

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

### SENTENCIA N°:

**Fecha de Deliberación:** 30/10/2012  
**Fecha Sentencia:** 05/11/2012  
**Núm. de Recurso:** 0000659/2009  
**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
**Núm. Registro General:** 06060/2009  
**Materia Recurso:** MULTA  
**Recursos Acumulados:**  
**Fecha Casación:**  
**Ponente Ilma. Sra. :** D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

**Demandante:** REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS  
PETROLÍFEROS, S.A.  
**Procurador:** D. JOSÉ PEDRO VILA RODRÍGUEZ  
**Letrado:**  
**Demandado:** TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
**Codemandado:** BP OIL ESPAÑA S.A.U.; CEPESA ; CEEES Y ARBIT, S.L.  
Y OTROS

**Abogado Del Estado**

**Resolución de la Sentencia:** DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

**Núm. de Recurso:** 0000659/2009  
**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
**Núm. Registro General:** 06060/2009  
**Demandante:** REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS  
PETROLÍFEROS, S.A.  
**Procurador:** D. JOSÉ PEDRO VILA RODRÍGUEZ  
**Demandado:** TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
**Codemandado:** BP OIL ESPAÑA S.A.U.; CEPESA ; CEEES Y ARBIT, S.L.  
Y OTROS  
**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

### SENTENCIA N<sup>o</sup>:

**Ilma. Sra. Presidente:**  
D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**  
D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO  
D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA  
D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ  
D<sup>a</sup>. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a cinco de noviembre de dos mil doce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> José Pedro Vila Rodríguez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2009**, relativa sanción siendo **Codemandas** BP Oil España SAU; CEPESA, CEES, Arbit, SL, Aparoil, S.L., Begoña.Pérez Martín, Gesdegas,SL, E.S.Campol, SL, E.S. Fertol SRL, Fervi, SL ,

Marigomez Domingo, SL, Jesús Díaz Díaz , Joanmi, SA, José Carlos Ssantiago Quintela, SL, Mont-Sacro, SA, Maxigel,SL, Petrolandia,SL , Ricardo Ruíz González, E.S.Xunqueira,SL , María del Pilar Arranz Martínez, Aidater,SL, Alorsa,SL, Antonio Andrés García Rodríguez, Bailén,SA , Belén Serrano Gil, Catalan López,SA, Distribuciones Sotos,SL, El Condado,SL, E.S.La Bañeña, SA , E.S. San Millán, SL , Esteban SL, Futurgas, SL , Moreno Y Muñoz E Hijos,SA, Ponpre,SA , Puente Segovia,SL , E.S. S´Aranjassa,S.L , Serta, SL , Suministros Y Servicios Calviá, SL , Distribuciones Taula, SL y María Teresa Pérez de Albeniz Martínez y la cuantía del presente recurso 5.000.000 euros.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Pedro Vila Rodríguez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2009, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

**SEGUNDO:** Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO:** Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día treinta de octubre de dos mil doce.

**CUARTO:** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO:** Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2009, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 5.000.000 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16 /1989 de Defensa.

**SEGUNDO:** La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

*“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.

**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...”

**TERCERO:** De los hechos que la Administración declara probados y resultan del expediente, debemos destacar los siguientes:

*“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., CAMPSA 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.”*

Continúa la Resolución:

*“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, entendiéndose 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 exclusiva 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 aquéllas cuyos contratos son posteriores a 1997 que fundamentalmente son contratos de arrendamiento de industria y exclusiva 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."*

En cuanto al establecimiento de precios:

*"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 €/m<sup>3</sup>, 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 €/m<sup>3</sup>, 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 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

$PRECIO ADQUISICIÓN = PVP MAXIMO - COMISIÓN - IMPUESTOS$

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.”

Continúa la Resolución:

*“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.*

*La 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, la 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.”

