



Roj: **SAN 1653/2025 - ECLI:ES:AN:2025:1653**

Id Cendoj: **28079230062025100182**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/03/2025**

Nº de Recurso: **818/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000818/2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6459/2020

Demandante: ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES)

Procurador: D. ALEJANDRO ESCUDERO DELGADO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil veinticinco.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **818/2020** promovido por el Procurador D. Alejandro Escudero Delgado, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES)**, contra la resolución de 12 de junio de 2020, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 30 de julio de 2009, recaída en el expediente S/652/07, REPSOL, CEPSA, BP) y por tanto, de la resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 (recaída en el expediente VS/0652/07 REPSOL, CEPSA, BP) que apreció el incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009 e intimó a las tres sancionadas a adoptar medidas para su cumplimiento completo.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia por la que:

"revoque la resolución de vigilancia de 12 de junio de 2020 de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia recurrida y declare el incumplimiento por parte de REPSOL COMERCIAL de PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA, CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A. de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio sujetas al expediente y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos. Todo ello con expresa condena en costas"

SEGUNDO.-El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.-Mediante auto de 11 de octubre de 2021, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado y por fijada la cuantía del recurso como indeterminada, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo y se fijó la fecha del 11 de enero de 2022 para la ratificación del informe pericial de D. Alonso . se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.-Practicada la prueba, se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones y una vez efectuado quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 21 de octubre de 2024, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 29 de enero de 2025.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-En el presente recurso contencioso administrativo impugna la ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES), la resolución de 12 de junio de 2020, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 30 de julio de 2009, recaída en el expediente S/652/07, REPSOL, CEPSA,BP) y por tanto, de la resolución de de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 (recaída en el expediente VS/0652/07 REPSOL,CEPSA, BP) que apreció el incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009 e intimó a las tres sancionadas a adoptar medidas para su cumplimiento completo.

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

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

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

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

Se concede a CEPSA (i) un plazo de dos meses, a contar desde la fecha de notificación de la presente resolución, para que proceda a adoptar las medidas necesarias para la aplicación unilateral y efectiva de la fórmula

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

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

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

SEGUNDO.- La resolución sancionadora de 30 de julio de 2009, declaró que REPSOL/CEPSA/BP estaban incurriendo en una fijación indirecta de precios de venta al público prohibida por los artículos 1 de la LDC y 81.1 del TCE. Y ello mediante instrumentos contractuales y otras medidas destinadas a desincentivar a que los distribuidores se alejasen del precio máximo/recomendado de venta que consistía en el precio de venta medio de las estaciones de servicio del entorno del minorista.

Entendió la resolución, que el precio de adquisición del combustible por parte de los distribuidores minoristas, con independencia del tipo de contrato, se fijaba en base a dos parámetros controlados directamente por el operador: el precio de referencia y la comisión/descuento, lo que llevaba a que el precio quedase controlado por el operador. Y ese sistema de formación de precio creaba un claro desincentivo en el titular de la estación de servicio a apartarse del precio máximo mediante la aplicación de descuentos con cargo a su comisión/margen, de ahí que para el Consejo, la alternativa era referenciar el precio de adquisición a los precios internacionales y por tanto, no controlados por el operador.

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

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

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

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

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

Con posterioridad a esa resolución, la Dirección de Competencia continuó con la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 30 de Julio de 2009 y en ese expediente de vigilancia, VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, REPSOL informó a la Dirección de Competencia, de la decisión de implantar una nueva relación con las estaciones de servicio tipo CODO, el denominado "Modelo Consigna" que, a su juicio, eliminaba la asunción de riesgos financieros, comerciales y de producto por parte del gestor de la estación de servicio.

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

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

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

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

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

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

La resolución recurrida tiene por objeto analizar la propuesta remitida por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 29 de enero de 2020, en torno al cumplimiento por parte de REPSOL, CEPSA y BP de la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, en el expediente S/0652/07 y, por ello igualmente, sobre el cumplimiento de la resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 20 de diciembre de 2013, en el expediente VS/0652/07.

