueva información a las operadoras interesadas. Las respuestas aportadas al respecto por las tres operadoras se hallan incorporadas al expediente en sus folios 5779 a 7785 (BP), 6261 a 6281 (CEPSA) y 6399 a 6427(REPSOL). A estos mismos efectos, se ha considerado muy oportuna la información y resultados de los estudios zonales o de entornos competitivos elaborados por la Comisión Nacional de Energía (CNE), así como el cálculo de la dispersión de precios por provincias a partir de la base de datos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

4.- Y por último, la DI estimó la oportunidad de realizar inspecciones que posibilitaran la verificación “in situ” de los distintos elementos que podrían explicar porqué se produce el seguimiento del precio máximo o recomendado. Así, se procedió en dichas inspecciones al análisis del funcionamiento de los mecanismos relacionados con el pago de combustible a través de tarjetas, con los sistemas de comunicación de precios recomendados por las operadoras, con el mecanismo de liquidación de IVA y los sistemas informáticos de gestión integral de las EESS. A esos efectos, se solicitó de las partes interesadas en el expediente la elaboración de una muestra de EESS que reunieran distintas condiciones tanto en cuanto al régimen económico de suministro (comisionistas, revendedores con descuentos fijos, revendedores indicados a Platt’s), como en cuanto a los sistemas informáticos de gestión de la estación, a fin de poder comprobar las posibles diferencias en las condiciones de funcionamiento entre unas y otras y de comprobar en qué grado dichas condiciones incidían en el problema de alineación de precios detectado. Las EESS visitadas por la DI han sido en total 13.

6. La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) fue requerida numerosas veces para que aportase información, obteniendo la condición de parte interesada.

“Es una organización empresarial creada al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de Abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, que tiene entre sus fines la defensa y representación de los intereses, en todos los ámbitos, de sus socios o asociados que no son otros, en último extremo, que las empresas titulares de la explotación de estaciones de servicio afiliadas a la misma, situadas en todo el territorio nacional, agrupadas en catorce Asociaciones Provinciales y cinco Federaciones autonómicas, sujetas o no a contrato de exclusiva con los operadores al por mayor del sector de distribución y comercialización de gasolinas y gasóleos.

El número de estaciones de servicio miembros a su vez de las Asociaciones o Federaciones afiliadas a CEES asciende a 4000. El número total de estaciones de servicio en España es de 8.800 aproximadamente. En consecuencia la CEES representa los intereses del 45% de las estaciones de servicio existentes en España, ubicadas en todo el territorio del Estado

Español a excepción del País Vasco, la Comunidad Foral de Navarra y las Islas Baleares.

7. La DI remitió a los interesados el Pliego de Concreción de Hechos el 11 de julio de 2008. Los interesados presentaron sus alegaciones al mismo y la DI elevó su Informe Propuesta al Consejo el día 1 de agosto de 2008.
8. El Consejo admitió a trámite el expediente en su reunión de 18 de agosto de 2008, le dio nuevo número, 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, y tras observar que el Informe elevado por la DI proponía imputar a los operadores por una práctica contraria al artículo 1 de la LDC, pero no incluía la infracción al artículo 81 del Tratado de la CE (TCE), y dados los antecedentes en diversos expedientes seguidos tanto por la autoridad de competencia nacional, como por la Comisión Europea, consideró oportuno plantear un cambio en la calificación de la imputación, en el sentido de valorar que la práctica imputada por la DI sería susceptible de infringir el artículo 81 TCE. Antes de tomar la decisión planteada, el Consejo dio trámite de alegaciones, para poner en conocimiento de las partes interesadas en el expediente esta posible valoración, de forma que las mismas pudieran alegar cuanto a su derecho conviniese.
9. El 20 de agosto de 2008 el Consejo notificó el acuerdo anterior a Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. (REPSOL), Cepsa Estaciones de Servicio S.A. (CEPSA), BP Oil España, S.A. (BP) y la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES).
10. El 16 de septiembre de 2008 tuvieron entrada en el Consejo sendos escritos de BP y de CEPSA, la primera declinando hacer alegaciones y la segunda manifestando su conformidad con la propuesta de que la imputación debía contener la propuesta de infracción al artículo 81 del TCE.
11. El 17 de septiembre de 2008 CEEES presentó sus alegaciones ante el Consejo, manifestando que efectivamente, según su criterio, las conductas descritas correctamente a lo largo del expediente infringían el Art.81 del Tratado CE.
12. El 19 de septiembre de 2008 REPSOL presentó sus alegaciones por correo, siendo recibidas en el Consejo el 23 de septiembre. En su alegación única concluye que no se opone en términos generales a que se aplique el artículo 81 del TCE.
13. El 23 de septiembre de 2008 se notificó a las partes el acuerdo de proposición de prueba y vista.
14. El Consejo deliberó y acordó la aplicación del Art.81 del Tratado de la CE al presente expediente en su reunión del 17 de diciembre de 2008, tras haber dado trámite de audiencia al Inspector, y habiendo éste manifestado el 16 de septiembre de 2008 su no oposición a la calificación de las prácticas imputadas como infracción del artículo 81 del TCE.

15. El 15 de octubre de 2008 tuvieron entrada en la CNC los escritos de proposición de prueba de BP y de CEEES; el 17 de octubre de 2008 el de CEPSA y el 16 de octubre el de REPSOL.
16. El Consejo deliberó y falló sobre las pruebas propuestas y la solicitud de vista el 13 de mayo de 2009, dando a los interesados plazo para presentar la valoración de las mismas.
17. El 28 de mayo de 2009 tuvo entrada en la CNC un nuevo escrito de BP, acompañado de una serie de documentos, en el que se solicitaba al Consejo de la CNC que tanto el escrito como los documentos fuesen incorporados al expediente como prueba documental. El Consejo resolvió denegar la prueba solicitada en 15 de junio de 2009.
18. El día 15 de octubre la FEDERACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES DE TRANSPORTE EN ESPAÑA (FENADISMER) solicitó ser parte interesada en el expediente, y el Consejo acordó declarar a FENADISMER parte interesada en su reunión plenaria del día 15 de enero de 2009. Se trata de una organización de ámbito nacional que agrupa a 32.000 empresas de transporte por carretera, -mayoritariamente autónomos y pequeñas y medianas empresas.
19. El 15 de octubre ARBIT, S.L. y otros diecinueve Titulares de Estaciones de Servicio solicitaron al Consejo ser parte interesada en el expediente, petición que fue atendida el día 28 de enero de 2009. Los Titulares de las EESS que se han personado están vinculados por pactos de no competencia con REPSOL y BP. Dichas estaciones de servicio EESS fueron vendidas a CAMPSA y arrendadas por ésta a sus antiguos propietarios durante el plazo restante hasta la extinción de la concesión. Son contratos de abastecimiento en exclusiva y contratos de comisión nominales, pero en los que el supuesto comisionista sería un empresario independiente que asume la práctica totalidad de los riesgos inherentes a la actividad de reventa que le es propia.
20. El día 26 de junio de 2009, CEPSA presentó ante el Consejo su escrito de conclusiones, donde comienza alegando vulneración del derecho de defensa por denegación inmotivada de su propuesta de pruebas que la DI realizó antes de proceder al cierre de la instrucción, y argumenta que la DI está obligada a motivar en todo caso la denegación de pruebas propuestas por los imputados. Sigue argumentando que estas deficiencias no han sido superadas en la fase de tramitación ante el Consejo que no ha respondido a la petición de devolver el expediente a la DI instándole a completar y cerrar válidamente la fase de instrucción. Además el Consejo también habría rechazado inmotivadamente las pruebas que iban dirigidas a demostrar la efectividad de los descuentos por parte de las EESS.

Acto seguido se centra CEPSA en denunciar lo que considera Irregularidades del procedimiento en la instrucción del expediente por la DI, que impiden haya quedado válidamente culminada, y por ello solicitó al Consejo la devolución

del expediente a la DI y la declaración, en su caso, de caducidad del mismo. Estas deficiencias pueden resumirse en las siguientes:

i) La DI procedió al cierre del procedimiento de instrucción mediante fax de 8 de agosto de 2008, sin haber resuelto sobre la solicitud de confidencialidad del escrito de alegaciones de CEPESA al Pliego de Concreción de Hechos de 30 de julio de 2008. Como también se puso de manifiesto en su momento, según la representación de CEPESA, se ha hecho uso de una regla de supuesta preclusión de la actuación de los interesados por efecto de una decisión de cierre de la instrucción contenida en el RDC (artículo 35) que no sería aplicable a los procedimientos que, como éste, se rigen por la Ley 16/1989.

ii) Además, la DI ha utilizado esta solicitud de confidencialidad como excusa para no reproducir ni contestar en el Informe Propuesta las alegaciones al Pliego. Esta actitud vulnera el mandato del Art. 37.2 de la Ley 16/1989 que obliga a tener en consideración las alegaciones de descargo de los imputados y menoscaba los derechos de defensa.

Por último alega Insuficiencia de prueba en la determinación de los hechos imputados. Respecto al fondo de la cuestión, esto es, sobre los hechos acreditados, considera que no han quedado suficientemente acreditadas en el expediente las prácticas que se le imputan.

21. El día 26 de junio de 2009 REPSOL presenta un escrito de conclusiones en el que formula cinco conclusiones que pueden agruparse en dos ideas básicas: La existencia de irregularidades en el procedimiento administrativo sancionador, entre las que incluye las denegaciones de prueba y la errónea y subjetiva interpretación de la DI a la hora de calificar las conductas. Dentro del primer grupo basa sus conclusiones en la infracción del principio de legalidad del artículo 25.1 CE, el derecho de defensa del artículo 24 CE y la desviación de poder que según el escrito prohíbe el artículo 106.1 CE.

En lo que se refiere a la infracción del artículo 25.1, REPSOL alega que no se han respetado plenamente los principios de legalidad y tipicidad, por cuanto las conductas que ahora se consideran constitutivas de infracción constituyen en realidad un agregado de conductas acordes con el Derecho de la Competencia.

Más concretamente, entiende que el procedimiento administrativo era manifiestamente inadecuado por entender que *“a la DI no le agrada el actual modelo de distribución minorista de combustibles y carburante (...) [y] entiende que hay otros sistemas mejores (...) Pero si quiere cambiar el modelo, la CNC tendría que comenzar por ejercer las funciones que la ley le atribuye al respecto y hacer un Informe explicando su posición”*. Afirma, además, que *la potestad represiva ha de ser el último de los instrumentos que un poder público debe usar) y que la potestad sancionadora no es la vía idónea para restringir el derecho de los particulares a celebrar y*

voluntariamente ordenar, dentro de un marco lícito, como es el caso, sus relaciones contractuales . Estas circunstancias podrían calificarse como desviación de poder.

Para REPSOL se ha infringido el principio de confianza legítima al modificar la línea de actuación de la Autoridad de Competencia, que hasta el momento había aprobado el mismo tipo de prácticas, considerándolas conformes al Derecho de la Competencia.

La indefensión material alegada se ha producido por la negativa, injustificada a juicio de la compañía, de admitir las pruebas propuestas, tanto por parte de la DI como del Consejo.

Entiende que el derecho a la prueba, aun sin ser absoluto, ha de tener un radio mayor. En particular, la denegación de las pruebas propuestas *“no basta invocar y argumentar su carácter improcedente o innecesario, sino que (...) sólo cabe inadmitir las pruebas que por su relación con los hechos no puedan (...) alterar la resolución final”*.

Como consecuencia de esta denegación de la prueba de hechos considerados concluyentes por REPSOL, la DI actúa *“asentada en meras presunciones o sospechas que jamás acredita, y obstaculizando el derecho de REPSOL a defenderse, al negarle arbitrariamente la práctica de las pruebas solicitadas”*.

Más allá de esta cuestión, las pruebas que sí se han realizado, a propuesta de la propia DI, han sido valoradas de forma errónea. La recurrente rechaza en particular el abuso de las presunciones. Cree que la DI debería *“explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora”* .

Por lo que respecta a su segunda alegación básica, la errónea calificación de la conducta, la CNC pretendería sancionar conductas que *“constituyen de hecho un compromiso formal aceptad por la Comisión Europea en su Decisión de 12 de abril de 2006”* . REPSOL alega que las pretensiones de la DI al considerar ilícitos ciertos contratos es contrario a su libertad de contratación.

La errónea tipificación de la conducta parte de la consideración de que una combinación de conductas lícitas es capaz de generar una infracción (la fijación del precio de venta) lo cual es considerado por REPSOL como una *“percepción subjetiva de la DI”*.

22. El día 24 de junio de 2009, BP presenta su escrito de conclusiones. Coinciden BP y REPSOL en muchas de sus alegaciones, básicamente en las que se refieren a cuestiones de procedimiento. La primera de ellas se centra en la nulidad del PCH y de todo el expediente por desviación de poder. A juicio de BP, la DI y el Consejo de la CNC están utilizando un procedimiento administrativo sancionador para fines distintos de los que dicho procedimiento

persigue, cual es la retirada en parte de los beneficios de una exención en bloque reconocidos por la Ley.

Centrándose en las irregularidades del procedimiento y con respecto a las comunicaciones de la CNC con la Comisión de la Unión Europea, señala BP que la CNC no sólo ha infringido la obligación de aplicación del artículo 81 del TCE a su debido tiempo, sino que en el expediente no hay rastro de las eventuales comunicaciones “*por escrito*” que la CNC haya cursado a la Comisión ni de las que haya cursado la Comisión a la CNC al amparo del artículo 11.3 del Reglamento 1/2003, dando lugar a un nuevo caso de indefensión.

La indefensión es el hilo conductor de una buena parte de las alegaciones de BP, que se habría producido por la absoluta indeterminación de los hechos imputados, no solo en la incoación del expediente, sino en todos los trámites posteriores, incluida la denegación de pruebas del Consejo.

Del mismo modo se considera que la conclusión es errónea, puesto que considera que una variación de 4-5 céntimos en el precio entre las distintas EE.SS. no es relevante cuando se trata de un mercado muy transparente y con un margen comercial muy pequeño.

Alega la nulidad del procedimiento por aplicación indebida y extemporánea del artículo 81 del TCE, y por no haber aplicado el artículo 3 del Reglamento 1/2003.

Habría también infracción del principio de tipicidad de las sanciones administrativa, porque “Recomendar precios y establecer precios máximos no es una conducta reprochable ni para el que los recomienda ni para el que los sigue”. No está tipificada dicha conducta como infracción.

Por último, alega infracción del derecho a la igualdad al no estar presentes en el expediente todos los operadores de productos petrolíferos del mercado español y al haber elegido indiscriminadamente tres empresas cuando la conducta es generalizada en todos los operadores

23. El día 25 de junio de 2009, CEEES presenta su escrito de conclusiones, que básicamente coinciden con los hechos acreditados contenidos en el IP, y solicita al Consejo que Declare que los tres imputados son responsables de una práctica restrictiva de la competencia especialmente grave por fijar los PVP de los carburantes a las EESS de su red, infringiendo con ello el Art.1 LDC y 81 del TCE; que compela a los tres imputados a sustituir los contratos actuales por contratos de venta en firme en que el precio aparezca referenciado a Platt’s; que intime a los tres imputados para que en tanto que no se modifique la situación del mercado no fijen precios máximos o recomendados a las EESS de su red: que sancione a las tres imputadas en los términos que resulten proporcionados; y que se imponga a los tres imputados no solo la obligación de publicar el contenido de la resolución sino “la posibilidad abierta de quienes se consideren afectados (estaciones de

- servicio y consumidores), para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Art.1 y del Art.81 del TCE.
24. El día 26 de junio de 2009 las 20 EESS personadas en el expediente como parte interesada alegan que los contratos de comisión no lo son, habida cuenta de su contenido y desarrollo. Se trata de una generalización de las relaciones en apariencia de comisión con el objeto de establecer un control de precios de PVP por los operadores, un control de márgenes comerciales por los operadores, un cierre de mercado a posibles competidores y a una verdadera y eficaz competencia y una absorción por los operadores de los beneficios reservados a los consumidores. Está de acuerdo con los hechos acreditados que la DI expone en su IP y con sus conclusiones, solicitado al Consejo que dicte resolución en los términos propuestos por la DI.
25. Son interesados
- ~ Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.
 - ~ Cepsa Estaciones de Servicio S.A.
 - ~ BP Oil España, S.A.
 - ~ Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio
 - ~ Federación Nacional de Asociaciones de Transporte de España
 - ~ ARBIT, S. L. y los otros 19 titulares de Estaciones de Servicio
26. El Consejo de la CNC ha deliberado la presente Resolución los días 13, 15 y 22 de julio siendo fallada el día 22 de julio de 2009.

HECHOS ACREDITADOS

A lo largo de la instrucción realizada en el presente expediente se han acreditado los siguientes hechos:

1. IDENTIFICACIÓN DE LOS IMPUTADOS

Las empresas imputadas en el presente expediente son REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A. cuya descripción básica, contenida en el IP de la DI se expone a continuación.

“REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.

Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (Repsol en adelante) es la compañía del grupo REPSOL cuya actividad principal es la comercialización de los productos petrolíferos elaborados por las sociedades que constituyen el grupo REPSOL. Esta labor comercializadora la desarrolla fundamentalmente a través de la red de estaciones de servicio vinculadas y de las ventas directas a clientes.

El GRUPO REPSOL está compuesto, entre otras sociedades, por REPSOL, S.A. (sociedad matriz) y sus filiales REPSOL PETROLEO, S.A., REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A., CAMSPA RED, S.A. (explotación directa de estaciones de servicio), PETROLEOS DEL NORTE, S.A. y SOLRED, S.A. (gestión de tarjetas y medios de pago).

La cuota de mercado de REPSOL en la distribución en red (a través de estaciones de servicio) de productos petrolíferos es de alrededor del 41%, por número de estaciones que operan con bandera de dicha operadora.

CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.

Cepsa Estaciones de Servicio, S.A. (Cepsa en adelante), está participada en un 99,99% por la Compañía Española de Petróleos S.A., empresa cuyo objeto social consiste fundamentalmente en la adquisición, almacenaje, transporte, distribución, venta, suministro y comercialización al por mayor y al por menor de toda clase de productos petrolíferos, así como la adquisición y explotación directa o indirecta de Estaciones de Servicio y demás unidades de suministro de productos petrolíferos y sustancias conexas.

La cuota de mercado de CEPSA en la distribución en red de productos petrolíferos es de alrededor del 18% por número de estaciones de servicio.

BP OIL ESPAÑA, S.A.

BP OIL ESPAÑA, S.A. (en adelante BP), opera entre otros, en el sector de la distribución al por menor de carburantes y combustibles a través de estaciones de servicio.

Las compañías que forman parte del Grupo son: Markoil, S.A. (Comercialización de combustibles y carburantes al por menor a través de estaciones de servicio), BP Enérgica, S.A. (Comercialización de combustibles y carburantes al por mayor y por menor a través de ventas directas), BP Oil Refinería de Castellón, S.A. (Refinería de Petróleo y comercialización de productos petrolíferos al por mayor), Pasu Roca, S.A. (Comercialización de combustibles y carburantes al por menor a través de una estación de servicio) y Enermar, S.L (Comercialización de lubricantes).

La cuota de mercado de BP OIL en la distribución en red de productos petrolíferos es de alrededor del 8%, por número de estaciones de servicio”

2. TIPOLOGIA DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE OPERADORES Y ESTACIONES DE SERVICIO.

Las conductas investigadas en el presente expediente se basan en las condiciones que los operadores mayoristas de distribución de carburante imponen a los distribuidores minoristas de carburante, es decir entre los denominados operadores petrolíferos (OP) y los titulares de las estaciones de

servicio (EESS). La estructura contractual entre unos y otros es variada, y ha sido descrita con precisión por la DI, tal y como a continuación se expone:

“La red de distribución de las tres operadoras investigadas está actualmente compuesta, según la clasificación expuesta, de la siguiente manera:

	(1) coco/ doco	(2) codo	(3) dodo	%(1)s/Total	%(2+3)s/Total
Repsol	936	1779	846	26%	74%
Cepsa	481	541	333	35%	65%
BP	74	172	386	11%	89%
TOTAL	1491	2492	1565	26%	74%

Fuente: Datos facilitados por las operadoras (diciembre 2007)

4.1.- ESTACIONES TIPO “COCO” Y “DOCO” (“Company Owned-Company Operated”; (“Dealer Owned-Company Operated”))

Definición de “COCO”.- Contrato para la distribución de carburantes a través de las estaciones de servicio propiedad del Operador gestionada por una filial del grupo del Operador propietario. La estación de servicio es **propiedad del operador** o bien éste ostenta sobre la misma un derecho real de larga duración (De usufructo en el caso de puntos de venta ya existentes o de superficie, para la construcción de una instalación). La **gestión** del punto de venta la realiza **también el operador**, bien directamente, bien a través de una sociedad filial especializada. El grado de control del operador sobre la instalación es completo. En el mercado español se viene observando un creciente esfuerzo de los operadores en reforzar el vínculo sobre su red de distribución, aumentando el número de puntos de venta COCO.

Definición de “DOCO” Instalaciones propiedad de un particular quien cede a un operador al por mayor exclusivamente la gestión del punto de venta para explotarla por sí o través de una sociedad filial especializada. En cuanto al grado de control, equivale a una COCO, dado que en ambos casos es el propio operador quien gestiona la instalación, si bien el vínculo está limitado temporalmente por la duración del contrato de arrendamiento directo.

Las filiales de los Operadores que gestionan estas EESS son:

- CAMPSA RED en el supuesto de Repsol
- CEDIPSA en el supuesto de Cepsa
- MARKOIL en el supuesto de Bp Oil

Los COCO/DOCO suponen un porcentaje cada día mayor del mercado, entendiendo éste por número de puntos de venta y claramente superior si lo computamos por número de litros vendidos en Estaciones de Servicio.

El número de puntos de venta COCO/DOCO en España de las tres operadoras analizadas es de 1491. Ello supone un porcentaje del 26% en número de puntos de venta de esas mismas operadoras y un 17,34% aproximado del total de número de puntos de venta en el estado Español.

Los precios en estas Estaciones son fijados de modo directo por las petroleras. al ser gestionadas por ellas mismas, no cabrá atribuir problema al control absoluto y legítimo sobre los PVP por parte de las operadoras, sin embargo sí que debe tenerse en cuenta la representatividad de este porcentaje para explicar la influencia que tienen sobre el seguimiento del PVR por aquellas EESS que sí podrían actuar de modo autónomo. En efecto, como se veía en el apartado de introducción y como señalan las Directrices de la Comisión en los párrafos 227 y 228, los factores que explican el seguimiento de los PVR por los minoristas son, entre otros, la posición en el mercado de los proveedores, que determina el incentivo real de los minoristas para desviarse de dicha recomendación o referencia.

4.2.- ESTACIONES TIPO “CODO”. (“Company Owned-Dealer Operated”)

Definición “CODO”.- Contrato para la distribución de carburantes a través de las estaciones de servicio propiedad del Operador arrendadas a la empresa explotadora.

*Son instalaciones en la que el **operador al por mayor conserva la propiedad, o es arrendatario o titular de un derecho real** sobre el punto de venta pero tiene **cedida la gestión a favor de un tercero** en virtud de un contrato de arrendamiento o subarrendamiento con exclusividad de suministro de los productos del operador.*

*El régimen jurídico predominante para los suministros de productos entre el operador y el gestor del punto de venta es el de **comisión**, en virtud del cual el comisionista vende el producto al consumidor final en nombre y por cuenta del operador, en el precio y condiciones por él señaladas, si bien existe la posibilidad de que el comisionista aplique descuentos con cargo a su comisión. En el caso particular de BP, muchos de estos contratos están gestionados en régimen de **reventa con descuento fijo**, en virtud del cual el revendedor vende el producto al consumidor final en su nombre y por su cuenta, en el precio y condiciones por él señaladas, siendo el precio comunicado por la operadora de carácter recomendado.*

El grado de control del operador sobre el punto de venta es inferior de las estaciones de tipo COCO, dado que la gestión se ejerce por un tercero.

En este apartado hay que diferenciar aquellas EESS cuyos contratos son anteriores a 1997 y que provienen en su mayoría de CAMPSA (los antiguos titulares de concesiones transmitieron la EESS al operador mediante contrato de arrendamiento de industria de larga duración a cambio de una cantidad de dinero) y aquellas cuyos contratos son posteriores a 1997 que fundamentalmente son contratos de arrendamiento de industria y exclusividad de suministro con duraciones cortas.

En el caso particular de Repsol, éste diferencia las EESS CODO (de su propiedad) con aquellas a las que denomina DRODO, en las que ostenta un derecho de superficie o usufructo, y la gestión es cedida en arrendamiento a una

persona física o jurídica coincidente o vinculada con el nudo propietario. Los titulares de estas estaciones (en número de 478) podrán rescatar el vínculo recuperando la plena propiedad de acuerdo a los Compromisos recientemente aprobados por la Comisión Europea mediante Decisión de 12 de Abril de 2006.

El total de 2492 EESS CODO's de las tres operadoras analizadas suponen un porcentaje aproximado del 45% en número de puntos de venta de esas mismas operadoras y un 29% aproximado del total de número de puntos de venta en el estado Español.

4.3.- ESTACIONES TIPO "DODO" ("Dealer Owned-Dealer Operated").

Definición DODO.- *Contrato para la distribución de carburantes a través de las estaciones de servicio propiedad de la empresa explotadora.*

Son instalaciones de suministro de titularidad de una persona física o jurídica vinculada al operador al por mayor mediante un contrato de suministro en exclusiva que suele incluir el abanderamiento de la instalación con los signos distintivos de la imagen de marca del suministrador.

El régimen jurídico de suministro aún mayoritario es el de comisión, si bien es creciente el número de contratos que incluyen la venta de los carburantes en firme con referencia a precio Platt's.

El grado de control del operador es el más débil de los analizados; se limita a la exclusividad del suministro de sus productos por el tiempo de duración del contrato (hasta un máximo de 5 años en virtud del vigente Reglamento comunitario sobre restricciones verticales) y, sólo en el caso de venta en régimen de comisión, al control, limitado, sobre el precio de venta máximo a consumidor final.

Las estaciones con contrato vigente firmado al amparo del anterior Reglamento UE (10 años) han finalizado su contrato como máximo el 31.12.2006 por lo que el que resulte actualmente vigente es consecuencia de la nueva negociación que haya tenido lugar, ya que las EESS han tenido la oportunidad de negociar sus nuevas condiciones con cualquier operador o quedar como "blancas o libres".

Existe un buen número de contratos DODO que permanecen referenciados al sistema descrito para las Estaciones CODO, tanto en régimen de comisión como en régimen de reventa con descuento fijo.

Sin embargo, y dentro de este canal de comercialización, en los últimos tiempos han empezado a suscribirse contratos de suministro de carburantes en régimen económico de reventa indiciada a Platt's, a la que antes se ha hecho referencia.

A día de la fecha, estos contratos son minoritarios en Repsol y BP y casi inexistentes en Cepsa. Los pequeños operadores también comienzan a referenciar sus contratos DODO a Platt's.

El total de 1565 EESS DODO's de las tres operadoras analizadas suponen un porcentaje aproximado del 28% en número de puntos de venta de esas mismas

operadoras y un 18% aproximado del total de número de puntos de venta en el estado Español.

Si sumamos las EESS CODOs y DODOs, que comparten el hecho de ser gestionadas por el distribuidor minorista "Dealer Operated", como representativas de aquéllas en las que el minorista debería contar con margen para poder determinar el precio de reventa del combustibles, obtenemos que en aproximadamente el 75% de la red de estos tres operadores (un 47% de los puntos de venta del Estado Español), los minoristas deberían contar en la práctica con dicha capacidad."

3. RÉGIMEN ECONÓMICO DEL GESTOR DE LAS EESS Y PRECIO DE ADQUISICIÓN

En cada una de las estructuras denominadas CODO y DODO, conviven los tipos de contratos que a continuación se describen y que configuran tres regímenes económicos: revendedores con precio de adquisición referenciado a Platt's, revendedores con descuento fijo y comisionistas. Cada uno de estos regímenes conlleva un sistema distinto para fijar el precio de adquisición o compra-venta del producto. Aparentemente los regímenes Reventa con descuento fijo y Comisión son dos figuras contractuales distintas, pero la forma en la que se establecen los precios de adquisición del producto entre el OP y la EESS son materialmente iguales. Cuando se habla de Contratos de Comisión se emplean los términos "Precio Máximo" y "Comisión", términos que equivalen a "Precio Recomendado" y "descuento" cuando se refiere al denominado Contrato de Reventa con descuento fijo.

"3.1.-REVENDEDORES: entendiendo como tales aquellas EESS que jurídicamente venden el carburante en su nombre y no por cuenta del operador. Sin embargo, es posible distinguir dos clases de revendedores, con fuertes diferencias entre ambos:

Revendedor Precio Platt's.

El precio Platt's se establece individualizadamente para cada clase de producto, en función del valor dólar/tonelada, de la gasolina o gasóleo, en el mercado CIF MEDITERRANEO, alto o medio, según lo establecido en contrato, del día anterior o de la semana inmediatamente anterior a la fecha de cada pedido o al día de suministro (según operador y lo establecido en contrato), publicado en el "Platt's Oilgram" (Platt's European Marketscan).

Tanto el precio Platt's a tener en cuenta, como los valores de las densidades, según clase de producto, así como el tipo de cambio dólar-euro para convertir la cotización Platt's en \$/Tn a €/m³, son establecidos contractualmente.

A la cantidad anteriormente obtenida se adiciona un diferencial, previamente establecido contractualmente por las partes, por metro cúbico del combustible y carburante vendido, que varía según el operador teniendo en cuenta distintos

conceptos.

Al precio resultante se le aplican los impuestos que correspondan.

En resumen, en esta modalidad el precio se calcula por la adición de 3 sumandos:

- La **media aritmética de la cotización internacional del producto "x"**, durante la semana inmediatamente anterior a la de fijación de precio (supongamos que ha sido de 60). (Para obtener este importe hay que convertir la cotización de Platt's, que viene expresada en \$/Tn a €/m³, para lo cual simplemente es necesario conocer la cotización \$/€ y la densidad del producto, que viene reflejada en los propios contratos).

- El **importe de los impuestos especiales** sobre hidrocarburos para dicho producto (supongamos que sea de 40).

- Y una cantidad **"delta"** libremente establecida en el contrato entre las partes para dicho producto (supongamos que es de 1).

En este ejemplo, el precio de compra de la ES, para la próxima semana, será de $60+40 +1 = 101$. A dicha cantidad habrá que adicionarle los impuestos correspondientes (IVA,...)

PRECIO ADQUISICION = PRECIO PLATT'S+DIFERENCIAL+ IMPUESTOS (IVA y especiales)
--

Los precios resultantes de la "fórmula PLATTS" son sensiblemente más volátiles, dependiendo de la evolución de las cotizaciones en los mercados internacionales. Además, en la modalidad PLATTS las fluctuaciones de precios son asumidas por el revendedor minorista, de forma que se puede afirmar que éste se beneficia de precios de coste más bajos en épocas de cotizaciones bajas en los mercados internacionales y, por el contrario, asume los incrementos del coste del producto en épocas de subidas de precios en los mercados internacionales.

En general, es posible afirmar que las EESS que operan con arreglo a la fórmula PLATTS responden a un perfil de empresario que asume un mayor nivel de riesgo y son susceptibles de mayores volúmenes de venta y posible ganancia. En última instancia es el revendedor el que libremente aplica el margen que desea o está dispuesto a ganar.

El criterio que interviene en la formación del precio de adquisición del carburante para estos revendedores Platt's es, como se ve, un criterio objetivo que tiene su base en el propio mercado. La operadora no interviene en modo alguno en dicho parámetro y la negociación de las partes se centra en el establecimiento del delta o diferencial que va a constituir el margen comercial del distribuidor mayorista. El precio de adquisición del combustible resulta de ese modo ser un precio cierto, no sometido al arbitrio de la operadora, que únicamente se limitará a recomendar un precio de venta al público competitivo según el área de influencia en la que se encuentre ubicada la estación. Dicho precio

recomendado no sirve en ningún momento como referencia para el establecimiento del precio de adquisición del producto.

Revendedor con descuento fijo o indiciado a precio de referencia.

En este régimen se garantiza una retribución mínima al revendedor (reduciendo, en parte, el riesgo del revendedor respecto a la evolución del margen del mercado) para lo que el precio de venta mayorista al revendedor se fija en función de un precio de referencia (teniendo en cuenta el PVP medio de las EESS del área o entorno de influencia del revendedor y que por tanto son su competencia directa, y que por lo general son predeterminadas contractualmente) menos un descuento pactado previamente en contrato, que puede ser fijo y/o variable dependiente de distintos factores. De la cantidad resultante se deducen los impuestos correspondientes (Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados hidrocarburos, cuyo porcentaje o cuantía viene determinado normativamente).

En resumen, en esta modalidad el precio se calcula por la sustracción de:

- El **precio de referencia** marcado por la operadora según zona competencial del producto "x", que va a coincidir con el que va a comunicar a la estación de servicio como recomendado de venta al público.*
- los **impuestos correspondientes** (Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados hidrocarburos, cuyo porcentaje o cuantía viene determinado normativamente).*
- Y el **descuento**, previamente fijado en el contrato.*

PRECIO ADQUISICIÓN = PVP MEDIO AREA-DESCUENTOS- IMPUESTOS (IVA y especiales)

Una vez obtenido el precio de venta a la EESS, al mismo se le aplica en la factura, de acuerdo con las exigencias legales, el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Con esta fórmula, las fluctuaciones en los mercados son asumidas por el operador, el riesgo comercial se traslada al mismo, y las ganancias del distribuidor minorista están garantizadas, sean cuales sean las condiciones económicas en las que se encuentre dicho mercado. A cambio, el precio de venta al público está sometido a mayor control por parte de la operadora y para ello, toma como parámetro principal en el establecimiento del precio de adquisición del producto por parte de dicho distribuidor el precio medio del área de influencia, que va a coincidir, por su propia definición, con el precio de venta al público competitivo según el área de influencia que la operadora va a recomendar al distribuidor (...). De esta forma el precio de referencia/precio recomendado por la operadora para venta al público sirve como parámetro fundamental en el establecimiento del precio de adquisición del producto.