En cuanto a la comunicación de precios recomendados o máximos se afirma:

“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 porfiás 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 CEPSA, ésta dispone de un sistema, denominado SIGES y que aunque inicialmente estaba pensado sólo para EESS gestionadas por CEPSA en la actualidad se está instalando progresivamente en las EESS de la bandera CEPSA. 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, Master 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.”*

Respecto a la facturación:

*“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 aprueba el Reglamento que regula las obligaciones de facturación...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.”*

Respecto del precio final se afirma en la Resolución:

*“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... 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.”*

Las conclusiones alcanzadas por la Dirección de Investigación, son las siguientes:

*“(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.”*

**CUARTO:** De los razonamientos jurídicos contenidos en la Resolución hemos de destacar los siguientes:

*“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 COMISIÓN 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”.*

Del análisis sobre la fijación indirecta de precios que se contiene en la Resolución, debemos destacar:

*“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... 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...”*

*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...*

*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...*

*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...*

*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,... 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.*

En cuanto a la tipificación de la conducta se afirma en la resolución:

*“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,... Es decir, la conducta ha tenido por efecto una restricción de la competencia entre los operadores de una misma red...*

*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...*

*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)..."*

**QUINTO:** Previamente al análisis de los argumentos esgrimidos por la actora hemos de realizar una breve referencia a la regulación legal.

El artículo 1 de la Ley 16/1989:

*"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

*a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*

*b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

*c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

*d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

*e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

Del precepto citado resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

No podemos aceptar la argumentación actora en cuanto la Resolución impugnada no imputa a la actora la fijación de un precio, sino el desincentivo a modificar el precio dado el sistema de facturación.

Lo que la Resolución afirma, y así resulta claramente de los párrafos antes transcritos, es que, tras fijar precios máximos, estos se convierten en precios fijados, entre otras razones debido a la dificultad de su modificación en las concretas

facturaciones. No se trata de desincentivar la alteración de los precios, sino que el conjunto de circunstancias analizadas, de las que el sistema de facturación es una más, lleva a la conclusión de que, de hecho, los precios recomendados son los efectivamente seguidos.

Así resulta del propio tenor literal de la Resolución:

*“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.”*

Esta afirmación de seguimientos de precios, esto es, que en la realidad los precios máximos recomendados era lo precios reales aplicados, resulta sin lugar a dudas de las pruebas practicadas, y en ellas se basa la imputación.

En tal punto hemos de recordar las afirmaciones contenidas en la Resolución:

*“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.”*

Precisamente estos mecanismos son los que se analizan en la Resolución como medios de fijación indirecta de precios.

Respecto de los efectos de la conducta en el mercado, reiteradamente hemos declarado que la infracción no requiere una efectiva alteración de la competencia, sino que basta con que el comportamiento sea apto para producir el efecto distorsionador de la libre competencia. En este caso, no puede negarse que una fijación de precios, aún indirecta, es un comportamiento potencialmente apto para distorsionar la libre competencia.

La Sala tampoco puede aceptar el planteamiento de la recurrente en orden a la incidencia de la libertad contractual y el contenido de los contratos.

Respecto a la libertad contractual, ésta encuentra un límite en el principio de libre competencia, respecto al contenido de los contratos como elemento de apreciación de la conducta contraria a la libre competencia, es tan sólo un elemento a considerar, pues una conducta anticompetitiva no necesariamente ha de tener su reflejo en el contrato.

Ahora bien, los supuestos de hechos en los que se basa la Resolución impugnada, parten siempre de una situación de autonomía y asunción de riesgo por

parte del distribuidor actuando así como operador económico independiente. Y en este punto la Sala acoge, igualmente, los planteamientos de la Resolución:

*“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.”*

Estos planteamientos coinciden con lo declarado por el TJUE:

*“38 Sin embargo, los acuerdos verticales, como los contratos entre CEPSA y los titulares de estaciones de servicios, sólo entran en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado cuando se considera que el titular es un operador económico independiente y existe, en consecuencia, un acuerdo entre dos empresas.*

*39 Pues bien, es jurisprudencia reiterada que el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho comunitario de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C-205/03 P, Rec. p. I-0000, apartado 25).*

*40 Además, el Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11).*

*41 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que, a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia, la separación formal entre dos contratantes, resultado de su personalidad jurídica distinta, no es determinante, dado que el criterio decisivo es la existencia o no de una unidad de comportamiento en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140).*

*42 En determinadas circunstancias, las relaciones entre un comitente y su intermediario pueden caracterizarse por tal unidad económica (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 480).*

