



Roj: **SAN 2194/2018 - ECLI:ES:AN:2018:2194**

Id Cendoj: **28079230062018100265**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/05/2018**

Nº de Recurso: **39/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2194/2018,**
ATS 2883/2019,
STS 474/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000039 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00380/2014

Demandante: BP OIL ESPAÑA, S.A.U.

Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y SPANPETROL, S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintitres de mayo de dos mil dieciocho.



VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 39/14 promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de **BP OIL ESPAÑA, S.A.U.**, contra la resolución de 20 de diciembre de 2013, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el expediente VS/652/07. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, e intervenido como codemandada la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador D. David García Riquelme, y SPANPETROL, S.A., representada por la Procuradora D^a Beatriz Sordo Gutiérrez.

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 se dicte sentencia por la que "... *anule la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 20 de diciembre de 2013 por la que se resuelve el expediente de vigilancia VS/652/07 y declare cumplidas las intimaciones impuestas a mi mandante por la Resolución de 2009*".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado y la entidad codemandada CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 24 de enero de 2018, si bien la deliberación se prolongó a sucesivas sesiones que concluyeron en la de 25 de abril de 2018.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 20 de diciembre de 2013 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente VS/0652/07 cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

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

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

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

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

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

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

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

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



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

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

1. Con fecha 30 de julio de 2007 la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia acordó la incoación de oficio del expediente sancionador S/0652/07 contra las operadoras Repsol, Cepsa y BP por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y por el artículo 81 del Tratado constitutivo de la CE .
2. Tras los trámites que recoge el referido expediente, el Consejo de la CNC dictó el 30 de julio de 2009 resolución en cuya parte dispositiva acordaba, literalmente, lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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



NOVENO.- *Intimar a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*

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

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

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

3.- Dicha resolución, recurrida ante esta Sala de la Audiencia Nacional por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, fue confirmada por sentencia de 4 de noviembre de 2010 . Impugnada ésta en casación, el Tribunal Supremo la anuló mediante sentencia de 28 de enero de 2013 que, no obstante, desestimó el recurso interpuesto por BP contra la tan repetida resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.

Al propio tiempo, la entidad aquí demandante presentó también recurso ordinario que fue igualmente desestimado por sentencia de esta Sala y Sección de 5 de noviembre de 2012, la cual ha sido confirmada en casación por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de junio de 2015 (recurso núm. 4502/2015).

4.- Con objeto de dar cumplimiento al dispositivo duodécimo de la Resolución del Consejo de la CNC antes reproducido, la Dirección de Investigación llevó a cabo varios requerimientos de información en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, con objeto de verificar la situación contractual de los operadores sancionados con sus distribuidores, y la operativa de los mecanismos de emisión de tickets y facturas en las estaciones de servicio.

5.- El 19 de diciembre de 2012, y de conformidad con el artículo 42.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia , notificó a las partes implicadas en la vigilancia la "Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia" en la que de lo actuado deducía, por un lado, que ninguna de las tres operadoras citadas fijaba el precio de adquisición/cesión de forma distinta a la consistente en detracer del PVP máximo/recomendado la comisión/margen de la estación de servicio, y por otro, que tampoco habían implantado un sistema de fijación del precio de adquisición/cesión del producto que permitiese que el titular de la estación de servicio obtuviera, por su actividad, un margen suficiente para modificar significativamente el PVP máximo/recomendado. Lo que le llevaba a estimar que ni REPSOL, ni CEPSA, ni BP habían dado cumplimiento a la intimación realizada por el Consejo de la CNC en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, por lo que proponían al referido Consejo que requiriese a las mismas para que adoptaran las medidas exigidas para el cumplimiento de la citada resolución.

5.-Con fecha 12 de septiembre de 2013 la Dirección de Investigación emitió Informe Parcial de Vigilancia; y, finalmente, y a su vista, el Consejo de la CNMC dictó el 20 de diciembre de 2013 la resolución cuya impugnación constituye el objeto del presente proceso y cuya parte dispositiva se ha transcrito antes.