3.2.- COMISIONISTAS

En el caso de contratos de agencia o comisión, la ES vende por cuenta del operador y es éste el que marca el precio máximo de venta al público, sin perjuicio de que cada titular de la EESS pueda hacer descuentos con cargo a su comisión.

La factura emitida por el operador incluye: precio de venta del carburante a la EESS (IVA incluido), la comisión pactada (IVA incluido) y PVP máximo. En paralelo se emite al banco factura por la diferencia entre el importe total de la venta y el importe correspondiente a la comisión total correspondiente a los litros suministrados (IVA incluido). La EESS no tributa, lo hace el operador, pero sobre la comisión pactada que no coincidiría con lo realmente ganado en el caso de que el distribuidor reduzca los precios con cargo a su comisión.

En resumen, en esta modalidad el precio se calcula por la sustracción de:

- El **precio de venta al público máximo comunicado por la operadora del producto "x"***
- los **impuestos correspondientes** (Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados hidrocarburos, cuyo porcentaje o cuantía viene determinado normativamente).*
- y la **comisión**, previamente fijada en el contrato*

$$\boxed{\text{PRECIO ADQUISICIÓN} = \text{PVP MAXIMO} - \text{COMISIÓN} - \text{IMPUESTOS}}$$

Una vez obtenido el precio de venta a la EESS, al mismo se le aplica en la factura, de acuerdo con las exigencias legales, el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Como en el caso del régimen anteriormente mencionado, el de revendedores con descuento fijo, con esta fórmula, las fluctuaciones en los mercados son asumidas por el operador. Se aprecia la similitud, en líneas generales, entre estos dos regímenes, en el sentido del riesgo relativo que asumen los distribuidores, consecuentemente del menor margen de beneficio del que disponen los mismos, así como de la falta de objetividad del criterio en base al cual se determina el precio de adquisición del combustible.

El parámetro principal en el establecimiento del precio de adquisición del producto por parte del distribuidor minorista es el precio máximo de venta al público competitivo según el área de influencia que la operadora va a comunicar a dicho distribuidor (que coincide con el precio medio del área de influencia). De esta forma, precio máximo comunicado por la operadora para venta al público/precio de referencia de zona de influencia, sirve como parámetro fundamental en el establecimiento del precio de adquisición del producto.

La diferencia fundamental (y prácticamente exclusiva) entre ambos regímenes es que en el primero el combustible es sin lugar a dudas adquirido por el distribuidor antes de su reventa, lo que lleva consigo un sistema de tributación distinto.

Pues bien, de lo señalado hasta el momento, cabe inferir que existen dos grupos de contratos en los que el precio de cesión entre el operador y el minorista está referenciado al precio recomendado o máximo señalado por el operador. La siguiente tabla muestra que la gran mayoría, en concreto un 97%, de la red de distribución de cada operador se regulan a través de contratos en los que se da dicha característica.

Operador	(1) Comisión	(2) Revendedor Con PV Referencia	Revendedor Platt´s	% (1)+(2) s/Total
REPSOL	3389	39	133	96,26%
CEPSA	1303	41	11	99,19%
BP	181	419	32	94,93%
TOTAL	4873	499	176	97%

Fuente: Datos facilitados por las operadoras (diciembre 2007)”

4. FORMACIÓN DEL PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO

En el precio final del producto intervienen, además de los impuestos los tres parámetros siguientes:

- Precios de Adquisición o Transferencia que es el precio que la EESS paga al OP por el carburante suministrado
- Precio de Referencia, que es el precio de base para fijar el Precio de Adquisición
- Comisión / Descuento / Diferencial que es la cantidad que sumada o restada al Precio de Referencia nos da el Precio de Adquisición.

Visto en el Hecha Acreditado anterior cómo se calcula el precio de adquisición, procede a continuación explicar la forma de fijar los otros dos:

Precio de referencia:

Para las EESS en régimen de comisión o reventa en firme con descuento, el precio que las OP toman como referencia es el precio máximo/recomendado que comunican a los distribuidores y sobre el que se descontará la comisión o descuento fijado en contrato, además de los impuestos. Es decir, el precio de referencia es el propio precio máximo o recomendado que cada OP marca a cada una de sus EESS.

A su vez, este precio máximo o recomendado es fijado en base a criterios como:

- *“El precio de cada una de las clases de carburantes y combustibles objeto de suministro que LA TITULAR abonará a LA COMPAÑÍA será la media aritmética de los precios, hallada para cada una de las clases de los indicados, a los que otras compañías operadoras vendan los mismos, a las estaciones, próximas a la que es objeto de este contrato y que son las siguientes: Estaciones de servicio ubicadas en el término Municipal de La*

Nucia, a la firma de este contrato, o aquellas que se puedan implantar en el futuro. (...)”.

- *“El precio de referencia será el promedio moda de los precios de venta al público, según conste en el monolito o cartel anunciador de los carburantes a la venta en cada estación”.*
- *“Caso de que los productos objeto de la exclusiva de abastecimiento deba ser adquiridos en firme por el arrendatario, la Entidad Arrendadora fijará unos precios de adquisición tales, que permitan racionalmente a aquél obtener, mediante la ulterior reventa de tales productos a precios de mercado, **unos márgenes o comisiones brutos que vengán obteniendo por lo general, otros suministradores con significación en el mercado, y buena fe, de los mismos productos y en la misma área geográfica o comercial.**”*

Comisión o descuento:

Tal y como acreditan los contratos que constan en el expediente, las comisiones o descuentos se forman, como se describen en el Informe Propuesta de la DI de la forma siguiente:

“El contenido de la información obrante en el presente epígrafe es, como en su título se indica, común tanto para las comisiones que se ofertan por las tres operadoras a sus distribuidores comisionistas, como para los descuentos que las mismas tres operadoras ofertan a sus distribuidores revendedores sobre precio de referencia con descuento fijo. Es decir, el importe de comisiones y descuentos coincide (como norma general) para cada operadora y el sistema de establecimiento/actualización de estos importes no varía tampoco para estos dos conceptos. Las propias operadoras tratan de forma uniforme la información relativa a los mismos, siendo frecuente la denominación conjunta de ambos conceptos bajo el título “condiciones comerciales”.

El margen de distribución para los revendedores sobre precio de referencia con descuento fijo o la comisión para los comisionistas (conceptos que son equivalentes, tal y como es admitido por las propias operadoras) se realiza individualmente para cada producto y, teóricamente, para cada EESS, teniendo en cuenta numerosas variables entre las que podemos destacar:

- *Los precios de los diferentes competidores en el área de influencia de cada EESS.*
- *Localización geográfica y ubicación de la EESS (núcleo urbano, carretera, proximidad refinería, costa, etc.)*
- *Volumen de producto suministrado.*
- *Costes de transporte y almacenamiento.*
- *Volumen de clientes de la estación de servicio que acepten la tarjeta.*
- *Cantidades invertidas por el operador en la estación de servicio y por tanto del tipo de instalación: Estación de Servicio o Unidad de Suministro (Cepsa)*

en estas últimas el nivel retributivo es ligeramente inferior al de las Estaciones de Servicio, como consecuencia directa de su menor tamaño, lo que incide en mayores costes de distribución y menores costes de la explotación para el agente

- *Tipo de contrato: CODOs-Arrendamiento de Servicios tienen una retribución inferior a la que perciben los CODOs-Arrendamiento de Industria, por cuanto los primeros, a diferencia de los segundos, no abonan renta alguna por la gestión de la Estación de Servicio.*

Por otro lado, los DODOS perciben una retribución adicional complementaria como contraprestación de los compromisos de venta de productos en exclusiva. Esta contraprestación puede ser una cantidad fija de una sola vez al inicio del contrato, una cantidad fija anual, una cantidad variable por litro suministrado, ya sea una cifra constante desde el primer litro ya sea por escalones de volumen o una combinación de las anteriores. Las comisiones retribuyen los costes normales de explotación de una estación de servicio mientras que la contraprestación de la vinculación, sea cual sea la forma que finalmente se dé a ésta, podemos decir que retribuye la propiedad y se acuerda entre las partes en un mercado competitivo en el que cada cierto tiempo el propietario-explotador pide o puede pedir ofertas comparativas de la competencia.

- *Coste de los diferentes conceptos que entran en la explotación de una estación de servicio (personal, mantenimiento, suministros, costes asociados a tarjetas de fidelización y pago, etc.). Los operadores disponen de una red de EESS en gestión directa que les permite tener una información detallada de la evolución de todos estos costes.*
- *Las condiciones que ofrece la competencia y las circunstancias del mercado.*

En general, las comisiones/descuentos percibidos se componen de una parte fija o básica (tantos € por cada m³ suministrado a una estación), y de una parte variable por cumplimiento de objetivos, comisiones complementarias (o incentivos) vinculadas al cumplimiento de una condición (estas condiciones están relacionadas básicamente con un servicio de unos niveles de calidad mínimos, una automatización de la operativa y la acreditación del cumplimiento de exigencias técnicas) que, al igual que el importe de las comisiones, son previamente negociados con el agente de la Estación, y se mantienen en tanto se alcanzan nuevos acuerdos.

Las condiciones específicas para el establecimiento de comisiones o descuentos por parte de cada Operadora de las analizadas se recogen de forma detallada en los folios 1327 a 1329 (Repsol), folios 1525 a 1527 (Cepsa) y folios 1311 y 1312 (BP). En general, el sistema utilizado por las tres no difiere en nada sustancial y responde a unas características comunes que se resumen a continuación:

a).- retribución de las estaciones abanderadas (DODO) comisionistas/revendedores con descuento fijo.

La retribución de una estación DODO comisionista/revendedora está formada por las comisiones/márgenes ofertadas por la operadora y aceptadas tras negociación por el distribuidor (que podemos denominar generales, en el sentido de que coinciden con las ofertadas a las EESS CODO), más una contraprestación por vinculación. Esta contraprestación puede ser una cantidad fija de una sola vez al inicio del contrato, una cantidad fija anual, una cantidad variable por litro suministrado, ya sea una cifra constante desde el primer litro ya sea por escalones de volumen. Finalmente, puede ser una combinación de las anteriores. Durante la negociación las partes acuerdan esa retribución global que se incluye en el contrato de suministro.

b).- retribución de las estaciones arrendatarias (CODO) donde la operadora ostenta la propiedad de la parcela e instalación, o tiene un título de concesión administrativa o de una entidad privada o derecho de superficie/usufructo en el que el nudo propietario y el arrendatario no están vinculados.

En este caso la operadora ofrece a sus estaciones vinculadas según este tipo de contratos una revisión periódica de las comisiones/descuentos pactados vigentes. La periodicidad de esta revisión es variable dependiendo de cada operadora pero oscila entre los tres años y la revisión anual.

Para realizar la propuesta de revisión las operadoras tienen en cuenta distintos factores: la evolución del coste de los diferentes conceptos que entran en la explotación de una estación de servicio, el Índice General de Precios al Consumo (IPC), la comparación con las condiciones que está ofreciendo la competencia, la comparación con las comisiones existentes en otros países europeos del entorno, circunstancias del mercado.... Los principales costes de explotación de una estación cuya evolución se evalúa son: personal, mantenimiento, suministros, costes asociados a tarjetas de fidelización y pago, etc. En definitiva, se tiene en cuenta la situación del sector y del mercado en general y de la competencia en particular, manteniendo así el nivel de competitividad de las condiciones económicas del distribuidor.

La oferta de las operadoras se concreta en una propuesta de comisiones/descuentos que incluyen dos tipos: la llamada comisión básica/descuento básico por producto (tantos € por cada m³ suministrado a una estación) y las llamadas comisiones complementarias/descuentos complementarios (o incentivos) vinculadas al cumplimiento de determinadas condiciones (estas condiciones están relacionadas básicamente con un servicio de unos niveles de calidad mínimos, una automatización de la operativa y la acreditación del cumplimiento de exigencias técnicas).

Es decir, y con independencia del teórico poder negociador que todas las operadoras atribuyen a sus EESS, las condiciones económicas de sus redes se ofertan de modo y aplican unilateral, sin necesidad (salvo en el caso de Repsol)

de consentimiento de la otra parte. Normalmente se comunican por escrito y entran en vigor el día que las operadoras también, de modo unilateral, deciden. Se exceptúa de esta regla a Repsol que, en tanto se alcanza el nuevo acuerdo entre las partes, mantiene las condiciones comerciales según el último acuerdo alcanzado no pudiendo alterarlas unilateralmente hasta obtener dicho acuerdo. Es decir, en el supuesto de que el documento se suscriba, entra en vigor. Si el empresario se niega a suscribirlo se le congelan las condiciones económicas hasta que acepte la propuesta. Sin embargo, ello no repercute en un menor precio de adquisición del producto, ya que ambos parámetros son totalmente independientes. De esta manera, percibir un menor margen/comisión no repercute tampoco en un menor PVP recomendado (y un beneficio al consumidor), y se traduce en un mayor precio de adquisición (y, por tanto, un potencial mayor beneficio para Repsol). En definitiva, el menor coste para Repsol no se traduce en un beneficio al consumidor. Hay 189 EESS Repsol que no han firmado la actualización de comisiones para los años 2006/2008.

Con carácter general, las operadoras abonan básicamente las mismas comisiones/descuentos a su red de puntos de venta, con independencia del tipo de contrato y/o provincia de ubicación de la instalación.

Es decir, dentro de la red de cada operador existe una elevada homogeneidad en el sistema de establecimiento de las comisiones y/o márgenes vigentes, con independencia de la condición de comisionista o revendedor, lo cual no tendría o no debería tener una mayor incidencia si no fuera por el efecto de reducir los incentivos de las EESS para asumir estrategias de desviación de los PVR, especialmente si tenemos en cuenta y lo unimos a lo descrito en el apartado 5.2 en cuanto a la referencia del PVR con el precio existente en la zona de influencia de cada EESS. Es decir, esta homogeneidad juega a favor de una menor competencia intramarca y refuerza el efecto de favorecer el alineamiento de los precios.”

Adicionalmente, son cláusulas habituales de los operadores investigados las siguientes:

REPSOL

“(Estipulación 7ª Puntos 3 y 8 del Modelo del año 1993 de “Contrato de Arrendamiento de ES. y Exclusiva de Suministro”)

“3. La futura comisión o retribución del INDUSTRIAL se establecerá de mutuo acuerdo entre las partes, determinándola, entre otros factores, en función del volumen que alcancen las ventas en la ES. y **similar a las percibidas por otros titulares de EESS en las mismas circunstancias**. La comisión a establecer no será inferior a **la media de las comisiones o márgenes comerciales en su caso, que se perciban en el mercado de otros suministradores significativos y actuantes de buena fe, de los mismos productos en el mismo área geográfica o comercial**. En tanto no se alcance el correspondiente

acuerdo, permanecerá aplicable la comisión que se viniera percibiendo, sin perjuicio de las regularizaciones que se establezcan una vez obtenido aquel.

(.....)

8. REPSOL COMERCIAL podrá optar, con la conformidad del INDUSTRIAL, por modificar el régimen de abastecimiento en exclusiva a la ES, sustituyendo el régimen de comisión por el de venta en firme de los productos. En tal caso, los precios de adquisición por el INDUSTRIAL se fijarán de mutuo acuerdo por las partes en términos que **permitan obtener con la reventa de los productos unos márgenes comerciales no inferiores a la media de los que vengán obteniendo otros revendedores en la misma área geográfica y comercial.** En tanto no se establezcan los precios de mutuo acuerdo, **el precio aplicable desde que se acuerde el cambio de régimen será el resultante de restar del precio de venta al público recomendado por el suministrador el importe de la comisión que últimamente, viniera percibiéndose por el INDUSTRIAL.”**

(Estipulación 7ª Puntos 3 y 8 del Modelo del año 1995 de “Contrato de Arrendamiento de ES. y Exclusiva de Suministro”)

“3. La futura comisión o retribución del INDUSTRIAL se establecerá de mutuo acuerdo entre las partes, determinándola, entre otros factores, en función del volumen que alcancen las ventas en la ES. y **similar a la percibida por otros titulares de EESS en las mismas circunstancias.** En tanto no se alcance el correspondiente acuerdo, permanecerá aplicable la comisión que se viniera percibiendo, sin perjuicio de las regularizaciones que se establezcan una vez obtenido aquel.

(.....)

8. REPSOL COMERCIAL podrá optar, con la conformidad del INDUSTRIAL, por modificar el régimen de abastecimiento en exclusiva a la ES, sustituyendo el régimen de comisión por el de venta en firme de los productos. En tal caso, los precios de adquisición por el INDUSTRIAL se fijarán de mutuo acuerdo por las partes. En tanto no se establezcan los precios de mutuo acuerdo, **el precio aplicable desde que se acuerde el cambio de régimen será el resultante de restar del precio de venta al público recomendado por el suministrador el importe de la comisión que últimamente, viniera percibiéndose por el INDUSTRIAL.”**

CEPSA

(Estipulación 5ª Punto 5 letra a), Estipulación 6ª Puntos 8 y Anexo II Punto V del Modelo del año 1994 de “Contrato de Arrendamiento de Industria de Estación de Servicio propiedad de CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.”)

“5ª. 5. a) Vender los carburantes y combustibles **según los precios y condiciones de venta al público fijados por el ARRENDADOR.**

(.....)

6ª. 8. (...) El ARRENDADOR garantiza que las comisiones a percibir por el ARRENDATARIO, no serán inferiores a **la media de comisiones o márgenes de venta ofrecidos por terceros Operadores, con significación en el mercado y buena fe de los mismos productos y en la misma área geográfica, para Estaciones de Servicio.**

(.....)

Anexo II.- V Forma de facturación y pago de las comisiones.

El ARRENDATARIO emitirá factura a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. por el importe de las comisiones que a cada suministro correspondan, las cuales serán abonadas mediante compensación en el recibo negociable que por el suministro de producto se emita por CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.”

BP OIL

(Estipulación 7ª Punto 1º Y 2º y Anexo II del Modelo del año 2001 de “Contrato de Arrendamiento de Industria y suministro en exclusiva de carburantes y combustibles”)

“1º.- **La ARRENDATARIA, como comisionista, comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de la ARRENDADORA en el precio y demás condiciones por las mismas señaladas, dentro de los límites legalmente autorizados. Cualquier descuento que pudiere aplicar será con cargo a su comisión. Las ventas a los clientes serán al contado. El crédito que pueda eventualmente conceder la ARRENDATARIA será por su cuenta y riesgo**”

2º.- La ARRENDATARIA percibirá de la ARRENDADORA las comisiones acordadas por los contratantes e incorporadas como Anexo II a este documento, que permanecerán aplicables en tanto no se acuerde una comisión distinta, que se documentará igualmente como anexo de este contrato, firmado por las partes y pasando a formar parte integrante del mismo.

La futura comisión o retribución de la ARRENDATARIA se establecerá de mutuo acuerdo entre las partes. En tanto no se alcance el correspondiente acuerdo, permanecerá aplicable la comisión que se viniera percibiendo.

El importe de los pedidos que se suministren a la ARRENDATARIA será abonado por ésta a la ARRENDADORA, quien a su vez abonará el importe de la comisión correspondiente. Para el cálculo del importe a satisfacer a la ARRENDADORA se tendrá en cuenta en todo caso el volumen íntegro suministrado y el precio de venta al público fijado por aquéllas, sin perjuicio de las oportunas liquidaciones o regularizaciones por las modificaciones de precios que se produzcan, respecto de los productos existentes en la Estación al tiempo de aquellas.

(...)”

5. SISTEMA DE COMUNICACIÓN DE LOS PRECIOS RECOMENDADOS O MÁXIMOS

Existen en una EESS los siguientes elementos a los que se les incorpora la variable precio final de venta al público para dar el servicio de suministro de carburante a un cliente, estos son:

- Terminal para operaciones de pago con tarjetas del OP de la red (SOLRED y CEPESA CARD), gestionadas por filiales del OP
- TPV o terminal de punto de venta o caja de comercio
- Surtidor
- Monolito

Algunos OP le dan a las EESS la opción de integrar su sistema de gestión con el de la entidad que gestiona las tarjetas de fidelización porfías de cada OP. Si este es el caso, el cambio de precios semanal que hace el OP se traslada automáticamente a todos los elementos de la EESS descritos, excepto al monolito. Si la EESS quiere modificar el precio que su OP ha comunicado e instalado en los elementos de la EESS deberá hacerlo manualmente, y en el caso de REPSOL mediante una “tarjeta de supervisor”. A excepción del monolito, la mayoría de los sistemas de gestión de la EESS disponibles en el mercado permiten que mediante el sistema informático de las EESS se cambien de forma automática los precios en TPV y surtidor. En el caso de CEPESA, ésta dispone de un sistema, denominado SIGES y que aunque inicialmente estaba pensado sólo para EESS gestionadas por CEPESA en la actualidad se está instalando progresivamente en las EESS de la bandera CEPESA. Se trata de un sistema que realiza el cambio automático en los tres elementos, surtidor, TPV y Terminal de Tarjeta a la vez que el OP está comunicando el cambio.

El sistema de terminal de tarjeta de BP (H24) es totalmente independiente del resto de elementos de la EESS. Los cambios de precios en estaciones BP deben ser siempre realizados manualmente por el titular de la EESS.

Las inspecciones realizadas en el seno de la instrucción del presente expediente, han permitido acreditar ante el Consejo las particularidades de los sistemas de cada uno de los imputados y que la DI expone como sigue:

“A) REPSOL:

Las EESS suministradas por Repsol reciben el PVP máximo/recomendado a través de la WEB VIDEOTEX.

Este sistema es un servicio por el que Repsol y sus EESS se comunican bidireccionalmente a través de un ordenador específico y destinado a dicho efecto, por el que las EESS acceden a una página WEB de Repsol previa la introducción de una clave para acceder a su información.

El día anterior al del cambio de precios se comunica a las EESS mediante un mensaje que accedan al menú de precios de la citada página WEB VIDEOTEX a

partir de las 17 horas, para de esta forma consultar los nuevos precios máximos/recomendados.

Se ha implantado un nuevo servicio de comunicación de precios mediante SMS a teléfono móvil, de tal manera que cuando se cargan los nuevos precios en la WEB VIDEOTEX las EESS que están dadas de alta en este servicio reciben un SMS con los datos concretos de precios que les corresponden.

Los cambios de precios comunicados por Repsol deben de ser trasladados a los elementos de la estación por los propios gestores o empleados de las mismas, dependiendo en este caso el sistema de cambio del propio sistema de gestión informática del que disponga la estación. Normalmente, los sistemas de gestión que operan en el mercado (p.e. AVALON) automatizan dichos cambios, de manera que una vez introducidos en la TPV (Terminal Punto de Venta) de la estación se trasladan de forma automática a los aparatos surtidores de la misma. Los cambios en el monolito informativo de la estación deben de ser introducidos siempre de forma manual.

Esta operativa se resume a continuación para facilitar su comprensión:

- *El TPV (terminal punto de venta). Es el equivalente a la caja del comercio. Con él se realizan los pagos en efectivo. Lleva asociado un lector de tarjetas “general” para aquellos clientes que quieran pagar con las tarjetas Visa, H 24, Marter Card, etc y el “terminal Solred” que es un lector de tarjetas sobre el que necesariamente se registran las operaciones que se realizan con las tarjetas “Solred”. Por este terminal también se pueden pasar las tarjetas Visa, H 24, Master Card, etc.*
- *El PVP máximo/recomendado es comunicado por REPSOL a las EESS bien mediante mensaje al móvil, bien mediante Videotex.*
- *El PVP de los aparatos surtidores, el monolito y del TPV se introducen manualmente por la ES. Sin embargo, cada vez que REPSOL efectúa un cambio de PVP máximo/recomendado éste se actualiza de manera automática en el terminal de tarjetas Solred. Cualquier cambio de precio posterior que pueda llevar a cabo la ES en dicha Terminal de tarjetas debe introducirse de forma manual por el empleado de la estación. Ello supone:*
 - ~ *Que en cada modificación realizada por la petrolera la ES debe proceder al cambio en ese mismo momento pues, por defecto, y en caso contrario, en los repostajes que se efectúen tras el cambio constará el PVR prefijado por REPSOL como PVP.*
 - ~ *Que el posterior cambio del PVR automáticamente introducido en el Terminal Solred por REPSOL requiere de la posesión de la denominada “tarjeta del Supervisor”, la cual se facilita por la petrolera.*

B) CEPSA:

Si Cepsa va a cambiar los PVP máximos/recomendados, avisa a la ES mediante el envío de un mensaje “en papel” con los nuevos precios. Dicho mensaje se

obtiene del Terminal de pago para operaciones con tarjetas propias de Cepsa gestionado por Cepsa Card.

Los nuevos PVP máximos/recomendados se cambian automáticamente en el sistema informático (C.O.R), dado que hay una conexión directa entre dicho sistema y el Terminal de tarjetas antes mencionado.

A partir de ahí, la mecánica dependerá, como se ha mencionado anteriormente, de que la ES cuente con el sistema de gestión informática integral de la estación propiedad de Cepsa (SIGES) o que, por el contrario, utilice cualquiera de los otros sistemas de gestión existentes en el mercado. En este segundo caso, a la modificación automática de precios operada en la Terminal CEPESA CARD, le debe de seguir una modificación manual por parte del operario en el resto de los elementos de la estación. Sin embargo, en el supuesto de utilizar SIGES los cambios serán igualmente automáticos tanto en los aparatos surtidores, como en los TPV (cajas de comercio), como en el datáfono de Cepsa Card.

Se hace necesaria una explicación más detallada de este sistema SIGES:

SIGES (Sistema Informático de Gestión de EESS): *Es el sistema informático general implantado en las EESS de la red de CEPSA, aunque en principio nació para su uso en las estaciones de servicio gestionadas por la propia Cepsa o su filial. Mediante este sistema:*

- *CEPSA modifica automáticamente el PVP máximo/recomendado al consumidor.*
- *La ES conoce la modificación del PVP realizado por CEPSA en el sistema, por la emisión de un ticket una vez este cambio de precios se ha producido.*
- *El ticket que emite el sistema comunicando el cambio de PVP tiene como finalidad que la ES modifique manualmente los precios publicitados en el monolito ya que el resto de elementos (TPV, surtidor, etc) se modifican de forma automática.*
- *A finales del año 2006 CEPSA comunica la aplicación de una última versión (SIGES 2.18.14)*
- *Mediante dicho cambio se permite la modificación del PVP máximo/recomendado prefijado por CEPSA.*
- *El cambio obedece a introducir una nueva operativa inexistente hasta ese momento, denominada “aportaciones comerciales”, consistente en documentar entregas en efectivo que la ES desee hacer a determinados clientes. Estas aportaciones comerciales se hacen efectivas mediante la introducción manual en el TPV de la estación de los descuentos que puntualmente se quieran realizar a clientes concretos. Siendo necesario introducir previamente un código al efecto (como si la aportación comercial fuera un “producto”), las posibilidades se reducen a dos, puesto que dos son los códigos habilitados: descuentos por litros de combustible y descuentos por €. Se puede constatar que ello supone que:*

- *Existen dos modalidades de “aportaciones comerciales” una por cantidad determinada y otra por litros.*
 - *El soporte documental de la operación no es una factura, es un recibo.*
 - *La aportación comercial no se puede configurar para realizarla de manera generalizada visible, por ejemplo, en el monolito o los surtidores.*
 - *No supone un cambio del PVP fijado por CEPSA que el cliente paga y sobre el que se le emite la factura.*
 - *De realizarse, se hará de manera individualizada para un cliente concreto.*
 - *En caso de realizarse la aportación comercial, el cliente recibirá 2 tickets. Uno por el importe de lo que compra en función del PVP fijado por CEPSA y otro por la aportación comercial.*
 - *La aportación comercial no va vinculada a una operación de venta concreta. Únicamente supone documentar una salida de efectivo de la caja.*
- *Por último, en la inspección llevada a cabo en la misma ES por dos veces consecutivas (ÁREAS REYES S.L sita en AVDA DE LAS FLORES, S/N, FUENLABRADA. MADRID. E.S EL MOLINO, folios 5793 a 5963 y folios 6365 a 6367) se ha comprobado la modificación producida entre la primera (13 de marzo de 2008) y la segunda (9 de abril del mismo año) de las visitas, de forma que en la segunda de ellas sí era posible la modificación de los precios máximos/recomendados por Cepsa en la propia pantalla del ordenador SIGES, de forma y manera que dichos cambios pueden entonces extenderse a situaciones generalizadas y no solo a casos concretos como las aportaciones comerciales a las que se ha hecho referencia. El cambio introducido desde el propio SIGES lleva aparejada la modificación automática en TPV y surtidores, lo que implica la aplicación masiva del cambio deseado e introducido por el distribuidor. Esta posibilidad no fue constatada en la primera de las visitas, cuyo resultado fue exactamente el contrario, esto es, la comprobación de la imposibilidad de practicar dichos cambios desde el sistema SIGES. Así ha quedado reflejado en las actas correspondientes a ambas visitas obrantes en los folios 5793 a 5963 y 6365 a 6367, respectivamente.*

C) BP OIL:

- *BP OIL comunica a las EESS (mediante fax, sms, y web www.rosiplus.es) los PVP máximos/recomendados para cada momento y son las EESS quienes han de introducirlos manualmente en los terminales correspondientes.*
- *En estos casos los distribuidores pueden introducir y cambiar el PVP máximo/recomendado manualmente, dada la inexistencia de conexión alguna entre la operadora y el sistema de gestión de la estación o el datáfono de*

ventas con tarjetas de la misma, siendo utilizado en las estaciones de la red BP el de propiedad de H 24.

En cuanto al sentido contrario del flujo de información, esto es, de la EESS al OP, de las inspecciones realizadas se puede concluir que en la actualidad los titulares de las EESS no está obligados, como en el pasado, a comunicarle a su OP los precios de venta al público de las EESS de su entorno, aunque algunos aún siguen haciéndolo y en algunos contratos aún siguen en vigor cláusulas que otorgan un incentivo, vía comisiones, a dar esa información.

6. FACTURACIÓN CONJUNTA DEL OPERADOR POR “VENTA” DE PRODUCTOS Y “COMPRA” DE SERVICIOS

El Consejo considera acreditado a través de las numerosas facturas que constan en el expediente, los extremos que a continuación se relatan.

La facturación de los productos adquiridos por el titular al OP y de los servicios prestados por el titular al OP la realiza el OP conjuntamente en un único documento. Los carburantes son vendidos por el OP al titular de la EESS, por lo que el sujeto emisor de la factura tiene que ser, y de hecho lo es, el OP. Por el contrario, el sujeto que presta el servicio, en este caso la venta de combustible al cliente final, deberá ser el emisor de la factura correspondiente a dicho servicio. La primera factura deberá ser abonada por el titular de la EESS mientras que la segunda debería, en principio, ser abonada por el OP. No es este el funcionamiento que se produce entre los OP y las EESS objeto de investigación en este expediente. En efecto, una vez firmado el contrato de suministro de carburante con sus correspondientes condiciones comerciales, los OP les envían a las EESS una carta solicitando su consentimiento para que la OP emita factura por los servicios que le presta el titular de la EESS. La práctica habitual es que los titulares de EESS en régimen de comisión o reventa dan su consentimiento a este sistema de facturación. El resultado es que el sistema actual de facturas que el OP emite con cargo al titular de la EESS contiene la facturación de las dos actividades implicadas: la compra-venta del producto, gravada con su correspondiente IVA y la prestación del servicio, gravada igualmente con su correspondiente IVA. Al importe de la compra-venta se le sustrae el importe de la facturación del servicio y el resultado es lo que el titular de la EESS debe abonar al OP.

Este sistema de autofactura supone una excepción autorizada al régimen general, pues como señala la DI:

“En un principio, la obligación de facturar los servicios prestados a las operadoras por los titulares de la explotación de estaciones de servicio en calidad de comisionistas corresponderá a estos últimos. En este sentido, debe citarse el artículo 2 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula las obligaciones de facturación y se

modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, donde se indica que:

“1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 164.uno.3º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, los empresarios o profesionales están obligados a expedir factura y copia de esta por las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realicen en el desarrollo de su actividad, incluidas las no sujetas y las sujetas pero exentas del impuesto, en los términos previstos en este Reglamento y sin más excepciones que las previstas en él...».

Ahora bien, el artículo 5 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, contempla una excepción a la regla general, al indicar que la obligación de expedir factura:

“podrá ser cumplida materialmente por los destinatarios de las operaciones o por terceros. En cualquiera de estos casos, el empresario o profesional o sujeto pasivo obligado a la expedición de la factura será el responsable del cumplimiento de las obligaciones que se establecen en este título”.

- Para ello, el siguiente apartado del mismo precepto que acaba de indicarse continúa estableciendo que:

“deberá existir un acuerdo documentado por escrito entre el empresario o profesional que realice las operaciones y el destinatario de éstas por el que el primero autorice al segundo la expedición de las facturas o documentos sustitutivos correspondientes a dichas operaciones. Este acuerdo deberá suscribirse con carácter previo a la realización de las operaciones, y en él deberán especificarse aquellas a las que se refiera”.

De este modo, cuando cuente con consentimiento por escrito, la operadora en cuestión estará legitimada para emitir la (auto)factura en la que se recoge el margen de venta («comisión») que los titulares de explotación de las estaciones de servicio obtienen por la venta de carburantes. No obstante, dicha (auto) facturación debe ceñirse a las reglas de determinación de la base imponible y de repercusión que se establecen tanto en la normativa interna como comunitaria que regula el IVA.

Está acreditado en el expediente que una mayoría de EESS ha delegado esta obligación de emitir factura en su OP, tras haber sido invitado por carta a dar su consentimiento por escrito.

El sistema descrito como “autofactura” conlleva que es el operador el que emite la factura en la que va incluida la comisión. La realidad es que el precio al que el OP factura la compra-venta del producto es siempre el precio máximo recomendado que previamente ha fijado él mismo. El descuento que el titular de la EESS realiza con cargo a su comisión nunca se ve reflejado en esta autofactura.