*43 Sin embargo, a este respecto se deriva de la jurisprudencia que los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos*

*independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste (véase, en este sentido, la sentencia Volkswagen y VAG Leasing, antes citada, apartado 19).*

*44 Por consiguiente, cuando un intermediario, como el titular de una estación de servicio, aunque con personalidad jurídica distinta, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente de su comitente, en este caso un proveedor de carburantes, por el hecho de que éste asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica de que se trata, la prohibición establecida en el artículo 85, apartado 1, del Tratado no es aplicable a las relaciones entre este intermediario y este comitente.*

*45 Por el contrario, cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada, apartados 541 y 542).*

*46 Se desprende de lo anterior que el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente reside en el contrato celebrado con el comitente y, concretamente, en las cláusulas, tácitas o expresas, de este contrato relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. Tal como alega en sus observaciones, con razón, la Comisión, la cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno.*

*47 En estas circunstancias, debe valorarse si, en el marco de los contratos que presentan las características que describe el órgano jurisdiccional remitente, los titulares de estaciones de servicio asumen o no determinados riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de carburantes a terceros.*

*48 El análisis de la distribución de dichos riesgos debe realizarse a la luz de las circunstancias fácticas del asunto principal. Pues bien, como ya se ha señalado en el apartado 30 de la presente sentencia, los autos aportados al Tribunal de Justicia no proporcionan una información completa respecto de la manera en que se efectúa esta distribución en el marco de los contratos celebrados entre CEPSA y los titulares de estaciones de servicio.*

*49 En este contexto, procede recordar que el Tribunal de Justicia no es competente para apreciar los hechos del asunto principal ni para aplicar a medidas o a situaciones nacionales las normas comunitarias que haya interpretado, siendo dichas cuestiones competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales (véanse, en particular, las sentencias de 23 de febrero de 2006, CLT-UFA, C-253/03, Rec. p. I-1831, apartado 36, y de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 69).*

*50 Sin embargo, para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, es necesario precisar criterios que permitan apreciar la distribución efectiva de los riesgos financieros y comerciales entre los titulares de estaciones de servicio y el*

proveedor de carburantes, tal como se realiza en los contratos controvertidos en el asunto principal a efectos de determinar si el artículo 85 del Tratado les es aplicable.

51 A este respecto, el juez nacional debe tener en cuenta, por una parte, los riesgos vinculados a la venta de los productos, como la financiación de las existencias de carburantes, y, por otra parte, los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, a saber, las que son necesarias para que el titular de una estación de servicio pueda negociar o celebrar contratos con terceros.

52 En lo que atañe, en primer lugar, a los riesgos relacionados con la venta de los productos, es probable que dicho titular asuma estos riesgos al convertirse en propietario de los productos en el momento en que los recibe del proveedor, es decir, antes de la posterior venta a un tercero.

53 Igualmente, debe considerarse que asume una parte de los riesgos relacionados con la venta de los productos el titular que asuma, ya sea directamente, ya sea indirectamente, los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular, los costes de transporte.

54 El hecho de que el titular corra con los gastos de conservación de las existencias también puede ser un indicio de que le han sido transferidos los riesgos relacionados con la venta de los productos.

55 Además, el juez nacional debe determinar quién asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros. En el caso de que el titular fuera responsable de estos daños, independientemente de si cumplió o no la obligación de conservar dichos productos en condiciones adecuadas para evitar toda pérdida o deterioro, debería considerarse que el riesgo se le ha transmitido.

56 También debe valorarse el reparto del riesgo financiero de los productos, en particular en lo que se refiere al pago del carburante en el caso de que el titular no encuentre comprador o en el caso de pago diferido por la utilización de tarjetas de crédito, en función de las normas o de las prácticas relativas al régimen de pago de los carburantes.

57 A este respecto, se desprende del auto de remisión que el titular está obligado a pagar a CEPSA el importe correspondiente al precio de la venta de los carburantes nueve días después de la fecha de suministro y que, en ese mismo plazo, el titular recibe de CEPSA las comisiones, cuyo importe corresponde a la cantidad de carburante suministrado.