SEGUNDO .- Argumenta en primer lugar la entidad recurrente que la resolución de 2009, cuyo incumplimiento se sanciona, no es firme pues se encuentra pendiente del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de esta Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012 .

Sin embargo, y como hemos expuesto en el fundamento anterior, el Tribunal Supremo ha resuelto ya dicho recurso, desestimándolo, en sentencia de 2 de junio de 2015, recurso núm. 4502/2012 .

En cualquier caso, pone de manifiesto la actora que las primeras actuaciones llevadas a cabo en el expediente de vigilancia dieron comienzo en una fecha -23 de marzo de 2010- en la que *"las medidas de intimación de la Resolución de 2009 estaban siendo objeto de debate en un incidente cautelar que todavía no era firme (había sido recurrida en reposición su desestimación inicial) , por lo que no podían ser calificadas de ejecutivas"* . De tal forma, dice, que el inicio de las labores de investigación por parte de la DI el 23 de marzo de 2010 vulneraría lo dispuesto en el artículo 42 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

No podemos compartir esta conclusión si se advierte que, conforme al citado precepto, *"1. A efectos de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, al adoptar la resolución o el acuerdo que imponga una obligación, deberá advertir a su destinatario del plazo de que dispone para cumplirlo, apercibiéndole de la cuantía de la multa coercitiva que, en caso de incumplimiento, le podrá ser impuesta por cada día de retraso en los términos previstos en el artículo 67 de la Ley*



15/2007, de 3 de julio . 2. Una vez que la resolución o el acuerdo sean ejecutivos, la Dirección de Investigación llevará a cabo todas las actuaciones precisas para vigilar su cumplimiento....".

Y es lo cierto que la resolución de 30 de julio de 2009 era, en efecto, ejecutiva con arreglo al principio general contenido en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , sin que esta Sala hubiera acordado su suspensión en el trámite de la correspondiente pieza cautelar abierta tanto en el recurso ordinario número 636/2009, como en el de protección de derechos fundamentales número 3/2009, seguidos a instancia de BP contra la citada resolución, siendo así que en ambos casos la decisión de la Sala fue contraria, precisamente, a acordar la suspensión interesada.

TERCERO .- Denuncia BP que la resolución recurrida no analiza de manera individual la situación de cada uno de los operadores y no tiene en cuenta, por tanto, la singularidad de la situación de BP OIL ESPAÑA que, frente a REPSOL y CEPSA, carece de una red propia significativa de estaciones de servicio pues, en la mayoría de los casos, opera con minoristas con los que mantiene una relación contractual, con elevada rotación de las estaciones de la red; además de que su cuota de mercado -del 7% en gasolina 95 y diésel- es muy inferior a las de REPSOL -39% y 38%, respectivamente-, y CEPSA -17% y 16%-.

En el mismo sentido, pone de relieve que BP no ha incluido en sus contratos la cláusula, prohibida en la intimación cuarta de la resolución de 2009, según la cual las comisiones a percibir habrían de calcularse a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio. Pese a ello, es decir, a que sus contratos no incorporaban tal cláusula, el inciso 2 del apartado Tercero de la resolución ahora impugnada intima también a BP a "... la cesación de las prácticas consistentes en el establecimiento de cláusulas en las que las comisiones a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio" , por lo que considera que "el Consejo se refiere a algo diametralmente opuesto a la situación concreta de mi mandante...".

Además, las intimaciones impuestas en la resolución de 2009 resultan, a su juicio, indeterminadas al imponer unas conductas de resultado sin establecer la forma ni el procedimiento por el que deben cumplimentarse, lo que obliga a concluir que la resolución misma es incongruente y arbitraria, además de no compadecerse con los hechos que, respecto de BP, se consideran acreditados en el expediente.

Sostiene también BP OIL ESPAÑA, S.A., que la resolución recurrida "... contradice radicalmente la Ley 11/2013 y la LSH (Ley 34/1988, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos)".