Es decir, en estas facturas, independientemente de que la EESS realice o no descuentos con cargo a su comisión el OP siempre mantendrá como precio de venta al público el precio máximo/recomendado y el importe íntegro de la comisión pactada.

7. TRATAMIENTO FISCAL DE LOS DESCUENTOS

El tratamiento fiscal que procede darle al descuento con cargo a la comisión ha sido objeto de diversas interpretaciones, aportadas al expediente como informes de partes. Con el objeto de esclarecer la controversia la DI consultó a la Dirección General de Tributos esta cuestión, quien señala que bajo el cumplimiento de ciertos requisitos existe la posibilidad de rectificar las facturas inicialmente emitidas por el OP, con el objeto de modificar la base imponible y adaptarla a la cantidad realmente pagada por el cliente final. Esta posibilidad declarada por la autoridad competente se ve corroborada en el expediente por la declaración de un abanderado de REPSOL, al contestar a la DI que: *“En ocasiones esporádicas practicamos descuentos a algún cliente emitiendo una factura rectificativa, que también se anota en el libro de Registro de IVA para incluirla en la liquidación trimestral”* (f.4475).

La DI señala que: *“Debe observarse que las operadoras califican los contratos que les unen con los titulares de las explotaciones de las estaciones de servicio como un contrato de mediación o de comisión por cuenta ajena, de manera que considera no aplicable a esta situación el precepto anteriormente reproducido.*

Ahora bien, dejando al margen la naturaleza de dicho contrato, no debe ofrecer duda de que en toda la regulación de la base imponible de la Ley del IVA está presente la voluntad de dar satisfacción a la idea de neutralidad que inspira este impuesto, determinándose aquélla por la diferencia entre el precio realmente obtenido por el comisionista al vender la mercancía y el importe de la comisión efectivamente percibida del comitente”.

También en Informe de la DGT, aportado por REPSOL, se da respuesta a una cuestión aparentemente similar, pues se trata de una relación entre agente y principal en un asunto de descuentos con cargo a la comisión del agente. Se trata de una franquicia de agencias de viaje. Se trata de una consulta vinculante respecto a como debe aparecer el descuento, a los efectos del IVA y del IRPF, tanto en las facturas que emite a los clientes como en la factura trimestral por las comisiones percibidas. La DGT contesta que el descuento que practica por pactos establecidos con el cliente *“no tiene la consideración de descuento en la contraprestación de ninguna de las dos operaciones sujetas al impuesto sobre el valor añadido existentes en el supuesto de hecho que estamos contemplando”*... *“En consecuencia, la mencionada cantidad no podrá minorar la base imponible del IVA”*... *“Ahora bien, siempre que los citados descuentos se puedan acreditar suficientemente por cualquier medio de prueba admitido en derecho y tengan correlación con la obtención de los ingresos de la actividad*

económica desarrollada, podrán deducirse como gasto deducible, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 14.1.e), segundo párrafo, del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo), que establece que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles “los donativos y liberalidades”, sin que se entiendan comprendidos en esta letra los gastos con clientes o proveedores ni los que con arreglo a usos y costumbres se efectúen con el personal de la empresa ni los relacionados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestaciones de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos”.

De las respuestas de la DGT, suponiendo que en la aportada por REPSOL en el caso de las agencias de viaje concurren las mismas circunstancias contractuales entre el “agente” y el principal, cabe inferir que los descuentos con cargo a la comisión pueden ser, si existe documentación al respecto, declarados como gastos deducibles en el Impuesto de Sociedades o, alternativamente, tal y como algún distribuidor de REPSOL declara estar haciendo, emitir una factura rectificativa con el objeto de reducir la base imponible y por tanto el IVA que grava dicha base.

8. LA REALIZACIÓN DE DESCUENTOS

En las tres redes de los OP se ha comprobado la posibilidad de que el titular de la EESS realice descuentos con cargo a la comisión o descuento, tanto en las inspecciones realizadas como en las respuestas recibidas de algunos titulares de EESS (f 4475). Los descuentos pueden realizarse con cargo exclusivamente a la comisión del titular de la EESS o compartido con el OP. Estos últimos se practican a través del uso de las tarjetas propias de cada OP. Los titulares que admiten realizar descuentos señalan también que la modalidad habitual es la de descuento compartido con el OP, y se realiza según el siguiente proceso:

“La operativa es muy sencilla: proponemos a Solred, a través del delegado de Repsol, el ó los clientes a los que deseamos aplicar un descuento. Este nos responde indicándonos qué parte de este descuento debemos pagar nosotros y qué parte Repsol, Solred aplica los descuentos según una tabla de consumos. Estos descuentos van asociados a los pagos que se efectúan con las tarjetas Solred en todas las EE.SS. de Repsol, Campsa o Petronor.

Mensualmente Solred emite con cargo a la E.S. una factura en la que detalla los descuentos efectuados a nuestros clientes y a clientes de otras ES. que han suministrado en nuestra ES. utilizando como medio de pago la tarjeta Solred. En dicha factura viene detallada la Base Imponible, el I.V.A. (16 %), el Total factura y se contabiliza y anota en el Libro Registro de Facturas Recibidas para trimestralmente practicar liquidación con la Delegación de Hacienda.

(...)

En su inicio esta idea de practicar descuentos era buena, como un arma comercial para fidelizar clientes, ya que la aportación de la E.S. era mínima, pero ha pasado a ser un negocio para la operadora (aumento del % de gestión por parte de Solred), que ha cambiado sus condiciones a cero aportación y descuentos según consumo (aumento de los litros consumidos por el cliente, lo que conlleva la pérdida de clientes y ventas), e incluso esta tabla también ha sufrido modificaciones a menor importe de descuento”.

También consta acreditado en el expediente que si bien es posible modificar los precios de los elementos de la EESS, salvo en el caso de CEPSA a través de la operación “aportación comercial”, en el resto no queda constancia del descuento aplicado, de forma que este no puede ser acreditado ni para proceder a rectificar las facturas, ni para reflejarlo como “gasto promocial” en el impuesto de sociedades.

Por último, de los datos que constan en el expediente se obtienen los siguientes resultados:

	Nº EESS adherido al sistema	Volumen de combustible (millones litros)	Nº clientes beneficiados	Descuento medio (Desc. Compartido)	Importe total de descuento (Millones €)
REPSOL	[[CONF]]	[[CONF]]	[[CONF]]	[[CONF]]	[[CONF]]
CEPSA. T comerciales de Pago (solo EESS (En-Jul 2007)	[[CONF]]	[[CONF]]	[[CONF]]	[[CONF]]	[[CONF]]
CEPSA, (Descuento compartido) (En-Jul 2007)?	[[CONF]]	[[CONF]]	[[CONF]]	[[CONF]]	[[CONF]]

Para poder valorar la magnitud de los datos anteriores es importante contar con los datos siguientes:

- Parque móvil español: 28 millones de vehículos
- Volumen estimado de litros distribuidos por EESS en 2008: 30.000 millones

Está acreditado que la mayor parte de los descuentos se realizan a través de las tarjetas de fidelización. La novedad que las tarjetas de fidelización le ofrecen al consumidor final es el descuento que éste obtiene con su uso, independientemente de que sean además un medio de pago. Dado que la mayoría de los descuentos se realizan a través de estas tarjetas, y que los imputados señalan los mismos como un hecho que demostraría que no hay fijación de precio, es importante ver la capacidad que las EESS tienen de influir en las condiciones de uso y descuento de dichas tarjetas.

La diferencia entre unas y otras la expone la Dirección de Investigación como sigue:

“1) Tarjetas de otras entidades: No son más que tarjetas bancarias aceptadas en la Terminal del operador o cualquier otro de la EESS y en la que el operador no corre con el riesgo del impago, actuando como mero intermediario entre la EESS y la emisora de la tarjeta (que realizan la gestión del cobro y pago), por cuyo servicio (de intermediaria) cobra un % (según tarjeta).

2) Tarjetas del operador: En el caso del uso de las tarjetas de la operadora como medio de pago el comisionista no vende el carburante en nombre y por cuenta de la operadora a la entidad que gestiona la tarjeta, sino que es la operadora quien vende a la entidad que gestiona la tarjeta el carburante, que a su vez lo vende al usuario final. En el caso de venta en firme es la EESS la que vende a la gestora de la tarjeta y ésta al consumidor.

Para la captación y fidelización de clientes significativos a través de las tarjetas propias de las operadoras colaboran tanto la E.S. como la entidad que gestiona la tarjeta, ofreciéndose descuentos en función del consumo potencial, interés comercial, de las posibles acciones de la competencia y de los resultados esperados por cada una de las partes intervinientes en las negociaciones.

El descuento final se negocia individualmente con cada cliente y contiene dos componentes básicos; por un lado el descuento general en todas las EE.SS que acepten la tarjeta del operador y por otro, posibles descuentos adicionales en determinadas EE.SS que comparten dichos descuentos adicionales en las cuantías previamente pactadas. De hecho, la documentación y datos que presentan las operadoras para justificar la efectividad de los descuentos que pueden practicar los distribuidores comisionistas sobre los precios máximos siempre se refieren a operaciones con tarjetas propias en las que los descuentos al cliente final son compartidos por operador y estación de servicio mediante acuerdos firmados al efecto.

Las condiciones finales de descuento negociadas con cada cliente difieren unas de otras en función de las posibilidades antes relatadas. Si bien se factura mensualmente las operaciones a los clientes y los plazos de pago son los mismos para la práctica totalidad de los clientes, existen excepciones que afectan fundamentalmente al sector público y algunos clientes con periodos mayores de pago o con acuerdos específicos de aplazamiento con y sin coste para ellos.

En cuanto a las particularidades de las tarjetas de cada operadora, cabe señalar:

a) Clases de tarjetas de Repsol, emitidas y gestionadas por SOLRED, que corre con los riesgos de cobro de los clientes:

- a. Solred (EESS, peajes y talleres de España, Andorra y Portugal)*
- b. Solred_DKV además en establecimientos DKV de Europa*
- c. Solred carburantes: EESS de toda España*
- d. Solred bonificado, sólo para gasóleo bonificado.*

b) Clases de tarjetas de Cepsa. En el caso de Cepsa las tarjetas son emitidas por CEPESA CARD y pueden diferenciarse:

- a. Cepsa Star, tarjeta profesional
- b. Cepsa Star flotas, como la anterior pero sólo para vehículos turismo.
- c. Cepsa Gasóleo Bonificado, sólo para adquisición de gasóleo bonificado en las EESS que dispongan del mismo.

c) En el caso de BP:

- a. Tarjeta BP Plus es una tarjeta de crédito con la que los titulares obtienen un descuento por litro sobre el precio del surtidor en función del volumen mensual adquirido, el mínimo es de 300 l/mes.
- b. Tarjeta BP bonificación dirigida a asociaciones, cooperativas o agrupaciones profesionales: tarjeta sólo de descuento, que se hace en el momento de la transacción, ya que el pago se hace en efectivo o con otra tarjeta.
- c. Tarjeta prepago o monedero, el cliente tiene una cantidad que previamente ha abonado a BP.

El número actual de EESS que no aceptan tarjetas de las operadoras son:

EESS SIN TARJETA

	COMISIONISTAS	REVENDEDORES	TOTAL
REPSOL	78	5	83
CEPSA	7	1	28
BP	8	43(1)	51

(1) 42 VENTA EN FIRME Y 1 Platt´S

Como se aprecia la inmensa mayoría de las EESS están adheridas al sistema de fidelización que supone el uso de las tarjetas propias de las operadoras. Por otra parte, ello resulta del todo lógico si se tiene en cuenta el importante volumen de negocios que suponen las ventas a través de estos medios de pago.

En el caso concreto en que el descuento es a cargo del operador, la comisión del titular de la estación no sufre merma alguna, excepto en el porcentaje que le cobra la operadora por adherirse al sistema de uso de las tarjetas propias. En los casos en que el descuento es compartido, el operador le factura al titular de la estación comisionista dicho descuento en el importe que corresponda, con su IVA correspondiente. Este descuento se convierte así, para el comisionista, en un gasto más de su negocio, que unido al dato que supone la propia adhesión al sistema, implica un desincentivo a realizar descuentos adicionales a su cargo, especialmente si la parte de descuento que asume el operador es desconocida para el comisionista”

9. CONDICIONES DE PAGO Y FACTURACIÓN DEL CARBURANTE

Respecto al sistema de solicitud, entrega y facturación del combustible, queda acreditado mediante los contratos que están incorporados al expediente y las declaraciones de los titulares de EESS lo que la DI resume a continuación:

“En los regímenes de suministro que se están analizando las tres operadoras tienen implantados sistemas de pago y facturación del producto muy similares o equivalentes, con independencia de si se trata de comisionistas o revendedores con el PVR referenciado, según el siguiente esquema:

	PEDIDO	FACTURA	ENTREGA	PAGO
REPSOL	Videotex	Se emite con fecha del pedido y se recibe en la ES a los 2 o 3 días del pedido. El PVP reflejado se corresponde con el máximo/recomendado en la fecha del pedido.	A las 24 o 48 horas del pedido	Previo Pago: Se ha de acreditar el pago para que el Operador realice el suministro. A los 9 días: Si se han presentado garantías suficientes bajo criterio del Operador.
CEPSA	Teléfono	Se emite con fecha del pedido y se recibe en la ES a los 2 o 3 días del pedido. El PVP reflejado se corresponde con el máximo/recomendado en la fecha del pedido.	A las 24 o 48 horas del pedido	Previo Pago: Se ha de acreditar el pago para que el Operador realice el suministro. A los 9 días: Si se han presentado garantías suficientes bajo criterio del Operador.
Bp Oil	Teléfono	Se emite con fecha del pedido y se recibe en la ES a los 2 o 3 días del pedido. El PVP reflejado se corresponde con el máximo/recomendado en la fecha del pedido.	A las 24 o 48 horas del pedido	Previo Pago: Se ha de acreditar el pago para que el Operador realice el suministro. A los 9 días: Si se han presentado garantías suficientes .

Es decir, y resumiendo el extremo relativo a las condiciones de pago de carburante, hay que indicar que:

- La fecha de emisión de factura (o documento de entrega equivalente) se corresponde con la fecha de pedido.

- *El precio reflejado en el documento de entrega equivalente se corresponde con el vigente en la fecha de pedido.*
- *Tiempo transcurrido desde la fecha de pedido y la fecha de entrega: las operadoras tienen normalmente un compromiso de realizar la entrega en un plazo de 24/48h y en la inmensa mayoría de casos las entregas se realizan en el día siguiente al de realización del pedido. Excepto que el que pide haya establecido otro plazo de entrega. Así, existen estaciones que pasan el pedido a primeros de mes y para todo el mes. Si, posteriormente, la evolución de sus ventas lo justifica, anulan o modifican aquellos pedidos, ya que, pueden hacerlo hasta 24 h antes de la fecha que habían marcado.*
- *Tanto en el caso de los comisionistas como en el caso de los revendedores el importe de los productos pedidos serán abonados en el plazo máximo de 9 días a partir de la fecha de entrega, si se prestan previamente garantías suficientes. No obstante, existen muchas EESS a las que, a pesar de no haber presentado garantías, las operadoras siguen facturando a 9 días. Lógicamente, sólo admiten esta facturación cuando consideran que no van a existir problemas de solvencia y en atención a las relaciones comerciales existentes. En caso de impagos o retrasos se suministra previo pago del mismo.*
- *Dentro de sus posibilidades comerciales, y en cada caso, las operadoras procuran obtener un aval que cubra los citados 9 días de suministro (o algún día adicional dado que el conocimiento de que alguien ha devuelto un adeudo domiciliado es, como mínimo, de 2 o 3 días). El importe de los avales se fija atendiendo a las ventas del gestor de la estación de servicio, dentro del marco de las negociaciones que se mantengan entre las operadoras y sus distribuidores. Se pide aval a los nuevos o a los que hayan tenido problemas previos.*
- *Sin embargo, existen estaciones a las que no se requiere aval.*
 - *Para los contratos de comisión, el precio de transferencia aparece reflejado y gravado ya con los correspondientes impuestos (IVA e IVMDH) en la factura.*
 - *Para este tipo de contratos (los de comisión), tanto el precio de transferencia de los productos (PVP máximo-comisión), como la cantidad prevista en concepto de comisión aparecen gravados con su correspondiente IVA.*
 - *El documento se expide por la petrolera en el momento del pedido y se recibe en las 24/48 horas siguientes al pedido.*
 - *El IVA, tanto relativo al precio de transferencia como de la comisión, se liquida sobre la base de estas facturas y en relación con las cantidades reflejadas en ellas.*

- Las EESS en régimen de comisión, reciben una “autofactura”, correspondiente a su pedido, que no es otra cosa que un cargo/liquidación, en donde el precio de venta a la Estación se calcula deduciendo del Precio máximo de venta al público que la operadora tiene estipulado en el momento de efectuar el pedido, la comisión asignada a la Estación (IVA incluido). Paralelamente se emite por parte de la operadora un cargo al Banco con el que opere la Estación de Servicio por dicho importe (es decir, la diferencia entre el importe total de la venta de los litros suministrados al citado Precio máximo de venta al público, y el importe correspondiente a la comisión por el total de litros suministrados para dicha venta), pagadero a los nueve días de efectuar el suministro (independientemente de que se hayan, o no, vendido los litros suministrados).

Para todo empresario o profesional es de obligado cumplimiento el expedir y entregar factura por aquellos servicios que presta o por aquellos bienes que vende. Así dice el Art. 1 del Reglamento sobre obligaciones de facturación (RD 1496/2003, de 28 de noviembre):

“Obligación de expedir, entregar y conservar justificantes de las operaciones.

Los empresarios o profesionales están obligados a expedir y entregar, en su caso, factura u otros justificantes para las operaciones que realicen en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, así como conservar copia o matriz de aquellos”.

En la relación de “comisionista por cuenta ajena” que las operadoras aplican a las EESS que operan en régimen de comisión, con el objeto de dejar constancia de las operaciones realizadas, no ya entre el comitente y el comisionista, sino también con el usuario final o consumidor, se hacen necesarias las siguientes facturas:

- *Por un lado, la referida a la prestación de servicios que el comisionista realiza a su comitente, en la que quedan reflejadas las comisiones recibidas y los impuestos que le son de aplicación.*
- *Y por otro, la que el propio comisionista emite al usuario, en nombre y por cuenta de su comitente, donde queda reflejada la entrega del bien y el precio final de éste.*

A estos efectos, las operadoras analizadas en el presente expediente disponen de autorización de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por la que se permite reflejar en un mismo documento las operaciones relacionadas con la entrega de combustibles a la estación de servicio y el importe de la contraprestación percibida por ésta, mediante el denominado DOCUMENTO DE ENTREGA EQUIVALENTE (en adelante Documento EE).

En este Documento EE se distingue, por un lado, la parte denominada como “PRODUCTO” y de otro la denominada como “COMISIONES”. Con este documento quedan documentadas ante la Agencia Tributaria las operaciones que debieran corresponderse con la de un comisionista por cuenta ajena, puesto que en el mismo se refleja, por un lado la entrega de combustibles al consumidor (parte de PRODUCTO) y por otro la prestación de servicios que las EESS realizan a las operadoras (parte de COMISIONES).

La Agencia Tributaria al autorizar este Documento EE, tiene la certeza que con el mismo se están documentando, entre otros, el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) que cada operadora repercute a cada uno de los litros que se venden en las EESS y que deberá ser ingresado en dicho organismo, así como el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido que la Estación de Servicio repercute a su operadora por la prestación de servicios que realiza y que también deberá ser ingresado en la AEAT.

En definitiva, aquellas EESS en régimen de comisión, reciben una “pseudo factura de carburante” o “autofactura”, correspondiente a su pedido, que no es otra cosa que un cargo/liquidación, en donde el supuesto precio de venta a la Estación se calcula deduciendo al Precio máximo de venta al público que la operadora tiene estipulado en el momento de efectuar el pedido, la comisión asignada a la Estación (IVA incluido). Paralelamente se emite por parte de la operadora un cargo al Banco con el que opere la Estación de Servicio por dicho importe (es decir, la diferencia entre el importe total de la venta de los litros suministrados al citado Precio máximo de venta al público, y el importe correspondiente a la comisión por el total de litros suministrados para dicha venta), pagadero a los nueve días de efectuar el suministro (independientemente de que se hayan, o no, vendido los litros suministrados). Dicha “pseudo factura” y de ahí el calificativo, no tiene en cuenta lo que se vende y los posibles descuentos sobre precio máximo practicados en dichas ventas, sino únicamente lo que se pide, al precio máximo que determina la operadora.

De lo expuesto en relación con el sistema de pago y facturación de combustibles se deduce la existencia de unas líneas comunes a las tres operadoras principales del sector de distribución al por menor de dicho producto en el mercado español, operadoras que controlan las $\frac{3}{4}$ partes de dicho mercado. La coincidencia en asuntos tan relevantes para una política comercial como son el plazo de pago de las compras o las garantías que se exigen para otorgar el pago aplazado pudieran chocar, en principio, con la heterogeneidad propia de un mercado en libre competencia”.

10. ELEVADO SEGUIMIENTO DE PRECIOS MÁXIMOS/RECOMENDADOS POR LAS EESS

El Consejo considera acreditado en el expediente que las EESS que aplican como precio de venta al público el precio máximo o recomendado por el OP es el que se detalla en el cuadro 5 que sigue a continuación.

El análisis de la base de datos del Ministerio demuestra que las EESS de las tres redes imputadas que operan en régimen CODO ó DODO, y por tanto el OP no puede fijarles el precio, aplican mayoritariamente como PVP el precio máximo o recomendado de su OP, como se desprende del Cuadro siguiente:

"Cuadro 5 PORCENTAJES MEDIOS		
	G95	GOA
REPSOL	91%	93%
CEPSA	95%	95%
BP	75%	80%
AGIP	36%	36%
CHEVRON	6%	-
ERG	50%	51%"

Fuente: Informe Propuesta de la DI

La DI expone que estos datos se han obtenido de la siguiente forma:

"De la información que obra en la base de datos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la DI tomó como muestra la relativa a todos los miércoles desde el 3 de enero hasta el 18 de julio de 2007, ambos incluidos, para la gasolina 95 y el gasóleo A, muestra con la que se elaboraron los cuadros incorporados en los folios 1805 a 3338 del expediente, y que contienen información relativa a la identificación de la EESS y del Operador que la suministra (OP), el régimen de gestión según la propia EESS y el OP, así como la información sobre el precio recomendado y de venta al público y la fecha de comunicación al Ministerio de Industria por parte de la EESS y del OP, respectivamente, a la que se ha añadido una última columna (precio ES/OP) en la que se pone de manifiesto el resultado de comparar dichos precios, el de venta al público (ES) y el recomendado (OP).

Tanto en los cuadros referidos anteriormente como en los cuadros resumen que aparecen al final de los mismos (folios 2581 y 3388 para GOA y Gasolina 95, respectivamente), para cada uno de los días elegidos, del total de EESS que aparecen relacionadas en la información de Industria, sólo se hace referencia a aquéllas para las que se cuenta con el Precio OP (precio recomendado por el operador (PVR)) y con el Precio EESS (precio de venta al público (PVP)) que ha sido remitido por la propia EESS a Industria, y de éstas aquellas en las que la fecha de remisión del Precio EESS a Industria es igual o posterior al Precio OP.

Sobre el total de las EESS que cumplen las condiciones anteriores y eliminando aquellas estaciones gestionadas por el propio operador (P), en las que el PVP es fijado por éste, se ha procedido a comparar los precios recomendados o máximos (PVR) y los realmente aplicados en la venta al público (PVP), con cuya información se han elaborado las últimas columnas de los cuadros resumen,

donde puede verse, en número y porcentaje, las similitudes y diferencias entre dichos precios.

De la información obtenida de la base de datos de Industria tratada en el modo antes expresado, y tal y como queda resumida en los cuadros mencionados, así como de la obtenida por las operadoras consultadas, puede concluirse un elevado seguimiento de las EESS del PVR (máximo o recomendado) por los operadores.

Así, de entre todas las EESS de las que se dispone del PV y PVR, en total unas 4000, se han tomado como referencia sólo aquellas en las que la fecha de comunicación por parte de la EESS es posterior a la de comunicación del operador, unas tres mil doscientas, de las que se han eliminado aquellas EESS definidas como gestión P (propiedad y gestionadas por el propio operador), unas 1.600, pudiendo concluir para las 1.600 restantes **que el precio de venta al público aplicado por las EESS que deberían tener libertad para establecer su propio precio, al ser gestionadas por un operador económico independiente (Es decir, EESS CODOS y DODOS en régimen de comisión o reventa) es, en más de un 80% de los casos, el que los operadores establecen como máximos o recomendados(...)**

Por lo tanto, queda acreditado en el expediente que si a las EESS tipo CODO y DODO que aplican el precio máximo o recomendado como Precio de venta al Público le añadimos las EESS COCO y DOCO, a las que el OP puede fijarles el precio, tenemos que los OP imputados tiene un control sobre el precio final en más del 90% de las EESS de su red.

Desagregado por OP tenemos que para cada día de la muestra el seguimiento de cada red es el de los cuadros que se aportan a continuación, y que la DI describe como sigue:

“Con la misma muestra aludida y contenida en los cuadros antes mencionados, la DI elaboró nuevos cuadros que figuran en los folios 3475 a 3494 del expediente, que recogen:

- *para cada uno de los tres operadores interesados, Repsol, Cepsa y BP, número total de EESS objeto de la muestra, número de EESS en las que el precio de venta al público es menor que el precio de venta recomendado por la operadora, número de EESS en las que precio de venta al público es mayor que el precio de venta recomendado por la operadora, número de EESS en las que precio de venta al público es igual que el precio de venta recomendado por la operadora y porcentaje que esta última cifra representa respecto del total de EESS objeto de la muestra. Y todo ello relativo a todos los miércoles desde el 3 de enero hasta el 18 de julio de 2007, ambos incluidos, para el producto gasolina 95.*
- *la misma información anterior pero relacionando cada uno de los días contemplados con los datos para dichos días de las tres operadoras.*

- *para cada uno de los tres operadores interesados, Repsol, Cepsa y BP, número total de EESS objeto de la muestra, número de EESS en las que el precio de venta al público es menor que el precio de venta recomendado por la operadora, número de EESS en las que precio de venta al público es mayor que el precio de venta recomendado por la operadora, número de EESS en las que precio de venta al público es igual que el precio de venta recomendado por la operadora y porcentaje que esta última cifra representa respecto del total de EESS objeto de la muestra. Y todo ello relativo a todos los miércoles desde el 3 de enero hasta el 18 de julio de 2007, ambos incluidos, para el producto GOA.*
- *la misma información anterior pero relacionando cada uno de los días contemplados con los datos para dichos días de las tres operadoras.*

*La conclusión de la información en los citados cuadros confirma los resultados sobre el seguimiento de los precios máximos o recomendados: **Repsol mantiene un porcentaje medio de un 91% de EESS suministradas por ella en las que el precio de venta al público de la gasolina 95 es igual que el precio de venta recomendado por la operadora. Ese porcentaje es del 93% para el caso del GOA. Los porcentajes de Cepsa son del 95% en ambos productos. Para el caso de BP, dichos porcentajes son del 75% y del 80% respectivamente, tal y como se aprecia en los cuadros 3 (GOA), 4 (GASOLINA 95).***

Cuadro 3. REPSOL GOA					
FECHA	Nº TOTAL EESS	Nº ES		%	
		PVP<PVR	PVP>PVR	PVP=PVR	PVP=PVR/TOTAL
03/01/2007	1061	31	91	939	89%
10/01/2007	163	2	16	145	89%
17/01/2007	943	4	51	888	94%
24/01/2007	190	3	23	164	86%
31/01/2007	790	7	12	771	98%
07/02/2007	865	9	90	766	89%
14/02/2007	963	11	32	920	96%
21/02/2007	930	43	31	856	92%
28/02/2007	1032	34	46	952	92%
07/03/2007	987	17	34	936	95%
14/03/2007	10	7	14	159	88%
21/03/2007	236	3	25	208	88%
28/03/2007	981	2	88	891	91%
04/04/2007	1001	14	39	948	95%
11/04/2007	1046	10	29	1007	96%
18/04/07	996	6	35	955	96%
25/04/2007	853	2	34	817	96%
02/05/2007	992	11	30	881	96%
09/05/2007	843	4	23	816	97%
16/05/2007	994	28	40	926	93%
23/05/2007	1002	23	43	936	93%
30/05/2007	1024	13	35	976	95%
06/06/2007	890	15	93	782	88%
13/06/2007	138	1	7	130	94%
20/06/2007	1043	16	40	987	95%
27/06/2007	1062	20	40	1002	94%
04/07/2007	168	3	9	156	93%
11/07/2007	909	7	95	807	89%
18/07/2007	1053	30	49	973	92%
VALOR MEDIO					93%

Fuente: Informe Propuesta de la Dirección de Investigación

Cuadro 3. CEPSA GOA					
FECHA	Nº TOTAL EESS	Nº ES PVP<PVR	Nº ES PVP>PVR	Nº ES PVP=PVR	% PVP=PVR/TOTAL
03/01/2007	320	4	4	312	98%
10/01/2007	281	9	10	262	97%
17/01/2007	290	5	5	280	97%
24/01/2007	338	6	8	324	96%
31/01/2007	341	3	3	335	98%
07/02/2007	357	15	12	330	92%
14/02/2007	343	9	8	326	95%
21/02/2007	298	8	4	286	96%
28/02/2007	252	7	2	243	96%
07/03/2007	309	2	10	297	96%
14/03/2007	350	10	5	335	96%
21/03/2007	360	4	15	341	95%
28/03/2007	295	27	5	263	89%
04/04/2007	358	13	2	343	96%
11/04/2007	309	12	1	296	96%
18/04/07	308	7	11	290	94%
25/04/2007	369	7	18	344	93%
02/05/2007	311	9	8	294	95%
09/05/2007	358	10	9	339	95%
16/05/2007	372	10	5	357	96%
23/05/2007	300	4	9	287	96%
30/05/2007	295	5	7	283	96%
06/06/2007	352	4	13	335	95%
13/06/2007	349	8	4	337	97%
20/06/2007	358	16	1	341	95%
27/06/2007	288	8	7	283	98%
04/07/2007	343	4	5	334	97%
11/07/2007	373	10	15	348	93%
18/07/2007	356	14	3	339	95%
VALOR MEDIO					95%

Fuente: Informe Propuesta de la Dirección de Investigación

Cuadro 3. BP GOA					
FECHA	Nº TOTAL EESS	Nº ES		%	
		PVP<PVR	PVP>PVR	PVP=PVR	PVP=PVR/TOTAL
03/01/2007	200	9	37	154	77%
10/01/2007	174	5	29	140	80%
17/01/2007	194	8	41	145	75%
24/01/2007	253	13	38	202	80%
31/01/2007	63	2	17	44	70%
07/02/2007	257	12	65	180	70%
14/02/2007	187	4	23	160	86%
21/02/2007	241	16	37	188	78%
28/02/2007	206	6	27	173	84%
07/03/2007	216	12	29	175	81%
14/03/2007	260	15	34	211	81%
21/03/2007	234	6	45	183	78%
28/03/2007	225	2	43	180	80%
04/04/2007	219	6	37	176	80%
11/04/2007	204	4	29	171	84%
18/04/07	228	5	37	186	82%
25/04/2007	221	3	33	184	83%
02/05/2007	240	13	40	187	78%
09/05/2007	263	7	39	217	83%
16/05/2007	207	2	24	181	87%
23/05/2007	183	4	16	163	89%
30/05/2007	210	8	23	179	85%
06/06/2007	241	10	37	194	80%
13/06/2007	234	9	32	193	82%
20/06/2007	235	4	31	200	85%
27/06/2007	190	1	27	192	85%
04/07/2007	239	18	38	183	77%
11/07/2007	180	52	18	110	61%
18/07/2007	378	5	24	349	92%
					VALOR MEDIO 80%

Fuente: Informe Propuesta de la Dirección de Investigación

Cuadro 4. GASOLINA 95					
FECHA	Nº TOTAL EESS	Nº ES		%	
		PVP<PVR	PVP>PVR	PVP=PVR	PVP=PVR/TOTAL
03/01/2007	1066	64	64	938	88%
10/01/2007	165	2	17	146	88%
17/01/2007	946	5	48	893	94%
24/01/2007	192	3	23	165	86%
31/01/2007	795	12	62	721	91%
07/02/2007	871	9	88	774	89%
14/02/2007	967	19	34	914	95%
21/02/2007	941	48	34	859	91%
28/02/2007	1039	34	101	904	87%
07/03/2007	994	17	32	945	95%
14/03/2007	193	4	14	165	90%
21/03/2007	840	3	28	209	87%
28/03/2007	990	29	142	819	83%
04/04/2007	1003	15	39	943	94%
11/04/2007	1050	11	33	1006	96%
18/04/07	1001	31	36	934	93%
25/04/2007	861	6	98	757	88%
02/05/2007	925	22	25	878	95%
09/05/2007	851	7	83	761	89%
16/05/2007	995	23	44	928	93%
23/05/2007	1005	24	46	935	93%
30/05/2007	1026	2	65	959	93%
06/06/2007	891	54	56	781	88%
13/06/2007	139	3	8	128	92%
20/06/2007	1049	24	42	983	94%
27/06/2007	1068	16	39	1013	95%
04/07/2007	167	2	10	155	93%
11/07/2007	916	8	104	804	88%
18/07/2007	1056	56	58	942	89%
VALOR MEDIO 91%					

Fuente: Informe Propuesta de la Dirección de Investigación

Cuadro 4. CEPESA GASOLINA 95					
FECHA	Nº TOTAL EESS	Nº ES		%	
		PVP<PVR	PVP>PVR	PVP=PVR	PVP=PVR/TOTAL
03/01/2007	319	2	9	308	97%
10/01/2007	281	5	7	269	96%
17/01/2007	290	7	6	277	96%
24/01/2007	340	9	6	325	96%
31/01/2007	343	9	4	330	96%
07/02/2007	357	16	12	329	92%
14/02/2007	337	12	7	318	94%
21/02/2007	295	11	5	279	95%
28/02/2007	251	8		243	97%
07/03/2007	308	2	12	294	95%
14/03/2007	351	11	4	336	96%
21/03/2007	360	15	12	333	93%
28/03/2007	294	27	5	262	89%
04/04/2007	359	11	2	346	96%
11/04/2007	309	9	3	297	96%
18/04/07	307	8	7	292	95%
25/04/2007	368	14	6	348	95%
02/05/2007	312	23	1	288	92%
09/05/2007	357	10	5	342	96%
16/05/2007	371	7	10	354	95%
23/05/2007	300	7	3	290	97%
30/05/2007	296	11	6	279	94%
06/06/2007	352	7	10	335	95%
13/06/2007	350	7	9	334	95%
20/06/2007	358	15	2	341	95%
27/06/2007	298	4	6	288	97%
04/07/2007	343	2	9	332	97%
11/07/2007	373	5	20	348	93%
18/07/2007	356	9	13	334	94%
VALOR MEDIO					95%

Fuente: Informe Propuesta de la Dirección de Investigación

Cuadro 4. BP GASOLINA 95					
FECHA	Nº TOTAL EESS	Nº ES		%	
		PVP<PVR	PVP>PVR	PVP=PVR	PVP=PVR/TOTAL
03/01/2007	199	5	46	148	74
10/01/2007	175	5	25	143	82
17/01/2007	193	5	51	137	71
24/01/2007	253	12	76	165	65
31/01/2007	239	14	33	192	80
07/02/2007	257	13	67	177	69
14/02/2007	186	2	28	156	84
21/02/2007	240	16	35	189	79
28/02/2007	206	7	27	172	83
07/03/2007	216	11	31	174	81
14/03/2007	261	16	35	210	80
21/03/2007	234	7	50	177	76
28/03/2007	226	14	38	174	77
04/04/2007	219	6	40	173	79
11/04/2007	205	5	34	166	81
18/04/07	229	3	40	186	81
25/04/2007	221	2	61	158	71
02/05/2007	241	12	38	191	79
09/05/2007	265	8	44	213	80
16/05/2007	207	3	22	182	88
23/05/2007	183	4	17	162	89
30/05/2007	210	11	21	178	85
06/06/2007	242	33	39	170	70
13/06/2007	233	7	48	178	76
20/06/2007	235	2	38	195	83
27/06/2007	191	1	36	154	81
04/07/2007	238	15	45	178	75
11/07/2007	180	51	26	101	56
18/07/2007	34	15	17	2	6
VALOR MEDIO 75%					

Fuente: Informe Propuesta de la Dirección de Investigación

Esta identidad de precios entre las EESS de una misma red ha sido también acreditada por la CNE en los estudios realizados en cinco áreas.

