



Roj: **SAN 2197/2018 - ECLI:ES:AN:2018:2197**

Id Cendoj: **28079230062018100268**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/05/2018**

Nº de Recurso: **77/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2197/2018,**
ATS 2956/2019,
STS 473/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000077 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00974/2014

Demandante: CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A. (ANTES CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A)

Procurador: D. JORGE DELEITO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

S E N T E N C I A N^o:

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 catorce de mayo de dos mil dieciocho.



VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **77/2014** promovido por el Procurador D. Jorge Deleito Garcia, actuando en nombre y representación de CEPSA Comercial Petróleo, S.A. (antes Cepsa Estaciones de Servicio, S.A), contra la resolución de 20 de diciembre de 2013 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como entidades codemandadas han comparecido la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio representada por el Procurador D. David Garcia Riquelme y la entidad Repsol, S.A. representada por la Procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca.

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 formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminó suplicando de ésta Sala que dicte sentencia por la que estimando el recurso interpuesto:

"1º) Anule íntegramente la Resolución de 20 de diciembre de 2013, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, por razón de los vicios formales denunciados en este escrito.

2º) Subsidiariamente, entrando a conocer del fondo de las cuestiones planteadas en la citada Resolución, anule por su disconformidad a derecho, en cuanto se refieren a CEPSA, los Dispositivos Primero, Tercero (en lo relativo a los contratos de comisión), Cuarto y Sexto de la Resolución impugnada y demás pronunciamientos conexos con ellos o cualquiera de esos pronunciamientos autónomamente en caso de estimar parcialmente cualquiera de los motivos impugnatorios articulados en esta demanda".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba que se dicte sentencia que confirme los actos recurridos en todos sus extremos. De igual modo se pronunció la entidad codemandada Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio en su escrito de contestación a la demanda.

TERCERO. - Una vez practicada la prueba admitida a trámite, se dio traslado a las partes para que formularan escritos de conclusiones y una vez aportados quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo.

CUARTO. - Se fijó para votación y fallo 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.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, CEPSA, Comercial Petróleo, S.A. (en adelante, CEPSA), impugna la resolución de 20 de diciembre de 2013 dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente de vigilancia VS/652/07 REPSOL/ CEPSA/BP.

La referida resolución acuerda:

"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 anticompeticivos 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 practicas consistentes en el establecimiento de clausulas 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.

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 euros 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".

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo:

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 nº 652/07 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. El 30 de julio de 2009, el Consejo de la extinta CNC dictó Resolución en el mencionado expediente sancionador S/0652/07 y entendió que las tres operadoras REPSOL, CEPSA y BP, 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 . 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.

3. La resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009 acordó en su parte dispositiva 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.

SEXO.- *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, justificarán 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."*

4. La DI, para dar cumplimiento al dispositivo duodécimo de la Resolución del Consejo de la CNC, antes reproducido, en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, realizó numerosos requerimientos con objeto de verificar la situación contractual de los operadores sancionados con sus distribuidores así como la operativa de los mecanismos de emisión de tickets y facturas en las EESS.

5. El 19 de diciembre de 2012, se notificó a las partes implicadas en la vigilancia la "Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia" en la que, de lo actuado, se deducía, por un lado, que las tres operadoras citadas fijaban el precio de adquisición/cesión detrayendo del precio máximo/recomendado la comisión/margen de la estación de servicio por lo que se impedía que el titular de la estación de servicio obtuviera, por su actividad, un margen suficiente para modificar significativamente el precio máximo/recomendado.

6. Por todo ello la DI estimó 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, y proponía al Consejo de la CNC que intimase a las mismas para que adoptaran las medidas exigidas para el cumplimiento de la citada resolución.

7. Finalmente, el Consejo de la CNMC en el expediente de vigilancia referido dicta la resolución de fecha 20 de diciembre de 2013 que constituye el objeto del presente proceso y que se ha transcrito en el anterior fundamento de derecho.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente, CEPSA, se solicita la nulidad de la resolución impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Invoca defectos formales y defectos sustantivos.