Denuncia la existencia de contradicciones entre las conclusiones de la Sala de Competencia de la CNMC y las alcanzadas por la CNE en el informe emitido para, a continuación, rebatir la existencia del incumplimiento declarado, con exposición de los argumentos que pondrían de manifiesto, a su juicio, que la resolución de 30 de julio se cumplió en sus estrictos términos.

Por último, cuestiona la publicación de la resolución en la página web que acordó la CNMC por carecer de base legal, y su obligación de correr con los gastos de la misma.

CUARTO.- An tes de analizar los motivos que esgrime la recurrente para justificar que no se ha producido el incumplimiento que detecta la CNMC hemos de hacer algunas consideraciones sobre el alcance que debe atribuirse al pronunciamiento que se contiene en la resolución recurrida atendido el criterio que hemos venido siguiendo en procedimientos similares y el adoptado por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 8 de mayo de 2018, dictada en el recurso de casación 527/2016 , que casa y anula la dictada por esta Sección con fecha 8 de enero de 2016, recurso 49/2014.

Decíamos en esta última sentencia lo siguiente:

"El asunto es de indudable trascendencia pues, de entender que el pronunciamiento de incumplimiento contenido en la resolución aquí recurrida es definitivo, se estaría prejuzgando la comisión de la infracción prevista en artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 , siendo así que ya se ha incoado un expediente sancionador con ese mismo objeto. Por tanto, no podría en su tramitación cuestionarse la comisión del hecho típico y sancionado, esto es, el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la resolución de 12 de marzo de 2007, al haber sido ya declarado. La propia CNMC, al valorar en la propuesta de resolución de 7 de abril de 2014 las alegaciones de la expedientada, manifiesta que el planteamiento de CERCASA es correcto y que en la resolución de 21 de noviembre de 2013 "el Consejo de la CNMC declara la existencia de indicios de la existencia de dicho incumplimiento, ordenando la incoación del presente expediente a los efectos de poder concluir respecto del mismo y, en su caso, imponer la sanción correspondiente".

El apartado 4 de este precepto habilita sin duda al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a decidir, en el curso de estas actuaciones de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas, que las mismas se han incumplido e incluso imponer por ello -apartado 5- la multa coercitiva que proceda. Pero el alcance de esa declaración de incumplimiento no puede vincular la que se haga en el expediente que llegara



a incoarse por supuesta comisión de la falta muy grave prevista en el artículo 62.4.c) pues ello supondría una evidente quiebra de las garantías que han de concurrir en todo procedimiento sancionador. La interpretación conjunta de la facultad que reconoce el artículo 42.4 del Reglamento de la CNMC y de la infracción que sanciona como falta muy grave el artículo 62.4.c) exige necesariamente condicionar el alcance de aquélla al limitado ámbito del expediente de vigilancia, de tal suerte que la declaración de incumplimiento ha de hacerse en todo caso con esta limitación. Por tal razón, los efectos que dicha declaración pudiera tener sobre la responsabilidad por la comisión de la infracción muy grave se ciñen solo a la posibilidad de acordar la incoación del oportuno expediente sancionador en cuyo curso habrá de constatarse, con las garantías inherentes al mismo, la existencia del eventual incumplimiento y la correspondiente sanción".

Entendíamos, en definitiva, que al no acompañarse la declaración de incumplimiento de esa prevención - carácter meramente indiciario- debía ser anulada pues el haberse dictado en un procedimiento de vigilancia no excluía, por esa sola circunstancia, que pudiera considerar acreditados hechos o conductas que resultaran inevitablemente determinantes de la comisión de la infracción, con las consecuencias que ello había de tener en el procedimiento sancionador al constituir el hecho típico, insistíamos, el mismo incumplimiento.

Todo ello condujo a la estimación parcial del recurso en el solo sentido de dejar sin efecto la declaración de incumplimiento por exceder del alcance que a dicha declaración le atribuye el artículo 42 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en la interpretación que del mismo resultaba obligada, a criterio de la Sala, y a la vista de la tipificación como infracción muy grave en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, del incumplimiento de una resolución adoptada en aplicación de la misma Ley en materia de conductas restrictivas de la competencia.

