



Roj: **SAN 25/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:25**

Id Cendoj: **28079230062016100007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **08/01/2016**

Nº de Recurso: **49/2014**

Nº de Resolución: **27/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 25/2016,**
STS 1725/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000049 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00509/2014

Demandante: COMPAÑÍA CERVECERA DE CANARIAS, S.A, (CERCASA)

Procurador: D. ANTONIO RODRÍGUEZ MUÑOZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a ocho de enero de dos mil dieciséis.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 49/14 promovido por el Procurador D. Antonio Rodríguez Muñoz actuando en nombre y representación de la **COMPAÑÍA CERVECERA DE CANARIAS, S.A, (CERCASA)** contra la resolución de 21 de noviembre de 2013, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se declaró el incumplimiento por CERCASA de la Resolución de 12 de marzo de 2007; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se *"tenga por formulada demanda contencioso administrativa contra la resolución adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 21 de noviembre de 2013, resolución que deberá ser declarada contraria a Derecho en su integridad, y como consecuencia de ello anuladas todas sus declaraciones e intimaciones"*.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado y la entidad codemandada ASEMPRE 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 .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 2 de diciembre de 2015, y fue objeto de nueva deliberación el día 16 de diciembre siguiente.

Siendo 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 21 de noviembre de 2013 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente VS/0641/06 "CERVEZAS CANARIAS 2", cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar el incumplimiento por CERCASA de la Resolución de 12 de marzo de 2007 en relación a la cláusula contenida en los contratos de financiación de CERCASA con sus distribuidores, que incluye la obligación de compra mínima en cantidad de un máximo del 80% de las necesidades de compra del suministrado.

SEGUNDO.- Declarar que no procede la revisión de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de marzo de 2007 solicitada, al no haberse producido un cambio sustancial ni permanente de las condiciones de mercado que se tuvieron en cuenta en el momento de dictar la Resolución que justifique tal cambio.

TERCERO.- Interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero 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. Por Resolución de 12 de marzo de 2007 el Tribunal de Defensa de la Competencia acuerdo, en relación con el expediente sancionador S/0614/06, Cervezas Canarias 2, lo siguiente:

"PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la obligación de realizar unas compras mínimas, así como la obligación de adecuarse a una publicidad exclusiva, en el territorio de las Islas Canarias, de la que es autora la Cervecería de Canarias SA., (CERCASA).

SEGUNDO.- Intimar a Cervecería de Canarias SA., (CERCASA) para que cese inmediatamente en la realización de este tipo de prácticas colusorias y suprima de sus contratos-tipo de distribución las cláusulas 1.3 y 7.4 en su totalidad.

TERCERO.- Imponer a Cervecería de Canarias SA., (CERCASA) una multa de EUROS CUATROCIENTOS MIL, como autora de una práctica restrictiva, anteriormente establecida.

CUARTO.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado, en uno de los diarios de ámbito nacional y en uno de los diarios provinciales, distinto del anterior. Publicación que se hará a expensas de Cervecería de Canarias SA., (CERCASA).

En caso de incumplimiento de ello, se le impondrá una multa de EUROS SEISCIENTOS por cada día de retraso.

QUINTO.- Cervecería de Canarias SA., (CERCASA) justificara ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

SEXTO.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

2.- Frente a la anterior resolución interpuso CERCASA recurso contencioso-administrativo, seguido ante esta Sección bajo el número 132/2007, que culminó con sentencia de fecha 8 de octubre de 2010 la cual confirmó

la resolución recurrida salvo en lo relativo a la cuantía de la multa, que se redujo a la mitad. Sentencia que fue confirmada por otra del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2013 .