Recuerda la citada resolución que las autoridades de competencia han estudiado los distintos tipos de vínculos contractuales que unen a los operadores al por mayor, como REPSOL, CEPSA y BP y los distribuidores minoristas (estaciones de servicio) integrados en sus redes de distribución que, básicamente, son los siguientes:

COCO (Company Owned-Company Operated): la estación de servicio es propiedad del operador o bien éste ostenta sobre la misma un derecho real de larga duración (superficie, usufructo, etc.). La gestión del punto de venta la realiza también el operador, bien directamente o bien a través de una sociedad filial especializada. El grado de control del operador sobre la instalación es completo.

CODO (Company Owned-Dealer Operated): instalaciones en las que el operador al por mayor conserva la propiedad (o la titularidad de un derecho real de superficie o usufructo) del punto de venta, pero tiene cedida la gestión a favor de un tercero con exclusividad de suministro de los productos del operador.

DOCOC (Dealer Owned-Company Operated): se trata de instalaciones propiedad de un particular que cede la gestión del punto de venta a un operador al por mayor.

DODO (Dealer Owned-Dealer Operated): instalaciones propiedad de un particular vinculadas al operador al por mayor mediante un contrato de suministro en exclusiva que suele incluir abanderamiento. El grado de control del operador es el más débil de los analizados, puesto que se limita a la exclusividad del suministro de sus productos por el tiempo de duración del contrato (hasta un máximo de 3 años -un año más dos prórrogas como máximo-) desde la entrada en vigor de la Ley 11/2013, de 26 de julio.

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

modalidades de régimen de suministro:

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

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

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

TERCERO.-Como se ha expuesto, el Consejo de la CNC dictó resolución sancionadora el 30 de julio de 2009, al considerar que las tres operadoras sancionadas en sus relaciones verticales con las estaciones de servicio estaban incurriendo en una fijación indirecta de precios de venta al público prohibida por los artículos 1 de la LDC y 81.1 del TCE.

La fijación indirecta de precio de venta afectaba a las relaciones verticales en las que el contrato de distribución no era un contrato genuino de agencia -en cuyo caso sí hubiesen podido fijar precios estando los contratos de agencia excluidos de la aplicación de la LDC en cuanto a fijación de precios- aunque formalmente los contratos contuviesen tal denominación.

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

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

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

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

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

Destaca que durante los más de 10 años transcurridos desde que la CNC dictó la resolución de 30 de julio de 2009, REPSOL no ha propuesto, sugerido ni negociado ninguna medida adicional para dar solución a los problemas de fijación indirecta de precios expuestos en la citada resolución, amparándose en la imposibilidad de modificar las relaciones contractuales establecidas con las estaciones de servicio. No es hasta su escrito de alegaciones de 10 de julio de 2019 y, con mayor concreción el 2 de octubre del mismo año, cuando REPSOL formalizó una medida adicional a las conversiones ya ejecutadas y a su oferta indefinida de conversión al modelo Consigna respecto a las estaciones de servicio CODO/comisión que permanecían en su red de RCPP y no aceptaban la conversión al Modelo Consigna: la aplicación unilateral de la fórmula propuesta por CEPESA a partir del 22 de octubre de 201

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

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

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

B) Respecto de CEPESA, y en cuanto a la fórmula propuesta por ella el 6 de octubre de 2016, que introducía la referencia al precio de la moda provincial (como factor corrector de la fórmula inicial), asume la propuesta de la Dirección de Competencia que entiende que no se adecúa a los criterios de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, porque (i) desincentiva al gestor la aplicación de descuentos con cargo a su comisión y (ii) resulta fácilmente influenciable por REPSOL, CEPESA y BP, en caso de que los mismos coordinasen tácitamente su comportamiento (riesgo que se vería facilitado por el hecho de que el primero

de estos operadores petroleros haya pasado a ostentar el control directo del PVP de un ingente número de estaciones de servicio, a través de la implantación del modelo Consigna).

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

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

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

C) En el caso de BP, entiende la Sala de Competencia acreditado que, desde el 1 de julio de 2017, ha completado de forma efectiva el proceso de adaptación de las estaciones de servicio que operaban bajo el régimen CODO/Comisión y propone al Consejo de la CNMC que declare el cumplimiento de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2023.

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

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

Tal precio de referencia sería el resultante de aplicar la siguiente fórmula:

Precio de Referencia = Referencia Platt's + Diferencial + Impuestos

Precio de Transferencia (o PVP máximo) = Precio de Referencia Q3 - Comisión

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

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

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

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

Por esa razón, la resolución recurrida concluye:

"De clarando la existencia de indicios de incumplimiento por REPSOL respecto de los contratos cuyas condiciones comerciales no se adecuan a las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013.