La precitada sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2018 casa y anula este pronunciamiento, y razona para ello lo siguiente.

"De los preceptos transcritos se deduce que el procedimiento de vigilancia no tiene carácter sancionador ni las resoluciones que se adopten como consecuencia del mismo pueden condicionar en forma alguna un eventual posterior procedimiento sancionador.

En efecto, el procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuesta por el órgano regulador y, en su caso, instar al cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia mediante la imposición de multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento). Y aunque verse sobre los mismos hechos que un eventual posterior procedimiento sancionador, en ningún caso puede considerarse que tenga por objeto la determinación de si se ha incurrido en la infracción grave contemplada en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .

En el marco de su limitado alcance (verificar el estado de cumplimiento de una obligación) el procedimiento de vigilancia puede lógicamente concluir con una declaración de cumplimiento o de incumplimiento, parcial o completo en uno u otro caso, y circunscrita al momento en que se ha desarrollado el procedimiento. Pero su objeto no es, conviene insistir, constatar si se ha incurrido en un incumplimiento que incurra en la referida infracción muy grave, sino constatar el estado de la cuestión para, en su caso, incentivar el cumplimiento de la obligación mediante la previsión de multas coercitivas o incoar un expediente sancionador. Por consiguiente, es perfectamente admisible que constatada una situación de incumplimiento (parcial o completo y en el momento en que se realiza la vigilancia) que pudiera ser constitutivo de la referida infracción, se acuerde como consecuencia del procedimiento de vigilancia, como ha sucedido en el caso de autos, la incoación de un procedimiento sancionador.

Como consecuencia de lo anteriormente dicho se pueden extraer varias conclusiones sobre la naturaleza y finalidad del procedimiento de vigilancia y de sus posibles consecuencias:

-El procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el grado de cumplimiento (o incumplimiento) de una obligación impuesta al sujeto objeto del mismo, por lo que su conclusión natural es una declaración de cumplimiento (o incumplimiento). Como las consecuencias del procedimiento pueden ser desfavorables, el procedimiento tiene carácter contradictorio, dándosele al sujeto trámite de audiencia (art. 42.3 y 4 del Reglamento).

-En caso de constatar un incumplimiento, el órgano regulador puede imponer multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento), lo que tiene la finalidad de incentivar al cumplimiento de la obligación. Esta posibilidad es una muestra evidente de la naturaleza provisional de la constatación de incumplimiento, que puede dar lugar a dicha medida, que tiene por objeto lograr el cumplimiento pleno de la obligación. Las multas coercitivas, reguladas en el artículo 21 del Reglamento, no tienen carácter sancionador, aunque sin duda son desfavorables, lo que explica, como se ha dicho, que el procedimiento sea contradictorio y requieren una apreciación de un incumplimiento, parcial o completo, en ese momento.



-Tanto si se acuerda la imposición de multas coercitivas como si no se hace así, a resultados del estado de cumplimiento constatado se puede instar la incoación de un procedimiento sancionador, el cual sí que tiene por objeto precisamente valorar si el incumplimiento detectado constituye una infracción ex artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .

-Desde la perspectiva de un hipotético procedimiento sancionador, los resultados del procedimiento de vigilancia (en especial, la declaración de incumplimiento), es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta y que no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción ex 62.4.c).

De acuerdo con todo lo expuesto, procede estimar el motivo y el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado".

Y concluye el Tribunal Supremo diciendo en la referida sentencia de 8 de mayo de 2018 que: *"... al no admitirse que la declaración de incumplimiento contenida en la resolución impugnada sea contraria a derecho por prejuzgar un procedimiento sancionador, procede desestimar el recurso interpuesto por dicha causa petendi contra la referida resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".*

De lo anterior se desprende que la declaración de incumplimiento recaída en el curso del expediente de vigilancia al amparo de la previsión del artículo 42 del Real Decreto 261/2008 es una *"apreciación circunscrita al momento en que se dicta"* , en palabras del Tribunal Supremo; y además tiene una *"evidente naturaleza provisional"* , como le atribuye la misma sentencia de 8 de mayo de 2018 .