Entiende que se le ha causado indefensión determinante de nulidad de la resolución impugnada y ello por cuanto asemeja el expediente de vigilancia con un procedimiento sancionador. En este sentido, sostiene que la indefensión se ha producido porque no se le ha dado trámite de audiencia respecto del Informe de Vigilancia Definitivo en cuanto agravaba los incumplimientos recogidos en el Informe Propuesta de Vigilancia formulado por la DI. Agravaciones que, finalmente, se recogieron en la resolución ahora impugnada. Apoya su pretensión



en las sentencias dictadas por esta Sección en fechas 22 de febrero de 2012 (rec. nº 1/2011) y 8 de noviembre de 2012 (rec. nº 1/2012) y en la sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha 30 de enero de 2012 (rec. nº 5106/2009).

Respecto del fondo, la recurrente sostiene que la resolución de 20 de diciembre de 2013 debe anularse por cuanto se ha excedido del alcance que tiene la potestad de vigilancia atribuida a la autoridad de competencia; sostiene que el procedimiento de vigilancia no permite adoptar medidas de ejecución que supongan innovar, reconfigurar o alterar el contenido de la resolución cuya vigilancia se examina.

La recurrente, en esta línea, afirma que la resolución sancionadora dictada el 30 de julio de 2009 se refería exclusivamente a los contratos de suministro de carburante de los llamados de reventa porque se hablaba del precio de adquisición y no se hacía ninguna mención a los contratos de comisión. Sin embargo, según refiere la recurrente, la resolución ahora impugnada ha incluido una nueva obligación que supone el establecimiento de criterios objetivos en la determinación del denominado precio de transferencia de los contratos de comisión. Además, la recurrente sostiene que la imposición de esa nueva exigencia implica desconocer e incumplir las previsiones recogidas en 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, que introdujo un nuevo precepto - artículo 43 bis- en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos que afecta directamente a las relaciones contractuales entre los operadores petrolíferos y los empresarios de las estaciones de servicio. Y, según dice la recurrente, esa nueva regulación permitía que hasta el 28 de julio de 2014 tenían plazo para adaptar los contratos de suministro en exclusiva para suprimir las cláusulas que supusieran la determinación del precio de venta del carburante.

Por otra parte, la recurrente no está conforme con los distintos incumplimientos que se le han imputado en la resolución impugnada. Y efectúa alegaciones respecto de cada uno de ellos. Así, sostiene:

a) Que es improcedente el mandato consistente en la articulación de un sistema de acceso continuo e indiscriminatorio de las estaciones de servicio a todos los descuentos compartidos con los clientes de cada tarjeta de fidelización. Afirma que ello vulnera la protección de datos de carácter personal y excede de las obligaciones impuestas en la Resolución del año 2009.

b) Que es improcedente el mandato consistente en la inserción de la parte dispositiva de la resolución impugnada en la página web de Cepsa. Apoya su pretensión sosteniendo que esa obligación contradice lo que ya se había dicho por esta Sección en la sentencia firme dictada en fecha 15 de noviembre de 2012 (rec. nº 607/2009) que se pronunció sobre la resolución de 30 de julio de 2009. Esa sentencia declaró que la autoridad de defensa de la competencia no podía imponer a CEPSA obligaciones de publicación de la parte dispositiva de sus resoluciones.

c) Que es improcedente el mandato consistente en el establecimiento de criterios objetivos en la determinación del denominado "precio de transferencia" de los contratos de comisión. Y ello porque la recurrente sostiene que es una medida que no estaba prevista en la resolución de 30 de julio de 2009 y, porque, además, su imposición supone incumplir lo establecido en la Ley 11/2013, de 26 de julio.

d) Que es improcedente el pronunciamiento de apertura de procedimiento sancionador porque entiende que no hay culpabilidad en el comportamiento de Cepsa.