“Concretamente, se han analizado las áreas de Vigo (Informe de 13 de septiembre de 2007 relativo al primer semestre de 2007), Jerez de la Frontera (Informe de 15 de noviembre de 2007 relativo al semestre comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de julio de 2007), Vitoria (Informe de 15 de noviembre de 2007 relativo al semestre comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de julio de 2007), Autopista Barcelona-La Junquera (Informe de 15 de noviembre de 2007 relativo al semestre comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de julio de 2007) y Valladolid (Informe de 22 de mayo de 2008 relativo al semestre comprendido entre el 1 de mayo y el 31 de octubre de 2007). Todos estos informes analizan el precio de los carburantes en las instalaciones de suministro a vehículos en las áreas consideradas con el objeto de extraer conclusiones sobre las instalaciones que aplican el mayor número de días el precio más alto y más bajo, sobre el diferencial de precios entre instalaciones, sobre el nivel de competencia tanto intramarca como intermarca en el entorno seleccionado y sobre la comparación de precios y márgenes del entorno con las medias nacionales.

El análisis se limita a la gasolina 95 I.O. y al gasóleo A, en atención al elevado coeficiente de correlación existente entre los precios del mencionado grado de gasolina con la de 98 I.O. (0,9999) y entre el del gasóleo A con el denominado “nuevo gasóleo” o gasóleo de características mejoradas (0,9988), lo que permite aplicar al precio de los carburantes no analizados las mismas conclusiones alcanzadas respecto al de los carburantes en los que se centra el informe. Por su parte, los precios analizados se corresponden con los precios de venta al público aplicados en aparato surtidor, antes de la aplicación de posibles descuentos, efectivos a través del uso de tarjetas de pago, puntos canjeables u otros instrumentos de aplicación de descuentos.

En dichos informes se dice:

- *“los precios de las instalaciones integradas en la red de un mismo operador parecen establecerse de forma indiferente al tipo de vínculo en virtud del cual se integran en dicha red” (extraído del Informe micro de Valladolid). Es decir, los precios que aplican las EESS integradas verticalmente (COCO y DOCO) no se diferencian de los aplicados por las EESS abanderadas y gestionadas por empresarios independientes (CODO y DODO).*
- *“las instalaciones que forman parte de la red de distribución de un mismo operador aplican durante la mayor parte del 1S-07 los mismos precios diarios, aunque en ocasiones con ciertos decalajes en el tiempo” (extraído del Informe micro de Vigo).*
- *“Las estaciones de servicio que forman parte de la red de distribución de REPSOL YPF aplican los mismos precios diarios durante el periodo marzo/agosto de 2007 para el caso de la gasolina 95. Por el contrario, en el caso del gasóleo A se aprecian dos grupos diferenciados de estaciones de*

servicio: un primer grupo, constituido por 4 instalaciones (2 COCO/CODO, la CODO y la DODO) que fijan los mismos precios diarios, y, un segundo grupo, formado por las 3 restantes instalaciones de vínculo COCO/DOCO en las que se registran precios diarios idénticos entre sí, que son siempre superiores a los del grupo anterior. No obstante, a partir del día 17 de julio de 2007 todas las instalaciones de la red de REPSOL YPF comienzan a aplicar los mismos precios diarios para el gasóleo A." (extraído del Informe micro de Vitoria).

- *"Las estaciones de servicio que forman parte de la red de distribución de REPSOL YPF aplican los mismos precios diarios durante el periodo febrero/julio de 2007. Las diferencias registradas parecen deberse a meros decalajes temporales." (extraído del Informe micro de Jerez).*

11. ALINEAMIENTO DE PRECIOS ENTRE OP COMPETIDORES

Ha quedado acreditado, a juicio del Consejo, que existe en el mercado afectado de la distribución minorista de carburantes un alineamiento de precios entre operadores. Esta conclusión se basa en los dos tipos de análisis que se han realizado: Un análisis de la base de datos del MICYT a nivel provincial, que tiene por objeto medir si hay, a nivel provincial, una diferencia en los precios de las distintas estaciones de servicio, sin distinguir por operadores, y un análisis a nivel nacional para cada día de la muestra y por operadores. Se cuenta también con los cinco informes de la CNE, a niveles incluso inferiores al provincial.

El primero de los análisis y los de la CNE, muestra que las desviaciones típicas a nivel provincial y a nivel de núcleos competitivos inferiores son mínimas.

El parámetro "desviación típica de la muestra" nos mide la distancia media del precio de cada gasolinera de la provincia con respecto al precio medio de la provincia, es decir, nos da una medida del grado de dispersión de los datos del valor promedio. Valores bajos de este parámetro indican que los precios fijados por las distintas EESS de esa provincia difieren muy poco, o lo que es lo mismo, las EESS de esa provincia están fijando precios en sus EESS iguales o prácticamente iguales.

Concretamente, los resultados obtenidos a nivel provincial los resumen la DI como sigue:

"Para analizar la dispersión existente a nivel provincial, se ha tomado como muestra, a partir de la referida base de datos de Industria, Turismo y Comercio, el precio del gasóleo de automoción y de la gasolina 95 de las EESS de cada provincia los días 1 y 15 de los 7 primeros meses de 2007 (enero-julio 2007) y de los dos últimos meses de 2008 de los que se dispone de datos (abril y mayo de 2008). Calculando la desviación típica de dicha muestra, es posible extraer las siguientes conclusiones (folios 7198 a 7238):

- *La desviación máxima observada para todas las provincias durante el período considerado del año 2007 es de 0,043 en gasoil (concretamente, en la*

provincia de Teruel en el mes de abril de 2007) y de 0,030 en gasolina 95 (concretamente, en la provincia de Lleida en el mes de marzo de 2007), lo que implica que las diferencias en precios respecto a la media de todas las EESS consideradas se sitúan como máximo en los 4,3 céntimos de euro para el gasoil y en 3 céntimos de euro para la gasolina 95.

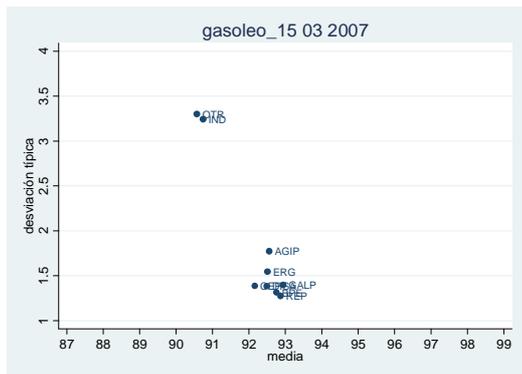
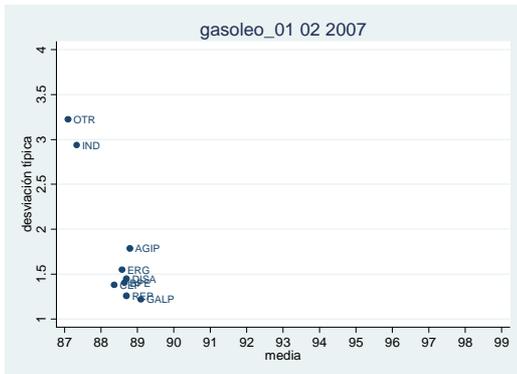
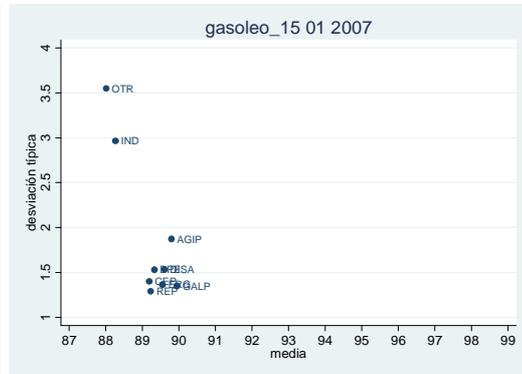
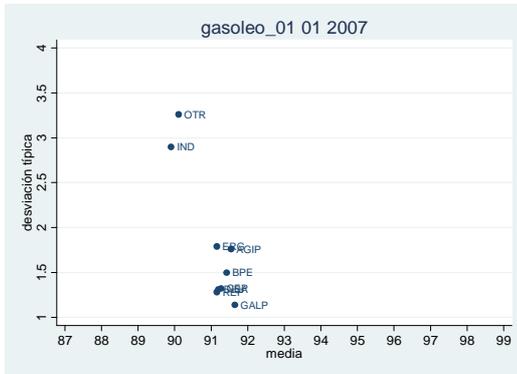
- *La desviación mínima observada durante el mismo periodo 2007 es nula en gasoil (concretamente, en la provincia de Melilla en los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2007) y nula en el caso de la gasolina 95 (concretamente, en la provincia de Melilla en los meses de enero, febrero y marzo de 2007), lo que implica que en dicha provincia todas las EESS fijaron el mismo precio que la media o prácticamente el mismo (dado que se ha redondeado a 3 decimales la desviación típica) en los citados meses, tanto para la gasolina 95 como para el gasoil.*
- *La desviación máxima observada para todas las provincias durante el período considerado del año 2008 es de 0,045 en gasoil (concretamente, en la provincia de Teruel en el mes de mayo de 2008) y de 0,033 en gasolina 95 (concretamente, en la provincia de Lleida en el mes de mayo de 2008), lo que implica que las diferencias en precios de todas las EESS consideradas con respecto a su media se sitúan como máximo en los 4,5 céntimos de euro para el gasoil y en los 3,3 céntimos de euro para la gasolina 95.*
- *La desviación mínima observada durante el citado periodo 2008 es nula en gasoil (concretamente, en la provincia de Melilla en el mes de mayo de 2008), en dicha provincia todas las EESS fijaron el mismo precio que la media o prácticamente el mismo (dado que se ha redondeado a 3 decimales la desviación típica), y de 0,003 para la gasolina 95 (concretamente, en la provincia de Melilla en el mes de mayo de 2008).*
- *En todos los casos, se observa que la desviación típica de la provincia se mantiene prácticamente invariable para el período considerado, existiendo un ligero incremento en los dos meses considerados de 2008.*
- *Comparativamente hablando, durante los periodos considerados de los años 2007 y 2008 (meses de abril y mayo) se confirma que la desviación típica máxima ha subido en este último año para el producto gasoil, mientras que la desviación mínima para el mismo producto ha bajado.*
- *Para el producto gasolina 95, la comparación entre los periodos estudiados confirma que tanto la desviación típica máxima como la desviación típica mínima han subido en este último año, si bien se mantienen en niveles muy bajos, no superiores a los 5 céntimos de euro”.*

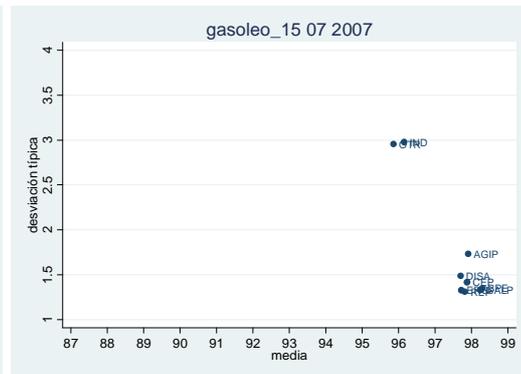
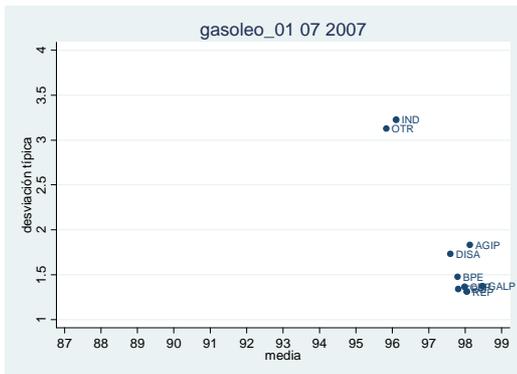
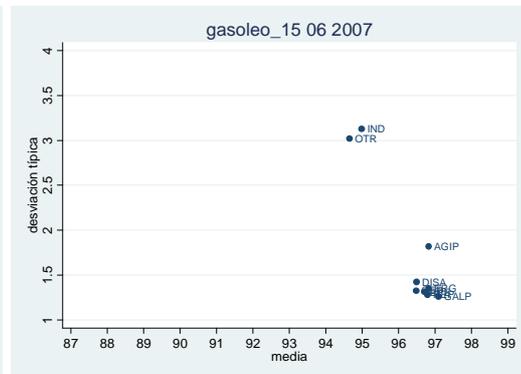
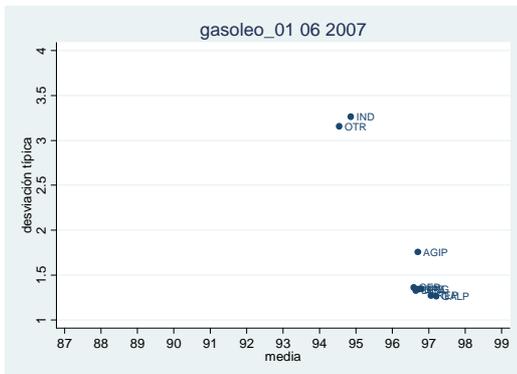
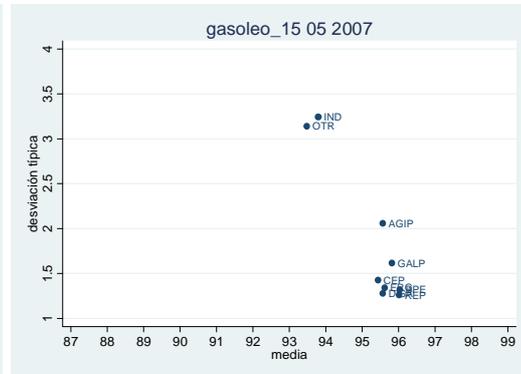
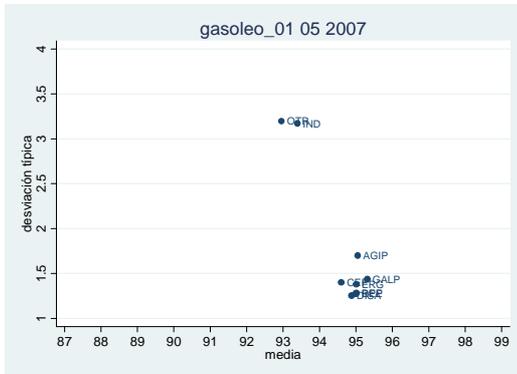
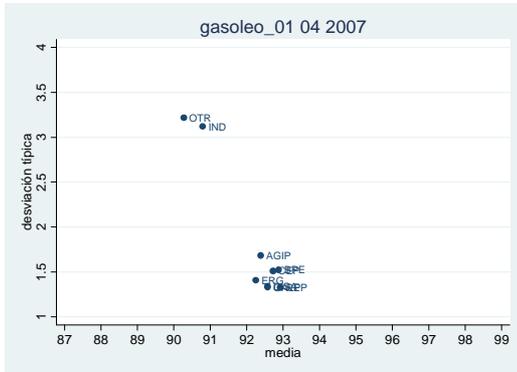
En el segundo de los análisis, a nivel nacional, se comparan gráficamente el parámetro de desviación típica y el de la media de los precios de venta al público para cada operador y día de análisis. A continuación se representan ambas variables, lo que permite ver para cada día el precio medio que ha cargado cada red y las desviaciones respecto de esa media enfrentadas en dos ejes. Estos

parámetros se han calculado para los seis principales operadores, REPSOL, CEPSA, BP, ERG, DISA Y GALP, para otras redes agrupadas como una sola (OTR) y para el grupo de EESS independientes (IND).

Los datos muestran dos grupos de nubes de puntos claramente diferenciados, el de las principales redes con medias de precios muy próximas, de no más de 2c€/l de diferencia y una escasa desviación típica en cada red. Y en el segundo grupo estarían las EESS independientes y otras redes de EESS de menos importancia, cuyos precios medios son siempre inferiores a los del primer grupo y con una desviación típica claramente superior a las del primer grupo. La lectura de los gráficos permite observar que: (1) las principales redes de EESS aplican prácticamente el mismo precio (las desviaciones típicas en cada red son mínimas), (2) las EESS independientes y de redes de reducida presencia fijan precios inferiores a los de las principales redes y las diferencias entre ellas son mayores y (3) los precios medios que cargan las principales redes están alineados y a una distancia notable del que cargan los independientes y otras redes de menor presencia en el mercado, todo lo cual constituye un indicio de elevado seguimiento por parte de las EESS de los precios que le marcan sus OP y de elevada alineación de precios entre competidores.

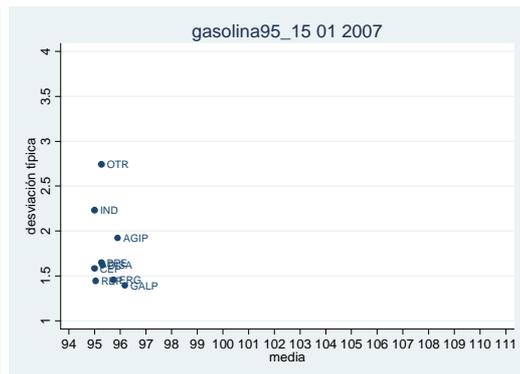
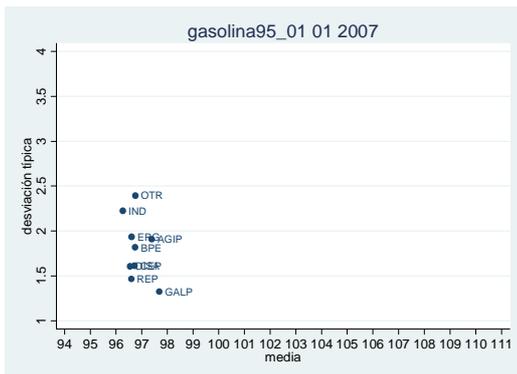
GASÓLEO

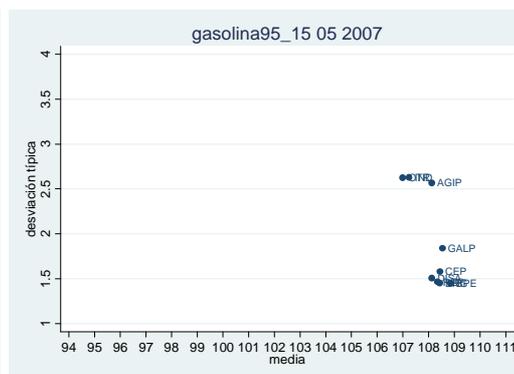
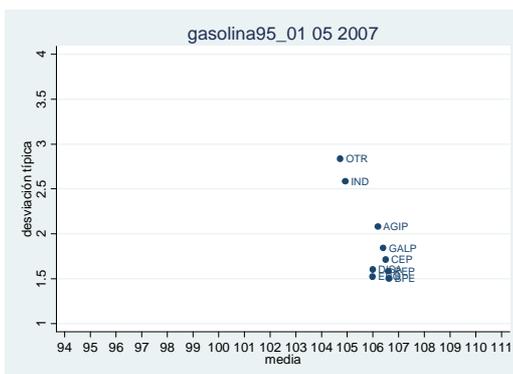
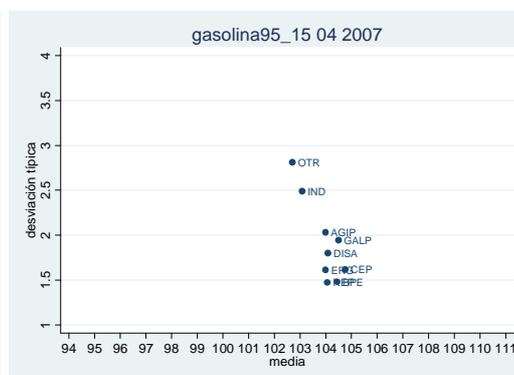
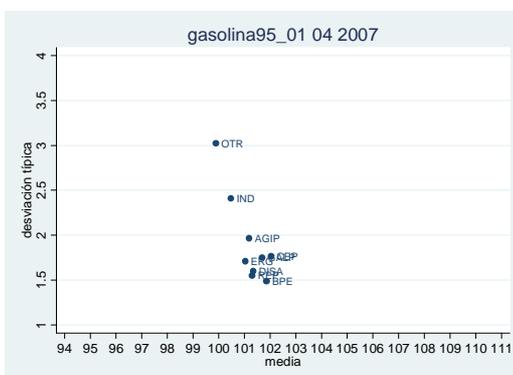
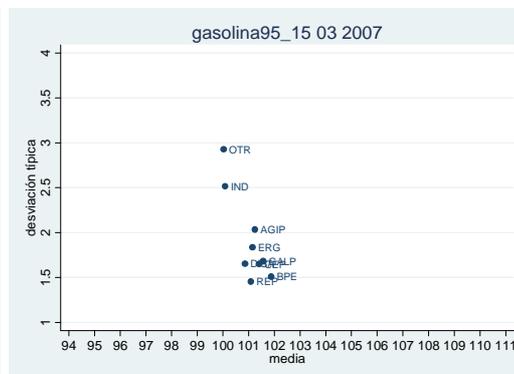
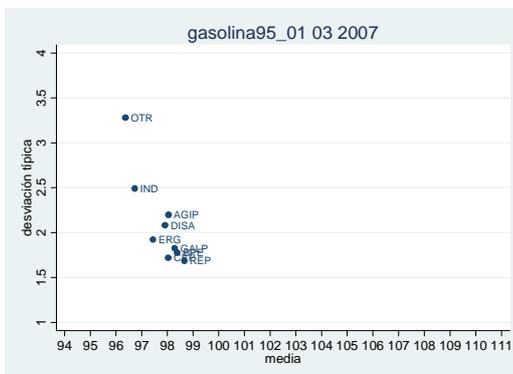
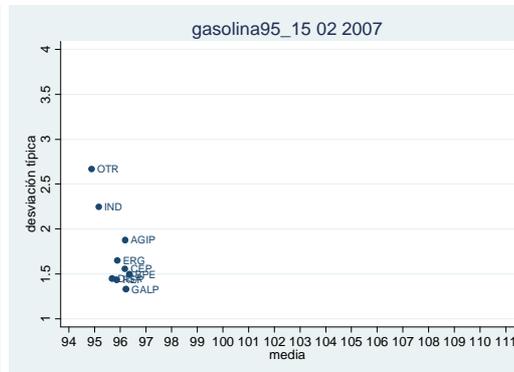
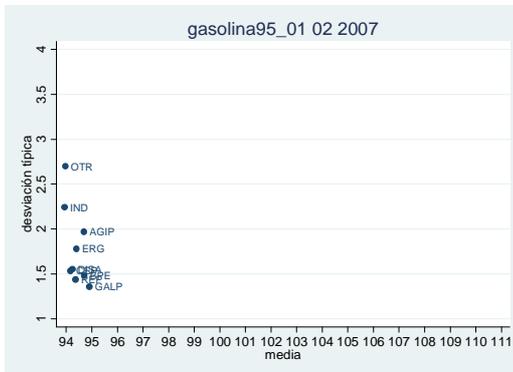


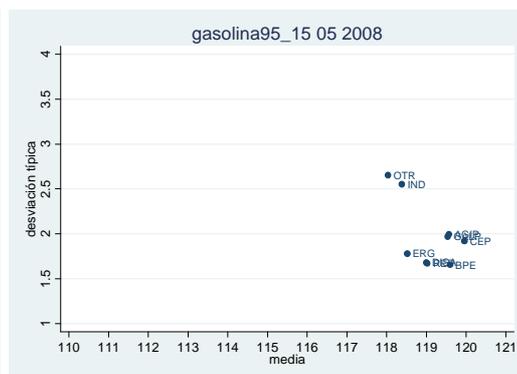
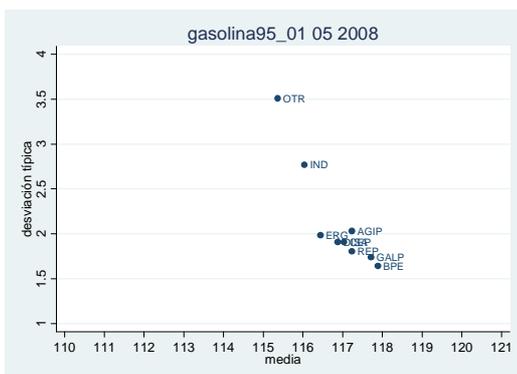
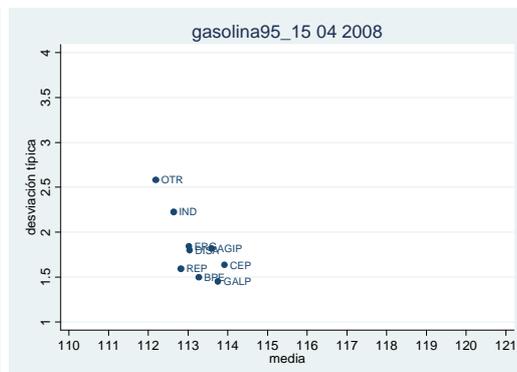
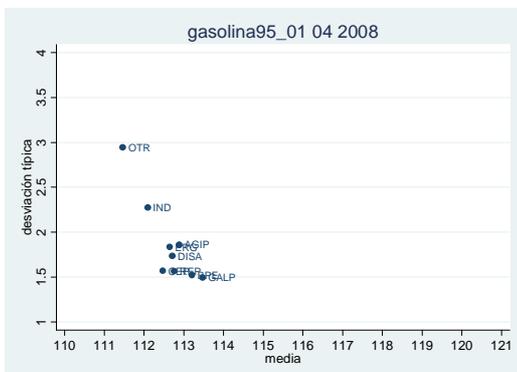
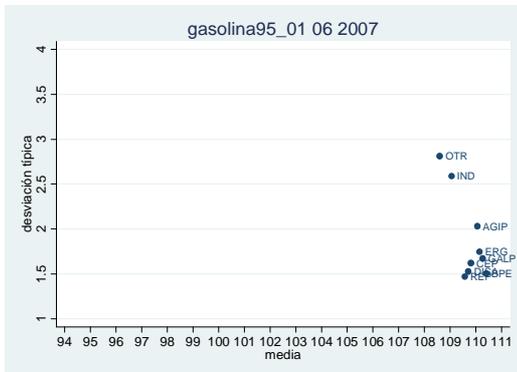




GASOLINA 95







El tercero de los análisis respecto a esta cuestión está contenido en los informes realizados por la CNE en los cinco entornos competitivos de ámbito inferior al provincial, descritos en el HA10 y señalan que:

*“En cuanto a la competencia intermarca, ... concluyen con carácter general que **el nivel de competencia existente entre las instalaciones de suministro a vehículos es bajo**. Concretamente, los precios diarios aplicados en el total de instalaciones analizadas en cada una de las cinco áreas, con independencia del operador a cuya red, en su caso, pertenecen, se diferencian, como media, en menos de 3,82c€/litro en todos los casos (Concretamente, las diferencias promedio existentes entre los precios diarios aplicados en las instalaciones analizadas en cada zona se sitúa, en los períodos referidos para la gasolina 95 y el gasóleo A en menos de 2 c€/litro respectivamente en Vigo, 3,3c€/litro y 2,3 c€/litro respectivamente en Jerez, 3,81c€/litro y 3,08c€/litro respectivamente en Vitoria y 3,63c€/litro y 3,14c€/litro respectivamente en Valladolid.). Esta escasa diferencia es especialmente llamativa en el caso de la Autopista Barcelona-La Junquera, donde las diferencias no superan los 1,91 c€/litro y 1,47 c€/litro en gasolina 95 y gasóleo A, respectivamente, siendo el promedio de precios superior a la media nacional en 2,35 c€/litro y 2,83 c€/litro, respectivamente.*

Además, en algunos de ellos, se constata que la instalación que más veces aplica el precio diario más bajo a lo largo del periodo analizado es la de la marca blanca, como es el caso del hipermercado ALCAMPO en el informe de Vigo, la instalación de EROSKI en el caso de Vitoria o la estación de CARREFOUR en Valladolid (Una vez aplicado el descuento del 8% condicionado a la compra superior a un determinado importe en el propio establecimiento o al abono del precio del carburante con instrumentos de pago de la compañía, vigente en el período objeto de análisis).

*Resultan especialmente relevantes las conclusiones alcanzadas por la CNE en el Informe de Autopista de Barcelona-La Junquera (énfasis propio): “En atención a las circunstancias diferenciales concurrentes en la demanda, la oferta y las condiciones de acceso, se puede afirmar, como ha hecho la Comisión Europea, que la distribución minorista de carburantes a través de instalaciones de suministro a vehículos enclavadas en autopistas de peaje está marcada por un **déficit de competencia entre operadores**. Dado el similar grado de integración vertical de los operadores (con una estructura de costes muy parecida entre ellos y fácilmente identificables) y el elevado grado de transparencia en precios (que permite anticipar y reaccionar a las acciones de los competidores), existe una escasa motivación para competir en precios, atenuada aún más por la inelasticidad de la demanda al nivel de precios de los carburantes.”*

*En cuanto a la competencia intramarca, los cinco informes de la CNE coinciden en señalar que **las instalaciones que forman parte de la red de un mismo operador aplican, por lo general, los mismos precios de venta al público**, aunque en ocasiones con ciertos decalajes temporales, **con independencia del tipo de vínculo** en virtud del cual forman parte de dicha red. Es decir, que los precios de las EESS de una misma red parecen establecerse de forma*

indiferente al régimen económico de la estación. Adicionalmente, en el caso de las EESS situadas en una autopista, como ocurre en el caso del Informe de Autopista de Barcelona-La Junquera, la CNE concluye: “Se ha comprobado, además, que el margen y la ubicación no son factores determinantes para la fijación de los precios por parte de cada operador en las estaciones de servicio integradas en sus correspondientes redes de distribución.”

*Por tanto, de los informes de supervisión de la CNE en entornos micro cabe concluir que se aprecia una ausencia de competencia tanto intermarca como intramarca, lo que conduce a un **alineamiento general de los precios de venta al público** de las EESS que configuran un mismo núcleo competitivo, con independencia de la red a la que pertenecen o de su vínculo con ésta”.*

12. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE COMBUSTIBLE

Las Directrices sobre Restricciones Verticales y la jurisprudencia del TJCE establece que el tipo de conductas analizadas en este expediente deben serlo en su contexto jurídico y económico. El contexto económico ha sido estudiado durante la fase de instrucción por parte de la DI, resumiéndose a continuación las características principales en las que enmarcamos la valoración final de las conductas.

“Las cuotas de mercado de los 3 imputados durante el periodo de tiempo 2001-2007, es decir, en nueve años, apenas han variado, según el número de puntos de venta, siendo REPSOL la empresa líder del mercado con los siguientes porcentajes:

- Periodo 2001-2005 (según Informe AOP de 31/12/2005)
 - REPSOL:41,88%
 - CEPSA: 17,60%
 - BP:7,35%
 -
- Periodo 2005-007(según datos aportados por las propias operadoras)
 - REPSOL:42%
 - CEPSA: 18%
 - BP:7%

*En cuanto al incremento del **total de puntos de venta**, existe un mínimo crecimiento de estaciones de servicio. Así, según los datos estadísticos del sector recogidos por la Asociación de Operadores Petrolíferos (AOP) en su Informe de 18 de mayo de 2006, “Evolución de la Distribución y Comercialización de los Productos Petrolíferos en España” que se recogen en el cuadro adjunto, nos encontramos que la red española de estaciones de*

servicio entre los años 2001 a 2005, ha sufrido un leve incremento del 1,32%, (en concreto 16 puntos de venta nuevos).