En el caso enjuiciado no es fácil, ciertamente, advertir esas características en la decisión de la CNMC que declara el incumplimiento, y que se precede de un análisis en profundidad de los hechos que lo determinan, con referencia a la totalidad de los contratos suscritos tras la resolución de 30 de julio de 2009 por las tres entidades afectadas -alude a 2.326 contratos de REPSOL, 772 de CEPSA y 127 de BP-.

En la misma resolución ahora recurrida se indica que, antes de adoptarla, la Dirección de Investigación, para dar cumplimiento al dispositivo duodécimo de la resolución del Consejo de 30 de julio de 2009, *"... realizó múltiples solicitudes y requerimientos de información en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, con objeto de verificar la situación contractual de los operadores sancionados con sus distribuidores y ala operativa de los mecanismos de emisión de tickets y facturas en las EESS"* .

Además, analiza el alcance del informe parcial de vigilancia, del emitido por la CNE y de las alegaciones formuladas por las afectadas, y dedica buena parte de su fundamentación al examen de la propuesta elevada al Consejo sobre el cumplimiento de la resolución de la CNC en relación a la fijación del precio de adquisición/cesión del combustible referenciado al precio máximo de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno o cualquier uso comercial que tenga efecto equivalente, al establecimiento de comisiones/márgenes calculados a niveles similares a los de la zona o cualquier otra cláusula que tanga un efecto equivalente; a la dificultad en la introducción manual del precio de venta final en cada operación y entrada automática en los terminales de pago con tarjetas propias y terminales de puntos de venta del precio máximo/recomendado; al impedimento o dificultad para el titular de la EESS de conocer los descuentos compartidos practicados a clientes de tarjetas de fidelización; y a la existencia de dificultades para la obtención de justificantes de los descuentos practicados.

A continuación, examina las alegaciones formuladas por cada una de las entidades afectadas sobre todos estos extremos que constituyen el núcleo del incumplimiento finalmente declarado, y que se extiende a lo largo de un período de varios años -desde la notificación de la resolución de 30 de julio de 2009 hasta el dictado de la que aquí se recurre, el 20 de diciembre de 2013-.

En sus páginas 30 a 35 se refiere a las modificaciones normativas en el ámbito del sector de hidrocarburos (fundamento de derecho sexto) introducidas por el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, y por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, con un extenso análisis de la incidencia de esta normativa a efectos de constatar el eventual incumplimiento, todo ello en respuesta a las alegaciones que también formulan sobre el particular las entidades afectadas.

No puede dejar de significarse por otra parte que, con fecha 29 de enero de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC dictó resolución en el expediente sancionador SNC/0034/13 BP, incoado con fecha 7 de julio de 2014 *"... contra BP OIL ESPAÑA, S.A por incumplimiento parcial de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009"* . Se trata del expediente incoado como consecuencia de lo acordado en el ordinal sexto de la resolución de 20 de diciembre de 2013, aquí recurrida (*"Interesar a la Dirección de Competencia la apertura de un procedimiento sancionador por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero de esta Resolución ..."*).



Pues bien, en el apartado 3 de los hechos probados la resolución sancionadora de 29 de enero de 2015 indica, literalmente, lo siguiente:

"De lo actuado en el expediente de vigilancia VS/0652/07, tal y como fue confirmado en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 20 de diciembre de 2013, ha quedado acreditado que BP habría dado un cumplimiento parcial a lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009 (expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), no aplicando dicha resolución en relación, tanto con los contratos de comisión sujetos a la normativa de competencia, como a los contratos de reventa indiciada a precio de referencia, pues en dichos contratos BP no había determinado, tal y como se ordenaba en la misma, el precio de adquisición del producto contractual a parámetros objetivos, independientes del operador".

En esa resolución, recurrida ante esta misma Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional bajo el número 177/2015, se declara la responsabilidad de BP por la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 62.4.c), y se le impone una multa de 750.000 euros.