CUARTO. - Centrado el objeto de debate debemos analizar si se ajusta al ordenamiento jurídico la resolución ahora impugnada dictada en el expediente de vigilancia dirigido a comprobar el cumplimiento de la resolución sancionadora dictada el 30 de julio de 2009.

La CNMC ha entendido que CEPSA ha cumplido de forma parcial e insuficiente las intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC en la resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009 en la que se ordenaba a todos los operadores petrolíferos sancionados a que cesasen en las conductas anticompetitivas sancionadas y para ello se fijaban medidas dirigidas a poner fin a esas conductas anticompetitivas.

Y, precisamente, en el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las medidas exigidas a los operadores petrolíferos, la CNMC ha entendido que se había producido un cumplimiento parcial y dicta la resolución de 20 de diciembre de 2013 ahora impugnada.

Resolución que, para una mejor comprensión, destacamos que tiene un doble pronunciamiento que merece un análisis diferenciado. Por un lado, dicha resolución declara que CEPSA, como operador petrolífero, ha incumplido algunas de las medidas que se le habían impuesto en la resolución de 30 de julio de 2009 que determina la incoación del correspondiente expediente sancionador por la comisión de la infracción prevista en la Ley de Defensa de la Competencia consistente en el incumplimiento de las medidas acordadas en un expediente sancionador; y por otro lado, se ordena y se imponen a los operadores petrolíferos, entre ellos a

CEPSA, medidas para el cumplimiento de la resolución de 30 de julio de 2009 que se han concretado en el apartado tercero de la parte dispositiva de la resolución de 20 de diciembre de 2013.

Conviene ya destacar para un correcto enjuiciamiento de la resolución de 20 de diciembre de 2013 que la misma no se ha dictado en un procedimiento sancionador sino en un expediente administrativo de vigilancia del cumplimiento de las medidas impuestas en una resolución sancionadora anterior. Esta precisión va a tener especial incidencia en el análisis de los defectos formales invocados por la recurrente en la tramitación del expediente de vigilancia, como es la ausencia del trámite de audiencia respecto del informe de vigilancia definitivo que, según refiere la recurrente, como agrava los incumplimientos previstos en el informe provisional de vigilancia, se le debió otorgar trámite de alegaciones para evitar indefensión al interesado.

Esta alegación no puede prosperar porque la actora no ha distinguido entre un procedimiento sancionador y un expediente de vigilancia. Conforme al artículo 42.2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia:

"1. A los 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 art. 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 llevara a cabo todas las actuaciones precisas para vigilar su cumplimiento.

3. Cuando la Dirección de Investigación estime un posible incumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá elaborar un informe de vigilancia que será notificado a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por conveniente.

4. Recibidas las alegaciones de los interesados y, en su caso, practicadas las actuaciones adicionales que se consideren necesarias, la Dirección de Investigación remitirá el informe de vigilancia al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a efectos de que este declare el cumplimiento de las obligaciones impuestas, o bien declare su incumplimiento.

5. La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que declare el incumplimiento de una obligación podrá imponer la multa coercitiva correspondiente, según lo establecido en el art. 21 de este Reglamento".

La lectura de dicho precepto, permite concluir que el expediente de vigilancia forma parte del procedimiento de ejecución de las resoluciones administrativas. Y como no es un procedimiento sancionador no son trasladables las garantías exigidas para los procesos sancionadores y, entre ellas, la necesidad de dar audiencia al interesado cuando la propuesta de la resolución sancionadora introduce modificaciones respecto del pliego de cargos, como así se recoge en numerosas sentencias, tanto de esta Sala como del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Pero no puede equipararse esa propuesta con el Informe de Vigilancia Definitivo recaído en un procedimiento de vigilancia.