58 En estas circunstancias, corresponde al juez nacional verificar si el pago al proveedor del importe correspondiente al precio de la venta de los carburantes depende de la cantidad efectivamente vendida en dicho plazo y, en lo que atañe al período de rotación de los productos en la estación de servicio, si los carburantes suministrados por el proveedor se agotan siempre en un plazo de nueve días. En caso afirmativo, debe concluirse que el riesgo comercial es soportado por el proveedor.

59 Por lo que se refiere a los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, si el titular realiza inversiones específicas relacionadas con la venta de los productos, en locales o equipos tales como un depósito de carburante, o si realiza inversiones en acciones de promoción, dichos riesgos financieros se trasladan al titular.

60 De las consideraciones anteriores resulta que, para determinar si debe aplicarse el artículo 85 del Tratado, es necesario analizar la distribución de los riesgos financieros y comerciales entre el titular y el proveedor de carburantes, en

*función de criterios tales como la propiedad de los productos, la contribución a los costes vinculados a su distribución, su conservación, la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos o por los daños que los productos puedan causar a terceros y la realización de inversiones específicas para la venta de dichos productos.*

*61 Sin embargo, tal como sostiene con razón la Comisión, el hecho de que el intermediario soporte únicamente una parte insignificante de los riesgos no puede entrañar que el artículo 85 del Tratado sea aplicable.*

*62 No obstante, debe precisarse que, en tal caso, únicamente están excluidas del ámbito de aplicación de este artículo las obligaciones impuestas al intermediario en el marco de la venta de productos a terceros por cuenta del comitente. En efecto, tal como afirma la Comisión, un contrato de agencia puede contener disposiciones relativas a las relaciones entre el agente y el comisionista a las que se aplique dicho artículo, tales como las cláusulas de exclusividad y de prohibición de competencia. A este respecto, procede considerar que, en el marco de tales relaciones, los agentes son, en principio, operadores económicos independientes, y que dichas cláusulas pueden vulnerar las normas sobre competencia si conducen a la exclusión del mercado de referencia.*

*63 En el supuesto en que, tras el examen de los riesgos asumidos por los titulares de estaciones de servicio de que se trata en el asunto principal, no deba considerarse que las obligaciones impuestas a éstos en el marco de la venta de productos a terceros están incluidas en los acuerdos entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado, la obligación impuesta a dichos titulares de vender el carburante a un precio determinado no entraría en el ámbito de aplicación de esta disposición y, por consiguiente, sería inherente a la capacidad de CEPSA para delimitar el campo de actuación de sus agentes. Por el contrario, si el juez nacional llegara a la conclusión de que existe un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado, se plantearía la cuestión de si, por lo que respecta a la venta de productos a terceros, podría aplicarse a dicha obligación la exención por categoría prevista en los artículos 10 a 13 del Reglamento nº 1984/83.*

*64 A este respecto, debe constatarse que el artículo 11 del Reglamento nº 1984/83 enumera las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, pueden imponerse al revendedor, entre las que no figura la imposición del precio de venta al público. Por consiguiente, la fijación de dicho precio por CEPSA constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención del artículo 10 de dicho Reglamento.*

*65 A la vista de las consideraciones que preceden, debe responderse a la cuestión prejudicial que el artículo 85 del Tratado se aplicará a un contrato de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles, como el controvertido en el asunto principal, celebrado entre un suministrador y un titular de una estación de servicio, cuando este titular asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros.*

*66 Los artículos 10 a 13 del Reglamento nº 1984/83 deben interpretarse en el sentido de que tal contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador.*

*Costas*

*67 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no*

siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 85 del Tratado CEE (posteriormente artículo 85 del Tratado CE; actualmente artículo 81 CE) se aplicará a un contrato de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles, como el controvertido en el asunto principal, celebrado entre un suministrador y un titular de una estación de servicio, cuando este titular asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros.