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

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

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

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

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

CUARTO.- En su demanda, la ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES) recuerda que la práctica prohibida es consecuencia de que el precio de adquisición se fija en base a dos parámetros controlados por la operadora: el precio de referencia y la comisión/descuento por lo que es preciso que la fijación del precio de adquisición se efectúe de forma que "no desincentive la realización por parte de las estaciones de servicio de descuentos, para evitar que el operador fije indirectamente por esta vía el PVP".

Por esa razón, la resolución sancionadora intima a las operadoras a que cesen todas las prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio y en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas o cualesquiera otras de efecto equivalente.

Seguidamente analiza la declaración de cumplimiento en relación con cada una de las operadoras REPSOL, CEPSA y BP y aporta en este sentido un informe pericial elaborado por el Perito D. Alonso .

Del que deduce que para dar por cumplidas las resoluciones objeto de vigilancia, es esencial que los titulares de las estaciones de servicio tengan la posibilidad efectiva de modificar de forma significativa los PVP máximos/recomendados. No es suficiente con el simple reconocimiento de dicha facultad de reducir el PVP máximo, esta facultad debe ser real y suficiente.

A su juicio, ni REPSOL, CEPSA ni BP OIL han implantado un sistema de determinación del precio de adquisición/cesión del producto que incentive al titular de la estación de servicio a bajar el PVP y sea un margen suficiente que permita que el titular de la estación de servicio obtenga, por su actividad de venta de los carburantes y combustibles, poder desviarse del PVP máximo/recomendado.

En el caso de REPSOL, la fórmula supuestamente aplicada unilateralmente por este operador con fecha 22 de octubre de 2019 (que introduce la variable Precio del Tercer Cuartil Provincial), y que la Sala de Competencia entiende que cumple con los criterios definidos en las resoluciones de 2009 y 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos, constituye un cambio de criterio de la Sala que quiebra los fundamentos básicos de las resoluciones cuya vigilancia constituye el objeto del expediente.

Destaca que no ha existido comunicación alguna a los titulares de las estaciones de servicio que desconocen no sólo su supuesta aplicación efectiva, sino de la fórmula empleada por la Operadora para la aplicación del sistema; reconocido su carácter unilateral y sobrevenido; planteada como residual respecto de la estrategia de la Compañía en relación con el contrato consigna;

En realidad, los gestores de estaciones de servicio a quienes AGES representa, "no han percibido que la aplicación de la medida les haya conducido a la reducción del PVP Q3, por percibirlo como no competitivo. Y ello porque no produce la cesación de la práctica prohibida de fijación indirecta de precio por parte de la operadora denunciada.

Entiende que la resolución recurrida es irracional porque sostiene que la fórmula propuesta por CEPSA y REPSOL "arroja precios suficientemente altos como para que los gestores de las estaciones de servicio no los perciban como competitivos y tengan incentivos a reducirlos con cargo a su comisión".

Consta acreditado mediante el informe Pericial que acompaña, que con la aplicación de la fórmula Tercer Cuartil, resultan PVPs superiores a los resultantes de la aplicación de la fórmula Precio Moda.

Sorprende que dicha circunstancia pueda ser valorada positivamente por la Sala de Competencia en orden a la declaración de cumplimiento, porque los gestores no los perciben como competitivos, a diferencia de lo que ocurre con los precios Moda que sí son percibidos como competitivos por los gestores. Se trata de una argumentación ilógica e irracional que conduce al absurdo porque si fuera así, los gestores reducirían el Precio Tercer Cuartil (no competitivo) hasta el Precio Moda que supuestamente sí perciben como competitivo.

La consecuencia absurda e irracional sería que, a la postre, se produciría el seguimiento por los Gestores del Precio Moda (establecido por BP en su red de EESS) y, por tanto, el efecto que la misma Sala de Competencia mediante la Resolución de 27 de julio de 2017 trató de impedir con un agravante y es que las operadoras denunciadas incrementarían su margen de beneficio al asumir el gestor la diferencia entre el Precio Moda y el Precio Tercer Cuartil a través del descuento.