QUINTO. - Rechazados los defectos formales invocados por la recurrente, debemos ahora examinar la legalidad de la resolución de 20 de diciembre de 2013 que, como ya hemos destacado, se ha dictado en el expediente de vigilancia incoado para comprobar el cumplimiento de las medidas y obligaciones impuestas a los operadores petrolíferos en la resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009. Esta resolución sancionadora declaró que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.; CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO; S.A. y BP OIL ESPAÑA, S.A. habían 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 de forma indirecta a los empresarios de las estaciones de servicio el precio de venta al público del carburante. Además, la resolución de 30 de julio de 2009 en el apartado quinto de la parte dispositiva exigía a las entidades sancionadas que adoptaran las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuían a la fijación indirecta del precio del combustible a la venta en estaciones de servicio de las redes abanderadas por REPSOL, CEPSA y BP en las que los gestores eran empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia. Concretamente, en el apartado quinto de la parte dispositiva de la resolución de 30 de julio de 2009 se fijaban algunas de las medidas que debían adoptar. Y en el fundamento de derecho VIGESIMOPRIMERO se justificaba la necesidad de imponer esas medidas al decir que *"...la conducta que la presente resolución viene a considerar ilícita se instrumenta, como se ha descrito, mediante la aplicación de una serie de mecanismos que, puestos en conjunto, conduce a una fijación de precios, prohibida por la norma, reduce la competencia intra e intermarca. Ello hace que en este caso la facultad de intimación prevista en el artículo 9 y desarrolladas en el 46.2 de la Ley 16/1989 cobre especial relevancia. Por ello ha de tratarse de que los*



sancionados implementen medidas que aseguren la cesación de la conducta de manera efectiva. Tales medidas deben remover los obstáculos existentes para que las EESS puedan tener total libertad de fijar el precio de los productos de venta en sus instalaciones. Estas serán de aplicación a todos los contratos entre los operadores sancionados en esta resolución y los gestores de estaciones de servicio cuyos contratos, independientemente de cómo se denominen, contengan cláusulas que hacen que el gestor de la EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes.....En la presente resolución, el Consejo fundamenta que, desde el punto de vista de aplicación del Derecho de la Competencia, el titular de la estación de servicio que por virtud de las cláusulas del contrato que le une con el operador debe ser valorado económicamente como agente no genuino o comisionista no puro ha de ser considerado como un distribuidor independiente, esto es un revendedor. Y consecuentemente, como revendedor, tiene derecho a fijar libremente sus precios. Ello no obsta, de acuerdo con el párrafo a) del artículo 2 del Reglamento de Restricciones Verticales y el 47 de las correspondientes Directrices, a que el proveedor pueda incluir cláusulas con precios máximos/recomendados. Pero ello será así siempre y cuando estos no vayan acompañados de mecanismos que, de forma directa o indirecta, limiten los incentivos de la EESS a realizar descuentos y que conviertan el precio máximo/recomendado en precio fijo, como en esta Resolución se identifica que ha venido pasando. Entre estos mecanismos el Consejo encuentra que deben ser reconocidos los citados en el F.D.15 que son: i) fijación del precio de adquisición en función del precio máximo/recomendado de que a su vez se ha fijado en función de los precios de venta al público de las EESS del entorno, (ii) el compromiso de aplicar comisiones/márgenes del mismo nivel que los percibidos por los competidores de la zona, (iii) la instalación en los terminales de pago con tarjetas propias del precio máximo/recomendado, (iv) la falta de información al titular de la EESS de los descuentos compartidos y aplicados en las tarjetas de fidelización y (v) el uso de las auto facturas como mecanismo que dificulta o impide la rectificación de la base imponible a efectos de liquidación del IVA....".

SEXTO. - Una vez expuestos los hechos que motivaron la adopción de la resolución de 30 de julio de 2009 podemos comprender mejor el expediente de vigilancia sobre el cumplimiento de dicha resolución en el que se ha dictado la resolución de 20 de diciembre de 2013, que es el objeto del presente proceso jurisdiccional. Como ya hemos señalado anteriormente, la adecuada revisión exige distinguir en la misma los contenidos recogidos en los dispositivos primero y sexto de lo regulado en el dispositivo tercero.