3.- Con fecha de 6 de octubre de 2011 la misma entidad actora solicitó la revisión de la referida Resolución de 12 de marzo de 2007 al considerar que se daban las circunstancias para declarar la extinción de las obligaciones impuestas en la misma. Básicamente, argumentaba que había venido perdiendo cuota del mercado canario de forma sistemática y recurrente a favor de los dos principales cerveceros españoles, también sus principales competidores en las islas, el grupo MAHOU SAN MIGUEL y Heineken-Cruzcampo, los cuales disfrutarían en Canarias de importantes ventajas competitivas frente a CERCASA, entre otras, mayores economías de escala en publicidad. Destacaba que los grandes grupos cerveceros utilizaban en sus contratos firmados en la Península cláusulas como las cuestionadas, siendo así que nunca se había puesto en duda la legalidad de tales prácticas comerciales en relación con la Ley de Defensa de la Competencia; y que, a excepción de las marcas cerveceras minoritarias que habitualmente firman exclusivas totales, la tónica general era que todos los grupos cerveceros relevantes firmasen la regla del 80% de las necesidades de compra del HORECA (hoteles, restaurantes y cafeterías), con exigencia de exclusividad en el formato de barril que sería lo que estaba firmando CERCASA. Consideraba, en fin, que la imposición de reglas especiales en Canarias más estrictas que en otras zonas de España suponía establecer una suerte de coste regulatorio más elevado en el archipiélago en comparación con el resto de la Península que carecería de justificación, especialmente al haber declarado el anterior Tribunal de Defensa de la Competencia que CERCASA no disponía de una posición de dominio.

4.- La Dirección de Investigación, a la vista de la solicitud de revisión realizada por CERCASA, inició en octubre de 2011 un procedimiento en el que, tras las actuaciones que se resumen en el expediente administrativo, acordó con fecha 3 de septiembre de 2013 y de conformidad con el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 42.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, elevar Informe Parcial de Vigilancia junto con los antecedentes. En el mismo indicaba la Dirección de Investigación que *"CERCASA había incumplido la Resolución de 12 de marzo de 2007 respecto a la cláusula contenida en los contratos de financiación de CERCASA con sus distribuidores que incluye la obligación de compra mínima en cantidad a pesar de su matización de un máximo del 80% de las necesidades de compra del suministrado. A pesar de los cambios observados en la cuota de mercado y la cuota vinculada de CERCASA en el mercado canario de comercialización de cerveza en el canal Horeca, no se considera que se haya producido un cambio sustancial de las condiciones de mercado que se tuvieron en cuenta en el momento de dictar la Resolución, y en todo caso las modificaciones producidas, concretamente las relativas a la cuota vinculada, tampoco tendrían un carácter permanente, ni se considera que exista interés general para el cambio, por lo que en opinión de esta Dirección no procedería la revisión de la Resolución de 12 de marzo de 2007 solicitada, todo ello sin perjuicio de lo que el Tribunal Supremo decida"*.

5.- Finalmente, con fecha 1 de noviembre de 2013 la Sala de Competencia del Consejo Nacional de los Mercados y de la Competencia dictó la resolución ahora recurrida.

En dicha resolución circunscribe el objeto del expediente de vigilancia a dos cuestiones: la primera, el análisis sobre el incumplimiento por parte de CERCASA del apartado segundo de la resolución de 12 de marzo de 2007; y la segunda, la de determinar la procedencia de revisar la referida resolución solicitada por la interesada que entendía que se daban las circunstancias para declarar la extinción de las obligaciones impuestas por la misma.

Respecto de esta última, la CNMC parte del tenor literal del artículo 53 de la Ley de Defensa de la Competencia, apartado tercero, según el cual "El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá proceder, a propuesta de la Dirección de Investigación, que actuara de oficio o a instancia de parte, a la revisión de las condiciones y obligaciones impuestas en sus resoluciones cuando se acredite una modificación sustancial y permanente de las circunstancias tenidas en cuenta al dictarlas".

Considera que este precepto atribuye carácter excepcional a la revisión de las condiciones y obligaciones impuestas en las resoluciones del Consejo al vincular tal revisión a la acreditación de una modificación "sustancial y permanente" de las circunstancias tenidas en cuenta al dictarlas.