Según los datos estadísticos del sector de la Asociación Española de Productores Petrolíferos (memoria AOP 2005), sobre un total de 8.638 estaciones de servicio, el primer operador sería REPSOL/YPF, con una cuota en términos de estaciones de servicio de su propiedad o abanderadas de un 41,88 %, seguido por CEPSA con un 17,60 % y BP con el 7,35 %. Aunque los datos de esta memoria se reportan al año 2005, las cifras aportadas no son susceptibles de grandes variaciones, según se aprecia en los datos aportados por las propias petroleras, actualizados a diciembre de 2007.

....

- Del total de Estaciones de Servicio en 2005 **solo un 11,5% son estaciones blancas y Cooperativas**, lo cual significa que solo una parte muy reducida podría ser objeto de las expectativas de nuevos operadores, o si se quiere, de los operadores ya instalados en España pero con deseos de ampliar su cuota de mercado. Entre 2002 y 2005 el número de estaciones de estas características es el mismo (1.000 puntos). Sigue sin experimentar ninguna variación.
- Del total de Estaciones **que responden a una imagen concreta o abanderamiento**, 7451 en el año 2005, 5774, es decir, **el 66,83% se concentra en REPSOL, CEPSA y BP OIL**

De acuerdo con la última actualización de datos (a diciembre 2007) relativos a la composición de las redes de distribución analizadas (Repsol, Cepsa y BP) que obra en el presente expediente, y tal y como queda reflejado en el siguiente cuadro, es posible concluir que el 77,20% de las EESS son propiedad de los operadores o éstos ejercen algún derecho de propiedad. De los contratos suscritos por éstos con las EESS, el 87,83% son comisionistas y el 12,17% restantes revendedores, si bien de éstos últimos sólo el 3,17% funcionan como revendedores reales (tipo platt's) ya que los otros, aunque se llaman revendedores, funcionan en la práctica igual que los comisionistas, como se comprobara más adelante. Por ello, cabe afirmar, con independencia del análisis que posteriormente se realizará, que la estructura contractual de las redes de las tres principales operadoras les proporciona unos vínculos fuertes sobre los minoristas, en el sentido de posibilidad de ejercer un control sobre su comportamiento.

	EESS total	EESS propiedad operador (COCO+CODO)	%
Repsol	3561	2715	76,24
Cepsa	1355	1022	75,42
Bp	632	246 *	38,9 *
TOTAL	5548	3983 *	71,8% *

Fuente: Datos aportados por las operadoras a diciembre de 2007

* Cifras corregidas respecto a la versión original por ser errónea

	Comisión	Revendedores		Total	% comisión
		PLATT'S	DTO fijo		
REPSOL	3389	133	39	3561	95,17
CEPSA	1303	11	41	1355	96,16
BP	181	32	419	632	28,64
Total	4873	176	498	5548	87,83

Fuente: Datos aportados por las operadoras a diciembre de 2007

Estos mismos porcentajes se mantienen prácticamente si se tienen en cuenta los litros vendidos:

	COMISIÓN	PLATT'S	REVENDEDOR CON DTO.	% COMISIÓN
REPSOL	94,84%	3,9%	1,2%	94,84
CEPSA	94,90%	0,9%	4,1%	94,90
BP	28,11%	3,7%	68,1%	28,11

Fuente: Datos aportados por las operadoras para 2006 excepto BP que son del 2005"

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Normativa de aplicación

El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio, y por tanto en este caso será de aplicación la Ley 16/1989, de 16 de julio de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- Propuesta elevada al Consejo

El Consejo debe resolver si, conforme con la propuesta de la DI, las conductas llevadas a cabo por REPSOL, CEPSA y BP infringen el artículo 1 de la LDC y el artículo 81.1 del TCE. La DI considera que hay infracción al concluir en su Informe Propuesta que las tres imputadas habrían incurrido en una conducta de fijación de precios a ciertos distribuidores minoristas que operan bajo su bandera, cuyo efecto

es una reducción de la competencia intramarca y una facilitación del alineamiento entre los operadores y, por tanto, una limitación de la competencia intermarca. Las conclusiones contenidas en el Informe Propuesta que la DI eleva al Consejo en este expediente se basan en los hechos que considera acreditados, en el contexto económico en el que se realizan las conductas, y en el marco jurídico que le es de aplicación a la relación contractual entre los OP y las EESS existente en los acuerdos objeto de este expediente.

Comenzando por el marco jurídico de análisis, la DI analiza en primer lugar la naturaleza jurídica de los contratos de comisión, y posteriormente las conductas analizadas bajo el marco regulatorio del artículo 81.3 del TCE.

Respecto a la naturaleza jurídica de los contratos de agencia o comisión y su sometimiento a las normas de competencia se citan las resoluciones del extinto TDC 490/00 y 493/00 en las que se resolvió que los contratos denominados de comisión cuyas cláusulas derivaban en que los agentes asumían riesgos, no podían ser valorados como auténticos contratos de comisión y por tanto no estaban exceptuados de la aplicación de las normas de competencia. Adicionalmente estos contratos contenían cláusulas de fijación de precios de venta al público por lo que tampoco eran beneficiarias de exención alguna bajo los reglamentos de exención por categorías o de restricciones verticales. Este criterio se recoge también en los párrafos 12 a 20 de las Directrices y en la STJCE de 14 de diciembre de 2006 en el asunto C-217/05 CEEES.

Las citadas resoluciones declararon que eran contrarias a la legislación de competencia las cláusulas contractuales de fijación expresa de los precios minoristas, e instaban a la cesación inmediata de dichas conductas. Las operadoras afectadas, REPSOL y CEPSA, y también BP optaron por el envío de cartas a sus distribuidores en las que les comunicaban que eran libres de efectuar descuentos con cargo a su comisión sobre el precio que les marcara su proveedor sin disminuir los ingresos del principal. Este cumplimiento formal pretende ampararse en el párrafo 48 de las Directrices, donde se le prohíbe al proveedor que impida a su agente, entendido bajo agencia genuina, reducir el precio de venta con cargo a su comisión.

Se cita la SAN de 11 de julio de 2007 que confirma el recurso contra la RTDC 490/00 Repsol de 11 de julio de 2007, en cuyo FJ5º se dice que **“que una vez concluido que los contratos objeto de examen en el presente proceso no son de agencia, carece de sentido la invocación del artículo 48 de las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, quedando limitada la cuestión al examen de si en realidad ha existido una imposición de precio de venta al público por parte de Repsol. Sobre este punto una vez constatado que el llamado por los contratos controvertidos “agente” o “comisionista” es en realidad una empresa independiente que asumía riesgos y que el proveedor fijaba los precios finales de venta, no cabe duda a la vista del FJ 17 de la STS de 4 de mayo de 2007, que no pueden acogerse las recurrentes a la exención por categorías prevista en el antiguo Reglamento 1984/83 (RD 152/92). La fijación de precios por Repsol figura**

específicamente en algunos contratos, los denominados de comisión, y resulta llamativa su postura, pues durante la tramitación del procedimiento ante el SDC siempre afirmó que imponía los precios de venta (folios 213 a 219, 1413, 1412, 1430) para finalmente señalar, en relación con los revendedores, que representan aproximadamente 2,5% de su red de distribución, que esa imposición se refería a un precio máximo compatible con la posibilidad de que el titular de la estación de servicio lo redujera con cargo a su comisión. Esta última práctica se va introduciendo en contratos posteriores a 1997 y a instancia de la Comisión, no desvirtúa la realidad de la calificación efectuada por el TDC que debemos confirmar plenamente.”

Respecto a este punto la DI concluye que a los contratos que se les denomina “comisionistas” pero que asumen determinados y relevantes riesgos “no les resulta de aplicación esta figura de los descuentos con cargo a comisión, pues está destinada exclusivamente a los que sí son realmente comisionistas”

Para valorar las conductas bajo el marco regulatorio del artículo 81.3 del TCE., la DI analiza “la eventual cobertura de las prácticas analizadas por el Reglamento (CE) 2790/1999, de Exención por Categorías de los acuerdos verticales”, concluyendo que “... atendiendo a lo señalado por su artículo 4 a), la exención no se aplicará “a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;” y recuerda que el contenido de este artículo debe ser interpretado a la luz del párrafo (47) de las Directrices en el que se aclara: que el mantenimiento del precio de reventa es una restricción especialmente grave; que se incluyen aquellos acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto, directa o indirectamente, el mantenimiento del precio de reventa; y que si bien las cláusulas que fijan directamente dicho precio no plantean dudas sobre su interpretación también se puede llegar a dicho mantenimiento con medios indirectos. Sigue la DI señalando que la segunda parte del párrafo menciona, a modo de ejemplo, ciertas prácticas que pueden convertir un precio máximo o recomendado en fijo. Y que también dicho párrafo remarca que las prácticas anteriores pueden ser más eficaces si se combinan con otras medidas destinadas a presionar o desincentivar que los distribuidores se alejen del precio máximo/recomendado. Entre estas últimas cita como ejemplo el que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto.

La DI entiende que se han acreditado hechos que las Directrices señalan en el párrafo (47) como prácticas y medidas que convierten el precio máximo/recomendado en precio fijo. Estos hechos acreditados serían:

- El sistema de fijación de los precios de transferencia de los productos, pues “se ha comprobado cómo la ganancia, comisión o margen de las EESS se subordina

o se fija a partir del precio de reventa recomendado o máximo, que se establece, a su vez, teniendo como referencia el precio vigente en el área de influencia”

- La existencia de un sistema común de fijación de comisiones/márgenes pactados entre las operadoras y los distribuidores comisionistas/revendedores (respectivamente) como retribución a los mismos, pues *“se ha comprobado que los operadores determinan la retribución o ganancia de sus EESS de manera prácticamente equivalente”*
- El sistema de facturación y pago de los productos adquiridos por la EESS al OP, pues *“es también equivalente en cada una de las redes y similar entre ellas, contribuyendo de esta manera al alineamiento de intereses. O lo que es lo mismo, reduciendo los incentivos y posibilidades de las EESS a desviarse de los precios indicados”*
- El sistema de comunicación de los precios recomendados o máximos, pues *“dificulta, aunque sea de forma práctica, el establecimiento de precios diferentes de los comunicados”*.
- El sistema de facturación del IVA, pues *“se señala cómo en el caso de los comisionistas, que son la mayoría de los casos, el sistema de liquidación del IVA también contribuye indirectamente a dificultar que la EESS se separe de la recomendación o indicación, al desincentivar esta acción por no poder declararla en la liquidación de dicho impuesto”*.

El párrafo 119 de las Directrices se centra en cómo valorar los efectos de las restricciones verticales y en el apartado 7) remarca que *“Los posibles efectos negativos de las restricciones verticales se ven reforzados cuando varios proveedores y sus compradores organizan su actividad de modo similar. Estos efectos acumulativos, que así se llaman, pueden ser problemáticos en una serie de sectores”*. A efectos de esta valoración la DI considera acreditado que los imputados y sus distribuidores minoristas han organizado de forma similar las cuestiones principales de su actividad, tales como la forma en que establecen sus relaciones jurídicas mediante contratos CODO y DODO con contenido similar, las relaciones económicas mediante contratos de comisión o reventa con cláusulas similares respecto a las condiciones de compra y venta de producto y mismos criterios para fijar las comisiones, las relaciones logísticas de suministro con idénticos sistemas de solicitud de pedidos, tiempos de entrega, periodos de facturación, y exigencias de avales, sistemas similares de comunicación de precios máximos/recomendados, y similar (o igual) sistema de facturación.

Por último la DI se centra en los párrafos 226 a 228 de las Directrices que se dedican exclusivamente a los efectos que pueden derivarse de la propia existencia de precios máximos y recomendados y a los factores que deben tenerse en cuenta para realizar el análisis. En efecto, las Directrices señalan dos riesgos, que los precios máximos y recomendados pueden actuar como punto de referencia para los revendedores, pudiendo ser aplicado por la mayoría o la totalidad de ellos, y que

pueden facilitar la colusión entre los proveedores. Señalan que el primer factor más importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos es “la posición del mercado del proveedor”, y el segundo más importante es “la posición de mercado de los competidores”. Por lo tanto, teniendo en cuenta el nivel de seguimiento de los precios máximos que cada operador individualmente presenta estaríamos en presencia de una práctica de precios máximos o recomendados contraria al artículo 1 de la LDC, cuyo efecto es el de limitación de la competencia intramarca. La existencia del resto de redes con identidad de comportamientos lleva a la limitación de la competencia intermarca que acredita la falta de variabilidad de precios observada tanto en el análisis de las desviaciones típicas provinciales como en los informes de la CNE.

Todo ello le permite a la DI extraer las siguientes conclusiones:

- (1) Según los datos acreditados, más del 80% de la red de distribución de carburantes al por menor en el mercado español sigue el precio máximo/recomendado que las operadoras de su bandera les comunican.
- (2) Los precios minoristas revelan escasa variabilidad en los entornos competitivos, lo que refleja las escasas presiones competitivas, tanto intramarca como intermarca.
- (3) Que las causas de los problemas de competencia radican no solo en el nivel de concentración, sino en la existencia de determinadas prácticas verticales, que si bien en otro contexto resultarían inocuas para la competencia, tienen un efecto acumulativo claramente anticompetitivo derivado de su funcionamiento dentro de la red de cada operador y en el conjunto del haz de acuerdos formado por las tres redes que representan más de las 2/3 partes de la oferta nacional (41%, 18% y 8%).
- (4) Que a pesar de que ha sido acreditada la posibilidad física (con mayores o menores problemas de eficacia operativa) por parte de los distribuidores al por menor de combustibles de modificar los precios máximos/recomendados, el hecho cierto es que estos distribuidores se alinean y aplican de forma prácticamente invariable los citados precios.
- (5) Que las razones que motivan dicho seguimiento se explican tanto por las características patrimoniales y de gestión de la red de EESS, donde los tres operadores en cuestión acumulan una elevada cuota de mercado y un porcentaje importante de EESS gestionadas directamente, como por la serie de prácticas analizadas.

Antes de formular su propuesta analiza los efectos de la infracción sobre el mercado, señalando que *“debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la naturaleza de la infracción”,* y que *“para calibrar dichos efectos debe analizarse la situación del mercado afectado (el mercado minorista de distribución de carburantes en España)”*

Señala que *“Los principales efectos económicos de la fijación vertical indirecta de precios son la eliminación de la competencia intramarca, lo que facilita el*

alineamiento entre los proveedores, especialmente en mercados concentrados”. Seguidamente resalta que el mercado minorista de distribución de carburantes, presenta unos factores por el lado de la demanda, como son “reducida elasticidad de la demanda de la industria, alta fragmentación de la demanda, limitada capacidad de crecimiento de la demanda y absoluta homogeneidad de producto” y que estos factores “se vienen identificando como propiciadores de que la fijación de precios por parte de los proveedores a los minoristas tenga un mayor efecto anticompetitivo, por el doble efecto de homogeneidad de precios tanto en el nivel vertical (de cada una de las redes individualmente consideradas) como horizontal (entre las EESS de los diferentes operadores). Se menciona también el informe CNE de 23 de julio de 2008 cuyo objeto era “hallar las razones que, en su caso, pudieran explicar la tendencia general creciente del diferencial de precios respecto de la UE-14 en 2007” y que concluye con “la conveniencia de intensificar la supervisión del mercado de distribución de carburantes y de proponer, en su caso, medidas que fomenten un mayor grado de competencia en el mismo”.

Concluye la DI antes de elevar su propuesta señalando que: “Todo ello contribuye a reforzar la gravedad de los efectos de las conductas imputadas en un mercado ya de por sí poco competitivo y la necesidad de modificar el sistema actual de comunicación de precios máximos/recomendados que constituye, en la práctica, una fijación indirecta del precio de venta al público por parte de las operadoras, como se ha demostrado a lo largo de la investigación llevada a cabo por esta DI”.

De tal forma que eleva al Consejo la siguiente propuesta:

“Primero.- *Que se declare que los contratos de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. Y BP OIL ESPAÑA S.A. con sus denominados comisionistas y revendedores son acuerdos entre operadores económicos que deben examinarse a la luz de las normas de competencia en la medida en que estos distribuidores soportan al menos parte de los riesgos comerciales y financieros de la venta minorista de carburantes, y para los cuales la solución aportada por las imputadas de permitir al distribuidor la concesión de descuentos con cargo a su comisión/margen sin disminuir los ingresos del principal no es aplicable, lo que hace que dicha solución sea inapropiada para solucionar el problema de competencia detectado en este tipo de relaciones contractuales.*

Segundo.- *Que se declare que la combinación de precios máximos y recomendados con otra serie de prácticas, propias de las relaciones verticales de las partes, equivale a una fijación indirecta del precio de reventa por el operador y, por lo tanto, no está cubierta por la exención, con independencia de la cuota de mercado del operador. Esta fijación indirecta, a la que contribuye la estructura del sector y el efecto acumulativo derivado de la estructura patrimonial y operativa de los contratos, constituye en el caso de cada uno de los tres operadores individualmente considerados y de manera conjunta una práctica contraria al Artículo 1 de la LDC, que tiene por efectos anticompetitivos una reducción de la competencia intramarca al convertir los precios recomendados o*

máximos en fijos y una facilitación del alineamiento entre los operadores y, por tanto, la limitación de la competencia intermarca.

Tercero.- *Que se intime a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. Y BP OIL ESPAÑA S.A. para que en el futuro se abstengan de realizar estas prácticas prohibidas. En este sentido, la DI propone que se imponga a las citadas empresas la adecuación de sus contratos para evitar las prácticas anticompetitivas.*

Cuarto.- *Que se ordene a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. Y BP OIL ESPAÑA S.A. la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el BOE y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional. Así mismo, que se imponga a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. Y BP OIL ESPAÑA S.A. la obligación de comunicar a todos sus abanderados los términos de esa resolución que afecten a sus contratos.*

Quinto.- *Que se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.”*

TERCERO.- Afectación Comunitaria.

La Comunicación de la Comisión, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, establece en su párrafo 1 que : “ Los artículos 81 y 82 del Tratado se aplican a los acuerdos horizontales y verticales y a las prácticas de empresas que “puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros”, por tanto la aplicación del artículo 81 del TCE requiere que las prácticas supuestamente anticompetitivas produzcan efectos sobre el comercio intracomunitario.

La propuesta que la DI elevó al Consejo no incluía en su valoración la vulneración del artículo 81 del TCE, motivo por el cual el Consejo, en su admisión a trámite, acordó dar trámite de alegaciones a los interesados sobre su intención de considerar que esta conducta era susceptible de infringir el artículo 81 del TCE.

Todos los interesados, excepto BP, presentaron alegaciones manifestando su acuerdo con esta calificación. La DI también fue oída y señaló su acuerdo con esta valoración. Respecto a los acuerdos verticales, el párrafo 88 de la citada Comunicación establece que “Los acuerdos por los que las empresas imponen precios de reventa pueden tener efectos directos sobre el comercio entre Estados miembros al aumentar las importaciones de otros Estados miembros y disminuir las exportaciones del Estado miembro en cuestión. Los acuerdos que imponen los precios de reventa también pueden afectar a las corrientes comerciales de manera muy similar a las de los carteles horizontales. En la medida en que el precio de reventa impuesto sea más alto que el que existe en otros Estados miembros este

nivel de precios solo se puede mantener si es posible controlar las importaciones de otros Estados miembros”.

Tras valorar todas las cuestiones señaladas en párrafos anteriores el Consejo, en su reunión plenaria de 17 de diciembre acordó, *“Considerar que la conducta objeto de este expediente es susceptible de ser calificada como una práctica contraria al artículo 1 de la LDC y al artículo 81 del Tratado de la CE”.*

CUARTO.- Alegaciones de los imputados.

Los tres imputados han presentado extensos escritos de alegaciones, cuyos resúmenes se encuentran en los Antecedentes de Hecho. Estas alegaciones se pueden concentrar en tres tipos: aquellas que se refieren a supuestas irregularidades en el procedimiento, las que se centran en la supuesta indefensión por denegación de pruebas solicitadas y por último las que se refieren al fondo de la conducta. Con carácter previo a entrar en el fondo del asunto, se responde a las alegaciones sobre el procedimiento agrupando, cuando proceda, las comunes a los tres imputados. Posteriormente se da respuesta a las relativas a la denegación de las pruebas solicitadas. Por último, las que tratan el fondo de la conducta (tanto las de los imputados como la del resto de interesados) son tratadas en los correspondientes fundamentos de derecho dedicados al análisis sustantivo de la conducta.

QUINTO.- Sobre la Aplicación extemporánea del Art. 81 TCE y la falta de constancia en el expediente de las comunicaciones efectuadas en virtud del Art. 11 del Reglamento 1/2003

Varias alegaciones se han centrado en la aplicación del Art. 81 TCE al expediente pudiendo dividirse en dos variantes: por un lado las alegaciones que califican la aplicación del Art. 81 TCE como extemporánea, lo que causaría la nulidad del procedimiento y, por otra parte, aquellas referidas a la aplicación de los trámites de comunicación con la Comisión Europea previstos en el Reglamento 1/2003 para los casos en los que la autoridad nacional aplica los Art. 81 u 82 del TCE.

Con respecto a la alegación de aplicación extemporánea del Art. 81 TCE, BP califica de *“acontecimiento trascendental”* y vulneradora del procedimiento la decisión del Consejo de la CNC de aplicar el Art. 81 TCE, del que además se deduciría que la DI era conocedora de la aplicabilidad del citado precepto del Tratado CE y, por ello, al no aplicarlo incurrió en causa de nulidad del procedimiento conforme a lo que resulta del Art. 62.1 e) de la ley 30/1992.

Frente a lo alegado por BP, el Consejo considera que el Acuerdo declarando aplicable el Art. 81 del TCE no puede haber causado indefensión a los imputados, en tanto en cuanto no significó la introducción de nuevos elementos fácticos y fue notificado a todos los interesados concediéndoseles plazo para formular alegaciones. En este sentido se han pronunciado la Audiencia Nacional, entre otras, en la sentencia de 2 de julio de 2009, en la que se sustancia entre otros aspectos el recurso interpuesto contra una recalificación efectuada por el extinto TDC. De igual forma el Consejo considera que en modo alguno puede considerarse que la DI haya

prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, como pretende BP al invocar la vulneración del Art. 62.1 e) de la ley 30/1992 por el hecho de no contemplar los hechos investigados como infracción del Art. 81.1 TCE, pues, tanto la DI primero y el Consejo después han seguido los trámites previstos en la Ley 16/1989, aplicable al caso, cuyo Art. 43 faculta al Consejo para proceder a una calificación jurídica de los hechos descritos en el PCH distinta o parcialmente distinta a la inicialmente realizada por la DI. Por esta misma razón, tampoco se puede considerar que haya habido infracción de lo dispuesto en el Art. 3.1 del Reglamento CE 1/2003.

Por otra parte BP también afirma que *“...en el expediente no hay ni rastro de las eventuales comunicaciones “por escrito” que la CNC haya cursado a la Comisión ni de las que haya cursado la Comisión a la CNC”*, conforme exige el Art. 11.3 del Reglamento 1/2003, asegurando que este desconocimiento de los términos de dichas comunicaciones le provoca indefensión, aparte de que, si no se han producido, esto constituiría, en su opinión, una nueva causa de nulidad de lo actuado. Similar alegación respecto a la falta de constancia en el expediente del cumplimiento por la CNC de las obligaciones previstas en el Art. 11 del Reglamento CE 1/2003 se incluye como OTROSÍ en el escrito de conclusiones de Repsol.

Debe rechazarse igualmente la alegación de indefensión relativa sobre la falta de conocimiento de los términos en que se produjeran las comunicaciones entre la CNC y la Comisión (Art. 11.3 del Reglamento CE 1/2003) referidas a la extensión de la imputación al artículo 81 del TCE, comunicaciones de cuya efectiva realización duda BP.

En primer lugar debe aclararse que dichas comunicaciones se produjeron de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 11, apartados 3 y 4, del Reglamento CE 1/2003, en los meses de enero y febrero de 2009, y que se encuentran incorporadas al expediente. No existe, por tanto, ningún incumplimiento por parte de la CNC de las obligaciones previstas en el Reglamento 1/2003.

Por otra parte debe destacarse que el Art. 11 del Reglamento 1/2003 sólo impone la obligación de informar por escrito a la Comisión, y facilitarle una exposición resumida del asunto así como cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta en el expediente, información que podrá ponerse a disposición de las autoridades de competencia de los demás Estados miembros, sin que el citado Reglamento imponga la obligación de comunicar a las partes del expediente los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros en cumplimiento del citado Reglamento. Es más, el artículo 27.2 del Reglamento CE 1/2003 dispone expresamente que el derecho de acceso al expediente de la Comisión “no se extiende a los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre estas últimas, incluidos los documentos elaborados en virtud de los artículos 11 y 14”.

En todo caso, la alegada falta de acceso de las partes a la remisión de información efectuada por la CNC, en cumplimiento de las obligaciones previstas en el Art. 11 del Reglamento CE 1/2003, no habría producido tampoco la indefensión alegada por las empresas. Lo esencial, a efectos de determinar si se ha producido o no la indefensión alegada, es que las empresas imputadas tuvieron conocimiento de la intención del Consejo de recalificar la imputación realizada por la DI, lo que se le notificó el 20 de agosto de 2008, y pudieron efectuar las alegaciones oportunas.

SEXTO.- Sobre la infracción del principio de confianza legítima

Repsol alega igualmente que el procedimiento sancionador está viciado por infringir el principio de confianza legítima, recogido en el Art. 3 de la LRJ-PAC como principio general de actuación de la Administración. En este sentido Repsol considera que lleva años aplicando en su red un sistema de precios máximos y recomendados (según los distintos tipos de contratos) en obediencia al marco legal diseñado por el mismísimo legislador, respaldado por la Comisión Europea (Decisión de 12 de abril de 2006, asunto COMP/B-1/38.348 RCPP) y la autoridad nacional de la competencia (informes de vigilancia de 18 de noviembre de 2005 y 26 de junio de 2006 relativos al expediente 490/00, y la resolución del TDC de 17 de julio de 2006, en relación con el mismo expediente), por lo que verse castigada de súbito por ello no solo viola el principio de confianza legítima por contradecir lo dispuesto por la Comisión Europea en la citada Decisión, sino que también resultaría contraria a lo sostenido por el SDC y TDC en el citado expediente.

En relación con estas alegaciones, este Consejo pone de manifiesto que no existe contradicción entre los antecedentes que cita Repsol y la conducta objeto del expediente sobre el que ahora se resuelve. El objeto del presente expediente sancionador y los antecedentes citados es, en todo caso, distinto, por lo que no existe infracción del principio de confianza legítima.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria (entre otras, STJ de 13 de julio de 1965, asunto Lemmerz-Werke; SSTPI de 9 de julio de 2003, asunto T-224/2000 y de 23 de octubre de 2003, asunto T-65/98) y nacional (entre otras, en materia de competencia, sentencias del TS de 28 de julio de 1997 y de 26 de septiembre de 2000, y sentencia de la AN de 29 de diciembre de 2006) se viene considerando imprescindible para que el principio de confianza legítima produzca efectos, la existencia de signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente al particular a confiar en la legalidad de actuación administrativa. Es decir que exista un acto de la Administración lo suficientemente concluyente como para provocar en el interesado una triple convicción: a) que la Administración actúa correctamente; b) que es lícita la conducta que el interesado mantiene ante la Administración; y c) que sus expectativas como interesado son razonables.

A la vista de dichos requisitos debe considerarse que los mismos no se cumplen respecto a los antecedentes expuestos por Repsol, en los que no pueden acreditarse signos externos producidos por las autoridades de competencia lo

suficientemente concluyentes para propiciar la confianza legítima en la legalidad de la actuación de Repsol. En primer término, la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 se adoptó en virtud del Art. 9 del Reglamento CE 1/2003 y supuso la asunción de determinados compromisos por parte de REPSOL. Por tanto, de acuerdo con el Considerando 13 del mismo Reglamento, las decisiones relativas a compromisos constatan que ya no hay motivos para que la Comisión intervenga, “sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe” y “se entenderán sin perjuicio de los poderes de las autoridades de competencia y de los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar tal extremo y adoptar una decisión sobre el caso”. En consecuencia, no puede entenderse que exista una infracción del principio de confianza legítima por la investigación desarrollada, ni por la presente resolución.

En lo que respecta a los informes y resoluciones de los extintos SDC y TDC tampoco se puede afirmar que exista tal infracción al principio de confianza legítima, dada la diversidad del objeto con respecto a la investigación desarrollada en el presente procedimiento.

En el marco del expediente 490/00 Repsol, la Resolución de ejecución de sentencia de 17 de julio de 2006, recuerda que el Tribunal en su previa Resolución de 11 de julio de 2001 *“se limitó a declarar la infracción derivada de la irregularidad que suponía fijar precios de venta al público a quienes asumían los riesgos, obligaciones y responsabilidades correspondientes al propietario de las mercancías”* (FD 3º). Por ello, se constata que Repsol había realizado actuaciones formalmente tendentes a que desapareciera esa contradicción jurídica, en particular, asumiendo en los contratos denominados de agencia o comisión los riesgos por pérdida o deterioro de las mercancías y de la responsabilidad por daños causados por ésta, ya sea por fuerza mayor o por caso fortuito (FD 2º). Igualmente, el Tribunal hacía constar que *“el Servicio está llevando a cabo una información reservada para comprobar si las reformas llevadas a cabo por Repsol sobre sus vínculos contractuales con sus distribuidores han producido en la práctica los efectos deseados en orden a la no imposición de precios de venta al público en todos sus contratos de suministro de carburantes, lo anteriormente expuesto no es obstáculo para que pudiera darse lugar a la apertura de un nuevo expediente si de dicha investigación pudieran apreciarse comportamientos anticompetitivos”*.

Lo mismo acontece en el Expte. 493/00 Cepsa. En su Resolución de 30 de mayo de 2001 el Tribunal constató que determinados distribuidores, denominados contractualmente agentes, soportaban riesgos relacionados con la explotación de la ES abanderada y suministrada por Cepsa, lo que impedía considerar tales contratos como de agencia pura o genuina y, en cuanto que tales, situados al abrigo de la competencia en lo que hace a las obligaciones impuestas al agente en relación con la venta de productos a terceros por cuenta de quien vende. En la Resolución de 4 de mayo de 2007, el Tribunal constata que Cepsa comunicó por escrito a los distribuidores: a) el compromiso de *“asumir los riesgos derivados de la comercialización del producto con un determinado alcance y redacta los nuevos contratos en consonancia con ello y b) deja de fijar el precio al que se vende al*

público el combustible en la estación de servicio para comunicar a los distribuidores un precio que opera como máximo y que pueden reducir a costa de su comisión y así se establece en los nuevos contratos. A día de hoy la totalidad de los contratos de este tipo han sido ya renovados según manifiesta la empresa". Por tanto, a resultas de esa comunicación, en la medida en que el distribuidor no dejaba de asumir riesgos relacionados con la actividad comercial que se obliga a desplegar por cuenta de quien actúa, se le podía considerar un agente genuino, al que el proveedor le fija el precio máximo de venta al público, que goza de libertad para practicar descuentos con cargo a la remuneración pactada, que adopta la fórmula de comisión fija. Pero el Tribunal también deja constancia de que este análisis de cumplimiento de la Resolución de mayo de 2001, es independiente del análisis del impacto que tal modificación de los contratos pueda tener sobre la competencia en el mercado, señalando que siendo ésta una "cuestión que si bien es relevante y entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 16/1989, escapa del ámbito de este incidente de ejecución de esta Resolución. De hecho, el Servicio manifiesta en su informe sobre las actuaciones de vigilancia efectuadas que está llevando a cabo una información reservada sobre determinados aspectos que afectan a la competencia intermarca en la red de CEPSA."

En definitiva, la licitud para el Derecho de defensa de la competencia de la facultad del proveedor en los contratos de agencia pura o genuina de imponer al agente un precio máximo sobre el que se fija la comisión de éste, que podrá realizar descuentos con cargo a la misma, opera sobre la condición previa de que el distribuidor sea en efecto, jurídica y económicamente, un agente por cuanto el operador por cuya cuenta actúa no le haya trasladado ningún riesgo comercial o financiero relacionado con la actividad económica que es objeto del contrato. La instrucción de este expediente ha permitido constatar que, en realidad, tanto Repsol como Cepsa, a pesar de las actuaciones llevadas a cabo, no han dejado de trasladar a quienes contractualmente denominan agentes o comisionistas riesgos comerciales y financieros relevantes de acuerdo con la jurisprudencia del TJ y del TS así como de las autoridades de competencia que resultan incompatibles con la condición de agente (o comisionista) de acuerdo con la citada jurisprudencia y doctrina. Esto es, persiste esa incongruencia o irregularidad jurídica de denominar contractualmente agente a quien, dada la arquitectura jurídico económica diseñada e impuesta por el propio proveedor es un revendedor.

En atención a lo señalado en los antecedentes expuestos, el Consejo considera que no se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar la aplicación del principio de confianza legítima. Las decisiones de la Comisión Europea y las resoluciones de los extintos SDC y TDC no pudieron razonablemente haber provocado en Repsol y Cepsa la convicción de que la conducta ahora enjuiciada era lícita.