Iniciamos el análisis por lo dispuesto en los dispositivos primero y sexto que tienen el siguiente contenido 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.

....

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".

Debemos analizar el alcance que cabe atribuir a los pronunciamientos de incumplimientos recaídos en los expedientes de vigilancia por sus eventuales efectos sobre los procedimientos sancionadores que pudieran incoarse como consecuencia de los incumplimientos detectados tras su tramitación.

La recurrente sostiene, en este sentido, que la resolución recurrida es nula de pleno derecho por cuanto la declaración de incumplimiento de las condiciones que se habían impuesto a CEPSA en la resolución de 30 de julio de 2009 constituye un pronunciamiento materialmente sancionador, en la medida en que se declara la comisión de la infracción administrativa tipificada en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia sin sujeción a las garantías del procedimiento sancionador; lo que implica la infracción de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución . Nulidad que, según expone la recurrente, debe alcanzar tanto al incumplimiento al que se refiere el apartado primero de su parte dispositiva, que acuerda "*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*" como del apartado sexto de la Resolución impugnada en cuanto acuerda: "*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*".

Para dar respuesta a esta cuestión debemos remitirnos al criterio fijado por el Tribunal Supremo en la recentísima sentencia dictada en fecha 8 de mayo de 2018 (recurso de casación nº 527/2016) que estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por esta Sección en fecha 8 de enero de 2016 en el recurso contencioso administrativo nº 49/2014 . En la sentencia de 8 de enero de 2016 analizábamos cuáles eran los límites que debían imponerse al pronunciamiento de incumplimiento que podía realizarse en los expedientes de vigilancia.



Esta Sección mantenía que, la declaración de incumplimiento recogida en un expediente de vigilancia de forma categórica y sin realizar ningún matiz como "indicios" o "posibles" incumplimientos, ello implicaba ya la declaración de la comisión de la conducta que el artículo 62.4.c) de la LDC tipifica como infracción muy grave al margen de los tramites del procedimiento sancionador. Y considerábamos que si quedaba firme la declaración de incumplimiento realizada en el expediente de vigilancia basada, además, en los hechos que se afirman probados en el mismo y en la valoración que de ellos lleva a cabo la Comisión, no cabría una declaración distinta, so pena de mantener dos realidades contradictorias, en el procedimiento sancionador que habría de seguir la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para determinar si se ha producido la misma conducta típica y para imponer, en su caso, la correspondiente sanción. Y concluíamos que, por tanto, esa declaración de incumplimiento debía entenderse con el carácter limitado que impone el procedimiento en que se dicta, con advertencia expresa de que tiene solo un valor indiciario, suficiente para acordar la incoación del correspondiente expediente sancionador, pero en modo alguno determinante de lo que pueda resolverse en el mismo en cuanto a la comisión de la infracción prevista en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 .

No obstante, dicho criterio se ha dejado sin efecto por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 8 de mayo de 2018 y ello nos obliga a modificar nuestro criterio con la consecuencia de que debemos confirmar la declaración de incumplimiento recogida en el apartado primero de la parte dispositiva de la resolución impugnada de 20 de diciembre de 2013 puesta en relación con el apartado sexto de la misma. Y las razones que nos llevan así a rechazar las alegaciones del recurrente sobre este extremo se recogen en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2018 que analiza la naturaleza de la declaración de incumplimiento en un procedimiento de vigilancia y afirma:

"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 resultas 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".

Corresponde examinar cuales son las consecuencias que implica el pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el análisis de los incumplimientos detectados en un expediente de vigilancia - ahora impugnado- que integran al mismo tiempo la conducta infractora tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC que han dado lugar posteriormente a la incoación de un expediente sancionador. A esta cuestión se ha dado respuesta en la sentencia dictada por esta misma Sección en el recurso contencioso administrativo nº 39/2014 en el que era recurrente la empresa BP OIL afectada por la misma resolución administrativa que se revisa en el presente recurso. Y decíamos:

"CUARTO.- (...) 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 a la 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 tenga 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".