A partir de ello, y de acuerdo con el contenido del "Informe Parcial de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de marzo de 2007 (Exp. S/0614/06 CERVEZAS CANARIAS 2)", elaborado con datos aportados por las distintas partes y que la Dirección de Investigación elevó al Consejo el 3 de septiembre de 2013, admite que la situación de CERCASA habría variado tanto en lo que se refiere a la cuota de mercado, como a la cuota vinculada, evolución en ambos casos a la baja, pero en un porcentaje que pondría aún de manifiesto que *"... conserva una cuota superior al 50%, lo que supone una elevada cuota de mercado y la mantiene como líder en el mercado, teniendo además en cuenta la cuota de sus principales competidores, inferior en todos los casos al 20%"*.

Destaca la coincidencia con las apreciaciones del Tribunal Supremo reflejadas en su sentencia de 12 de septiembre de 2013, en la que desestima como dijimos el recurso interpuesto por CERCASA frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que ratifica la resolución sancionadora (salvo en el extremo relativo al importe de la multa que, también como hemos dicho, se redujo de 400.000 euros a 200.000 euros), y así cuando el Tribunal sen~ala que *"Por otra parte, la Sala juzgadora tiene en cuenta en reiteradas ocasiones las cifras relativas a la cuota de mercado [...], y su valoración de que las conductas son anticompetitivas no resultarían alteradas por el hipotético descenso de cuota de mercado a que se refiere la recurrente, puesto que la Sala basa sus conclusiones en que los potenciales efectos anticompetitivos se pueden producir en el rango de cuota de mercado de la recurrente, que no resulta discutible, y que en todo caso oscilaría entre un 50 y un 70%."*

Y, tras otras consideraciones relativas al mercado relevante o a la eventual producción de cambios normativos que pudieran justificar la necesidad de una revisión, concluye que no existen elementos que permitan considerar que se haya producido una verdadera modificación sustancial de las circunstancias relevantes vinculadas a las condiciones de competencia que llevaron a adoptar la decisión del TDC de 12 de marzo de 2007, siendo así que las modificaciones de cuota de mercado y cuota vinculada alegadas por CERCASA, por su grado no sustancial y su carácter no permanente, no serían suficientes para modificar las conclusiones alcanzadas en la resolución.

Por lo que se refiere al posible incumplimiento por parte de CERCASA del apartado segundo de la resolución de 12 de marzo de 2007, recuerda la CNMC que la cláusula contractual objeto de sanción en ese acuerdo tenía el siguiente tenor literal: *"El suministrado conoce y acepta que la Cervecera selecciona a su suministrado siguiendo criterios objetivos de capacidad razonable de venta de Productos por parte del suministrado. Asimismo, el Suministrado conoce y acepta que dicha capacidad de venta ha de ser minimamente sostenible. A tales efectos, el Suministrado se compromete a vender una cantidad de (...) hectolitros/cajas/barriles suministrada/as/os por la Cervecera, en un plazo no superior a (...) añ~os y declara que dicha cantidad es razonable por carecer de dificultad alcanzar dicha cantidad en condiciones normales de mercado. En caso de que el Suministrado no cumpliera con lo dispuesto en esta cláusula, la Cervecera se reserva el derecho a dar por resuelto el presente contrato sin que por ello se deriven responsabilidades por ningún concepto para la Cervecera. (...)"*

Y supone acreditado por la información obrante en el expediente que, tras la resolución de 12 de marzo de 2007, la sancionada suscribió contratos de suministro de financiación con sus suministrados que incluirían la siguiente cláusula: *"(...) 1.3 El suministrado conoce y acepta que la Cervecera selecciona a su suministrado siguiendo criterios de capacidad razonable de venta de Productos por parte del suministrado. Asimismo, el Suministrado conoce y acepta que dicha capacidad de venta ha de ser minimamente sostenible. A tales efectos, el Suministrado, se compromete a vender la cantidad de hectolitros de cerveza, que incluirían todas sus necesidades de cerveza de barril, suministrada por la cervecera, durante un plazo no superior a --- añ~os [no mas de 5 añ~os]. El suministrado no vendrá obligado a adquirir mas del 80% de sus compras totales de cerveza a la cervecera (...)"*