Efectivamente, en las Resoluciones del Consejo cuyo grado de cumplimiento se investiga, la forma en que los operadores petrolíferos fijan el precio al que las estaciones de servicio les compran el combustible y la forma en la que establecen las comisiones/descuentos que éstos perciben como contraprestación de sus servicios, junto con los demás factores de su relación comercial, continúa eliminando los incentivos de las estaciones de servicio para realizar descuentos y, por tanto, competir vía precios. En virtud de dichas prácticas, los precios máximos y precios recomendados comunicados por el operador continúan convirtiéndose de facto en precios fijos, eliminando la libertad del distribuidor minorista para fijar el precio de venta al público del carburante en su estación de servicio.

Continúa vigente la relación de hechos probados y síntesis de la actuación de las Operadoras descrita en la Resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, pues:

- Un alto porcentaje de la red de cada operador comparte la característica de que su precio de cesión o venta entre el operador y el minorista está referenciado al precio recomendado o máximo señalado por el operador.
- Existe un elevado seguimiento por las EESS de los precios máximos o recomendados por los operadores
- Ausencia de competencia tanto intermarca como intramarca, lo que conduce a un alineamiento general de los precios de venta al público de las EESS.
- Para el empresario no tiene utilidad ninguna modificar los PVPs al alza o a la baja
- Homogeneidad en el sistema de facturación, pagos, plazos de compra y garantías y de comunicación de los precios
- En el caso de REPSOL y últimamente CEPSA se exige la firma de las condiciones impuestas para su percepción.
- Los parámetros que determinan la formación de los precios de los carburantes son prácticamente coincidentes
- Facilita al Operador petrolero a controlar directa o indirectamente el precio de reventa en casi toda la red.

Entiende que la Resolución recurrida, se aparta sustancialmente del objeto del procedimiento de vigilancia y el objetivo perseguido: la vigilancia del cumplimiento de las medidas acordadas por la resolución sancionadora dirigidas a poner fin a los factores bajo control directo de las operadoras que, de acuerdo con la propia resolución, producían el efecto de la fijación indirecta de precios de venta al público, y se refieren a las cláusulas contractuales sobre el precio de adquisición del combustible, a las cláusulas sobre comisiones/márgenes y otras prácticas que contribuyen a la fijación indirecta de precios.

La resolución de vigilancia de 12 de junio de 2020, aquí recurrida, se detiene en aspectos relacionados con los Agentes de la distribución de productos petrolíferos, pero se olvida del bien jurídico protegido: la libre competencia en defensa de los derechos de los consumidores.

Las resoluciones objeto de vigilancia tratan de trasladar al consumidor precios más competitivos, eliminando los mecanismos bajo control de las operadoras que conducen a una fijación indirecta del precio.

QUINTO.-La entidad recurrente aporta con la demanda un informe emitido por el Perito Economista, D. Alonso , gestor de Fuel Marketing Consulting, consultoría especializada en el sector de la distribución de productos

petrolíferos, en el que analiza los precios diarios publicados por el MINER, precios Platts por producto y demás parámetros incorporados por las operadoras sancionadas en sus fórmulas de cálculo del precio de transferencia/facturación, a fin de dictaminar sobre el comportamiento de los titulares de Estaciones de Servicio y los operadores en relación con los precios, relación Fórmula Tercer Cuartil vs Moda, desincentivos a realizar descuentos, seguimiento de los precios fijados por el operador, en orden a la valoración del efectivo cumplimiento por las operadoras sancionadas de la intimación contenida en la Resolución de 20 de diciembre de 2013 y Resolución de 30 de julio de 2009.

El perito, en su informe, analiza la Fórmula Precio Tercer Cuartil, propuesta por CEPSA y aplicada unilateralmente por REPSOL con fecha 22 de octubre de 2019:

"- la fórmula Cepsa, está indicando un PVP a las EESS, que, aunque determinado por criterios predeterminados, está influenciando para que los PVP de ese mercado se mantengan en esos niveles y las EESS solo tendrían incentivos para reducir los mismos si el descuento fijado en contrato fuera suficiente para cubrir los gastos de gestión e incentivar suficientemente las ventas.

- Las EESS no pueden planificar la política comercial. Estos precios se comunicarán por parte de Cepsa a partir de las 18:00 h del día en curso y se aplicarán a partir de las 00:00 h del día siguiente, de esta forma los Gestores de CODOS no podrán planificar nunca su política comercial ya que para hacerlo necesitan conocer el precio de compra cuando realizan el pedido y este lo tienen que hacer antes de las 13:00 h (es decir no conoce el precio al que compra en el momento que hace el pedido).