SÉPTIMO.- Sobre la desviación de poder

Dos de las empresas imputadas (Repsol y BP) alegan la existencia de una infracción de desviación de poder en la tramitación del presente expediente, al emplear la CNC

el procedimiento administrativo sancionador para alcanzar unos fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico para la potestad sancionadora. En el caso de Repsol, el objetivo realmente perseguido por la CNC sería modificar el modelo de distribución minorista de carburantes y combustibles (que en opinión de Repsol no le satisface), eliminado el régimen de comisión de los acuerdos verticales existentes en este mercado, modificando las relaciones comerciales de Repsol con terceros. De forma parecida, BP alega que el procedimiento incurre en desviación de poder, al servir de cauce para lograr la retirada de la exención otorgada por el Reglamento CE 2790/1999 a BP, para el que ordenamiento jurídico prevé un procedimiento específico (y distinto del procedimiento administrativo sancionador), regulado en el Art. 29.2 del Reglamento CE 1/2003 y en los Arts. 44 y 45 del RDC. Por último, y aunque sin llegar a alegar expresamente desviación de poder, la representación de Cepsa alude en su escrito de conclusiones al interés de la DI en una “eventual imposición artificial de un modelo de estructura prestacional y operativa de los contratos distinto del libremente configurado por el mercado”.

Los argumentos expuestos por Repsol y BP, en realidad, reiteran su alegación básica respecto a la plena legalidad de la conducta imputada (que consideran no se encuentra tipificada como infracción en la normativa de defensa de la competencia), y la ausencia de conducta constitutiva de infracción administrativa alguna. Ante la inexistencia de infracción y la legalidad de la conducta imputada como tal, la CNC estaría utilizando un procedimiento sancionador no para el fin fijado en el ordenamiento (investigar y, en su caso, declarar una infracción a la LDC) sino para remodelar el mercado afectado, eliminado el régimen de comisión de los acuerdos verticales existentes en el mismo o retirando la exención otorgada a una de las empresas que operan en dicho mercado, fines para los que la LDC prevé procedimientos específicos (los informes previstos en los Arts. 25 y 26 de la LDC o el procedimiento de retirada de exención de los Arts. 44 y 45 del RDC). Para BP el procedimiento no sólo es inadecuado sino que las facultades para su incoación y tramitación se estarían ejerciendo en clara y flagrante desviación de poder. Todo ello provocaría la nulidad del procedimiento en virtud de los Arts. 62. e) (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido) y 63 (son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder) de la LRJ-PAC.

El concepto de desviación de poder, que se define en el artículo 70.2 párrafo segundo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) como “el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico” tiene su origen en la cláusula general de control judicial de la actividad administrativa que contiene el artículo 106.1 CE, en su inciso final: “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Siguiendo la jurisprudencia del TS sobre la desviación de poder como motivo de impugnación de un acto administrativo (entre las más recientes, STS de 29 de junio de 2007) este Consejo considera que la argumentación de Repsol y BP no puede

ser aceptada, ya que no se observa en el comportamiento de la DI ni de la CNC la infracción de desviación de poder alegada en los términos exigidos por el Tribunal Supremo y, concretamente, en lo que se refiere a la prueba de la desviación de poder exigida por la jurisprudencia, que corresponde a la parte que alega la misma.

Dado que en la presente Resolución ha quedado acreditada, en virtud de los razonamientos expuestos en los fundamentos de derecho, la existencia de una infracción de los Arts. 1.1 de la LDC y 81.1 del TCE por parte de las empresas imputadas, no cabe entender que la CNC haya utilizado la potestad sancionadora para fines distintos a los previstos en la misma (instruir, resolver y sancionar las infracciones previstas en la propia LDC y en los Arts. 81 y 82 del TCE, tal y como le encomienda la propia LDC). El propósito del presente procedimiento sancionador ha sido, desde su inicio por la DI, en todo caso la declaración y sanción de las conductas que pudieran ser consideradas infracciones a la normativa de competencia, sin pretender en ningún momento una regulación o remodelación del mercado afectado ni la retirada de una exención por categorías a ninguna de las empresas imputadas.

Tampoco puede aceptarse la alegación de Repsol respecto al carácter casi “residual” con que la CNC debe ejercer su potestad sancionadora, que Repsol considera como el último de los instrumentos a utilizar por el organismo ya que el legislador le ha asignado variadas e importantes potestades. Sin entrar a valorar el análisis teórico que realiza Repsol respecto al alcance del “ius puniendi” del Estado, debe reafirmarse que el procedimiento sancionador al que esta resolución pone fin no ha tenido otro objetivo que investigar determinadas conductas y sus efectos sobre el mercado, y sancionarlas en el caso de que quedara acreditado su carácter ilícito y antijurídico de acuerdo con la normativa de competencia. No existe en la actuación de la CNC propósito diferente al descrito. Además, de acuerdo con lo previsto en el Art. 103 de la CE, la CNC actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, estando sometida en su actuación al principio de legalidad. Por tanto, teniendo conocimiento de presuntas infracciones a la normativa de defensa de la competencia, la CNC debe investigarlas y, en su caso, sancionarlas, si tras la debida instrucción a través del procedimiento legalmente establecido dichas presuntas conductas han quedado acreditadas. Al contrario de lo que afirman los imputados, lo que constituiría un acto nulo de pleno derecho, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sería que, ante la noticia de una presunta infracción, la CNC optara a su conveniencia por investigarla y declararla prohibida a través de las competencias consultivas y de informe previstas en los Art. 25 y 26 de la LDC.

OCTAVO.- Sobre el Cierre de la instrucción sin responder a la solicitud de confidencialidad

CEPSA en su escrito de conclusiones presentado ante el Consejo de la CNC alega que la DI habría infringido gravemente el procedimiento al haber procedido al cierre del procedimiento sin haber resuelto la solicitud de confidencialidad planteada en su escrito de alegaciones al PCH de 30 de junio de 2008. Y añade que de considerarse

que la frase vertida en el Informe elevado al Consejo en el sentido de que “la solicitud de declaración de confidencialidad de las manifestaciones vertidas en dicho escrito hace imposible su contestación pormenorizada en el presente informe...” como una declaración de confidencialidad, tampoco ofrece la DI ninguna razón y motivación de su decisión.

De acuerdo con lo que consta en el expediente, con fecha de 1 de agosto de 2008, se procede, por parte de la Subdirectora de Industria y Energía, a informar al interesado, como consecuencia del escrito de fecha de 29 de julio de 2008 por el que presentan versión confidencial de las alegaciones formuladas tanto en el cuerpo del documento como los anexos, que en primer lugar, dichas alegaciones no podrán ser contestadas en el Informe Propuesta, que además según la doctrina del Consejo de la CNC, debe haber un equilibrio entre la conveniencia de salvaguardar algunos datos cuyo conocimiento puede perjudicar al empresario y el ejercicio de defensa por el que, en general, nadie puede ser condenado en base a un documento declarado confidencial, ni tampoco un documento confidencial puede servir para exculpar a un interesado. Por último, se le comunica que habiendo transcurrido el plazo legalmente señalado, se procede al cierre del procedimiento de instrucción para la elaboración del Informe Propuesta.

Pues bien, de acuerdo con estos hechos (fehacientes e irrefutables) no se puede mantener que CEPSA no haya recibido ningún tipo de comunicación sobre su solicitud de confidencialidad, pues no solo sí la recibió, sino que además fue acorde con su petitum, incluyendo dichas alegaciones en pieza separada de confidencialidad del expediente. Con respecto a la falta de motivación de la DI sobre la declaración de la confidencialidad, debe señalarse que no existe tal, ya que la declaración de confidencialidad se encuentra motivada en la propia solicitud de CEPSA, sin que sea necesaria una mayor motivación por parte de la DI. El artículo 53 de la LDC de 1989 disponía (subrayado propio) que *“el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en cualquier momento del expediente podrán ordenar, de oficio o a instancia del interesado, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada”*. Es decir, si bien cabría exigir mayor motivación si la DI hubiera declarado la confidencialidad de oficio o, también, si hubiera denegado la solicitud de confidencialidad del interesado, no existe tal deber cuando la Administración acepta la confidencialidad solicitada y fundamentada por el interesado.

NOVENO.- Sobre la no contestación a las alegaciones por parte de la DI

Cepsa ha alegado también como una deficiencia grave del procedimiento, con menoscabo de su derecho de defensa, que la DI haya utilizado la solicitud de confidencialidad como excusa para permitirse no reproducir ni contestar debidamente en el Informe Propuesta las alegaciones al PCH, ya contaba en su poder con una versión no confidencial de las alegaciones enviadas con fecha 1 de agosto de 2008, y además la DI podía haber elaborado distintas versiones confidenciales del Informe Propuesta para cada empresa, o podía haber instado a CEPSA a que optara por uno u otro.

El Consejo no puede aceptar tampoco esta alegación. En primer término, porque solamente con fecha de 4 de agosto de 2008, es decir, cuatro días después del escrito de la DI comunicándole el cierre del procedimiento de instrucción, al haber finalizado el plazo de 15 días que dispone en su artículo 37 la LDC de 1989 para formular alegaciones, y su remisión al Consejo en la misma fecha (1 de agosto de 2008), fue recibida una versión no confidencial de las alegaciones, formulando alegaciones adicionales. Por otra parte, el Consejo considera que no se puede invocar de contrario que ocasionan indefensión las consecuencias jurídicas derivadas de una declaración de confidencialidad cuando la misma fue solicitada por la propia interesada, debiendo ser aceptada a todos los efectos y no únicamente a aquéllos que le sean más beneficiosos (entre otras, Resolución del Consejo 21 de abril de 2009, Expte. R 0019/09, Asociación de Fabricantes de Helados).

En conclusión, la DI de acuerdo con las funciones que le son concedidas en virtud del artículo 37 de la LDC de 1989, el 1 de agosto de 2008, una vez vencido el plazo legalmente establecido para formular alegaciones, y teniendo en cuenta que el periodo de tiempo que restaba para la finalización de la fase de instrucción del expediente era muy breve y que las alegaciones o las pruebas, en su caso, podían ser reproducidas en la fase de tramitación ante el Consejo, hasta en dos ocasiones, procedió a comunicar el cierre del expediente y su remisión al Consejo, por lo que dio legítimamente por concluido el periodo de instrucción. Hasta esa fecha, las únicas alegaciones presentadas por la interesada en el plazo establecido fueron las correspondientes a su versión confidencial, lo que como ya hemos mencionado, impide la contestación formal de las mismas. No obstante, aunque la versión no confidencial fue presentada fuera de plazo y una vez había sido remitido el Informe al Consejo, ello no supone en último caso menoscabo del derecho de defensa, ya que dicha documentación no confidencial es incorporada y tenida en cuenta durante la fase del procedimiento ante el Consejo, además del derecho a volver a realizar, como de facto ha sucedido, las alegaciones que estime convenientes y proponer las pruebas pertinentes de que goza la parte interesada en dicha fase ante el Consejo. Por tanto, el Consejo no aprecia actuación alguna de la DI que produzca indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de la interesada con motivo de su petición de confidencialidad.

DÉCIMO- Sobre la aplicación indebida del RDC a la preclusión de actuaciones

La representación de CEPSA alega que se ha hecho uso de una regla de supuesta preclusión de la actuación de los interesados por efecto de una decisión de cierre de la instrucción que no se contiene sino en el Reglamento de Defensa de la Competencia de 2008 (RDC), aprobado en desarrollo de la Ley 15/2007, que no es aplicable a los procedimientos que como el presente, se rigen por la Ley 16/1989.

Lo cierto es, sin embargo, que la DI, en ningún momento, hace alusión en el Informe Propuesta elevado ante el Consejo a la regla de preclusión que señala CEPSA. Además, en todo caso, y sin necesidad de mencionar lo dispuesto en los Arts. 76.3 de la Ley 30/92 y 16 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de 1993, el Consejo considera que el procedimiento de

instrucción fue legítimamente cerrado y el Informe Propuesta remitido al Consejo, por lo que es evidente que en ningún caso se podían tener en cuenta dichas alegaciones presentadas no solo fuera de plazo, sino cuando el Informe estaba ya en fase de resolución ante el Consejo. Además una vez más debemos reiterar que esta situación no generaría indefensión puesto que, tal y como especificaba la DI en el Informe Propuesta, de acuerdo con la LDC de 1989, dichas alegaciones o pruebas pueden ser en todo caso reproducidas ante el Consejo, como de hecho sucedió por parte de CEPSA con fecha de 16 de septiembre de 2008.

DECIMOPRIMERO.- Sobre la Indefensión material por la negativa a admitir la prueba propuesta

Los escritos de conclusiones presentados por las partes centran numerosas de sus alegaciones en la situación de indefensión provocada por la denegación de determinadas pruebas solicitadas durante la tramitación del procedimiento.

Así REPSOL considera que el procedimiento sancionador está viciado de nulidad, de acuerdo con el Art. 62.1.a) de la LRJ-PAC, por infracción del derecho fundamental a la defensa en relación con la presunción de inocencia, al haberse producido en el mismo una denegación injustificada y contraria a derecho de las pruebas propuestas, lo que produce indefensión. Para Repsol, de acuerdo con el Art. 137 de la LRJ-PAC, el derecho a la prueba en el procedimiento sancionador, aun sin ser absoluto, tiene un radio mucho mayor que en un procedimiento administrativo normal (Art. 80 LRJ-PAC), y para denegar su proposición, no basta invocar (y argumentar) su carácter improcedente o innecesario, sino que sólo cabe inadmitir las pruebas que (por su relación con los hechos) no puedan (no sean susceptibles de) alterar la resolución final y precisamente a favor del presunto responsable. Una prueba que le pueda beneficiar al inculpado “no debe ser rechazada jamás”.

Por su parte CEPSA alega que la DI denegó inmotivadamente las pruebas propuestas en su escrito de alegaciones de 30 de julio de 2008, limitándose a señalar en el Informe Propuesta que consideraba innecesaria la práctica de las mismas, cuando la DI está obligada a motivar en todo caso las pruebas propuestas por los interesados (Resoluciones del TDC “Esquí Sierra Nevada” y “Ortopedias Andalucía”). Esta deficiencia no ha sido superada en la fase de tramitación del expediente ante el Consejo, que ha denegado nuevamente las pruebas solicitadas por CEPSA. CEPSA se remite a las alegaciones al escrito de valoración de prueba de 4 de junio de 2009.

Por último, la representación de BP también considera que la denegación durante las sucesivas fases del expediente sancionador de la práctica de las pruebas periciales y documentales solicitadas provoca la más absoluta indefensión de BP por expresa infracción del artículo 24, 1 y 2 de la CE, habiendo sido tratada BP de forma desigual y discriminatoria y, por tanto, con infracción de los Arts. 9.2 y 3, 14 y 24.1 de la CE.

El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.

La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, (STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podría ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE, pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión. La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (STC 258/2007, de 18 de diciembre), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse “si la prueba es decisiva en términos de defensa”.

De acuerdo con lo expuesto por este Consejo en su acuerdo de 2009, no puede considerarse que las pruebas denegadas a Repsol, Cepsa y BP supongan la indefensión planteada por las partes, ya que no pueden considerarse decisivas en términos de defensa. A pesar de sus extensas alegaciones las empresas imputadas no han logrado acreditar la indefensión material que les ha provocado la denegación de las pruebas propuestas. Como ha afirmado la AN en su ya citada sentencia de 16 enero 2008 “el examen de la resolución denegatoria de las pruebas no admitidas, y de la propia resolución sancionadora, pone de manifiesto, a juicio de esta Sala que efectivamente la recurrente ha razonado la relación entre las pruebas inadmitidas y su finalidad, en este caso, no probar hechos, sino privar de validez a otras "pruebas" sobre las que, al menos parcialmente, descansa el pliego de cargos. Sin embargo, no ha resultado razonado de modo convincente que la resolución del procedimiento hubiera sido absoluta si se hubieran practicado.”

La base de los imputados para negar la conducta imputada está en que no existe fijación de precios, porque con respecto a los precios máximos/recomendados por los OP las EESS tienen la facultad de aplicar descuentos con cargo a su comisión, y por tanto el PVP lo fijan ellas y no el OP. Como se deduce tanto de los hechos acreditados como de la fundamentación en la que el Consejo basa la presente resolución, es un hecho que formalmente las EESS pueden alejarse del precio máximo/recomendado por la OP, tal y como reconocieron los extintos SDC y TDC en las tantas veces citadas resoluciones de los expedientes 490/00 y RTDC 493/00, por lo que ni la DI en la fase de instrucción, ni el Consejo en la fase de resolución de este expediente valoraron como necesario realizar unas pruebas para verificar lo que ya estaba en el expediente. La existencia de la fijación de precios que aquí se

dirime está relacionada con la existencia de otras conductas que, estando bajo control de las OP, tienen el efecto de desincentivar el que la EESS fije un precio final inferior al fijado como máximo por el operador. Por ello, se denegaron todas aquellas pruebas que tenían por objeto probar la existencia material de los descuentos. Y de igual forma se denegaron aquellos documentos que tenían por objeto demostrar la adaptación puntual de algún contrato al nuevo Reglamento.

La prueba solicitada por BP de pedir el registro de todos los operadores petrolíferos para haberlos imputado a todos carece de sentido, pues como constaba ya en el IP la imputación se centró en los tres OP no porque fuesen los que presentaban las mayores cuotas de mercado, sino el mayor grado de seguimiento de sus EESS respecto a los precios máximos/recomendados por sus respectivos OP. Además, es doctrina asentada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la aplicación del artículo 14 de la CE que no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad, ya que este derecho no puede ser un instrumento para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto por el ordenamiento jurídico (SSTS 11-11-81, 29-6-98 y 22-7-98). A la vista de esta doctrina debe desestimarse la alegación expuesta por BP ya que no se aprecian los tres requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para apreciar la concurrencia de una vulneración del principio de igualdad: 1) aportación de un término idóneo de comparación demostrativa de la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido trato diferente, 2) que el trato desigual no esté fundado en razones objetivas que lo justifiquen, y 3) que el juicio comparativo se desarrolle en el marco de la legalidad, pues no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto por el ordenamiento jurídico.

Con respecto a la prueba solicitada por BP de acceder a los datos en soporte electrónico, y cuya negativa le habría causado indefensión, la realidad de los hechos es que los datos han sido facilitados a todos los interesados, tal y como consta en el expediente. La base de datos a la que se refiere BP consta en los folios 1806 a 3388 y todos los imputados e interesados tienen una copia de la misma tal y como consta en el expediente. Así el 5/9/07 REPSOL dispuso de copia de todo el expediente; el 6/08/07 CEPSA solicitó y recibió las páginas 1805 a 3398 entre otras; CEEES solicitó y recibió copia de las páginas 1256 a 3398 entre otras el día 6/8/07 y BP solicitó y recibió copia de las páginas 1 a 3388 entre otras, el día 7/8/07. El traslado del soporte papel de cualquier información al soporte electrónico es no sólo posible técnicamente sino con recursos al alcance de todos los interesados, como lo demuestra el hecho de que todos ellos lo han solicitado.

Además, el tratamiento estadístico seguido es tan básico que su réplica se puede obtener con el uso tan sólo de una hoja de cálculo. Si los resultados pudiesen ser rebatidos no hay duda que los imputados lo habrían hecho, pues ello iría en su clara defensa, así que no pueden ni argumentar indefensión por no tener los datos, ni invalidar los resultados estadísticos ofrecidos por la DI. Es más, se trata exclusivamente del cálculo de un porcentaje en el caso del HA1 del IP (que en la presente resolución ha pasado a ser el HA Decimotercero) que se obtiene sumando

el número de EESS que han seguido el precio máximo recomendado y dividiendo dicho número por el total de EESS en la muestra, algo que, entiende el Consejo que difícilmente requiere una prueba pericial, como sugiere BP. Lo mismo se puede decir de los resultados del HA2 (HA Decimocuarto en la presente resolución), donde se calcula a nivel provincial la media de precios fijados por las EESS de esa provincia y la dispersión de dichos precios. Es decir, la media y desviación típica de una determinada población, los parámetros básicos estadísticos, que entendemos, tampoco precisan de ningún control por parte de expertos peritos en técnicas estadísticas o econométricas. En resumen, lo fundamental para *“haber realizado concienzudamente y de una forma técnicamente intachable los presupuestos estadísticos sobre los que se viene basando en última instancia la acusación de este expediente”* es disponer del dato, no el formato en el que está disponible, aun reconociendo que de haber estado en soporte electrónico los imputados se habrían ahorrado algún tiempo y su correspondiente coste económico, pero en ningún caso se han conculcado los derechos de defensa de los imputados. La información relevante, al completo, obra en poder de todos los interesados en el expediente y, por tanto, en contra de lo que alegan en su conclusión 4ª, las bases prácticas de la acusación podrían haber sido sometidas a contradicción si BP lo hubiese querido y la tardanza cierta en contestar a la solicitud de prueba y vista, no es óbice para que hubiesen realizado sus propios cálculos, pues como consta en el expediente, BP dispone de la información necesaria desde el 8 de agosto de 2007, es decir, han tenido un año y diez meses para pasar los datos de papel al soporte electrónico necesario para su tramitación estadística.

A la vista de lo expuesto, este Consejo estima que la denegación de la práctica de las pruebas propuestas no ha generado indefensión a las partes, de forma que el procedimiento sancionador no puede estar viciado de la causa de nulidad alegada.

DECIMOSEGUNDO.- Naturaleza jurídica de los contratos y su sujeción a las normas de competencia

Antes de abordar el análisis de la conducta es preciso aclarar, desde la perspectiva que aquí nos ocupa, que no es otra que la defensa de la competencia, la cuestión de la naturaleza jurídica de los contratos que operan en la mayoría de las relaciones jurídicas entre OP y titulares de EESS ajenos al OP. La representación de CEPESA considera incorrecta la afirmación efectuada por la DI en el Pliego, relativa a la naturaleza jurídica de los contratos de comisión y su sujeción a las normas de competencia, según la cual: *“Los denominados “comisionistas” analizados en el presente expediente asumen determinados y relevantes riesgos, son empresarios, distribuidores independientes, constituyen unidad empresarial independiente de su “principal”, de modo que no sólo están sujetos, evidentemente, a la normativa de competencia, sino que no les resulta de aplicación la figura de los descuentos con cargo a comisión destinada exclusivamente a los que sí son realmente comisionistas”*.

Dicha afirmación, sostiene CEPESA, en cuanto declara que a los comisionistas que asumen determinados y relevantes riesgos no les resulta de aplicación las figura de

los descuentos con cargo a la comisión, destinada exclusivamente a los que sí son realmente comisionistas, es sorprendente, en primer lugar, porque es contraria a las normas de competencia, a la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios y nacionales y a la doctrina administrativa de las propias autoridades de competencia.

CEPSA asume que los comisionistas a los que el presente expediente se refiere asumen determinados riesgos y por ello la relación con los mismos está sujeta al Derecho de la competencia. Esta sujeción lo es tanto en lo relativo a la exclusividad del suministro como a los precios y demás condiciones de comercialización de los bienes o servicios de que se trate. Pero la sujeción al Derecho de la competencia de los llamados agentes no genuinos en virtud de los riesgos asumidos no implica, en ningún caso, cambio de la naturaleza de la relación. Agencia y asunción de riesgos por el agente son compatibles de acuerdo con una interpretación a contrario sensu del artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de régimen del contrato de agencia. Y es a estos agentes que asumen riesgos a los que, pudiendo fijar el precio el principal, como es de esencia a la agencia, se les debe permitir realizar descuentos con cargo a su comisión. Los agentes que asumen riesgos siguen siendo agentes, aunque a efectos del Derecho de la competencia se les considere no genuinos, y es a los que es de aplicación la técnica especial de competencia en precios de los descuentos con cargo a la comisión.

La figura del agente no genuino no es una novedad, sino que ha quedado plasmada en nuestra jurisprudencia nacional (Sentencia de 8 de marzo de 2007 de la AP de Madrid), en los instrumentos de la Comisión Europea (Decisión de 18 de octubre de 1991, Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales) o en las resoluciones del propio TDC (Resolución de 4 de marzo de 2007, Expte. 493/00).

Pues bien, teniendo en cuenta que estos contratos mantienen su naturaleza jurídica de agencia, lo prohibido en estas relaciones de agencia sujetas a las normas de competencia no es que el principal fije un precio –lo que es inherente a la relación de agencia- sino que se impida al agente modificar dicho precio realizando descuentos con cargo a su comisión. Esta interpretación que ha sido expresada por el TJCE en su Sentencias de 1 de octubre de 1987, de 14 de diciembre de 2006, ha sido asimismo asumida por los Tribunales españoles (Sentencia 7 de mayo de 2007 de la AP de Madrid, Sentencia 27 de octubre de 2006 de la AP de Madrid, Sentencia de 4 de diciembre de 2006 de la AP de Madrid).

En definitiva, entiende CEPSA, que en la medida en que la fijación de un precio de venta, al menos con carácter de máximo respecto al que puedan hacerse descuentos con cargo a la comisión, es inherente a las relaciones de agencia o comisión, incluso a las sujetas plenamente al Derecho de la competencia, el planteamiento del Pliego lleva al absurdo. No podría garantizarse una comisión fija a los comisionistas si éstos vendieran a cualquier precio, sin tener un precio de venta al público fijado por el principal siquiera con el carácter de máximo. La consecuencia de una exclusión de la figura de la comisión sería muy previsiblemente un incremento generalizado de los precios de venta al público en los segmentos no profesionales de la demanda, en los que ésta presenta una mayor rigidez.

El Consejo, del conocimiento no sólo de este expediente sino del conjunto de resoluciones y decisiones de distinto tipo emanadas de los tramitados por las autoridades de competencia, tanto españolas como comunitarias, considera que es un hecho notorio que los operadores petroleros han creado una maraña contractual en sus relaciones con los distribuidores de perniciosos efectos para la apertura del mercado que no resultan fáciles de mitigar. En efecto, los OP han estructurado sus relaciones comerciales con las EESS sobre la base de negocios jurídicos absolutamente atípicos, de arquitectura obligacional compleja, pues presentan elementos que son característicos de varios contratos (arrendamiento, suministro, licencia de marca-abanderamiento, asistencia técnica, comodato...), incluso de contratos incompatibles entre sí (agencia y compraventa), ya que no se puede ser al tiempo agente (genuino) para unas obligaciones y distribuidor independiente (revendedor) para otras. Con el objeto de encontrar la “realidad económica” de esa relación jurídica compleja establecida entre las partes y su finalidad restrictiva, esta maraña debe, desde la óptica del Derecho de defensa de la competencia, ser desenmarañada. Vaya por delante, aun cuando ello no afecte al presente supuesto, el recuerdo de las construcciones artificiosas alzadas por los OP para alargar la duración de los contratos, acudiendo a figuras jurídicas tales como la constitución de derechos de usufructo y superficie, que precisó de una regulación específica en las Directrices relativas a las Restricciones Verticales. Otro aspecto de la maraña, y éste sí afecta al supuesto contemplado en el presente expediente, es el relativo al abuso de la figura del contrato de agencia. Ha sido preciso que la Comisión, a través de las referidas Directrices y sus decisiones, el Tribunal de Justicia y en España el propio Tribunal Supremo, desmontaran la artificiosa construcción jurídica llevada a cabo por los operadores petroleros, en virtud de la cual se pretendía que buena parte de los contratos de distribución fueran calificados como de agencia, con la indudable pretensión de que no se les aplicaran las normas de la competencia, ya que el agente no es más que un auxiliar del empresario, del principal por utilizar la terminología de nuestro Código de Comercio. Si se tratara de contratos de agencia, los artículos 81.1 del Tratado CE y 1 LDC no serían de aplicación a las obligaciones impuestas al agente en relación con la venta de productos a terceros por cuenta del principal (es cierto que las Directrices hacen una excepción a la que más tarde se aludirá), porque al no ser el agente un operador económico independiente del que por cuya cuenta actúa no existe la bilateralidad imprescindible para la aplicación de tales preceptos. Y cuando esa pretensión ha quedado desmontada se construye un sistema, de nuevo artificioso, según el cual vienen a equipararse los regímenes en los que se aplican las normas de la competencia tanto a los contratos de agencia como a otras construcciones jurídicas que bajo la denominación de contratos de agencia engloban una realidad jurídica y económica diferente.

Las Directrices sobre Restricciones Verticales incluyen un buen número de apartados (especialmente del 12 al 20 ambos inclusive) referidos a los contratos de agencia, en los que se distinguen entre contratos de agencia genuinos (que son los que pueden ser denominados contratos de agencia conforme a la Ley del Contrato de Agencia), y contratos de agencia no genuinos (que no pueden ser considerados

ni jurídica ni económicamente contratos de agencia, aun cuando, como es lógico, en las Directrices no se entra a analizar cual es su naturaleza jurídica) en términos similares a los que se puede llegar desde la doctrina iusprivatista sobre las diferencias y relación entre el contrato simulado y el contrato disimulado. Pero estos párrafos, cuyo redactor indudablemente tuvo en cuenta la realidad española en el mercado de distribución minorista de productos carburantes, no están encaminados a determinar, porque no es su función ni su objetivo, ni la naturaleza jurídica ni el alcance en las relaciones privadas de los contratantes de estos contratos no genuinos de agencia. Se trata de normas de la competencia que contemplan realidades y tradiciones jurídicas muy diferentes, y por lo tanto las Directrices se limitan a:

- 1) Establecer cuáles son las circunstancias que concurren para calificar un contrato de agencia como no genuino y al que se le aplicarán las normas de la competencia. Y en este punto habrá que analizar los riesgos que asume el presunto agente, especialmente referidos a la financiación de las existencias y los relacionados con las inversiones específicamente destinadas al mercado (apartado 14) para determinar si nos encontramos o no ante un verdadero contrato de agencia.
- 2) Determinar cuál es el régimen que se aplica al agente no genuino y en este punto el apartado 15 de las Directrices resulta concluyente en la medida en la que establece que si asume riesgos el agente “será considerado como un distribuidor independiente”.

En el apartado 48 las Directrices se vuelven a referir al contrato de agencia, y las imputadas parecen interpretar que este párrafo está contemplando el régimen aplicable a los contratos de agencia no genuinos, de modo que los agentes no genuinos serían verdaderos agentes a los que se les puede imponer cualquier restricción, excepción hecha de la prohibición de realizar descuentos con cargo a su propia comisión que es lo que proscribiera este párrafo 48. No resulta sencilla la interpretación del presente párrafo, pero en cualquier caso, antes de entrar a realizar consideraciones interpretativas, resulta necesario recordar que no nos encontramos ante un texto normativo sino ante una Comunicación, de gran interés a la hora de aplicar el Reglamento de Restricciones Verticales, pero a la que, precisamente por tratarse de un texto que pretende apoyar la interpretación del Reglamento, no puede ni debe exigírsele el mismo rigor que si de un texto normativo se tratara. Y ello se pone de manifiesto porque habría que preguntarse a qué contratos de agencia se está refiriendo en el mencionado párrafo: a los contratos de agencia o a los contratos de agencia no genuinos. Si fuera a los segundos no se entiende la específica mención, ya que con anterioridad se ha hecho mención a los problemas que presentan esos indebidamente calificados como contratos de agencia (párrafos 12 a 20), e incluso se ha especificado que los agentes no genuinos deben ser tratados como distribuidores independientes; en tales circunstancias parece absurdo un régimen específico sobre los descuentos porque ha de aplicarse la regla general:

son libres para fijar los precios con independencia de que sean admisibles los precios máximos o recomendados.

La interpretación contraria, es decir la que consiste en pensar que en el párrafo 48 se refiere a contratos de agencia genuinos se basa en la literalidad del texto (habla de “contratos de agencia”), e incluso en su ubicación sistemática fuera de los apartados 12 a 20 en los que se ha hablado de contratos de agencia no genuinos. Sin embargo no puede ocultarse un problema: en principio en los contratos de agencia no existe bilateralidad ya que el agente no es un empresario independiente Y ese es el mayor problema de esta interpretación.

Pero existen otros argumentos de peso a favor de esta segunda interpretación, argumentos que añadir a los anteriores. En primer lugar este párrafo fue incorporado en un momento tardío de la elaboración de las Directrices, por lo que en buena medida se explican las aparentes contradicciones que se plantean a la hora de interpretarlo. Por otra parte la obviedad que refleja (que el agente pueda disponer de su comisión, ¡naturalmente!) no supone ninguna novedad; la novedad en cualquier caso consiste en que la prohibición de lo que no puede ser prohibido por el Derecho privado se convierta en una infracción del artículo 81.1. Ahora bien ese inconveniente, es decir que a un contrato de agencia se le pueda aplicar el artículo 81, que sería el de mayor peso, ha sido obviado por el TJ cuando en la sentencia de 14 de diciembre de 2006 establece que se excluye la aplicación del artículo 81 exclusivamente en cuanto respecta a las obligaciones impuestas al agente en el marco de la venta a terceros por cuenta de quien actúa, pero puede ser aplicable en otros aspectos tales como la cláusula de exclusividad o la prohibición de competencia (apartado 62). Y es fácilmente comprensible que la disponibilidad del importe de las cantidades fijadas como comisión no entra “en el marco de la venta a terceros por cuenta de quien actúa”, porque al rebajar la comisión, que es de su propiedad, el agente no actúa por cuenta del principal sino disponiendo de lo que es suyo. Con independencia de que al hablarse de comisión nos encontramos nuevamente en el marco del contrato de agencia genuino, ya que el agente no genuino no percibe propiamente una comisión, puesto que merece el tratamiento de un revendedor.

Que esta es la interpretación correcta del párr. 48 se confirma al observar su ubicación sistemática, en el punto III.3 de las Directrices. Si en el punto II.2 la Comisión se refiere a los contratos de agencia como categoría de acuerdos verticales que, por lo general, quedan excluidos del ámbito de aplicación del Art. 81.1 TCE, en el punto III.3 la Comisión analiza las restricciones especialmente graves contempladas en el Reglamento de exención 2790/99, comenzando por la fijación vertical de precio de venta (párr. 47). Es por tanto en este contexto, limitado al análisis de la restricción por el proveedor de la libertad del distribuidor para fijar el precio de reventa, en el que debe ser enmarcada la interpretación del párr. 48 de las Directrices. En efecto, en el párrafo 47 la Comisión ilustra con una serie de ejemplos cuando, de acuerdo con el Art. 4.2 del REC, se puede considerar que existe fijación

indirecta del precio de reventa al distribuidor independiente (revendedor) o agente no genuino. Por ello, porque este párr. 47 no se aplica a los agentes genuinos, en el párr. 48 la Comisión siente la necesidad de referirse a los contratos genuinos de agencia, recordando que el principal puede fijar al agente el PVP, lo que le estaría vedado (incluso por medios indirectos) si se tratase de un agente no genuino (párr. 47). Así pues, el párr. 48 sólo aborda la cuestión de la fijación del PVP en los contratos genuinos de agencia, y en este limitado contexto, aun cuando el principal puede fijar al agente el precio de venta, la Comisión destaca que esta facultad del principal no puede afectar a la libertad del agente para practicar descuentos con cargo a su remuneración. Para las demás cuestiones relativas al contrato de agencia, genuino o no genuino, habrá que estar al régimen general de los párrafos 12 a 20 de las Directrices.