Como decíamos, a la vista de todo ello resulta difícil identificar aquí el incumplimiento al que se refiere el Tribunal Supremo, limitado a una apreciación realizada en el momento en que se dicta, y de alcance provisional. La misma CNMC justificó la ampliación del plazo máximo para la tramitación del expediente de vigilancia atendida su complejidad (folio 4783).

También como hemos indicado, esta Sala ha venido considerando que pronunciamientos del todo análogos recaídos en otros expedientes de vigilancia debían ser revocados al exceder del carácter que, efectivamente, les atribuía la LDC.

No obstante, la doctrina que emana de la sentencia de 8 de mayo de 2018 es que ello no debe dar lugar a la anulación de la declaración de incumplimiento atendida la naturaleza que, para el Alto Tribunal, tiene en todo caso dicha declaración, de acuerdo con la misma LDC y su Reglamento.

Es obligado entonces que el análisis de legalidad que procede hacer ahora se atenga a los criterios de oportunidad - *apreciación en el momento en que se dicta* - y provisionalidad - *naturaleza provisional de la constatación de incumplimiento* - que le atribuye el Tribunal Supremo. Y esta precisión es importante pues los motivos en los que se funda la demanda remiten a un examen en profundidad acerca del incumplimiento y de su alcance, y rebaten que éste se hubiera en rigor producido, no solo en el momento de dictarse la resolución que lo declara, sino a lo largo de todo el período julio de 2009/diciembre de 2013, teniendo en cuenta el contenido cierto de la propia resolución recurrida que ha valorado, reiteramos, las pruebas e informes incorporados al expediente administrativo en relación a todo el período de supuesto incumplimiento y que declara la existencia de éste después de una extensa motivación.

QUINTO .- En coherencia con cuanto venimos diciendo, las pruebas acopiadas en el expediente, así como el contenido de los informes de la dirección de investigación y de la CNE, constituyen una base suficiente para suponer que se ha producido un incumplimiento de la resolución de 30 de julio de 2009 en los términos que resultan de la interpretación que el Tribunal Supremo hace de los preceptos de la LDC (artículo 41) y de su Reglamento (artículo 42) que regulan este trámite, es decir, atendiendo al momento en que se dicta la resolución de incumplimiento y dada su naturaleza provisional.

Y es que la decisión recurrida apoya esa declaración en el análisis de los contratos suscritos tras la resolución presuntamente incumplida, en los términos de las intimaciones hechas en su día, y en lo informado por la dirección de investigación, que avalarían la existencia del incumplimiento detectado a los solos efectos de declararlo así, imponer las multas coercitivas y acordar la incoación del correspondiente expediente sancionador.

Los motivos de la demanda que cuestionan que el incumplimiento se haya en realidad producido se basan en consideraciones de fondo, extrañas a esas características conceptuales de oportunidad y provisionalidad que la tan repetida sentencia de 8 de mayo de 2018 atribuye a la declaración de incumplimiento cuando declara que *" Desde la perspectiva de un hipotético procedimiento sancionador, los resultados del procedimiento de vigilancia (en especial, la declaración de incumplimiento), es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta y que no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción ex 62.4.c)".*

Es decir, presupone la existencia de dos posibles incumplimientos, uno de alcance limitado al procedimiento de vigilancia, y otro de relevancia sancionadora, constitutivo del tipo previsto en el artículo 62.4.c) consistente en *"Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley ..."*, sin que la apreciación de aquel implique, necesariamente, que se haya producido éste. Y la explicación de esa dualidad la sitúa la sentencia en que el primero tiene una naturaleza provisional, y obedece a una apreciación circunscrita al momento en que se dicta.



Declara literalmente que el objeto del procedimiento de vigilancia "... no es, conviene insistir, constatar si se ha incurrido en un incumplimiento que incurra en la referida infracción muy grave, sino constatar el estado de la cuestión para, en su caso, incentivar el cumplimiento de la obligación mediante la previsión de multas coercitivas o incoar un expediente sancionador. Por consiguiente, es perfectamente admisible que constatada una situación de incumplimiento (parcial o completo y en el momento en que se realiza la vigilancia) que pudiera ser constitutivo de la referida infracción, se acuerde como consecuencia del procedimiento de vigilancia, como ha sucedido en el caso de autos, la incoación de un procedimiento sancionador".