2) Los artículos 10 a 13 del Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, deben interpretarse en el sentido de que tal contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador." (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, C-217-05)

**SEXTO:** En cuanto al derecho de defensa, practica de pruebas e indicios, hemos de recordar la Jurisprudencia del TC.

En cuanto al artículo 24 de la Constitución, la sentencia del TC 126/2005, afirma:

"2. Por lo que respecta a la vulneración aducida del derecho de defensa en el procedimiento administrativo, es de recordar que este Tribunal, desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, ha reiterado que las garantías constitucionales consagradas en el art. 24.2 CE son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 3). Igualmente se ha destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del ius puniendi del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo expuesto comporta, también, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador, pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el art. 24.2 CE (por todas, STC 59/2004, de 19 de abril, FJ 3)."

Ahora bien, la recurrente ha sido informada de las imputaciones, ha tenido acceso al expediente, las pruebas se han practicado con su concurrencia, ha tenido oportunidad de realizar alegaciones que han sido contestadas por la CNC. Ello implica que no se ha producido indefensión. En cuanto a la denegación de la prueba, es competencia del órgano administrativo resolver sobre su admisión, sin que podamos afirmar que la decisión es arbitraria, y que, por ello, vulnere el derecho de defensa. Por otra parte, la actora ha podido completar la prueba, ante esta Sala. Pero lo cierto es que la Administración ha actuado una competencia que le

corresponde sin que su ejercicio constituya vulneración del artículo 24 de la Constitución.

En cuanto a la prueba de cargo, en TC en su sentencia 117/2002, ha afirmado:

"Según tiene reiteradamente afirmado este Tribunal, «la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio» [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 b), y 169/1998, de 21 de julio, FJ 2]. De entre los contenidos que incorpora el derecho fundamental ahora invocado (enumerados para el proceso penal, recientemente, en la STC 17/2002, de 28 de enero, FJ 2), resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una probatio diabólica de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4). Sin perjuicio de lo cual, es obligado recordar que no corresponde a este Tribunal la revisión de la valoración del material probatorio efectuado por la Administración sino sólo llevar a cabo una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (por referencia al proceso penal, STC 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3)."

En el presente caso ha existido prueba de cargo, cuestión distinta es la valoración de la misma y si de ella resultan cumplidamente los hechos declarados probados. Hemos señalado anteriormente que de la prueba practicada resultan los hechos imputados en los términos en que se analiza en la propia Resolución y que la Sala acoge.

Por último hemos de señalar que no concurre buena fe en el comportamiento de la actora ya que podía razonablemente conocer que su comportamiento era apto para afectar a la libre competencia, mediante la fijación indirecta de precios.

Tampoco podemos aplicar el principio de confianza legítima pues la afirmación de que la realidad de la reducción de precios a cargo de las comisiones supone una real competencia, realizada por el TDC, no implica que, concurriendo todas las circunstancias antes señalada, no pueda llegarse a la conclusión por la CNC que existe una fijación indirecta de precio. Efectivamente, en el presente caso ha quedado acreditado que, con las circunstancias concurrentes, se produce una fijación indirecta de precios, y ello es ajeno a la cuestión relativa a la posibilidad de aplicar reducciones con cargo a la comisión, pues es un conjunto de elementos el que produce que los precios máximos sean, en la práctica, precios fijados.

**SEPTIMO:** En cuanto a la graduación de la sanción, la Resolución afirma:

*“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€)”*

El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece:

*“1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.*

*2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:*

- a. La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.*
- b. La dimensión del mercado afectado.*
- c. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.*
- d. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.*
- e. La duración de la restricción de la competencia.*
- f. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.”*

La Resolución justifica la cuantía de la multa en los siguientes elementos que agravan la conducta:

1.- se trata de una conducta grave al consistir en una fijación vertical de precios, (supuesto a) del artículo 10)

2.- efectos sobre la competencia intermarca (supuesto a) del mismo artículo).

Como elementos que la atenúan se cita:

1.- que la conducta se ha aplicado no sobre la totalidad de EESS, sino sobre una parte de ellas, y

2.- la práctica no ha favorecido ni sólo ni principalmente a los tres imputados.

Pues bien, la recurrente no aporta ni un solo dato del que deducir que la multa impuesta exceda del 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, ni siquiera de la mitad de la misma, el 5%, aportación que es fácil para la recurrente que tiene a su disposición los datos de su propia facturación.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

### **FALLAMOS**

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> José Pedro Vila Rodríguez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2009**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.