La doctrina relativa a la diferenciación entre agentes y agentes no genuinos (análisis de los riesgos financieros y comerciales para determinar si se trata de un verdadero contrato de agencia y, en caso contrario, aplicación del artículo 81 del Tratado CE como si el agente fuera un distribuidor independiente) se contiene en la jurisprudencia del TJCE, precisamente en cuestiones prejudiciales referidas a contratos de distribución de productos carburantes en España (Ss. de 14 de diciembre de 2006, 11 de septiembre de 2008, y 4 de abril de 2007), así como del TPI (S. de 15 de septiembre de 2005). En España la jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo tanto de la Audiencia Nacional (Ss. de 13 de julio de 2007 y 21 de enero de 2008) y del Tribunal Supremo (Ss. de 3 de marzo de 2005 y 4 de mayo de 2007) inciden en el mismo sentido.

Es igualmente digna de ser tenida en consideración la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la que se aborda la cuestión desde la óptica iusprivatista y se llega a la misma conclusión sobre la naturaleza del contrato (conclusiones que no resultan estrictamente necesarias cuando se trata de analizar los efectos sobre la competencia, esto es cuando se realiza el análisis por las autoridades de la competencia y la jurisdicción revisora de los actos de éstas). Y así (Ss. de 8 de noviembre de 1995, 30 de noviembre de 1999, 3 de octubre de 2007, y 20 de noviembre de 2008) según los casos, se establece que el contrato puede ser de compraventa o bien un contrato atípico, pero en ningún caso contrato de agencia.

Vaya por delante que la utilización de términos como “contrato de agencia no genuino” haya podido conducir a alguna confusión que ha sido hábilmente aprovechada por las imputadas en interés propio. Con mayor claridad se podría haber dicho, como hacen los Tribunales españoles, que un contrato que no reúne las características esenciales del contrato de agencia puede ser cualquier cosa menos un contrato de agencia, y llamarlo contrato de agencia puede conducir a cierta confusión. Pero ha de tenerse en cuenta que en la legislación y jurisprudencia comunitaria se dictan o aplican normas de países de tradición jurídica muy diferente por lo que las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de los contratos se analizan de forma genérica. Y ello sin olvidar que no se está haciendo un análisis de

derecho contractual sino exclusivamente el necesario para aplicar las normas de la competencia.

Posiblemente un análisis de derecho contractual llevaría a la conclusión de que en los contratos llamados de agencia impropios existe un contrato simulado (el que las partes por imposición de la petrolera denomina como de agencia) y el disimulado (posiblemente uno de compraventa ya que si se produce la transmisión de una cosa, el carburante, a cambio de un precio nos encontramos ante un contrato de compraventa) y desde esa óptica si no existe causa de nulidad, el contrato disimulado resulta el válido y sus normas son las aplicables. Las disposiciones de la Ley 12/1992, del Contrato de Agencia, en la medida en la que exigen que el agente comercial no actúe en nombre propio conducen igualmente a esa conclusión. Pero no resulta necesario tal análisis, ni entrar en este expediente a dilucidar – no es a la CNC a la que le corresponde esa tarea- la naturaleza jurídica de los llamados contratos de agencia impropios, puesto que se trata de analizar si resultan aplicables las normas de la competencia, y ello resulta indudable por cuanto que, si existe por parte del titular de la estación de servicio asunción, al menos, en una proporción no insignificante de uno o varios riesgos financieros o comerciales respecto de la actividad económica objeto del contrato, de acuerdo con el REC, las Directrices y la jurisprudencia comunitaria y española, se aplican el artículo 81.1 Tratado CE, o el 1 LDC, como si fuera cualquier otro distribuidor, es decir como si nos encontráramos ante un contrato de compraventa mercantil del carburante.

En consecuencia desde la óptica del derecho de la competencia, los contratos de distribución de carburantes sólo admiten una división: los contratos de distribución (CODO y DODO) a los que se le aplican las normas de la competencia, se llamen contratos de agencia no genuinos o se denominen contratos de suministro o compraventa, y los contratos de agencia (llamada genuina) a los que, en principio, no se les aplica el artículo 81.1 Tratado CE y el 1 LDC sólo en lo que respecta a las obligaciones impuestas al agente en relación con la venta de los productos contractuales a terceros por cuenta de quien actúa, si bien se admiten ciertos matices en este último supuesto.

Estas consideraciones son dignas de ser tenidas en cuenta a la hora de rebatir algunos de los argumentos planteados por la representación de REPSOL sobre la aparente contradicción existente entre las Resoluciones de ejecución de las RTDC 490/00 y 493/00 y el Informe Propuesta de la DI, por cuanto en aquellas resoluciones se declaraba el cumplimiento formal la decisión del TDC. Pero al realizar tal alegación quiere ocultar de forma maliciosa que en la resolución de ejecución de sentencia de la RTDC 493/00 CEPESA, de 4 de mayo de 2007, ya se decía que: *“El Servicio manifiesta en su Informe sobre las actuaciones de vigilancia efectuadas que se está llevando a cabo una información reservada sobre determinados aspectos que afectan a la competencia intermarca en la red de CEPESA”*.

Es posible que en aquella ocasión el Tribunal no hubiera sido suficientemente explícito, pero una falta de concreción no ha de permitir perpetuar una interpretación, carente por otra parte de la buena fe exigible, que conduzca a igualar el tratamiento desde la óptica de la competencia de los contratos de agencia genuinos y no genuinos, cosa que no resulta posible conforme con anterioridad se ha reiterado.

DECIMOTERCERO.- El marco de análisis: El Reglamento y las Directrices de Restricciones verticales.

Los contratos objeto de análisis en el presente expediente regulan las relaciones entre un operador mayorista y un distribuidor minorista, se trata pues de acuerdos de compraventa de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en niveles diferentes de la cadena de producción o distribución, acuerdos que se denominan verticales. Las condiciones que se imponen en el marco de estos acuerdos son las denominadas “restricciones verticales”, y por tanto, el análisis desde la perspectiva de la defensa de la competencia de las relaciones verticales establecidas entre OP y titulares de EESS objeto de este expediente deben ser analizadas en el marco regulatorio configurado por el *REGLAMENTO (CE) No 2790/1999 DE LA COMISIÓN de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* (el Reglamento), y por la *COMUNICACION DE LA COMISION relativa a las Directrices relativas a las restricciones verticales*, que establecen los criterios de aplicación del reglamento. (2000/C 291/01 (Las Directrices).

El Reglamento establece en su Art. 2 que aquellos acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios ("acuerdos verticales") y que cumplan los requisitos establecidos en el Art.81.3 del TCE, serán exceptuados de las prohibiciones contenidas en el Art.81.1 del TCE. Y en su artículo 4.a) añade el reglamento que “La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, *directa o indirectamente*, por sí solos o en combinación con *otros factores bajo control de las partes*, tengan por objeto:

- a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.” (Subrayado añadido)

Esta prohibición de fijación de precios aunque sea de forma indirecta responde a la filosofía de la Comisión Europea de considerar la fijación de precios como una restricción especialmente grave. Esta gravedad viene expresada literalmente en el

párrafo 47 de las Directrices, donde además se describe el tipo de test que debe realizarse para valorar si cierto tipo de condiciones exigidas por el productor, junto con medidas adicionales, convierten los precios máximos o recomendados en precios fijos.

“(47) .La restricción especialmente grave contemplada en la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías se refiere al mantenimiento del precio de reventa, es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que ha de ajustarse el comprador. La restricción no plantea dudas en el caso de cláusulas contractuales o de prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa. No obstante, el MPR también se puede lograr con medios indirectos. Ejemplos de esta última posibilidad son los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios. Los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar los distribuidores que rebajan los precios, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado. De modo similar, la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como la posibilidad de que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido. Los mismos medios indirectos y las medidas de "acompañamiento" pueden emplearse para lograr que los precios máximos recomendados funcionen como MPR. No obstante, el hecho de que el proveedor distribuya al comprador una lista con precios recomendados o precios máximos no se considera que en sí mismo conduzca al MPR. (Subrayado añadido)

Las Directrices dedican un epígrafe propio, el 2.8, en el que se ofrece “orientación para evaluar los casos que se sitúan por encima del umbral de cuota de mercado del 30 % y los casos de retirada de la exención por categorías”. Dicha orientación la expone en los párrafos siguientes:

“(226) El posible riesgo que representan para la competencia los precios máximos y recomendados es, en primer lugar, que el precio máximo o recomendado actuará como punto de referencia para los revendedores y podría ser aplicado por la mayoría o la totalidad de ellos. Un segundo riesgo para la competencia se deriva de que los precios máximos o recomendados pueden facilitar la colusión entre proveedores.

(227) *El factor más importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es la "posición de mercado del proveedor". Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del proveedor, mayor será el riesgo de que un precio de reventa máximo o recomendado lleve a una aplicación más o menos uniforme de dicho precio por parte de los revendedores, ya que éstos podrían utilizarlo como punto de referencia. Los revendedores podrían tener dificultades para desviarse de lo que perciben como el precio de reventa que prefiere un proveedor tan importante del mercado. En estas circunstancias, la práctica de imponer un precio de reventa máximo o recomendado puede infringir el apartado 1 del artículo 81 si redundando en un nivel de precios uniforme.*

(228) *El segundo factor más importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de los precios máximos y recomendados es la posición de mercado de los competidores. Especialmente cuando se trata de un oligopolio cerrado, la práctica de aplicar o publicar precios máximos o recomendados puede facilitar la colusión entre los proveedores, al intercambiar información sobre el nivel de precios preferido y al disminuir la probabilidad de que bajen los precios de reventa. La práctica consistente en imponer un precio de reventa máximo o recomendado que produzca tales efectos podría también infringir el apartado 1 del artículo 81."* (Subrayado añadido)

De todo lo anterior se concluye que la fijación de precios máximos o recomendados es una institución que en principio goza de la exención que le otorga el Reglamento, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo. Por lo tanto, en la presente resolución se ha de decidir si las prácticas que llevan a cabo los OP en su relación comercial con las EESS pueden ser catalogadas (1) como factores que inciden directa o indirectamente en que el precio máximo/recomendado opere realmente como un precio fijo y (2) si dichos factores están bajo "control de las partes". Es decir hay que resolver si de lo instruido en este expediente se concluye que el precio fijo o mínimo es el resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TJCE en la sentencia STJ PREJUDICIAL C 279/06 TOBAR vs CEPSA. 11/09/08, en su párrafo (70), al decir que:

“... Debe comprobarse si la fijación del precio de venta máximo no es, en realidad, un precio de venta fijo o mínimo, teniendo en cuenta el conjunto de las obligaciones contractuales, así como el comportamiento de las partes en el asunto principal.

...corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la autorización para bajar el precio corresponde a una posibilidad real para el revendedor de disminuir ese precio de venta, teniendo en cuenta el efecto concreto del conjunto de las cláusulas del contrato controvertido en el asunto principal en su contexto económico y jurídico. Es preciso comprobar en particular si tal precio de venta al público no se fija, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, tales como la fijación

del margen del titular de la estación de servicio, amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones o incentivos”.

Y en la misma línea la más reciente STJCE Prejudicial C-260/07 de 2 de abril de 2009 en su párrafo (84) dice que : *“las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público... pueden acogerse a la exención por ... si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal”.*

De estas sentencias se deduce que se admite que existe la posibilidad “teórica” de reducir el precio máximo/recomendado, pero ello no se convierte automáticamente en una posibilidad “real”, sino que la realidad, o mejor dicho la “factibilidad” de reducir el precio máximo/recomendado deberá valorarse teniendo en cuenta tanto el resto de las cláusulas del contrato como el contexto económico y jurídico en el que se desenvuelven los implicados. Este fundamento es precisamente el que subyace en las Resoluciones de Ejecución de Sentencia del TDC de fechas 17 de julio de 2006 y 4 de mayo de 2007 en los asuntos 490/00 Repsol y 493/00 Cepsa, que el descuento con cargo a la comisión es una posibilidad formal que se les comunica a los titulares de EESS, pero queda por determinar la efectividad material de dicha figura, que es lo que se aborda en la presente resolución.

DECIMOCUARTO.- Los factores que inciden en la fijación indirecta del precio.

A lo largo de la instrucción del expediente se han acreditado una serie de hechos que la DI valora como factores que indirectamente hacen que el precio máximo/recomendado se comporte como un precio fijo.

Formación del precio de adquisición

El primero de ellos se refiere a la forma en que los OP fijan el precio de adquisición (o precio de venta) del carburante al titular de la EESS, es decir el precio que el OP recibe del titular, o lo que es lo mismo la cantidad que el principal debe recibir independientemente de si hay o no descuento con cargo a la comisión. La diferencia entre un denominado comisionista y un revendedor en firme con descuento fijo es más formal que material, pues en ambos casos, como acredita el HA 3 y el HA 4, éste precio de adquisición se fija en base a dos parámetros controlados por el OP: el precio de referencia y la comisión/descuento. El precio de referencia coincide con el propio precio máximo/recomendado y cada OP lo fija bien como *“el promedio moda de los precios de venta al público de las EESS de su entorno competitivo”*, o bien de tal forma que cuando el revendedor le

aplique a ese precio de referencia los “*márgenes o comisiones brutos que vengan obteniendo otros suministradores con significación en el mercado, y buena fe, de los mismos productos y en la misma área geográfica o comercial*” el precio final de mercado le permita mediante la ulterior venta obtener dichas comisiones.

Cualquiera de los dos criterios anteriores se basa en vincular el precio máximo/recomendado de cada EESS a los precios máximos/recomendados de las EESS del entorno. En el primero es explícito, en el segundo implícito. Con el segundo criterio el OP le está diciendo al titular de la EESS que le fijará un precio de adquisición tal que al sumarle los márgenes o comisiones de la zona (se deduce que todos los conocen) obtenga un precio de venta al público que le permita obtener esas comisiones. Es inmediato concluir que con este método el precio de venta al público resultante deberá ser un precio competitivo, pues en caso contrario la EESS no vendería sus productos y por tanto no percibiría comisión. El precio será competitivo si no supera los precios del entorno, y por tanto, si el OP se compromete contractualmente a fijarle unos precios máximos/recomendados que el titular percibe como competitivos, y que le van a permitir obtener el mismo nivel de comisiones que sus competidores, el incentivo del titular de la EESS será aplicar el precio máximo/recomendado. Por ello, este sistema de formación de precios crea un claro desincentivo en el titular de la EESS a apartarse del precio máximo/recomendado mediante la aplicación de descuentos con cargo a su comisión/margen.

Alegan los imputados que fijar el precio máximo en función de los precios de los competidores del entorno es una conducta absolutamente legal y que entra dentro de los comportamientos competitivos de los operadores económicos. A este respecto, la DI manifiesta que si bien en principio puede parecer lógico que los precios de referencia y los precios máximos/recomendados se aproximen, o igualen en la práctica, cuando ello es “*aplicado de forma homogénea por los tres principales operadores del país, promueve un alineamiento indeseable a los efectos de la existencia de unas condiciones de auténtica competencia en precios absolutamente necesaria en un mercado de las características del estudiado en el presente expediente. Y continúa argumentando que: “Las actas de las inspecciones llevadas a cabo por la DI (folios 5636 a 5640, 5704 a 5709, 5793 a 5795, 5864 a 5867, 5971 a 5974, 6352 a 6370, 6437 a 6553 y 6608 a 6614), confirman lo expuesto y ponen de manifiesto el control que, aun sin mediar reclamación o medida de represalia alguna por parte de las operadoras, llevan a cabo los gestores de las EESS sobre los precios de aquellas estaciones que se encuentran en el área de influencia correspondiente, esto es, en el entorno competitivo de la estación, siendo estos precios comunicados a sus operadoras de bandera aunque actualmente ello no sea exigible contractualmente.*

...

Evidentemente, el efecto que tiene el hecho de que los precios recomendados o indicados estén ligados a los efectivamente practicados en las distintas zonas de influencia es reducir el incentivo al que se enfrentan tanto el operador como el

minorista para salir de dichos precios mayoritarios vigentes en la zona. Es decir, si bien la existencia de algún contrato individualmente considerado con dicha característica no podrá revestir, en principio, problema para los incentivos para fijar los precios, la presencia mayoritaria en cada una de las redes y el efecto paralelo derivado de estar presente en las tres principales redes de distribución ejerce una influencia decisiva sobre los incentivos y facilitará enormemente el alineamiento a los precios mayoritarios en cada una de las zonas de influencia”

Al igual que la DI el Consejo considera que esta forma de fijar los precios de adquisición tiene efectos a nivel intramarca y a nivel intermarca. En primer lugar el hecho de que mediante contrato el OP se comprometa con el titular de la EESS a fijarle unos precios de referencia tales que al sumarle el importe de las comisiones (al nivel de las de su entorno) se obtenga un precio competitivo con los de su entorno provoca un claro desincentivo en el titular de la EESS para reducir el precio final a costa de su comisión. En efecto, si la EESS percibe que el precio máximo/recomendado por el OP le hace ser un operador competitivo con los de su entorno no queda apenas espacio para pensar en serlo aún más renunciando a una parte de sus ingresos por comisión, salvo que estime el titular de la EESS que la reducción de precios estimule de tal forma la demanda que las mayores ventas compensen las pérdidas unitarias de la comisión. Aunque dependerá de varios factores, tales como la ubicación de la zona, en un mercado como el que nos ocupa, maduro y de bajas elasticidades al precio, el incentivo a alejarse de un precio máximo/recomendado que asegura al titular de la EESS unas ganancias del mismo nivel que las de sus competidores, por la expectativa de una escasa o nula ganancia si reduce el precio, es realmente reducido. En segundo lugar, cuando se trata de un producto homogéneo, con pocos operadores en el entorno competitivo, con barreras de entrada, y transparencia en precio y en el que el cambio de precios se repite semanalmente, esta forma de fijar los precios de referencia conduce a un alineamiento de precios en el entorno competitivo. Es decir, estamos en un mercado en el que todos los operadores fijan sus precios, observan los de sus competidores y cada semana tienen la opción de ajustar sus desviaciones respecto a los demás. Este juego repetido lleva a un equilibrio en el que todos fijan el mismo precio, reduciéndose así la competencia intermarca.

Adicionalmente, en una estructura patrimonial como la que presenta este mercado, donde compiten EESS de una misma bandera pero de distintos distribuidores, este sistema de fijación de precio de adquisición, controlado exclusivamente por el OP, constituye un instrumento eficaz para disciplinar a los titulares de EESS que quisieran reducir precios. Si una EESS reduce los precios finales con cargo a su comisión, las EESS deberán hacer lo mismo o enfrentarse a una pérdida de clientes. En cualquier caso verán reducidos sus beneficios, bien por el menor precio que deberán cobrar para no perder ventas, o bien por la pérdida de ventas si no los reducen. En esta situación el OP podrá disciplinar a la EESS que comenzó la reducción de precios sin más que aumentarle el precio de adquisición de tal manera que le lleve a un precio máximo imposible de reducir con cargo solo a la comisión. Alternativamente el OP puede reducir el precio de adquisición de las

EESS de su bandera en el entorno competitivo de quien está reduciendo el precio con cargo a su comisión, de forma que quien opta por reducirlo recibirá finalmente menor comisión, mientras que sus competidores estarán percibiendo la misma comisión aplicando PVP iguales, y haciendo que quien redujo primero los precios pierda toda la ventaja competitiva inicialmente obtenida con su estrategia.

La alternativa que opera en este mercado a la hora de fijar los precios de adquisición es la contenida en los regímenes de venta en firme con precios ligados a los precios internacionales. En este caso el precio de adquisición se referencia a un precio no controlado por el OP, como es el caso de los contratos de reventa indicados a los precios internacionales, los denominados contratos Platt's. El OP se enfrenta a unas ganancias ligadas a los precios internacionales, de forma que éstas dependerán de la distancia entre dichos precios internacionales y sus costes, a lo que se suma un cantidad acordada con el titular de la EESS (diferencial, según HA4), cantidad no ligada ni a los precios internacionales ni a los precios de venta al público. Por su parte el titular de la EESS es quien marca el precio de venta al público y por tanto sus ganancias estarán en función de la distancia entre los precios Platts (mas el diferencial) y el precio de venta al público. En ausencia de fijación de precios máximos los titulares tienen la capacidad formal y material de fijar el precio de venta al público y el OP no tiene ninguna.

Existiría también la combinación de fijación de precios máximos con precios de adquisición ligados a los precios Platts's que si bien supondría el establecimiento implícito de un margen al titular de la EESS (la diferencia entre el precio Platts y el precio máximo), la capacidad formal y material de fijar el precio de venta al público estaría compartida e introduciría una transparencia en el sistema que impediría su instrumentalización para disciplinar a aquellas EESS que quisieran establecer una verdadera y leal competencia en precios.

Según el párrafo (47) de las Directrices, se puede valorar como medio indirecto de precio de reventa cuando *"se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores"*. Esto es, en opinión del Consejo lo que hacen los tres imputados, según consta acreditado en esta Resolución (HA 4).

La fijación de las comisiones/márgenes

Está acreditado en el expediente (HA 4) que la comisión/margen que percibe el titular de la EESS como retribución a su actividad viene establecida contractualmente en base a unos parámetros que resultan ser comunes a todos los contratos consultados, independientemente del operador.

La lectura de los contratos que obran en el expediente acredita que la mayor parte de los contratos contienen el compromiso por parte de los operadores de aplicar a los titulares de la EESS una comisión/margen *"similar a las percibidas por otros titulares de EESS en las mismas circunstancias"*.

El Consejo considera acreditado, pues figura en los contratos que forman parte del expediente, que los titulares de las EESS tienen la garantía de que sus comisiones son del mismo nivel que las comisiones que perciben sus competidores, lo cual

contribuye a desincentivar aún más la posibilidad formal de reducir un precio de venta al público “competitivo” en su entorno.

Los imputados mantienen que sus precios máximos/recomendados no constituyen una fijación de precios desde el momento en que los titulares de la EESS pueden aplicar descuentos con cargo a su comisión, sin alterar los ingresos del principal. La comisión/margen, según está acreditado, es la diferencia entre el precio máximo/recomendado y el precio de adquisición (dejando al margen los impuestos). Por lo tanto resulta de dicha sustracción que el nivel máximo de descuento que podría hacer el titular es el importe total de su comisión. Es decir, el proveedor le establece un precio y le da la posibilidad de hacer un descuento, pero al estar en un régimen de comisión, ésta se convierte en el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder. También ésta práctica es clasificada en el párrafo (47) de las Directrices como un medio indirecto de fijar el precio. Dice textualmente “[cuando] se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido”.

En el Párr. 91 de las conclusiones del abogado general en la STJCE respecto a la cuestión prejudicial en el asunto C-279/se dice:

“No obstante, contrariamente a lo alegado por CEPSA, un precio de venta máximo o recomendado por un suministrador a su distribuidor, en la medida en que tal sea el caso en la situación que se discute en el asunto principal tras la decisión de CEPSA en cuestión, no se beneficia automáticamente de la excepción a la prohibición prevista en el artículo 85, apartado 1, del Tratado. En efecto, tal como implica el tenor del artículo 4, letra a), del Reglamento nº 2790/1999, la exención por categoría aplicable a los acuerdos verticales que éste regula puede ciertamente ser de aplicación en la situación en la que un suministrador impone un precio de venta máximo o recomienda un precio de venta, pero «siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes». Pues bien, tal requisito no parece cumplirse cuando, a pesar de la indicación de un precio máximo o recomendado, el margen del distribuidor está fijado por el suministrador (47) de manera que, en la práctica, el distribuidor no puede, ofrecer rebajas a su clientela sirviéndose de este margen y, lo que es más importante, cuando este distribuidor debe, al mismo tiempo, garantizar ingresos constantes al suministrador. En este supuesto, se impondría en realidad de manera indirecta al distribuidor un precio de venta fijo o mínimo. Además, no puede excluirse que, habida cuenta de la posición del suministrador en el mercado y/o de los medios de incentivo o sanción de que éste dispone cuando no se respeta tal precio, un precio máximo o recomendado por el suministrador pueda conducir a los titulares a atenerse a ese precio de manera uniforme, de modo que, en la práctica, sea difícil, si no imposible, apartarse de él.”

El sistema de comunicación de los precios recomendados o máximos

Los OP comunican el cambio de precios máximo/recomendados a sus EESS por diversos métodos: fax, mensajes de telefonía móvil (SMS), videotex, o mediante el Terminal de Pago de Tarjetas propias en el caso de Cepsa (HA 5).

El cambio de precios se produce en el monolito (poste publicitario de precios en lugar visible en la EESS), en los surtidores de combustible, en los Terminales de Punto de Venta (cajas de comercio, TPV) y en los Terminales de Pago de Tarjetas Propias, donde se deben pasar necesariamente las Tarjetas de fidelización o propias pero que también admite el pago con otras tarjetas de aceptación general.

Cada una de las tres operadoras ha desarrollado formas diferentes de materializar estos cambios, tal y como está acreditado en el HA5.

La valoración de la DI a este respecto es que *“En general, y a modo de conclusión, se aprecia que, efectivamente, existe la posibilidad material de manipular de forma manual los elementos contadores propios de las EESS para modificar los precios máximos/recomendados comunicados por las tres operadoras. Sin embargo, dichas modificaciones han de ser puntuales, se deben destinar por lo tanto a clientes concretos, y conllevan una serie de dificultades operativas de carácter práctico que, a la larga, desincentivan la acción del gasolinero, que no puede plantearse una medida generalizada para momentos concretos de mayor o menor duración temporal.*

Por otro lado, debe de tenerse en cuenta que el mercado de las Estaciones de Servicio es un mercado en el que no sólo se perciben ingresos por la actividad de suministro de productos petrolíferos, sino también por el servicio de lavado de automóviles y por la venta de artículos en tienda. De este modo, las posibles modificaciones sobre precios articuladas en la práctica por las EESS son, en definitiva, meras campañas de promoción consistentes en la entrega de regalos, vales de lavado o, dicho de otro modo, salidas de caja de dinero al contado, siempre que el suministro llegue a un determinado volumen”.

Este Consejo considera que si bien la aparición de los precios de venta al público en los monolitos y surtidores ofrece una indudable utilidad informativa al cliente, la instalación de dichos precios en los otros dos elementos de la estación, como el Terminal de Punto de Venta y Terminales de Pago de Tarjetas Propias lejos de ser de utilidad para el cliente presentan ciertas dificultades que desincentivan al Titular de la EESS a realizar descuentos, y por tanto contribuyen a mantener el precio máximo/recomendado establecido por el OP. Ello se debe a que estos elementos están programados con el precio máximo/recomendado y para realizar el pago requieren solo la introducción del importe total de la operación. Sin embargo, una vez introducido éste, se emite un ticket en el que constan no solo el importe total sino la cantidad de combustible que se corresponde con el importe total y con el precio máximo/recomendado que previamente ha sido programado. En caso de que se haya decidido practicar un descuento al cliente sin previamente haber procedido manualmente a cambiar el precio máximo/recomendado en estos elementos, se obtendrá un ticket con una información errónea, pues los litros que aparecerán serán más de los que realmente se han repostado. Además no queda

constancia del descuento realizado, salvo en el caso de las “aportaciones comerciales” de CEPSA.

El hecho de que los TPV y los Terminales de Pago de Tarjetas Propias estén programados con el precio máximo/recomendado supone de facto un freno a la realización espontánea y puntual de descuentos, dado que incluso aún pudiendo ser modificados, como de hecho lo son para evitar errores en la información contenida en los tickets, esta posibilidad no soluciona lo más importante para el titular de la EESS, que es la obtención de un documento identificativo que le permita documentar el descuento realizado. La mayor parte de las instalaciones comerciales de todo tipo en la actualidad disponen de terminales de pago con tarjeta, sin que para realizar dichos pagos sea necesario programar previamente el precio del producto que se va a facturar. Por tanto el Consejo considera que el tener programados los TPV de las EESS con los precios máximos/recomendados, si bien puede facilitar y agilizar el acto de pago al reducir el número de actos que el personal encargado de la EESS debe acometer en la operación de cobro, genera un desincentivo a la realización de descuentos por parte del Titular de la EESS. En el caso de Terminales de Pago de Tarjetas Propias ni siquiera se observan elementos facilitadores positivos sino todo lo contrario, pues tan solo se aprecia el efecto desincentivo para aplicar descuentos.

Considera el Consejo que el hecho de programar los TPV y los Terminales de Pago de Tarjetas Propias con el precio máximo/recomendado es equivalente a la fórmula empleada por algunos proveedores de imprimir el precio recomendado en los productos que fabrica y que las Directrices en su párrafo (47) cataloga como una medida cuya combinación con otras reduce “los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa” de forma que “la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia”.

En este punto los imputados alegan que está demostrado la posibilidad material de modificar manualmente los elementos de la EESS y por tanto no habría infracción alguna. El Consejo ha valorado, aplicando las Directrices, no la posibilidad material, sino el incentivo o desincentivo que provoca en el titular de la EESS tener que proceder a un acto adicional (dos en realidad, pues debe reestablecer posteriormente el precio máximo/recomendado) que consume tiempo y alarga los tiempos de servicio al cliente, interfiriendo por tanto en la actividad regular de la EESS, cada vez que debe quiere aplicar un descuento.

La cesión al OP de las obligaciones de facturación del titular de la EESS.

La distribución minorista de carburantes objeto de este expediente comprende dos actos imponibles en los que si bien participan los mismos protagonistas, cada uno de ellos viene obligado a realizar su propia facturación. Así el OP debe emitir factura a la EESS por la venta de combustibles y la EESS debe emitir factura al OP por la prestación de sus servicios en la operación de venta del combustible. En la práctica habitual acreditada en este expediente (HA 6) es el OP, previo consentimiento de la EESS y autorizado por la autoridad correspondiente, quien elabora y emite un único documento que recoge tanto la operación de venta de

combustible con su IVA correspondiente como la operación de prestación de servicios, igualmente con su IVA correspondiente. El precio que figura en estas denominadas autofacturas es siempre el precio máximo/recomendado por el OP, y la comisión que aparece es siempre la estipulada en el contrato, sin que en estas facturas conste nunca concepto alguno de descuento.

Una amplia mayoría de Titulares de EESS han optado por este sistema, sistema que incentiva el OP, pues es éste el que se dirige al Titular de la EESS informándole de que existe esta posibilidad y que para llevarla a cabo debe previamente firmar una autorización que acompaña siempre a la carta que le dirige el OP.

Con este sistema el Titular de la EESS reduce el número de actos burocráticos que debe realizar, pero a cambio aumenta su dependencia del OP y se le dificultan también las posibilidades de alejarse del precio máximo/recomendado por dicho OP. La aplicación generalizada de este tipo de autofacturación, incentivada y propiciada por el OP revela una vez más la intencionalidad de los OP de tratar a sus revendedores como si el contrato que les une fuese de agencia genuina, cuando claramente, no lo es.

Este sistema de autofacturación, como se verá a continuación dificulta también la aplicación de un tratamiento fiscal facilitador de la realización material de los descuentos con cargo a la comisión.

El papel de los OP en el tratamiento fiscal de los descuentos

La polémica de tratamiento fiscal de los descuentos surge por el hecho de que tal y como los OP han configurado el sistema de autofacturación anteriormente descrito cuando un Titular de EESS realiza un descuento la realidad es que el cliente final paga un precio final inferior al precio máximo/recomendado, y ello no tiene reflejo en las autofacturas emitidas por el OP.

Desde la óptica de la Defensa de la Competencia interesa analizar los efectos de una u otra opción en los ingresos del titular de la EESS ante la decisión de hacer o no un descuento. El cuadro siguiente ilustra las tres situaciones que se plantean. La primera columna representa una situación en la que la EESS aplica el precio máximo/recomendado, la segunda columna la EESS decide aplicar un descuento con cargo a su comisión y ese descuento da lugar a una rectificación de la base imponible, y en la tercera columna el mismo descuento sin posibilidad de rectificar la base imponible. Como se deduce del cuadro ni los ingresos del OP ni el ahorro para el cliente final se ven alterados nunca, siendo la única diferencia para la EESS y para la Hacienda Pública. Si no hay rectificación de factura en la autofactura consta una recaudación de IVA al cliente que aunque no se produce de hecho si está contabilizada y por lo tanto la EESS deberá ingresar en la Hacienda Pública una cantidad (0.32€) que nunca ha recaudado, puesto que el cliente nunca llegó a pagarla.

En conclusión, si aplica el descuento con cargo a su comisión y no se rectifica la factura que le emite al OP, perderá la parte del IVA correspondiente y si rectifica

para no perder esos 0.32€ del ejemplo, suponiendo que el OP el permita la rectificación, supondrá un trámite más que dificulte su actividad diaria y, por tanto, lo desincentiva.