Si de lo que se trata ahora es de "... constatar el estado de la cuestión", no parece que puedan analizarse los argumentos impugnatorios que atacan la declaración de incumplimiento en su contenido sustancial, incumplimiento producido, en su caso, en un período prolongado de tiempo -más de cuatro años- y no limitado temporalmente al momento en que se dicta la resolución. Y es que, precisamente, el carácter que el Tribunal Supremo atribuye a aquella declaración recaída en el expediente de vigilancia impide puedan examinarse ahora motivos que hubieran de dar lugar a pronunciamientos que por su propia naturaleza y alcance sí habrían de determinar, necesariamente, la comisión de la infracción.

Esos pronunciamientos son los que busca propiciar la parte actora con los motivos que se recogen en el fundamento segundo de su demanda, que critica la falta de un análisis individual de la situación de cada operador; en el fundamento tercero, que alude a la vulneración de la Ley 11/2013 y la Ley del Sector de Hidrocarburos en relación con la incidencia que ha de atribuirse, respecto del pretendido incumplimiento, al régimen transitorio previsto en dichas normas para posibilitar la adaptación de los contratos afectados; o en el fundamento quinto, apartado 5.1, en el que se niega que el incumplimiento se haya producido, no de forma provisional o solo en relación con el momento en que se dicta la resolución, sino con una trascendencia mucho mayor que no puede analizarse aquí al exceder del "estado de la cuestión" al que se refiere la sentencia de 8 de mayo de 2018. Razón por la que no procede examinarlos.

SEXTO .- Entendemos que, no obstante las citadas prevenciones, sí debe abordarse ahora, siquiera desde el punto de vista de su oportunidad, el supuesto exceso de las obligaciones impuestas en la resolución de 20 de diciembre de 2013 respecto de las que fijaba la de 30 de julio de 2009 al que se refiere BP OIL en el fundamento 5.2 de la demanda pues sirve a delimitar el objeto del supuesto incumplimiento.

Dice la recurrente que la CNMC le imputa no haber cumplido el espíritu de la resolución de 30 de julio de 2009, aunque declare que habría cumplido la literalidad de la parte dispositiva, lo que sería contrario a la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 de la Constitución.

Sin embargo, de la lectura de la dicha parte dispositiva no se sigue que la Comisión haya hecho esa manifestación. Antes al contrario, en su apartado primero literalmente declara "... el incumplimiento parcial de la resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009 en el particular de su dispositivo TERCERO, CUARTO Y QUINTO apartado iv". Otra cosa es que considere además que la conducta de las empresas afectadas haya sido también contraria al espíritu que pudiera inspirar la resolución de 30 de julio de 2009.

De lo que no se sigue ninguna vulneración del principio de seguridad jurídica, en los términos que supone BP.

Otro tanto sucede con la denuncia relativa al cálculo de las comisiones y la intimación cuarta de la resolución de 2009. Y es que lo único que incorpora la resolución de 20 de diciembre de 2013, ahora recurrida, es una indicación del modo en que debe cumplimentarse dicha intimación, lo que es perfectamente razonable, por otra parte, una vez constatado el incumplimiento de la obligación originariamente impuesta. Sin que ello permita concluir, como hace la actora, que esa concreta actuación encaminada al cumplimiento de la obligación no derive de la resolución de 2009.

Y también debe ser la misma la conclusión en cuanto al sistema de acceso a la información sobre descuentos compartidos por parte de las estaciones de servicio a que se refiere la intimación Quinta, apartado IV, de la resolución que se declara incumplida.

En este caso, entiende BP OIL que la resolución que ahora recurre añade obligaciones que no conlleva aquella intimación, en particular el establecimiento de un sistema de acceso continuo e indiscriminado de las estaciones de servicio a todos los descuentos compartidos de los clientes de cada tarjeta de fidelización.

Sin embargo, el incumplimiento detectado, y el alcance de la obligación originariamente impuesta, dan cobertura a la exigencia de implantar un sistema de acceso que posibilite efectivamente que éste tiene lugar como único modo de garantizar que no se produce la ocultación que prohíbe la resolución de 30 de julio de 2009, por lo que no puede sostenerse tampoco en este caso que se haya impuesto una obligación al margen de la misma.



SÉPTIMO .- Por último, ha de ser también objeto de análisis el motivo que cuestiona la obligación impuesta en la resolución impugnada de publicar la misma en la página web corporativa de BP OIL ESPAÑA, S.A.,.

En opinión de la recurrente, la LDC vigente y aplicable en el presente caso, a diferencia de lo que disponía el artículo 46.5 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, no prevé la obligación de publicación de las resoluciones, ni impone el deber del sancionado de soportar los gastos correspondientes. Y con más razón aquí, cuando la resolución no tiene carácter sancionador.

Se remite en esto a lo resuelto por esta Sección en sentencia de 15 de noviembre de 2012.

E invoca lo establecido en el artículo 27.4 de la LDC, que hace recaer sobre la misma CNMC la obligación de publicidad de sus resoluciones, y a la sentencia, también de esta Sección, de 15 de noviembre de 2013, que se habría pronunciado en este sentido.

La anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, contemplaba en su artículo 46 la publicación de las resoluciones del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia, incluso de las resoluciones no sancionadoras (párrafo segundo del apartado 5), que incluirían la dictada, como ahora, en un expediente de vigilancia.

La vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su redacción original, en concreto, en el artículo 27, sobre Publicidad de las actuaciones de la Comisión Nacional de la Competencia, disponía lo siguiente: "1. La Comisión Nacional de la Competencia hará públicas todas las resoluciones y acuerdos que se dicten en aplicación de esta Ley y, en particular: a) Las resoluciones que pongan fin al procedimiento en expedientes sancionadores. b) Las resoluciones que acuerden la imposición de medidas cautelares. c) Las resoluciones que pongan fin a la primera y segunda fase en expedientes de control de concentraciones".

Finalmente, el artículo 37.1 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que derogó el citado artículo 27 de la Ley 15/2007, establece que "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores. En particular, se difundirán: ... j) Las resoluciones que pongan fin a los procedimientos".

El amparo legal de la decisión de publicación habría de encontrarse en esta norma y no, desde luego, en el artículo 53.2 que menciona el Abogado del Estado en su contestación a la demanda y que se refiere a las resoluciones sancionadoras (se ubica en la Sección 2, que lleva por rúbrica "De la resolución del procedimiento sancionador", del capítulo II, sobre "procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas").

Sin embargo, es lo cierto que la resolución recurrida no justifica su acuerdo de ningún modo, pues se limita a ordenar a la mercantil afectada la publicación, en su página web, "... de la parte resolutive de la presente resolución", con la advertencia de imponer una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso a partir del plazo de un mes concedido al efecto.

Y, por otra parte, el transcrito artículo 37.1 de la Ley 3/2013 no prevé en ningún caso que la publicación se haga en la página web de la empresa.

Todo lo cual obliga a concluir que la decisión contenida en el ordinal cuarto de la parte dispositiva de la resolución impugnada, sobre publicación en la página web de la empresa afectada, carece de toda cobertura legal y debe por ello ser anulada.

OCTAVO .- Procede, conforme a lo hasta aquí expuesto, la estimación parcial del recurso sin que, conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional, se haga especial imposición de las costas procesales causadas.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén actuando en nombre y representación de **BP OIL ESPAÑA, S.A.U.**, contra la resolución de 20 de diciembre de 2013, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el expediente VS/652/07.

2.- Anular la referida resolución tan solo en lo relativo a la obligación impuesta en el ordinal cuarto de su parte dispositiva, sobre publicación en la página web de la entidad recurrente, al ser en este extremo no ajustada a Derecho.



3.- No hacer expresa imposición de las costas causadas.

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.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 29/05/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