Ello le lleva a considerar que, si bien en los contratos actualmente vigentes que remitió CERCASA se habría suprimido esta cláusula 1.3 en la redacción declarada prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y sustituido por una nueva redacción, *"... tales contratos, suscritos tras la Resolución sancionadora del TDC, mantienen la obligación para el suministrado de la adquisición de una cantidad mínima de producto medida en términos absolutos, matizando tal obligación mediante la introducción del límite del 80% de las compras totales"*. Siendo así que, tal como se reflejaba en la resolución de 12 de marzo de 2007, el compromiso de suministro mínimo supondría potencialmente una exclusiva de facto, al restringir la compra de otros suministradores, lo que habría advertido también la sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 2010 al señalar que *"(...) tales cláusulas, que obligan al cliente a adquirir una cantidad mínima de hectolitros, pueden constituir una conducta restrictiva, porque la obligación contractual de conseguir ventas de cerveza que alcance determinada cantidad de hectolitros puede restringir la compra de cerveza a otros suministradores, y cuanto mas se acerque el volumen de ventas mínimo exigido al volumen de ventas del cliente en cuestión, mas se asemejara la cláusula de suministro mínimo, en sus efectos, a una cláusula de exclusividad (...)"* añadiendo que *"basta fijar al alza la cifra mínima de compromiso de ventas, para que dicha cláusula de cifra mínima de ventas opere en detrimento del volumen de adquisición de otros operadores"*.

La misma resolución que aquí se recurre transcribe parte de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2012, y así lo que razona en su fundamento de derecho segundo: *"En primer lugar es preciso recordar que las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia son aquellas que pueden producir efectos anticompetitivos, sin que sea preciso -como hemos reiterado en constante jurisprudencia- que dichos efectos se hayan producido de manera efectiva. Pues bien, así las cosas, la Sala justifica de manera amplia y razonada que la cuota de mercado de la empresa sancionada es en todo caso muy superior a la de sus rivales (oscilaría entre un 50 y un 70 % del mercado canario de la cerveza, frente a unas*

cuotas del 13,3 y del 11 de sus competidores mas inmediatos), lo que constituye el criterio mas relevante de acuerdo con la comunicacion de la Comision Europea sobre directrices relativas a las restricciones verticales invocada por la Sala. A lo cual se suma la estimacion de que las compras minimas exigidas superarian el 50 por ciento del consumo total de los establecimientos vinculados -puesto que se habria negado la recurrente a limitar a dicho porcentaje el suministro minimo de cerveza-. Tales factores constituyen elementos suficientes para llegar a la conclusion de la Sala de instancia de que los referidos contratos de adquisicion minima de cerveza, en las circunstancias concurrentes, suponian una conducta infractora del articulo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que podia ocasionar con toda claridad efectos anticompetitivos y de cierre del mercado, perjudicando ostensiblemente las posibilidades competitivas de los restantes proveedores en relacion con los establecimientos vinculados. Debemos pues rechazar el motivo."

Advierte la CNMC que el porcentaje del 80% fue precisamente el sugerido por CERCASA en el marco del procedimiento de terminacion convencional iniciado el 24 de marzo de 2006 y cerrado el 28 de julio del mismo año por falta de acuerdo entre Competencia y CERCASA sobre las clausulas del contrato, destacando que entonces el Servicio de Defensa de la Competencia, a la vista de la cuota de mercado de la recurrente y los antecedentes que cita de la Comision Europea, considero que el porcentaje que CERCASA podia reservarse en exclusiva no debia superar el 50% del total del consumo del establecimiento.

Y por todo ello concluye que "CERCASA habria incumplido la Resolucion de 12 de marzo de 2007, en cuanto no ha suprimido efectivamente de sus contratos la obligacion de compra minima en volumen que fuera declarada prohibida por el TDC".

6.- Por resolución de 13 de marzo de 2014 la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia declaró el cumplimiento por CERCASA de la resolución de 12 de marzo de 2007 y el cierre de la vigilancia de la referida resolución a la vista de los nuevos contratos tipo de suministro para el canal HORECA suscritos por la mercantil actora, y que aparecían redactados en los siguientes términos:

1er ... contrato : "(...) el Suministrado se compromete a adquirir de la cervecera la totalidad de sus necesidades de barril, así como la cerveza en botella que, sumada a la anterior, suponga el 80% de su consumo anual de cerveza, hasta la completa amortización del préstamo convenido en el presente, ...".

2º ... contrato : "(...) el Suministrado se compromete a adquirir de la cervecera el 80% de su consumo anual de cerveza, incluida la totalidad de sus necesidades de cerveza de barril, durante el plazo previsto en la cláusula 6.1 del presente contrato (máx. 5 años) ...".

Respecto del contrato tipo anterior -"(...) 1.3 El suministrado conoce y acepta que la Cervecera selecciona a su suministrado siguiendo criterios de capacidad razonable de venta de Productos por parte del suministrado. Asimismo, el Suministrado conoce y acepta que dicha capacidad de venta ha de ser minimamente sostenible. A tales efectos, el Suministrado, se compromete a vender la cantidad de hectolitros de cerveza, que incluirían todas sus necesidades de cerveza de barril, suministrada por la cervecera, durante un plazo no superior a --- años [no mas de 5 años]. El suministrado no vendra obligado a adquirir mas del 80% de sus compras totales de cerveza a la cervecera (...)"-, destaca la resolución que se suprimen los elementos que pudieran llevar a una obligación de adquirir una cantidad mínima de cerveza, manteniendo exclusivamente la obligación del suministrado de adquirir el 80% máximo de sus compras totales de cerveza, tanto de botella como de barril. Y por ello, de acuerdo con el informe aportado por la Dirección de Investigación, el Consejo entiende que con la supresión de la obligación de volumen mínimo en hectolitros en sus contratos de distribución con financiación para el canal HORECA la interesada habría dado cumplimiento a la resolución de 12 de marzo de 2007.

SEGUNDO .- Partiendo de tales antecedentes, la demanda comienza analizando el alcance del pronunciamiento contenido en la resolución de 2013 en relación al incumplimiento por CERCASA de la resolución de 12 de marzo de 2007, y advierte de dos posibles interpretaciones: la primera, suponer que la apreciación de incumplimiento tendría un carácter solo provisional o indiciario que habilitaría la apertura de un procedimiento contradictorio en el que pudiera finalmente resolverse sobre la existencia del mismo; y la segunda, atribuir a la declaración de incumplimiento un carácter definitivo, lo que determinaría que esta cuestión no pudiera decidirse en otro procedimiento administrativo al haberse evidenciado ya la postura de la Administración, y solo ser objeto de impugnación en vía contencioso-administrativa.

Se inclina la demandante por la primera solución aun admitiendo que la segunda podría tener apoyo en el artículo 42.4 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , y señala que la interpretación que propone ha sido la asumida por la misma CNMC en la propuesta de resolución de 7 de abril de 2014, adoptada en el expediente sancionador SNC/0030/2013 incoado precisamente a raíz del incumplimiento declarado en la resolución de 21 de noviembre de 2013.

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"*.

La cuestión debe resolverse partiendo de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007 que, bajo el título *"Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos"*, establece lo siguiente: *"1. La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones. La vigilancia se llevará a cabo en los términos que se establezcan reglamentariamente y en la propia resolución de la Comisión Nacional de la Competencia o acuerdo de Consejo de Ministros que ponga fin al procedimiento. La Comisión Nacional de la Competencia podrá solicitar la cooperación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia y de los reguladores sectoriales en la vigilancia y cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos."*

2. En caso de incumplimiento de obligaciones, resoluciones o acuerdos de la Comisión Nacional de la Competencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá, a propuesta de la Dirección de Investigación, sobre la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, sobre la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento y, en su caso, sobre la desconcentración".

Además, el artículo 62.4, apartado c), sanciona como falta muy grave c) *"Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones"*.

Por su parte, el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, dispone en su artículo 42, sobre *"Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia"*, que *"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. 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 convenientes. 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 éste 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 artículo 21 de este Reglamento"*.

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.

En el caso de la sentencia de esta Sección de 15 de octubre de 2012, recurso núm. 95/2011, invocada por ambas partes a favor de la interpretación propuesta por CERCASA sobre el particular, la resolución entonces recurrida, dictada por el Consejo con fecha 14 de febrero de 2011, y que fue confirmada, acordaba en su parte dispositiva *"Solicitar a la DI la incoación de procedimiento sancionador a efectos de determinar si existe responsabilidad de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., por incumplimiento del ATC de 15 de septiembre de 2005"*.

Y en su fundamentación jurídica exponía lo siguiente: *"Analizado el informe de vigilancia de la DI y vistas las alegaciones de CORREOS, el Consejo es de la opinión de que, sin entrar en la valoración de la infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, lo procedente sería incoar el correspondiente procedimiento sancionador para proceder, con todas las garantías y derechos que la Ley reconoce, a su valoración"*.

Es decir, el Consejo advertía la incidencia que la declaración de incumplimiento en ese trámite podría tener en relación con la responsabilidad por la infracción prevista en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 por lo que rodeaba su apreciación de que, en efecto, se había incumplido el acuerdo de terminación convencional, de las prevenciones necesarias para evitar que con ello pudieran quedar predeterminados los hechos condicionantes de la sanción.

En el caso que ahora analizamos la ausencia de esas cautelas y el consiguiente alcance que se confiere a la declaración del incumplimiento por CERCASA de la resolución de 12 de marzo de 2007 -incumplimiento que se refleja expresamente en la parte dispositiva de la resolución de 21 de noviembre de 2013, y en ordinal distinto del que dispone la incoación de expediente sancionador *"por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero de esta Resolución"* - incide de lleno en el objeto del procedimiento sancionador hasta el punto de que los hechos han sido ya determinados y con ello el presupuesto fáctico de la infracción muy grave que tipifica el tan repetido artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia.

Entendemos, por otra parte, que las matizaciones sobre el alcance de este pronunciamiento que se contienen en la propuesta de resolución de 7 de abril de 2014 no convalidan tal defecto si se advierte, además, que los hechos que relata la propuesta son en su mayoría mero trasunto de los recogidos en el expediente de vigilancia que concluyó con la resolución aquí recurrida. Hasta tal punto es así que el relato de hechos probados de la propuesta de resolución comienza señalando que *"De las actuaciones de vigilancia de las que deriva la Resolución de 21 de noviembre de 2013 que ordena a la Dirección de Competencia de la CNMC la apertura del expediente sancionador objeto de esta Propuesta, se deducen lo siguientes Hechos Probados: ..."*.

En estas circunstancias procede la estimación parcial del recurso en el sentido de dejar sin efecto la declaración de incumplimiento contenida en el apartado primero de la parte dispositiva de la resolución de 21 de noviembre de 2013 por cuanto excede 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 resulta obligada, a criterio de esta Sala, en atención a 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.

Esta declaración no afecta, sin embargo, a la decisión también adoptada en la misma resolución de interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador, ni a lo actuado en el mismo; y excluye cualquier pronunciamiento en este trámite sobre la inexistencia de incumplimiento por parte de CERCASA pues es ésta una alegación que se formula de manera subsidiaria en la demanda, que de manera literal manifiesta que *"se ha planteado solo para el caso de que se entienda que el pronunciamiento sobre la existencia de incumplimiento tiene carácter final, a fin de evitar que pueda entenderse que tal incumplimiento ha sido aceptado por CERCASA"*. Incumplimiento que queda por tanto imprejuizado.

TERCERO.- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas teniendo en cuenta lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional y el pronunciamiento parcialmente estimatorio de la sentencia.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Rodríguez Muñoz actuando en nombre y representación de la **COMPañÍA CERVECERA DE CANARIAS, S.A, (CERCASA)** contra la resolución de 21 de noviembre de 2013, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, debemos anular y anulamos dicha resolución en cuanto al pronunciamiento contenido en el apartado primero de su parte dispositiva por el que se declara el incumplimiento por CERCASA de la resolución de 12 de marzo de 2007. Confirmándola en sus restantes extremos.

Sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que cabe interponer recurso de casación preparándolo ante esta Sala mediante escrito que habrá de presentarse en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a su notificación, previa la constitución del correspondiente depósito, lo 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 20/01/2016 doy fe.