SEPTIMO. - 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 CEPESA en el escrito de demanda pues sirve a delimitar el objeto del supuesto incumplimiento. Corresponde, por tanto, examinar si las medidas que se han impuesto a CEPESA en el dispositivo tercero de la Resolución impugnada de 20 de diciembre de 2013 han supuesto, como dice la recurrente, un exceso y una innovación respecto de las intimaciones exigidas en la Resolución de 30 de julio de 2009.

Las medidas que la CNMC consideró que las operadoras petrolíferas Repsol, Cepsa y BP debían adoptar para conseguir el cumplimiento completo de la Resolución sancionadora dictada en fecha 30 de julio de 2009 fueron:

" **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".



Esta Sección no comparte la tesis de la actora cuando sostiene que el dispositivo tercero de la Resolución de 20 de diciembre de 2013 introduce, respecto de CEPSA, nuevos compromisos e impone obligaciones que no estaban previstas en la Resolución de 30 de julio de 2009. Los compromisos y las obligaciones impuestas en el citado dispositivo tercero de la resolución de 20 de diciembre de 2013 persiguen el mismo objetivo y finalidad que las obligaciones impuestas en la resolución de 30 de julio de 2009 como es imponer a las operadoras petrolíferas, entre ellas a CEPSA, obligaciones y medidas dirigidas a evitar la conducta anticompetitiva que se había sancionado, consistente en una fijación vertical del precio de venta al público que tenía por efecto una alineación de los precios de los carburantes ofrecidos al público entre los distintos operadores petrolíferos.

Conviene recordar que en la Resolución dictada en fecha 30 de julio de 2009 se declaró que REPSOL, COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.; CEPSA, ESTACIONES DE SERVICIO; S.A. y BP OIL ESPAÑA, S.A. habían 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 entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio. Y en su fundamento de derecho decimotercero se indicaba que:

"Los contratos objeto de análisis en el presente expediente regulan las relaciones entre un operador mayorista y un distribuidor minorista, se trata pues de acuerdos de compraventa de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en niveles diferentes de la cadena de producción o distribución, acuerdos que se denominan verticales. Las condiciones que se imponen en el marco de estos acuerdos son las denominadas "restricciones verticales", y por tanto, el análisis desde la perspectiva de la defensa de la competencia de las relaciones verticales establecidas entre OP y titulares de EESS objeto de este expediente deben ser analizadas en el marco regulatorio configurado por el Reglamento CE nº 2790/1999 DE LA COMISION de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicas concertadas (el Reglamento) y por la COMUNICACIÓN DE LA COMISION relativa a las Directrices relativas a las restricciones verticales que establecen los criterios de aplicación del Reglamento". Y se añadía que "...de todo lo anterior se concluye que la fijación de precios máximos o recomendados es una institución que en principio goza de la exención que le otorga el Reglamento, siempre y cuando estos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo. Por lo tanto, en la presente resolución se ha de decidir si las practicas que llevan a cabo los OP en su relación comercial con las EESS pueden ser catalogadas (1) como factores que inciden directa o indirectamente en que el precio máximo/recomendado opere realmente como un precio fijo y (2) si dichos factores están bajo "control de las partes". Es decir, hay que resolver si de lo instruido en este expediente se concluye que el precio fijo o mínimo es el resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes".