- El Precio de Transferencia no está ligado a los costes. Los precios de transferencia/facturación no debieran estar indicados a un PVP (Precio Moda o Q3), ya que estos no están ligados a los costes de los productos y por lo tanto no reflejan lo que está pasando en el mercado.

- Además, cualquier referencia a un PVP ligado a un descuento/comisión sugiere al Gestor/Propietario seguir ese precio para conseguir el objetivo de ese descuento/comisión sobre todo si se utilizan mecanismos referidos al sistema de formación del precio de adquisición y fijación de las comisiones o márgenes que desincentivan la adopción de una política comercial independiente.

- Se trata de una Fórmula de una complejidad inusitada, incluso para un experto y de seguimiento imposible.

- El precio Q3 tampoco es una referencia válida al ser muy similar al Moda (este fue desestimado por la propia CNMC), además es fácilmente manipulable por Repsol, Cepsa y BP y es un precio Alto. Repsol, Cepsa y BP solo necesitan controlar el 25 % de las estaciones de una provincia (entre los tres tienen una cuota muy superior) para controlar el precio Q3.

La solución conjunta de declarar el cumplimiento de REPSOL y CEPSA con la Fórmula Tercer cuartil y BP con la Fórmula Moda, considerando la similitud de ambos parámetros, el grado de seguimiento y manifiesto desincentivo a apartarse del precio notificado, la capacidad de los tres operadores (con múltiples antecedentes en prácticas concertadas) de influir en su determinación, resulta absolutamente incongruente y conduce al absurdo.

No entendemos la reflexión que hace la CNMC respecto a que el Q3 incentivaría el hacer descuentos con cargo a las comisiones al ser muy alto. Según la propia CNMC en la fijación indirecta de precios inciden dos mecanismos igualmente controlados por los Operadores, sistema de formación de precio de transferencia y fijación de comisiones. Es obvio que los precios altos no incentivan hacer descuentos, sino que éstos dependen de la posibilidad económica real que tenga el gestor de hacerlos.

- Está acreditada una falta de incentivos para hacer descuentos, ya que la pequeña comisión que perciben los gestores CODO no es suficiente para conseguir precios competitivos que modifiquen sustancialmente sus volúmenes de venta. Y cuanto más alto sea el precio de referencia, menor será el incentivo para el descuento.

- Cuanto más alto sea el precio de referencia, más se aleja la posibilidad de obtención por los consumidores de precios de compra más competitivos".

Para el Perito, la fórmula Q3 no está siendo aplicada efectivamente ni de igual forma en las estaciones de servicio.

A juicio del perito, "con la fórmula tercer cuartil resultan PVPS superiores a los resultantes de la aplicación de la fórmula Moda. A diferencia de los precios Moda que los gestores entienden que son competitivos no sucede lo mismo con los precios."

Concluye que, para entender cumplidas las resoluciones objeto de vigilancia, es esencial que los titulares de las estaciones de servicio tengan la posibilidad efectiva de modificar de forma significativa los PVP máximos/

recomendados. No es suficiente con el simple reconocimiento de dicha facultad de reducir el PVP máximo, esta facultad debe ser real y suficiente".

Sin embargo, ni REPSOL, ni CEPSA ni BP OIL han implantado un sistema de determinación del precio de adquisición/cesión del producto que incentive al titular de la estación de servicio a bajar el PVP y sea un margen suficiente que permita que el titular de la estación de servicio obtenga, por su actividad de venta de los carburantes y combustibles, poder desviarse del PVP máximo/recomendado.

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

Critica la descalificación que la Asociación recurrente hace de la fórmula del tercer cuartil porque, según esta, las EESS solo tendrían incentivos para reducir los precios si el descuento fijado en contrato fuera suficiente para cubrir los gastos de gestión e incentivar suficientemente las ventas y rechaza la complejidad "inusitada" que la entidad recurrente atribuye a dicha fórmula.

Explica que los cuartiles son valores que dividen una muestra de datos ordenados en cuatro partes iguales. El tercer cuartil es el percentil 75.

El tercer cuartil indica que 75% de los datos es menor que o igual a este valor.

La fórmula, en el caso de CEPSA, funciona de la siguiente manera:

- CEPSA capturará diariamente, a la 01:00 h, 04:00 h, 07:00 h, 10:00 h y 13:00 h, la información publicada en el geoportal del Ministerio para la Transición Ecológica, descargando el precio de venta al público comunicado a esas horas por todas las estaciones de servicio de España. No se tendrán en cuenta las estaciones de servicio que no hayan comunicado estos datos.

Con estos datos, se determinará el precio medio aritmético de cada estación de servicio por producto y se identificará el precio que indica el tercer cuartil correspondiente a cada provincia (Precio Tercer Cuartil), correspondiente a cada provincia y producto.

CEPSA también calculará diariamente el precio de referencia (Platts + Diferencial + Impuestos) de cada estación, según la fórmula propuesta, y lo comparará con el Precio Tercer Cuartil de la provincia en la que se ubique la estación de servicio, obtenido según el párrafo anterior.

- Si el precio de referencia de la estación de servicio es mayor que el Precio Tercer Cuartil de la provincia (P. referencia > P. Tercer Cuartil), se aplicará un descuento objetivo por valor de la diferencia entre ambos precios.

- Si, por el contrario, el Precio Tercer Cuartil de la provincia fuera mayor que el precio de referencia (P. referencia < P. Tercer Cuartil), se aplicaría el precio de referencia y no se haría ningún descuento.

Rechaza que esta fórmula impida a las EESS planificar la política comercial, porque esta no consiste en el volumen de gasolina que se pide, decisión que podría tener problemas para reaccionar a los nuevos precios de CEPSA, y que en cualquier caso no varía sustancialmente ante pequeñas modificaciones diarias en el precio de referencia; en realidad, la política comercial consiste más bien en la fijación de precios por parte de las EESS, que pueden establecer sin problema dentro del margen temporal del que disponen con el nuevo esquema de funcionamiento.

Por otro lado, el Precio Tercer Cuartil es un elemento de comparación objetivo al ser una referencia difícilmente observable en el mercado y no determinable por un número reducido de Estaciones de Servicio.

Reconoce que está determinado en su mayor parte por estaciones de servicio de los tres principales operadores, pero ello responde a la elevada concentración en el sector, por lo que cualquier referencia del propio mercado (cuartil, mediana, etc.) vendrá necesariamente determinada en su mayor parte por REPSOL, CEPSA y BP.

Recuerda que el objetivo de esta vigilancia no es solucionar los posibles problemas de concentración presentes en el sector, sino cumplir con las resoluciones de 2009 y 2013 y asegurar que el operador no fija directamente los precios finales, sino que estos respondan a criterios objetivos e incentiven la realización de descuentos por parte de las estaciones de servicio. Estos incentivos serán mayores o menores en unas provincias u otras según la específica distribución de precios minoristas provinciales.

En todo caso, insiste que como también valoraba la Dirección de Competencia, la capacidad conjunta de las petroleras para condicionar el precio del tercer cuartil es relativamente reducida, ya que debe tenerse en cuenta toda la distribución para su cálculo, esto es, el PVP fijado por todas las estaciones de servicio de la provincia.

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

Por esa razón, no es fácil pese a lo que afirma la entidad recurrente, que REPSOL, CEPSA y BP puedan manipular fácilmente y de forma directa el tercer cuartil, puesto que para fijarlo tendrían que llegar a un acuerdo muy detallado. Además, la composición del tercer cuartil no es siempre la misma, es decir, está determinada por toda la distribución: si las gasolineras que se encuentran en el 75% inferior aumentaran los precios, o el 25% superior los disminuyera, la composición de los cuartiles cambiaría.

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

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

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

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

Si, por otro lado, los precios de las estaciones competidoras se sitúan alrededor del precio final (es decir, Q3 - 3c€), sí habría un incentivo claro para hacer un descuento con cargo a la comisión para poder ser competitivo. Finalmente, si los precios del entorno son muy bajos, la estación estará fuera de mercado, ya que incluso haciendo el descuento no podría competir con el resto.

Por lo tanto, las EESS tendrían incentivos para realizar descuentos si se utiliza la fórmula del tercer cuartil para establecer el precio de referencia, ya que salvo en casos extremos (el precio resultante no tendría las mismas consecuencias para todas las EESS de la provincia, porque dependería en mayor medida del entorno de cada una de ellas), esto les permitiría competir con el resto de operadores.

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

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

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

SÉPTIMO.-Expuestos los planteamientos de ambas partes, no compartimos los argumentos de la recurrente cuando afirma que la declaración de cumplimiento constituye un cambio de criterio de la Sala de Competencia que quiebra los fundamentos básicos de las resoluciones cuya vigilancia constituye el objeto del expediente.

El recurrente solo critica que en el caso de REPSOL se retrocede a la situación inicial de total control, a través de la fijación directa de precios y respecto de BP considera que el análisis crítico que la CNMC ha mantenido respecto de la Fórmula Precio Moda que BP ha aplicado a las estaciones de su red es incompatible con declarar ahora el cumplimiento de esta operadora en relación con la adaptación de su red de estaciones de servicio CODO/Comisión a lo dispuesto en las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2023.

No coincidimos con el planteamiento de la actora porque el expediente de vigilancia siempre ha tenido el mismo objeto, hacer eficaces los pronunciamientos de la resolución sancionadora que apreció una fijación indirecta de precios por las tres operadoras mediante la aplicación de determinadas fórmulas contractuales cuya inidoneidad a lo largo del tiempo la CNMC no ha tenido reparo en declarar, como ocurre con el modelo Consigna o el moda provincial en la medida en que no permitían a las estaciones de servicio introducir incentivos para obtener descuentos en el precio final.

No invalida la resolución recurrida el hecho de que no haya existido comunicación alguna a los titulares de las estaciones de servicio pues no son sus destinatarios y la fórmula validada es simplemente una variable del precio.

Tampoco la invalida que los gestores de estaciones de servicio a quienes AGES representa, *"no han percibido que la aplicación de la medida les haya conducido a la reducción del PVP Q3, por percibirlo como no competitivo"*.

Como ha destacado el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de febrero de 2020, rec. 6404/2018 *"la ejecución de una resolución sancionadora puede requerir en ocasiones de un período de tiempo más o menos prolongado, o puede presentar diferentes fases o grados de cumplimiento, o plantear diferencias sobre el debido cumplimiento entre la CNMC y las partes obligadas, por lo que la resolución del expediente de vigilancia, a los efectos de cumplir su función de incentivo de cumplimiento de lo acordado, no puede limitarse a repetir miméticamente las declaraciones de la resolución sancionadora, desatendiendo el estado de la ejecución, sino que deberá ajustarse o adaptarse a las circunstancias que exija en cada momento el debido cumplimiento de lo resuelto."*

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

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

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

Por lo demás, el informe pericial emitido por D. Alonso, de la entidad, Fuel Marketing Consulting, aportado por la recurrente hace una descalificación apodíctica de la fórmula del tercer cuartil porque entiende que no basta con el simple reconocimiento de la facultad de reducir el PVP máximo y ninguno de los tres operadores sancionados ha implantado un sistema de determinación del precio de adquisición del producto que incentive al titular de la estación de servicio a bajar el PVP y sea un margen suficiente que le permita, en el ejercicio de su actividad de venta de carburantes y combustibles, desviarse del PVP máximo/recomendado.

A juicio de la Sala, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que cualquiera que sea la fórmula aplicada que incentive la realización de descuentos vendrá condicionada porque la mayoría de las estaciones de servicio pertenecen a los tres principales operadores, sin embargo, la capacidad de estas para condicionar el precio del tercer cuartil es más reducida, ya que para ello, deberían tener en cuenta el PVP fijado por todas las estaciones de servicio de la provincia y que el tercer cuartil es el dato que deja por debajo de cómputo el 75% de la distribución de cada producto en cada provincia, circunstancias que dificultan la concertación a la hora de fijar indirectamente el precio.

Entiende por ello la Sala, que la resolución recurrida en cuanto acepta la introducción de la variable precio del tercer cuartil provincial, cumple con los criterios definidos por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos, es conforme a derecho, por lo que procede desestimar el recurso.



OCTAVO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Alejandro Escudero Delgado, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES)**, contra la resolución de 12 de junio de 2020, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 30 de julio de 2009, recaída en el expediente S/652/07, REPSOL, CEPSA, BP) y por tanto, de la resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 (recaída en el expediente VS/0652/07 REPSOL, CEPSA, BP) que apreció el incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009 e intimó a las tres sancionadas a adoptar medidas para su cumplimiento completo, resolución que declaramos conforme a derecho

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.