	Sin Descuento	Con Descuento	
		Con Rectificación de IVA	Sin Rectificación de IVA
Precio máximo fijado por el OP	100	100	100
Precio cobrado por la EESS	100	98	98
Descuento con cargo a comision	0	2	2
IVA pagado por el cliente	16	15,68	15,68
Precio pagado por el cliente	116	113,68	113,68
Comision acordada con el OP	5	5	5
Comision con descuento	5	3	3
Precio adquisicion (percibe el OP)	95	95	95
IVA recaudado por el OP	15,2	15,2	15,2
IVA recaudado por la EESS	0,8	0,48	0,8
IVA ingresado en Hacienda Pública	16	15,68	16
Ahorro cliente		2,32	2,32
Pérdida para la EESS		2	2,32
Pérdida para la Hacienda Pública	-	0,32	0

Tal y como consta en el HA 7, la Dirección General de Tributos en su respuesta a la consulta realizada en el marco de la instrucción del presente expediente señala la posibilidad de realizar rectificaciones de facturas con el fin de modificar la base imponible, es decir, que sería de aplicación la segunda columna. En este caso la EESS solo perdería el descuento que voluntariamente ha decidido aplicar

Por el contrario, tanto CEPSA como los informes de parte aportados por REPSOL junto con una respuesta de la misma DGT, que pretende REPSOL equiparar a este caso, concluyen que el tratamiento fiscal que debe dárseles a estos descuentos es el de gastos deducibles como gastos promocionales en la liquidación del impuesto sobre sociedades, gastos que deben estar perfectamente documentados. Es decir, que sería de aplicación la tercera columna en la que la EESS además de la renuncia a parte de su comisión, libremente decidida, se enfrenta a una pérdida adicional de 0.32€ que en ningún caso es voluntaria.

Alega CEPSA que la primera de las posibilidades no es de aplicación, según su criterio no puede modificarse la base porque la venta de combustible es una transacción entre el OP y el cliente, pues el comisionista actúa en nombre y por cuenta del OP, y cuando la DI se refiere al Art 79.6 de la Ley IVA lo hace erróneamente, pues se refiere a comisionistas en nombre propio, lo que no es el caso.

A este respecto la valoración de la DI es que: *Por lo tanto, cabe concluir que la facturación realizada por las operadoras a los titulares de la explotación de estaciones de servicio les genera un gasto de explotación que no estaría en línea con los criterios destinados a determinar la base imponible del IVA.*

Frente a ello no cabe oponer que el referido gasto podrá tener incidencia en el Impuesto sobre Sociedades, en el que podrá declararse y desgravarse como cualquier otro gasto de explotación, pues la incidencia de dicho gasto en el último tributo citado no tiene comparación los efectos que se derivan del mecanismo de deducción previsto por la Ley del IVA”.

De nuevo nos encontramos ante los efectos de la maraña contractual instalada en este mercado que no hace sino enturbiar los tipos de relaciones reales y la naturaleza de las mismas entre OP y Titulares de EESS, maraña bajo la que se facilita la realización de conductas contrarias a la LDC, por mucho que tengan la apariencia de legalidad en otros órdenes jurisdiccionales.

No es competencia de este Consejo decidir sobre una materia que le es ajena, y por tanto no se pronuncia sobre cuál de los dos tratamientos fiscales debe ser aplicado. Sin embargo, sí es de su competencia en el marco de este expediente, y dada la naturaleza de la infracción que se analiza, valorar en primer lugar si la aplicación de uno u otro tratamiento tiene efectos sobre los incentivos de las EESS a apartarse o no del precio máximo/recomendado por el OP, y en segundo lugar si la aplicación de uno u otro se ve influenciada por una posición activa de los OP.

Este Consejo, a la luz de los resultados mostrados en el cuadro anterior, no puede sino concluir que los descuentos con cargo a la comisión de la EESS que no van acompañados de una rectificación de factura que permita modificar la base imponible suponen, en principio, un coste superior al descuento propiamente dicho libremente decidido por la EESS. Si además tenemos en cuenta que la infraestructura actualmente en servicio en las EESS para el cobro a los clientes, como son las TPV y los Terminales de Pago de Tarjetas Propias no facilitan la emisión de documentos justificativos de los descuentos realizados, imprescindibles para poder ser presentados como gastos deducibles, resulta evidente que el tratamiento fiscal de los descuentos basado en que éstos sean tratados como un gasto promocional en lugar de serlo como una reducción de la base imponible desincentiva la aplicación de descuentos con cargo a la comisión del Titular de la EESS. Por lo tanto este Consejo lo considera un factor que contribuye a que los precios máximos/recomendados sean indirectamente precios fijos.

Debe ahora valorar si éste es un factor bajo control de los OP, y a este respecto, dado que ninguno de los distintos tratamientos fiscales de los descuentos afecta en ningún caso a los ingresos del OP, no se explica la insistencia de los OP en presentar informes y documentos que persiguen demostrar que fiscalmente un método prevalece sobre otro, máxime cuando el método que defienden es precisamente aquel que supone un desincentivo para que las EESS apliquen dicho descuento. Más aún, su interés en defender un sistema frente a otro abunda en la idea de que los OP persiguen que sus EESS apliquen efectivamente como precios de venta al público los precios máximos/recomendados por ellos.

La aplicación de descuentos sobre el precio máximo/recomendados

Está acreditado en el expediente que los titulares de EESS pueden realizar descuentos sobre el precio máximo/recomendado que les comunica su OP. Razón por la que se han denegado todas aquellas pruebas que tenían por objeto demostrar la existencia de tal figura y que ésta efectivamente se aplica. Estos descuentos pueden ser realizados de forma independiente por el titular de la EESS con cargo a su comisión, o pueden ser compartidos con el OP. Respecto a la primera de las fórmulas no consta en el expediente información cuantitativa alguna que permita tener una idea de la incidencia de esta figura, tan solo un reducido número de declaraciones de titulares de EESS que reconocen hacerlos, aunque de forma muy esporádica. Respecto a la segunda de las vías, la del descuento compartido con el OP, éste se instrumentaliza básicamente a través de las Tarjetas Propias (SOLRED, CEPESA CARD,..). Consta en el expediente que la mayoría de las EESS aceptan estas tarjetas. Una tercera opción es la de aplicación de descuentos que no suponen ninguna reducción de la comisión del titular de la EESS, pues todo el descuento es soportado por el OP.

Los imputados pretenden que el hecho de que puedan hacerse descuentos con cargo a la comisión, y que las OP realicen descuentos a través de las tarjetas de fidelización es suficiente como para afirmar que los precios máximos/recomendados no son los realmente aplicados por las EESS y por tanto no puede concluirse que dichos precios máximos/recomendados constituyan indirectamente una fijación de precios que excluiría el acuerdo entre OP y EESS de la exención cubierta por el Reglamento, debiendo ser analizado bajo la legislación de competencia.

Este Consejo considera que el precio que debe tomarse como referencia para valorar si una determinada EESS está aplicando o no los precios máximos/recomendados es el precio de venta al público que aparece en el surtidor y en el monolito, pues es éste el precio que observa cualquier consumidor que accede a las EESS, y es sobre este parámetro sobre el que toma sus decisiones de consumo. Incluso aún cuando el cliente sea portador de una tarjeta cuyo uso conlleva un descuento, el precio que observa es el de venta al público, y es sobre ese sobre el que le aplicarán el descuento. Descuento que le aplicarán incluso si la EESS en la que se encuentra ha decidido aplicar un precio de venta al público por debajo del precio máximo/recomendado. En este último caso el cliente se beneficiaría del descuento y de la reducción de precios que el titular de la EESS hubiese aplicado sobre los precios máximos/recomendados.

La fundamentación expuesta en el presente FD, que motiva por qué y cómo se produce el desincentivo en las EESS a apartarse de los precios máximos/recomendados marcados por los OP, da contestación a todas aquellas alegaciones que se basan en que la DI no habría probado la existencia de presiones o incentivos en los términos del artículo 4.a) del Reglamento.

DECIMOQUINTO.- Las conductas analizadas suponen una fijación vertical del precio de venta al público constituyendo una infracción del artículo 1 LDC y del Art.81 TCE.

El FD anterior ha señalado una serie de conductas cuyo objeto es el de desincentivar que las EESS se aparten de los precios máximos/recomendados fijados por el OP, o lo que es lo mismo el objeto es que los precios máximos/recomendados actúen indirectamente como fijos. El objeto de estas conductas es suficiente para declarar que las mismas son contrarias al artículo 1 de la LDC y al Art. 81.1 del TCE. Pero además la instrucción realizada por la DI acredita, como se observa en el HA 10, que dentro de cada una de las redes de REPSOL, CEPSA y BP, los precios máximos/recomendados son los precios de venta al público aplicados por más del 91% de las EESS abanderadas por REPSOL, más del 95 % de las EESS abanderadas por CEPSA, y más del 75 % de las EESS abanderadas por BP. Es decir, la conducta ha tenido por efecto una restricción de la competencia entre los operadores de una misma red.

Los resultados de la base de datos del MICYT expresados en el párrafo anterior demuestran que los precios máximo/recomendado por los tres OP se convierten de facto en precio fijos aplicados por las EESS, por lo que este Consejo considera plenamente probados que los efectos de las conductas analizadas en el anterior FD han tenido un claro efecto anticompetitivo en el mercado.

En segundo lugar en el FD Decimoquinto el Consejo ha fundamentado que esa fijación indirecta de precios es el resultado de una serie de factores que dependen total o parcialmente de la actitud de los OP, y que tienen como efecto un claro desincentivo al Titular de la EESS para que fije sus precios por debajo de los precios máximos/recomendados que le marca su proveedor. Estos factores bajo control directo del OP son: (i) el establecimiento de los precios de venta al público máximos/recomendados en función de los precios de venta al público de los competidores del entorno; (ii) el compromiso de que las comisiones/márgenes que se le aplicarán serán del mismo nivel que las de sus competidores; (iii) el sistema de comunicación de precios máximo/recomendados, que de forma automática se instala en los Terminales de Pago de Tarjetas Propias y (iv) el hecho de que el descuento compartido en las tarjetas de fidelización sea desconocido por la EESS. Existen además otros factores que si bien no puede concluirse que dependan, como los citados anteriormente, totalmente del operador, sí que aprecia el Consejo una posición activa por parte del OP a la hora de incentivar su aplicación. Entre estos últimos factores están (i) el uso de los sistemas de comunicación entre OP y EESS y los sistemas mecánicos de emisión de tickets, por los que los precios máximos/recomendados son los que se instalan por defecto en los TPV y surtidores, debiendo hacer cambios manuales cada vez que el Titular de la EESS quiere aplicar un precio distinto al que le han fijado o recomendado;(ii) la invitación del OP al Titular de la EESS a delegarle sus obligaciones de emisión de facturación mediante el uso de la denominada autofactura; y (iii) la insistencia de los OP a que los Titulares opten por un sistema de tratamiento fiscal que desincentive la aplicación de precios inferiores a los precios máximos/recomendados. Encuentra pues el Consejo que existe una probada causalidad necesaria en toda prueba de presunciones, si esta fuese necesaria, pues la infracción (la fijación de precios que prueba el elevado seguimiento de precios que realizan las EESS) se deduce, *a través de un proceso*

mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, de los hechos que acaban de exponerse.

Por todo ello, este Consejo encuentra racional el comportamiento de porqué las mayoría de las EESS renuncian a su derecho a fijar sus precios y usarlos como un instrumento de competencia con sus rivales, prefiriendo aplicar el precio máximo/recomendado por su OP. Tampoco los imputados han podido rebatir los hechos, tan sólo denuncian que no se ha acreditado en el expediente ningún acuerdo o concertación de voluntades que permita resolver que ha habido infracción del artículo 1 LDC y 81.1. TCE, olvidando, algunos de ellos, que la figura de la prueba de presunciones es de aplicación en ausencia de prueba alguna del acuerdo.

Las alegaciones al hecho del elevado seguimiento en precios se centran en resaltar que hay un porcentaje de EESS que no siguen el precio máximo/recomendado, que materialmente se pueden apartar de dicho precio y por tanto hay una prueba de que no hay fijación de precios. Adicionalmente alegan que el hecho de que las EESS puedan hacer descuentos, y realmente los hagan, prueba que el precio que debe tomarse para hacer la comparación con los precios recomendados no es el comunicado al MICYT sino el resultante de aplicar los descuentos.

En sus alegaciones REPSOL critica la metodología utilizada por la DI al no tener en cuenta el descuento aplicado sobre los PVP a clientes profesionales mediante la tarjeta SOLRED, descuento que debería ser tenido en cuenta ya que se negocia individualmente con cada EESS; el 86% de la red los aplica; y el 27,4% del volumen de ventas de las EESS adheridas al programa SOLRED se realiza a profesionales que utilizan la tarjeta de descuento. Alega también que el descuento máximo son 7 c€/litro y la media 1,2 c€/litro y que el descuento lo soportan entre OP y EESS, ésta última cargaría con 2/3 del descuento. Casi tres cuartas partes del volumen de ventas no está afectado por estos descuentos.

Frente a estas alegaciones el Consejo observa que según datos aportados por los propios imputados, como consta el HA 8 el número de litros vendidos que resulta beneficiario de algún descuento no supera el 15% de todos los litros vendidos en España, lo cual significa que el restante 85 % de litros ha sido vendido a los precios que figuran en el surtidor, y que son los comunicados al MICYT y por tanto los usados como prueba en el presente expediente. Estas cifras desacreditan por sí mismas este tipo de alegaciones. Además, se desprende de las declaraciones realizadas por las EESS que no existe gran capacidad de negociación ni de variación del precio por parte de las EESS que se adhieren al programa de descuentos SOLRED. Es un descuento que forma parte de la política de precios recomendados por el operador al por mayor, quien añade a su precio máximo/recomendado un "descuento recomendado".

En definitiva, la posibilidad de aplicar descuentos no implica que las EESS puedan seguir una política de precios autónoma, sino que la política de descuentos forma parte de la estrategia de REPSOL más que de la voluntad de cada EESS.

También los informes de la CNE, acreditan este seguimiento vertical de precios, en las cinco áreas analizadas en el momento de la instrucción de este expediente, tal y como el HA 10 describe.

DECIMOSEXTO.- La fijación vertical de precios en cada red tiene por efecto una alineación de precios entre los distintos OP.

Consta acreditado en el HA 11 que los precios que aplican las EESS de las distintas redes son prácticamente iguales, es decir, se observa un claro alineamiento de precios. Las desviaciones típicas calculadas tanto por la DI, como por la CNE revelan que los precios entre las EESS de distintos operadores son muy reducidas, lo que es un indicio de ausencia de competencia en precios tanto entre las EESS del mismo OP (intramarca) como entre las EESS de los distintos OP (intermarca).

REPSOL alega que las desviaciones típicas calculadas por la DI no representan una escasa competencia, porque no deben compararse con el precio de venta al público final, sino con el margen minorista, o con la suma de márgenes minorista y mayorista, en cuyo caso se encontraría que la desviación sí es significativa y ello indicaría que existe una importante competencia en precios intramarca. Argumento en la misma línea presenta CEPSA cuando alega que las desviaciones típicas deben ser calculadas en base al Precio Antes de Impuestos (PAI). En este expediente la CNC ha llevado a cabo una investigación sobre si los OP estarían fijando indirectamente los precios a sus distribuidores. Se trata de precios finales. Cuando se alega que no hay fijación de precios porque se aplican descuentos, los descuentos se aplican sobre precios finales. Cuando se habla de falta de competencia intramarca se está midiendo ésta por las diferencias entre los precios finales de las EESS de la misma red. Cuando se habla de falta de competencia intermarca se está midiendo ésta por las diferencias entre los precios finales de una y otra red. Todo el análisis se basa en las diferencias de precios finales, en los precios que las EESS exhiben como precios de venta al público, y el mayor o menor nivel que exista entre esas diferencias es lo que miden las desviaciones típicas calculadas por la DI y la CNE. No encuentra, por tanto, el Consejo fundamento para que esas desviaciones típicas tengan que calcularse sobre una variable, PAI o margen, que en ningún momento han sido objeto de investigación por la CNC.

Alega también REPSOL que no hay prueba alguna en el expediente de que exista una concertación entre las tres imputadas, y que no es de aplicación la prueba de presunciones porque aun en caso de aceptar, que no, que la dispersión de los precios reales fuesen realmente escasas, existen numerosos factores que explicarían esa coincidencia, y cita los altos costes de elaboración y transporte del producto, la elevadísima tributación, la estrechez de los márgenes del mercado, y la rigidez de la demanda. Este Consejo entiende que los factores que enumera REPSOL pueden ser explicativos de que el nivel de precios en el mercado español sea superior al de otro mercado que no presentase esas características, pero no ve porque ello debe llevar irremediabilmente a que todos los OP del mercado marcasen los mismos precios.

El Consejo entiende que está plenamente acreditado el alineamiento de precios entre las distintas OP y en segundo lugar existen toda una serie de factores que explican racionalmente ese alineamiento, tales como idéntica forma de establecer los precios máximos de las EESS que abanderar, que no es otra que fijarlo en base a los precios que están fijando sus competidores e idéntica forma de establecer el resto de los parámetros que definen las relaciones comerciales son los Titulares de las EESS.

DECIMOSEPTIMO.- Sobre que un conjunto de conductas no contrarias la LDC no puede constituir una conducta contraria a la LDC

La representación de REPSOL alega un argumento que resultaría hábil si no encontrara un su contenido un alto grado de falacia. Viene a decir que un conjunto de actuaciones lícitas no pueden conducir a una declaración de ilicitud. Tal argumento coincide en cierto aspecto con el manifestado por la representación de CEPSA según el cual, de ser ciertas las consideraciones de la DI no cabría una sanción sino una retirada de la exención porque los resultados anticompetitivos no son consecuencia de una actuación ilícita. En cierta medida ambas alegaciones parten de considerar indebidamente que la posición de la DI sería la de estimar que la conductas de las imputadas han sido correctas, pero que si las recomendaciones o fijaciones de precios máximos han producido determinados efectos anticompetitivos se debe a razones estructurales ajenas a su conducta. Nada de eso es así ya que las conductas no pueden acogerse a la exención precisamente porque son ilícitas y en consecuencia están prohibidas. Hay que recordar que el artículo 4.a) del Reglamento 2790/99 sólo permite la imposición de precios máximos o la recomendación de precios cuando estos no equivalgan a un precio de venta mínimo como consecuencia de presiones e incentivos.

En el FD Decimoquinto se ha puesto de manifiesto una serie de conductas, o de circunstancias perfectamente conocidas y aprovechadas por las imputadas, que conducen al hecho contrastado y probado de que tanto los precios máximos como los recomendados se hayan convertido en fijos. Se parte, en consecuencia, de un planteamiento en el que las imputadas no niegan las consecuencias: los precios máximos o recomendados han actuado como fijos. Pero se discute la cuestión de si ese hecho se produce como consecuencia de la actuación de las imputadas o como consecuencia de otros hechos ajenos a su actuación. Si el convertir los precios en fijos tiene su origen en la actuación de las operadoras, en modo alguno podrá decirse que ésta ha sido lícita.

En el planteamiento de REPSOL subyacen unas ciertas consideraciones jurídicas que se traducen en afirmar que se pueden realizar un conjunto de actuaciones lícitas y que por lo tanto no pueden quedar prohibidas, aun cuando el resultado que produzcan sea anticompetitivo. Ese razonamiento resulta incorrecto cuando se intenta aplicar el Derecho de la competencia, que deslinda las conductas prohibidas en función de su resultado lesivo para la competencia. Por ello, quien realiza un conjunto de actuaciones con conocimiento de sus consecuencias y con el objeto de limitar la competencia no puede considerarse que actúe lícitamente. La licitud o

ilicitud de la conducta no se puede deducir de la consideración aislada y formal de cada una de las manifestaciones del actuar del imputado sino del análisis conjunto de todas ellas, es decir del conjunto de la conducta y situándolo en el contexto económico en el que produce sus efectos sobre la competencia. Como ha señalado este Consejo (Resolución Cajas Vascas) la ilicitud anti-trust de una serie de conductas deriva de la consideración conjunta de todas ellas no del análisis pormenorizado de cada una de sus manifestaciones.

Y en base a este argumento ha de manifestarse que la fijación de los precios, sean máximos o recomendados, fijados según un precio de referencia que es (implícita o explícitamente) el precio medio o el precio moda de las estaciones situadas en el entorno competitivo de la estación de servicio de que se trate; que las comisiones o margen sean fijados en función de las comisiones medias que se aplica al resto de las ES de la zona; la forma de la factura y la facturación mediante ticket de caja; la transmisión del precio a los terminales de las tarjetas o el cambio automático del precio en los terminales de venta desde las centrales de los operadores, o la insistencia en una forma de tratar fiscalmente los descuentos de la forma más negativa para el titular de la EEES, son todas ellas conductas que desincentivan la modificación de los precios recomendados, cuando no lo hacen prácticamente imposible, por lo que analizadas en su conjunto no puede afirmarse que sean lícitas.

DECIMOCTAVO- Sobre la retirada de los beneficios de la exención en bloque

BP y CEPSA alegan que sus acuerdos gozan de la exención en bloque que le otorga el Reglamento 2790/1999, y que si la DI pretendía retirarle la exención el procedimiento a aplicar no es el sancionador. Denuncia BP que eso es lo que pretende la DI como se deduce del contenido de su propuesta y su comparación con el artículo 45 del Reglamento de Defensa de la Competencia que regula que aquella resolución que acuerde la retirada de la exención concederá un plazo a los interesados para que adapten sus conductas a las condiciones establecidas en dicha resolución.

El Consejo no puede aceptar esta alegación, pues la realidad es que la conducta probada supone una fijación indirecta de precios tal y como de hecho recoge la propuesta de la DI, lo cual de forma explícita en el artículo 4.a) del Reglamento está contemplado como causa de no aplicación del Art.2, es decir, que el acuerdo queda totalmente excluido del beneficio de la exención, aunque la cuota de mercado de OP sea inferior al 30%. En conclusión, la CNC no puede plantear una resolución para retirarle la exención a acuerdos que no gozan de tal beneficio.

DECIMONOVENO. Sobre la fijación de precios máximos/recomendados

En los expedientes en materia de competencia existen frecuentemente interesados que proponen la condena de los imputados. Tal ocurre en el presente expediente en el que se ha reconocido tal condición a la Confederación Española de Estaciones de Servicios (CEEES) pero tales interesados buscan la condena con el objetivo, bien de obtener satisfacción de sus pretensiones bien de conseguir una resolución que

posteriormente sirva para fundamentar el ejercicio de acciones de nulidad o de indemnización de daños y perjuicios ante la jurisdicción ordinaria. Pero la razón de ser de la actuación de las autoridades de competencia no tiene por qué amparar tales objetivos porque su finalidad es proteger el interés público vulnerado por las infracciones de competencia, lo cual no siempre coincide con las pretensiones de los interesados.

Así ocurre en el presente expediente en el que la Confederación señalada en sus alegaciones pretende que se compela a los OP a sustituir los actuales contratos por otros en los que el precio aparezca referenciado a Platt's e incluso que hasta tanto no se modifique la situación del mercado "no fijen precios máximos o recomendados". Es decir que, en definitiva, se pretende que desaparezca el tope máximo con la finalidad de incrementar su beneficio mediante el incremento de los precios. Y esta no es una pretensión que daba merecer el apoyo de la autoridad de competencia. El artículo 4.a) del Reglamento 2790/1999 permite los precios máximos y recomendados siempre que no existan presiones o incentivos para que se conviertan en fijos. La conducta sancionada en este expediente es precisamente la realización por parte de las operadoras de mecanismos que convierten los precios máximos o recomendados en precios fijos, no la mera recomendación o fijación de precios máximos por lo que esta pretensión, debemos insistir, encaminada a incrementar el beneficio de los distribuidores, no debe ser atendida.

VIGÉSIMO.- La estructura del sector y sus efectos

Como ya se ha manifestado a lo largo de la resolución, la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso señalan la necesidad de analizar las prácticas objeto de esta resolución en su contexto jurídico y económico. Por esta razón el Informe Propuesta de la DI contiene una extensa descripción de las características estructurales de este sector, de las que conviene resumir aquí que por el lado de la oferta este sector presenta un **alto nivel de integración vertical** (las tres operadoras imputadas son las únicas con capacidad de refino en España. También están presentes en el accionariado de CLH, el operador logístico del sector español); unas **fuertes barreras a la entrada**, (derivadas de la propia función productiva así como de factores históricos o legales. Podemos destacar: **necesidad de grandes inversiones en capital fijo, limitada capacidad de almacenamiento, restricciones para la implantación de nuevos puntos de venta.**

Continúa el informe de la DI señalando que el resultado es un sector en el que:

" la media de EESS se encuentra muy por debajo de la media comunitaria, reflejándose tanto en los elevados márgenes de distribución obtenidos por el mayorista, como en el alto volumen de ventas por gasolinera, uno de los más elevados de Europa, lo que le convierte en un mercado con potencial de crecimiento que debería traducirse en atractivo a la entrada de nuevos operadores (...)

*Prueba de esta característica es la descripción efectuada por la Comisión Europea en su Decisión de de 12 de abril de 2006 en el asunto Repsol CPP, en la que significa que **"el mercado es difícilmente accesible para los competidores que***

desearan instalarse o incrementar su cuota de mercado en él. El acceso es difícil, en particular, como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, del efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales, de las dificultades para establecer una red alternativa y de otras condiciones de la competencia (principalmente la saturación del mercado y la naturaleza del producto)", añadiendo **"la posición débil y atomizada de las empresas que explotan estaciones de servicio y de los clientes finales con relación a la de los proveedores, y en particular a la de Repsol CPP, cuya cuota de mercado era considerable, como ya se ha señalado."** (apartado 23 de la mencionada Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006). Lo que permite calificar al mercado español de EESS como un mercado IMPERMEABLE Y CERRADO.

Desde el punto de vista de la demanda, el mercado de distribución minorista de combustibles se caracteriza por una reducida elasticidad de la demanda ...; una alta fragmentación de la demanda, ... una demanda con una limitada capacidad de crecimiento y una absoluta homogeneidad del producto ...

Estos factores por el lado de la demanda son precisamente aquéllos que se vienen identificando como propiciadores de que la fijación de precios por parte de los proveedores a los minoristas tenga un mayor efecto anticompetitivo, básicamente porque en este tipo de mercados la homogeneidad de precios en el nivel vertical de cada una de las redes de distribución propician una homogeneidad de precios en el nivel horizontal entre las mencionadas redes (es decir, una especie de "T" invertida), favoreciendo no sólo unas condiciones limitadas de competencia intramarca sino también unas condiciones igualmente limitadas dentro de la competencia intermarca. En definitiva, en este tipo de mercados la principal variable competitiva deberían ser los precios".

Los imputados alegan que lo que subyace en este mercado es un problema estructural que si bien puede ser causante de cierta falta de competencia, en ningún caso esta falta de competencia es atribuible a la conducta de los OP, y que por tanto no procede que la CNC aplique sus competencias sancionadoras, sino que procedería, en todo caso, hacer uso de sus competencias promocionales. Igualmente resaltan que el propio informe de la DI pone de manifiesto todas las características estructurales que lo configurarían como un sector poco competitivo.

El punto 3 del fallo del TJCE en su sentencia de 4 de abril de 2009, dice:

- 3) *"Las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público, como las controvertidas en el litigio principal, pueden acogerse a la exención por categorías en virtud del Reglamento nº 1984/83, en su versión modificada por el Reglamento nº 1582/97, y del Reglamento nº 2790/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta*

al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal.”

Y ya antes se había pronunciado el TJCE en el mismo sentido, al igual que las Directrices de restricciones verticales. Y es precisamente por el deber de tener en cuenta el contexto económico y jurídico por lo que la DI hace una descripción de las características de este mercado y señala que las mismas facilitan la realización de comportamientos colusivos. Sin embargo, no puede ninguno de los imputados manipular a su conveniencia estos análisis y declaraciones y crear la confusión que pretende, porque una cosa es que un determinado sector presente unas estructuras que facilitan la colusión y otra muy distinta pretender o bien justificar las conductas colusivas porque se producen en un sector con características oligopolísticas, o bien pretender que todos los problemas de competencia proceden de la estructura. Es más, lo que la DI señala es que precisamente porque la estructura del mercado facilita la colusión es por lo que las autoridades, bien sean de competencia o de regulación, deben intensificar la supervisión, además de proponer medidas que fomenten un mayor grado de competencia en el mismo.

Precisamente por tratarse de un mercado con problemas estructurales que dificultan el juego de la competencia, no puede permitirse la continuidad de conductas que eliminan el estrecho margen para la competencia que provocan el exceso de concentración, la elevada integración vertical y las notables barreras de entrada que presenta este sector. En efecto, los OP se han dedicado, como se ha indicado reiteradamente y fundamentado en el FD decimotercero, a crear una maraña contractual encaminada por una parte a impedir la entrada de otros operadores (aun cuando esa conducta haya sido analizada en otros expedientes y no constituya parte del presente) y por otra (y esta sí que constituye la esencia de las presentes actuaciones) para integrar una organización blindada basada en contratos pretendidamente de agencia, pero que en realidad no merecen tal calificación, con un elevado poder del operador para limitar la libertad de precios. Por ello la pretensión de inocencia a la que se pretenden acoger, no responde a la realidad porque deben ser considerados responsables, los máximos responsables, de las deficiencias del incorrecto funcionamiento del mercado, funcionamiento que ha hecho posible que los precios del carburante en España sean superiores, antes de impuestos, a los de los países de nuestro entorno. Y ello debe ser motivo de sanción.

VIGESIMOPRIMERO.- Cesación y sanción de la conducta ilícita

El artículo 9 de la Ley 16/1989 establece que quienes realicen actos de los descritos en el artículo 1, 6 y 7 podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en los mismos y en su caso, obligados a la remoción de sus efectos. El artículo 10 lo faculta para la imposición de una multa de hasta 150.000.000 de pesetas (900.000€), cuantía que podrá incrementarse hasta el 10%

del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Tribunal. El artículo 46.2.b) dispone que las resoluciones del TDC, ahora CNC, podrán contener la imposición de condiciones u obligaciones determinadas.

La conducta que la presente Resolución viene a considerar ilícita se instrumenta como se ha descrito mediante la aplicación de una serie de mecanismos que, puestos en conjunto, conduce a una fijación de precios, prohibida por la norma, que reduce la competencia intra e intermarca. Ello hace que en este caso la facultad de intimación prevista en el artículo 9 y desarrollada en el 46.2. de la Ley 16/1989 cobre especial relevancia. Por ello ha de tratarse de que los sancionados implementen medidas que aseguren la cesación de la conducta de manera efectiva. Tales medidas deben remover los obstáculos existentes para que las EESS puedan tener total libertad de fijar el precio de los productos de venta en sus instalaciones. Estas serán de aplicación a todos los contratos entre los operadores sancionados en esta resolución y los gestores de estaciones de servicio cuyos contratos, independientemente de cómo se denominen, contengan cláusulas que hacen que el gestor de la EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes. La jurisprudencia existente, tanto del TJCE como del TS, ha establecido que, entre otras, las cláusulas que establecen una obligación de pago al principal en el plazo de 9 días, independientemente de que el producto haya sido realmente vendido, y las que asignan la responsabilidad del producto al comprador (llamado comisionista o agente) una vez situado en los depósitos, implican una asunción de riesgo no insignificante por parte del Titular de la Estación.

En la presente resolución, el Consejo fundamenta que, desde el punto de vista de aplicación del Derecho de la Competencia, el titular de la estación de servicio que por virtud de las cláusulas del contrato que le une con el operador debe ser valorado económicamente como agente no genuino o comisionista no puro ha de ser considerado como un distribuidor independiente, esto es, un revendedor. Y consecuentemente, como revendedor, tiene derecho a fijar libremente sus precios. Ello no obsta, de acuerdo con el párrafo a) del artículo 2 del Reglamento de Restricciones Verticales y el 47 de las correspondientes Directrices, a que el proveedor pueda incluir cláusulas con precios máximos/recomendados. Pero ello será así siempre y cuando éstos no vayan acompañados de mecanismos que, de forma directa o indirecta, limiten los incentivos de la EESS a realizar descuentos y que conviertan el precio máximo/recomendado en precio fijo, como en esta Resolución se identifica que ha venido pasando. Entre estos mecanismos el Consejo encuentra que deben ser reconocidos los citados en el F.D 15 que son: i) fijación del precio de adquisición en función del precio máximo/recomendado que a su vez se ha fijado en función de los precios de venta al público de las EESS del entorno, (ii) el compromiso de aplicar comisiones/márgenes del mismo nivel que los percibidos por los competidores de la zona, (iii) la instalación en los terminales de pago con tarjetas propias del precio máximo/recomendado, (iv) la falta de información al titular de la EESS de los descuentos compartidos y aplicados en las tarjetas de fidelización y (v)

el uso de las autofacturas como mecanismo que dificulta o impide la rectificación de la base imponible a efectos de liquidación del IVA.

Sin perjuicio de que el Consejo considere que, en este caso, la cuestión fundamental del efecto útil de la Resolución debe recaer en las medidas para la cesación de los efectos sobre la competencia intramarca e intermarca, el hecho cierto es que las conductas analizadas merecen en aplicación del artículo 10 de la Ley 16/1989 una sanción pecuniaria.

Atendiendo a los criterios determinantes que establece el art.10 para fijar la cuantía de la sanción tenemos que el tipo de infracción que se sanciona es grave, puesto que conlleva una fijación vertical de precios con efectos sobre la competencia intermarca. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la conducta se ha aplicado no sobre la totalidad de EESS, sino sobre una parte de ellas (las gestionadas bajo regímenes CODO y DODO) y que esta práctica no ha favorecido ni sólo ni principalmente a los tres imputados. También los distribuidores, ya sea como propietarios o gestores de las EESS, se han visto beneficiados al verse impedidos a reducir los precios a costa de su comisión o descuento.

Por tanto, visto el tipo de infracción y su contexto jurídico-económico y atendiendo al peso que las EESS de tipo DODO y CODO tienen en la estructura final de cada operador imputado y a sus cuotas de mercado, se ha decidido imponer multas de CINCO MILLONES DE EUROS a REPSOL (5.000.000€), UN MILLON OCHOCIENTOS MIL EUROS a CEPSA (1.800.000€)..., Y UN MILLON CIEN MIL EUROS a BP (1.100.000€).

En su virtud, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, por mayoría, en su reunión del día 22 de julio

HA RESUELTO

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

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

TERCERO.- Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPSA Y BP en la que se establezca que el precio de adquisición del combustible se referencia al precio máximo o

recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno, es contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas.

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

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

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

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

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

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

NOVENO.- Intimar *REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A.* y *BP OIL ESPAÑA S.A* para que en

el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

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

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

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

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