Además, la Resolución de 30 de julio de 2009 analizaba que factores determinaban que el precio máximo/recomendado se comportase como un precio fijo. E intimaba a las entidades sancionadas a que adoptaran las medidas necesarias para la cesación de las prácticas que implicasen la fijación indirecta del precio del combustible 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 de forma concreta y específica se indicaban algunas de las medidas que debían adoptar las empresas sancionadas. Pero se trataba de una lista abierta de medidas al señalarse en el dispositivo quinto de la resolución sancionadora "intimar a REPSOL, CEPSA y BP" y de forma "en particular" se especificaban algunas de las medidas que entendía la CNC necesarias para poner fin a la práctica anticompetitiva sancionada.

Concretamente, a CEPSA se le impuso la intimación de suprimir cualquier cláusula contractual que figurase en los contratos de suministro de carburante mediante la cual el precio de adquisición del combustible se referenciara al precio máximo o recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno; así como cualquier otras cláusulas contractuales que figurasen en los indicados contratos de suministro en las que se establezca que las comisiones/márgenes a percibir se calcularan a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato, así como cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas - dispositivo tercero y cuarto de la Resolución de 30 de julio de 2009-.

Medidas que perseguían la misma finalidad y objetivo que las reiteradas y exigidas de nuevo en la Resolución de 20 de diciembre de 2013 en su dispositivo tercero al indicar que CEPSA debe adoptar 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 precio; asimismo, se le impone que adopte las medidas necesarias para que cesen las practicas consistentes en el establecimiento de cláusulas relativas a las comisiones a percibir cuando se determina que se calcularan a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio.



No apreciamos, por tanto, que la Resolución de 20 de diciembre de 2013 esté exigiendo ahora medidas distintas de las que ya se impusieron en la Resolución de 30 de julio de 2009. Aunque tienen una formulación distinta, lo cierto es que es idéntico el objetivo que se persigue cuando se imponía a CEPSA el cumplimiento de diversos compromisos recogidos en la resolución sancionadora ya firme de 30 de julio de 2009 y las que ahora revisamos fijadas en la resolución de 20 de diciembre de 2013. Y ese objetivo es evitar que las operadoras petrolíferas terminen fijando el precio de venta de los combustibles a las estaciones de servicios independientes atendiendo a los precios de la zona.

Tampoco compartimos la alegación que realiza la recurrente cuando sostiene que en la resolución de 30 de julio de 2009 no se le sancionó respecto de las cláusulas recogidas en los contratos de comisión y, sin embargo, según dice la recurrente, en la resolución de 20 de diciembre de 2013 la CNMC sí le ha impuesto obligaciones respecto de dichos contratos. No es cierta dicha afirmación porque la CNC de forma reiterada en la resolución de 30 de julio de 2009 hacía referencia a "la maraña contractual" para referirse a la regulación de las relaciones entre las estaciones de servicio y las operadoras petrolíferas y, con independencia de la denominación contractual que hubieran dado las partes a los contratos, se precisaba en dicha resolución que las medidas fijadas debían aplicarse a todos los contratos celebrados entre los operadores petrolíferos sancionados y los gestores de estaciones de servicio que asuman riesgos empresariales, comerciales o financieros significativos, con independencia de la denominación dada por las partes. Únicamente quedaban fuera los llamados contratos de agencia puros o genuinos, que fueran realmente así, porque en ellos es distribuidor actúa como agente del operador pero por cuenta y riesgo de este. Y ello se deduce igualmente del dispositivo segundo de la resolución de 30 de julio de 2009 que permite concluir que se está refiriendo a todos los contratos de distribución " 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".

De igual modo se recogía en el apartado tercero y cuarto de la parte dispositiva de la resolución de 30 de julio de 2009 al decir:

"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 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 efectivo 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 calcularan 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".

Por tanto, no puede ponerse en duda que, en definitiva, la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 afectaba a los contratos de agencia no genuinos en el que, si bien las petroleras pueden indicar un precio máximo o recomendado que comprende el precio de adquisición o de transferencia (lo que la estación de servicio paga al operador por la adquisición del combustible) y la comisión o el descuento -según la concreta modalidad contractual- que corresponde a la estación de servicio, aquéllas no pueden fijar ni directa ni indirectamente un precio final que se convierta en precio máximo/recomendado de venta al público.

Pues bien, en este marco contractual, lo que la resolución de 30 de julio de 2009 imputaba a las petroleras sancionadas era que a través de un conjunto de prácticas llevadas a cabo a partir del complejo entramado contractual tejido por las petroleras con las gasolineras de su red había supuesto un fuerte desincentivo a que éstas modificaran a la baja, a costa de su comisión o descuento, el precio máximo/recomendado comunicado por la operadora. De esta manera, dichas prácticas habían llevado a que las estaciones de servicio no se hubieran separado de los precios máximos/recomendados, de forma que determinadas cláusulas, en consonancia con las referidas prácticas, habían convertido de hecho dichos precios máximos/recomendados en precios fijos. En definitiva, aunque sea de manera indirecta, las operadoras petrolíferas habrían fijado el precio final, incurriendo con ello en la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea. Prácticas que, apoyadas en determinadas cláusulas contractuales, respondían a un objetivo coordinado de disuadir o dificultar a los titulares de las estaciones de servicio de separarse del precio máximo/recomendado, lo que suponía una conducta encaminada a la fijación indirecta de los precios de las estaciones de servicios que actúan -o debían actuar- con plena autonomía económica. Ello constituía una práctica anticompetitiva en las relaciones verticales contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea.

Concluimos que las medidas requeridas en la resolución impugnada afectan a los contratos de distribución de carburantes -cualquiera que fuera su denominación- siempre que el distribuidor actúe como empresario independiente de la operadora por cuanto asume riesgos empresariales significativos vinculados a la venta de los productos a terceros; situación esta que no se da en los contratos de comisión genuinos en los que, efectivamente, el distribuidor actúa como agente del operador por cuenta y riesgo de este. Ello determina que sea innecesario analizar las consideraciones recogidas en el informe pericial emitido por la entidad NERA Economic Consulting aportado como prueba por la actora en cuanto analiza las implicaciones que tendría para CEPSA y para los consumidores si se modificara el régimen contractual de los comisionistas derivada de las medidas impuestas por la CNMC en la resolución de 20 de diciembre de 2013.

OCTAVO.- Asimismo, CEPSA solicita la anulación del mandato de publicación incorporado en el dispositivo cuarto de la resolución impugnada en el que se ordena a la recurrente la publicación en su página web de la parte resolutive de la resolución de la CNMC impugnada.

La recurrente sostiene que ese mandato contraviene lo declarado por esta Sección en sentencia firme dictada en fecha 15 de noviembre de 2012 en el recurso nº 607/2009 interpuesto por CEPSA frente a la resolución de 30 de julio de 2009. Dicha sentencia anuló la obligación impuesta a CEPSA relativa a la publicación en dos diarios de información general de la parte dispositiva de la resolución impugnada. Sentencia que, en ese aspecto, se confirmó por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 2 de junio de 2015 dictada en el recurso de casación nº 297/2013 .

En el Dispositivo Cuarto de la resolución dictada por la CNMC que ahora revisamos, se ordena a CEPSA la publicación en su página web de la parte resolutive de la citada resolución.

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".

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.

NOVENO. - Lo expuesto nos lleva a estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo y ello implica que no pueda realizarse una condena especial respecto de las costas procesales causadas en esta instancia, tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA .

**FALLAMOS**

Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo nº **77/2014** promovido por el Procurador D. Jorge Deleito Garcia, actuando en nombre y representación de CEPSA Comercial Petróleo, S.A. (antes Cepsa Estaciones de Servicio, S.A), contra la resolución de 20 de diciembre de 2013 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP y, en consecuencia, se confirma íntegramente salvo el apartado cuarto de su parte dispositiva en cuanto ordena la publicación de la resolución en la página web de la recurrente que consideramos contrario a derecho.

No se realiza una especial imposición respecto de las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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 06/06/2018 de mayo de doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO