



Roj: **STS 473/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:473**

Id Cendoj: **28079130032020100038**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **04/02/2020**

Nº de Recurso: **5945/2018**

Nº de Resolución: **131/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 131/2020**

Fecha de sentencia: 04/02/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5945/2018**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 21/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **5945/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 131/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 4 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **5945/2018**, interpuesto por CEPSA Comercial Petróleo S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, con la asistencia letrada de don Fernando Lorente Hurtado, contra la sentencia de 14 de mayo de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 77/2014, sobre resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente de vigilancia VS/652/07, en el que han intervenido como partes recurridas la Administración del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado y la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, representada por el Procurador de los Tribunales don David García Riquelme, con la asistencia letrada de doña Lourdes Ruiz-Ezquerria.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 14 de mayo de 2018, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo nº 77/2014 promovido por el Procurador D. Jorge Deleito García, 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."

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de CEPSA Comercial Petróleo S.A., ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala, por auto de 6 de septiembre de 2018, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 15 de marzo de 2019, dictado por la Sección de Admisión se acordó:

" **1º)** Admitir el recurso de casación nº **5945/2018** preparado por la representación procesal de Cepsa Comercial Petróleo S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, de 14 de mayo de 2018 (P.O. 77/2014).

**2º)** Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 41.2 y 53.2 b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 42.5 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, a fin de determinar cuál es el alcance y los límites del contenido de las resoluciones dictadas en los procedimientos de vigilancia instruidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Se trata, en particular, de precisar si tales resoluciones pueden modificar o innovar las obligaciones y/o medidas que, en su caso, contuviere la resolución sancionadora cuyo cumplimiento se verifica.*

**3º)** Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

**CUARTO.-** La parte recurrente presentó, con fecha 8 de mayo de 2019, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba:

En primer lugar, aduce la parte recurrente la vulneración de los artículos 41.2 y 53.2.b) de la LDC, en relación con el artículo 42.5 del RDC, por considerar que en el contexto de un procedimiento de vigilancia, la CNMC no puede modificar o innovar las obligaciones o medidas que previamente hubiese impuesto en una



resolución sancionadora, pues el objeto del procedimiento de vigilancia está limitado a constatar el estado de cumplimiento de una obligación y adoptar medidas de ejecución forzosa, de acuerdo con la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 2018 (recurso 527/2016). Por tanto, un procedimiento de vigilancia no puede dar lugar a una reconsideración de las obligaciones inicialmente impuestas.

Añade la parte recurrente que, en este caso concreto, la innovación consiste en sustituir unas obligaciones de "no hacer", establecidas en los apartados tercero, cuarto y quinto (iv) de la parte dispositiva de la resolución sancionadora, por nuevas obligaciones de "hacer" determinadas en apartado tercero 1, 2 y 3 de la resolución de vigilancia y considera que la tesis de la sentencia recurrida, que basa su decisión en que las nuevas obligaciones persiguen el mismo objetivo y finalidad que las obligaciones iniciales, es contraria a los artículos 41.2 LDC y 53.2.b) LDC y 42 RDC, así como a la jurisprudencia de esta Sala que cita y conduce a la infracción de los principios de seguridad jurídica y predictibilidad.

Como segundo motivo de impugnación, la parte recurrente alega la vulneración del artículo 43 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, introducido por la Ley 11/2013, de 26 de julio, en conexión con los artículos 41.2 y 53.2.b) LDC y 53.1 de la Constitución, porque la resolución de vigilancia no podía imponer una medida de comportamiento consistente en exigir que el llamado precio de transferencia estuviese referido a criterios objetivos, en relación con los contratos de comisión, porque ello representa impedir materialmente la utilización de una figura contractual lícita (el contrato de comisión), en el ámbito del suministro de carburantes, donde el legislador ya había determinado cuales eran las pautas aplicables, en virtud de la ley 11/2013. En este sentido, alega la parte recurrente que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que la medida de comportamiento acordada por la CNMC no podía ser adoptada ni en el seno de un expediente de vigilancia, ni en el seno de ningún otro expediente, pues no puede imponer medidas de comportamiento que tengan contenido regulatorio e invadan materias en donde existe reserva de ley, sin que sea posible que la CNMC lleve a cabo una injerencia en el derecho de propiedad consagrado por el artículo 33 CE, lo que sucede en la medida de comportamiento consistente en obligar a la recurrente a fijar un denominado precio de transferencia en virtud de pretendidos criterios objetivos, cuando tal cosa se proyecta sobre los contratos de comisión o agencia, porque tal imposición determina materialmente la desnaturalización o prohibición de facto de una figura contractual enteramente lícita como es el referido contrato de comisión o agencia.

La parte recurrente finalizó su escrito de interposición del recurso de casación solicitando a esta Sala que estime el recurso, y, en su virtud, fije la interpretación de las normas y jurisprudencia invocadas en los aspectos que ofrecen interés casacional objetivo de acuerdo con lo sostenido en su recurso, anule la sentencia recurrida, estime el recurso contencioso-administrativo, y acuerde la íntegra anulación de la resolución administrativa impugnada en la instancia, ordenando a la Administración estar y pasar por esa declaración de nulidad a todos los efectos, con imposición a la Administración de las costas causadas.

**QUINTO.-** Se dio traslado del escrito de interposición del recurso a las partes recurridas, para que pudieran manifestar su oposición.

La representación de la Administración del Estado presentó escrito el 14 de junio de 2019, en el que alegó que el alcance y los límites de las declaraciones de incumplimiento en un procedimiento de vigilancia es una cuestión resuelta por la Sala en la sentencia de 8 de mayo de 2018, que ha sido confirmada por la sentencia de 22 de mayo de 2019, y añadió que la sentencia recurrida en absoluto dice que el acuerdo recurrido de la CNMC modifique las medidas y obligaciones previamente establecidas, sino que por el contrario no entiende que exista la imposición de obligaciones nuevas, porque distingue entre el contenido de la obligación y el modo de cumplimiento, tratándose de una cuestión de apreciación de los hechos si en este caso el modo de cumplimiento se enmarca dentro de la obligación.

En cuanto a la vulneración del artículo 43 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, en la redacción dada por la Ley 11/2013, considera el Abogado del Estado que se trata de una cuestión ajena al auto de admisión, en la que en todo caso no asiste la razón a la parte recurrente, porque la exención legal que contiene el precepto invocado no impide la aplicación del derecho de la competencia, porque el acuerdo recurrido en la instancia no se refiere a cualquier tipo de vínculo por contrato de comisión o agencia, sino a los contratos de comisión y los de reventa indiciada a precio de referencia en los que los distribuidores sean empresarios independientes a efectos de la normativa de la competencia y porque el artículo 43 bis de la LSH no excluye la aplicación del resto del derecho de la competencia, constituido en este extremo por el Reglamento 330/2010, de la Comisión, sobre exenciones de acuerdos verticales, que excluye, en general, la aplicación del artículo 101.3 TFUE a los acuerdos verticales, excepto en determinados supuestos, entre los que se incluye la prohibición de fijación de precios, cuestión ya decidida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05), 11 de septiembre de 2008 ( asunto C-270/06) y 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07).



Finalizó el Abogado del Estado su escrito solicitando a la Sala que desestime el recurso de casación y confirme la sentencia recurrida, con costas.

La representación de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio presentó escrito el 28 de junio de 2019, mediante el que se opuso al recurso de casación, al considerar que la sentencia recurrida no reconoce que la resolución de vigilancia modificara las obligaciones contenidas en la resolución sancionadora, sino que de forma expresa concluye precisamente lo contrario, pues razonó que los compromisos y obligaciones impuestos en la resolución de vigilancia se corresponden con las intimaciones de la resolución sancionadora, sin que esta conclusión fáctica, de valoración de los elementos probatorios que constan en autos, pueda ser revisada en casación. Añade la parte recurrida que la sentencia impugnada concluyó que la resolución de vigilancia intimó a las sociedades recurrentes al cumplimiento de las mismas obligaciones contenidas en la resolución sancionadora, como resulta de la comparación que efectúa entre las partes dispositivas de ambas resoluciones, de las que resulta que no se modifican ni innovan las intimaciones de la resolución sancionadora, sino que se garantiza su cumplimiento.

Respecto de la vulneración del artículo 43 bis de la Ley 34/1998, alega la parte recurrida que, además de tratarse de un motivo de impugnación inadmitido por falta de interés casacional, carece de fundamento pues el indicado precepto en ningún momento dice que en los supuestos en los que la empresa petrolera sea propietaria de los terrenos e instalaciones de la estación de servicio, como ocurre en los contratos de comisión (CODO), pueda fijar directa o indirectamente el PVP de los productos, sino que el precepto sencillamente indica que las limitaciones que establece no son aplicables a dichos supuestos contractuales.

Concluye la parte recurrida su escrito de oposición al recurso interesando a la Sala:

- (i) Que declare no haber lugar y, por lo tanto, desestime el recurso de casación interpuesto por CEPSA CP frente a la sentencia recurrida, acordando no casar o anular la misma.
- (ii) Que no resuelva el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CEPSA CP frente a la Resolución de Vigilancia, manteniendo su validez.
- (iii) Que imponga las costas a la parte recurrente.

**SEXTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para la celebración de vista pública de este recurso el día 21 de enero de 2020, fecha en que dicha diligencia ha tenido lugar.

La vista pública de este recurso se celebró de forma conjunta con la de los recursos de casación 5549/2018, y 6404/2018, interpuestos por BP Oil España S.A.U. y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. frente a las sentencias de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fechas 23 de mayo y 5 de junio de 2018, recaídas en procedimientos en los que se impugnaba la misma resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha de 20 de diciembre de 2013 (expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP), que se encuentra en el origen del presente recurso de casación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone por CEPSA Comercial Petróleo S.A. recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de mayo de 2018, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo 77/2014, interpuesto por dicha mercantil contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 20 de diciembre de 2013, dictada en el expediente de vigilancia VS/0652/07 Repsol/Cepsa/BP.

La estimación del recurso contencioso administrativo por la sentencia de la Audiencia Nacional se limitó al apartado cuarto de la parte dispositiva, que ordenaba la publicación de la resolución en la página web de la recurrente, y confirmó íntegramente los demás pronunciamientos de la resolución de la CNMC recurrida.

Dice en efecto la sentencia recurrida en su fallo:

"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."



La resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013, que como decimos resultó confirmada por la sentencia de la Audiencia Nacional salvo en el apartado cuarto relativo a su publicación, efectuó los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Necesariamente para resolver el presente recurso hemos de tener en cuenta también la resolución de la CNMC de 30 de julio de 2009, de cuya vigilancia se trataba, que en su parte dispositiva contenía las siguientes declaraciones y decisiones:

**"PRIMERO.-** Declarar que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPESA 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, CEPESA 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, CEPESA Y BP en la que se establezca que las comisiones/márgenes a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato es contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas.



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

*i. Con el fin de que los precios aplicados a los clientes figuren correctamente en los tickets justificativos de compra emitidos por los terminales de pago propio, tanto para el cliente como para el gestor de la EESS, no podrán operar en dichos terminales sistemas que dificulten la introducción manual del precio de venta final en cada operación de venta. El precio máximo/recomendado no podrá estar incorporado en dichas terminales.*

*ii No podrán operar en su red sistemas en los terminales de punto de venta que impidan o dificulten conocer y obtener justificantes de los descuentos practicados, bien para su uso como justificante de un gasto promocional o para justificar una rectificación de factura.*

*iii No podrán emplear en su red sistemas de facturación que obstaculicen las rectificaciones de facturas que sean precisas para reflejar los descuentos practicados por el gestor de la estación de servicio.*

*iv No podrán ocultar el conocimiento por parte del gestor de la estación de servicio del descuento total que se aplica al cliente de cada tarjeta de fidelización cuando dicho descuento es compartido, así como de la cuantía que le corresponda.*

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

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

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

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

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

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

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

**SEGUNDO.-** En los antecedentes de hecho de esta sentencia se ha hecho cita del auto de esta Sala de 15 de marzo de 2019, de admisión del presente recurso de casación, que delimita la cuestión planteada en este recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que consiste en interpretar los artículos 41.2 y 53.2 b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 42.5 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, a fin de determinar cuál es el alcance y los límites del contenido de las resoluciones dictadas en los procedimientos de vigilancia instruidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y en particular, de precisar si tales resoluciones pueden modificar o innovar las obligaciones y/o medidas que, en su caso, contuviere la resolución sancionadora cuyo cumplimiento se verifica.

**TERCERO.-** Para dar respuesta a la cuestión que plantea el auto de admisión del recurso de casación, hemos de referirnos, en primer lugar, a los criterios jurisprudenciales establecidos por esta Sala en relación con el alcance y contenido de las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en los expedientes de vigilancia.

En nuestra sentencia de 8 de mayo de 2018 (recurso 527/2016), citada tanto por la sentencia impugnada como por las partes recurrentes y recurridas, analizamos la regulación del procedimiento de vigilancia del cumplimiento de las resoluciones y acuerdos de la CNMC, contenida en los artículos 41 de la Ley 17/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y 42 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, y en interpretación de dichos preceptos mantuvimos



que el procedimiento de vigilancia, que no tiene carácter sancionador, 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.

En el marco de este limitado alcance, de verificación del estado de cumplimiento de una obligación, la conclusión natural del procedimiento será una declaración de cumplimiento o incumplimiento, y en caso de constatare un incumplimiento, el órgano regulador podrá instar o incentivar el cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia con imposición de multas coercitivas, sin que por el contrario los resultados del procedimiento de vigilancia, en especial la declaración de incumplimiento, que es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta, impliquen necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción descrita en el artículo 62.4.c) LDC.

En igual sentido, la posterior sentencia de esta Sala, de 22 de mayo de 2019 (recurso 1299/2018), dictada ya en el marco del nuevo recurso de casación introducido por la reforma de la Ley de la Jurisdicción operada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, insistió en que la esencia de la decisión adoptada por la CNMC en un expediente de vigilancia es la de encontrarse circunscrita al trámite en que se produce y tener la finalidad de constatar la situación para "*incentivar el cumplimiento de la obligación*", sin condicionar la decisión que eventualmente pudiera dictarse en un futuro procedimiento sancionador.

La indicada sentencia fijó la siguiente doctrina jurisprudencial en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión de aquél recurso de casación:

*La declaración de incumplimiento realizada en un procedimiento de vigilancia de Defensa de la Competencia, tiene un alcance limitado (verificar el estado de cumplimiento de una obligación) y circunscrita al momento en que se ha desarrollado el procedimiento, y tiene por finalidad incentivar el cumplimiento de la obligación. Pero dicho pronunciamiento no prejuzga el resultado de un posterior procedimiento sancionador ni implica la declaración de una responsabilidad por la comisión de una infracción, específicamente la existencia de una infracción grave contemplada en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .*

Del anterior criterio jurisprudencial hemos de destacar, por el interés que presenta en la resolución del presente recurso, la indicación de que la declaración de incumplimiento tiene por finalidad incentivar el cumplimiento de la obligación.

Recordados los anteriores precedentes de esta Sala relacionados con el alcance y contenido de las resoluciones de la CNMC en los procedimientos de vigilancia, nos adentramos en la cuestión delimitada en forma particular por el auto de admisión del recurso de casación, sobre si las referidas resoluciones de la CNMC pueden modificar o innovar las obligaciones y medidas que contuviere la resolución sancionadora cuyo cumplimiento se verifica.

En realidad, tanto la sentencia impugnada como los escritos de interposición del recurso y oposición de las partes, expresan un parecer coincidente -en líneas generales- en que la respuesta a la precisa cuestión planteada en el auto de admisión ha de tener un sentido negativo.

En los antecedentes de hecho Cuarto y Quinto de esta sentencia hemos resumido las posiciones de la parte recurrente, del Abogado del Estado y de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio recurrida, que con diferentes argumentaciones consideran que una resolución de un expediente de vigilancia no puede innovar ni modificar las obligaciones impuestas en la resolución sancionadora cuyo cumplimiento se vigila, y sin llegar a efectuar una declaración de carácter general sobre esta cuestión, lo cierto es que la sentencia recurrida niega expresamente que, en este caso concreto, la resolución impugnada del expediente de vigilancia haya introducido nuevos compromisos e impuesto obligaciones no previstas en la previa resolución sancionadora, sino que considera que las obligaciones impuestas en la resolución impugnada persiguen el mismo objetivo y finalidad que las impuestas en la resolución sancionadora, por lo que rechaza que la resolución impugnada esté exigiendo "*medidas distintas*", pues "*aunque tienen una formulación distinta, lo cierto es que es idéntico el objetivo que se persigue*".

En el plano de la respuesta de carácter general que nos exige el auto de admisión del recurso de casación, con valor de criterio jurisprudencial que admita su aplicación a otros supuestos, coincidimos con las tesis de las partes en este recurso, que niegan la posibilidad de que el órgano regulador innove o modifique en un expediente de vigilancia las obligaciones previamente acordadas en un expediente sancionador.

La LDC regula separadamente las facultades de la CNMC y el contenido de las decisiones que puede adoptar en un procedimiento sancionador y en un procedimiento de vigilancia.

En el primer procedimiento, de acuerdo con el artículo 53 LDC, las resoluciones de la CNMC podrán declarar la existencia de conductas prohibidas en la propia LDC o en los artículos 81 y 82 del Tratado CE, y en consonancia



con tales declaraciones, podrán las resoluciones de la CNMC, además de imponer las multas autorizadas por la ley, contener órdenes de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado, o de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas e imponer condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento.

En cambio, en los expedientes de vigilancia el contenido de las resoluciones que pueda adoptar la CNMC está limitado por la propia naturaleza del procedimiento, que de acuerdo con el artículo 41.1 LDC se contrae a vigilar la ejecución y cumplimiento de determinadas resoluciones previas, entre ellas las acordadas en materia de conductas restrictivas.

Atendidos su distinta naturaleza y régimen jurídico, es claro que el expediente de vigilancia tiene vedada la adopción de las medidas y obligaciones estructurales y de comportamiento que la LDC restringe a los procedimientos sancionadores que finalicen en la declaración de la existencia de conductas prohibidas en la LDC o en los artículos 101 ó 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de lo que se sigue que la resolución de un expediente de vigilancia que innove o modifique o altere sustancialmente lo decidido en un procedimiento sancionador sería contraria a los citados artículos 41 y 53 LDC.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la ejecución de una resolución sancionadora puede requerir en ocasiones de un período de tiempo más o menos prolongado, o puede presentar diferentes fases o grados de cumplimiento, o plantear diferencias sobre el debido cumplimiento entre la CNMC y las partes obligadas, por lo que la resolución del expediente de vigilancia, a los efectos de cumplir su función de incentivo de cumplimiento de lo acordado, no puede limitarse a repetir miméticamente las declaraciones de la resolución sancionadora, desatendiendo el estado de la ejecución, sino que deberá ajustarse o adaptarse a las circunstancias que exija en cada momento el debido cumplimiento de lo resuelto.

Esa adaptación o ajuste a las circunstancias que presente la ejecución habrá de observar, no obstante, los estrictos límites que resultan de la naturaleza de la resolución de vigilancia, que no puede innovar, ni modificar ni alterar de forma sustancial las medidas u obligaciones acordadas en el procedimiento sancionador, ni dictarse con un objeto o finalidad distinto del de asegurar e incentivar su cumplimiento.

A estos límites de las resoluciones del expediente de vigilancia habrán de añadirse los derivados de la observancia del principio de proporcionalidad, que el artículo 53.2.b) de la LDC impone expresamente para la adopción de condiciones u obligaciones en los expedientes sancionadores, de forma que lo acordado en el expediente de vigilancia deberá respetar el principio de proporcionalidad en relación con la ejecución y el cumplimiento de la obligación que se vigila.

Establecido lo anterior, la determinación de si lo acordado en un expediente de vigilancia innova o modifica las condiciones u obligaciones impuestas en un expediente sancionador, o se limita a ajustar o adoptar dichas obligaciones al grado de cumplimiento y estado que presente la ejecución, sin incurrir en ningún exceso, pertenece al pronunciamiento de cada caso concreto, pues exigirá lógicamente el contraste o la comparación entre las particulares decisiones de los procedimientos sancionador y de vigilancia, en relación con las circunstancias concurrentes en cada ejecución.

**CUARTO.-** Examinamos a continuación, en aplicación de los anteriores criterios, si las medidas y obligaciones determinadas en la parte dispositiva de la resolución impugnada suponen una innovación o modificación respecto de lo acordado en la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009, y en último término, un exceso de la CNMC en el ejercicio de los límites de la potestad de vigilancia, como sostienen la parte recurrente.

En la resolución sancionadora, el Consejo de la extinta CNC (hoy CNMC) parte de que los acuerdos entre los operadores mayoristas y los distribuidores minoristas a que se refiere el expediente son acuerdos verticales, que deben ser analizados en el marco regulatorio configurado por el Reglamento (CE) 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y por la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices relativas a las restricciones verticales, que establece los criterios de aplicación del Reglamento (2000/ C 291/01).

De conformidad con las anteriores normas, la exención prevista en el artículo 2 del Reglamento para determinados acuerdos de empresas que operen en planos distintos de la cadena de producción o distribución, no se aplicará a aquellos acuerdos verticales que directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios máximos o recomendar un precio de venta, siempre que estos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes (artículo 4 del Reglamento citado).



La resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 llegó a la conclusión (FD 15º) de que los precios máximos o recomendados por las operadoras se convertían en los precios de venta al público aplicados por la gran mayoría de las estaciones de servicio de las respectivas redes (así sucedía en más del 91% de las estaciones de servicio abanderadas por REPSOL, en más del 95% de las abanderadas por CEPSA y en más del 75% abanderadas por BP), y que dicha fijación indirecta de precios era el resultado de una serie de factores que dependían total o parcialmente de la actitud de las operadoras, que tiene como efecto el desincentivar al titular de la estación de servicio para que fije sus precios por debajo de los precios máximos/recomendados.

Las medidas acordadas por la resolución sancionadora están dirigidas a poner fin a los factores bajo control directo de las operadoras que, de acuerdo con la misma resolución, producían el efecto de la fijación indirecta de precios de venta al público, y se refieren a las cláusulas contractuales sobre el precio de adquisición del combustible (dispositivo tercero), a las cláusulas sobre comisiones/márgenes (dispositivo cuarto) y otras prácticas que contribuyen a la fijación indirecta de precios (dispositivo quinto, apartados i a iv).

Debe señalarse, en primer término, que los dispositivos tercero y cuarto de la resolución sancionadora no se limitan a contener unas declaraciones sin consecuencias, pues declaran contrarias al artículo 1 LDC y 81 del TCE determinadas cláusulas, y la orden de cesación en las mismas, que debía por tanto ser objeto de vigilancia, resulta clara del resto de los dispositivos de la resolución sancionadora, en especial, del dispositivo quinto, que intima a las operadoras para que, a partir de la notificación de la resolución, *"tomen las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio del combustible en las 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 asimismo, la intimación al cese de las conductas a que se refieren los dispositivos segundo y tercero resulta del dispositivo noveno, que contiene la expresa intimación a las operadoras *"para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cuales quiera otras de efecto equivalente."*

Como antes se ha visto, la resolución de vigilancia, después de declarar en su dispositivo primero el incumplimiento parcial de la resolución sancionadora y de añadir en el dispositivo segundo que el cumplimiento de la resolución sancionadora debe ser total y efectivo para la remoción de los efectos anticompetitivos de las prácticas declaradas prohibidas, insta a las operadoras a las que se refiere el expediente a que adopten las medidas necesarias para el cumplimiento completo de la resolución sancionadora y, en particular, insta a las operadoras a la adopción de tres medidas (numeradas del 1 al 3), que se corresponden respectivamente con el cumplimiento de los dispositivos tercero, cuarto y quinto iv) de la resolución sancionadora.

En el FD 1º de esta sentencia quedaron reproducidas las partes dispositivas de la resolución sancionadora y de vigilancia que seguidamente vamos a analizar.

La primera de las medidas, que se corresponde como decimos con el dispositivo tercero de la resolución sancionadora, se refiere a las prácticas en relación con el precio de transferencia o cesión del carburante, sin que la Sala aprecie que tal medida tenga un significado cualitativamente distinto, modificador o innovador de la intimación al cese de la conducta descrita en el apartado tercero de la resolución sancionadora.

Así, en primer lugar, el ámbito de aplicación de la medida de vigilancia, que se extiende a *"los contratos de comisión y los contratos de reventa indiciada a precio de referencia en que los distribuidores sean empresarios independientes a los efectos de la normativa de competencia"*, no excede ni sobrepasa sino que se encuentra desde luego comprendido en el ámbito de aplicación más amplio del dispositivo tercero de la resolución sancionadora, que se refiere *"cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante"*, bien entendido que los contratos de suministro a los que se refiere la resolución sancionadora, según resulta tanto de su FD 12º como del dispositivo segundo, son aquellos, cualquiera que sea su denominación, a los que resulten de aplicación las normas de defensa de la competencia, en cuanto el titular de la estación de servicio sea un empresario independiente por asumir, en una proporción no insignificante, una parte de los riesgos financieros o comerciales.

La primera intimación (dispositivo tercero, apartado 1) que se acuerda en el expediente de vigilancia consiste en la adopción por las operadoras de *"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"*.

La Sala considera que la medida acordada no incurre en ningún exceso en relación con la intimación al cumplimiento del dispositivo tercero de la resolución sancionadora. A tal conclusión llegamos porque se insta a las operadoras a la adopción de las *"medidas necesarias"*, sin determinar cuáles sean estas, que deberán ser decididas por las operadoras sancionadas; además, no supone ninguna discrepancia con la resolución sancionadora que se refiera la resolución de vigilancia a *"precios de transferencia o de cesión del carburante"*, en



lugar de a "precios de adquisición", pues ya hemos comentado que la resolución sancionadora es clara al indicar que se refiere a los contratos de suministro de combustible sujetos al derecho de la competencia, incluyendo por tanto los contratos denominados de comisión impropia, en los que el titular de la estación de servicio asume riesgos comerciales o financieros, como resulta del dispositivo segundo de la resolución sancionadora, que expresamente declara 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 los efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia, como contratos de reventa"*.

La indicación de que tal precio atienda a criterios objetivos es una referencia al modo de cumplimiento de la cesación en la conducta prohibida, que resulta de la propia resolución sancionadora, pues ésta en su FD 14ª explica, en relación con la formación del precio de adquisición -que considera como el primero de los factores que produce el resultado de que el precio máximo/recomendado se comporte en la práctica como un precio fijo-, que ello es debido a que el precio de adquisición se fija en base a dos parámetros controlados por la operadora: el precio de referencia y la comisión/descuento; e insiste en que la alternativa a esta forma de fijar los precios de adquisición consiste en referenciarlos a un precio no controlado por la operadora.

Finaliza el dispositivo tercero apartado 1 de la resolución de vigilancia con la indicación a las operadoras de que la fijación del precio de adquisición se efectúe de forma que *"no desincentive la realización por parte de las estaciones de servicio de descuentos, para evitar que el operador fije indirectamente por esta vía el PVP"*, lo que es una instrucción plenamente coherente con lo resuelto en la resolución sancionadora, que explica en su FD 15º que los factores que dependen total o parcialmente de las operadoras, que allí se detallan y entre los que se encuentra el de fijación de un precio máximo/recomendado, tienen como efecto el claro desincentivo para el titular de la estación de servicio para fijar sus precios por debajo de los precios máximos/recomendados, y por tanto, supone la fijación indirecta de precios.

La segunda intimación acordada en la resolución de vigilancia (dispositivo tercero, apartado 2) impone a las operadoras *"la cesación de las prácticas consistentes en el establecimiento de cláusulas en las que las comisiones a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde su ubique la estación de servicio"*, sin que pueda apreciarse ninguna clase de modificación o alteración en relación con el dispositivo cuarto de la resolución sancionadora, que declara contrarias al artículo 1 LDC y 81 TCE las cláusulas del mismo tenor literal y los dispositivos quinto y noveno de la resolución sancionadora, que ordenan a las operadoras la cesación en las prácticas sancionadas. Tampoco supone ningún exceso del dispositivo que examinamos de la resolución de vigilancia que disponga que las operadoras deberán adoptar y comunicar las correspondientes adendas a los contratos vigentes, previa autorización por parte de la Dirección de Competencia, pues no se trata sino de la indicación sobre la forma de acreditación del cumplimiento de una de las intimaciones de la resolución sancionadora, que por otra parte, ya ordenaba a las operadoras sancionadas, en su dispositivo undécimo, que justificaran ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en su parte dispositiva.

En cuanto a la tercera de las intimaciones o medidas de la resolución de vigilancia (dispositivo tercero, apartado 3), no es sino una reiteración de la intimación del dispositivo quinto, letra iv) de la resolución sancionadora, ajustada a las circunstancias de su incumplimiento parcial.

En efecto, la resolución sancionadora, en su dispositivo quinto, intimaba a las operadoras para que tomaran *"las medidas necesarias"* para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio de los combustibles en las estaciones de servicio por ellas abanderadas. En coherencia con los razonamientos de la resolución sancionadora (FD 14 y 21), que detallan los factores bajo control de las operadoras que, de forma directa o indirecta, limitan los incentivos de las estaciones de servicio a realizar descuentos, conduciendo a la fijación indirecta de precios prohibida por las normas de la competencia y objeto de sanción, entre los que figuraba la falta de información al titular de la estación de servicio de los descuentos compartidos y aplicados, el dispositivo quinto apartado iv) de la resolución sancionadora contenía la orden o medida de que las operadoras afectadas al expediente *"no podrán ocultar el conocimiento por parte del gestor de la estación de servicio del descuento total que aplique al cliente de cada tarjeta de fidelización cuando dicho descuento es compartido, así como de la cuantía que le corresponda"*.

También en este caso llegamos a la conclusión de que la medida que examinamos de la resolución de vigilancia no excede de los límites propios de este expediente, sino que se limita a incentivar el completo e íntegro cumplimiento de la correlativa medida del expediente sancionador. En particular, la precisión de la medida de vigilancia de que el sistema de acceso a los descuentos compartidos debía ser *"continuo e indiscriminado"*, no es sino una respuesta a las formas de cumplimiento propuestas por algunas operadoras, que habían sometido el acceso a la información de los descuentos al requisito de la previa solicitud mediante un concreto formulario, estimando la resolución de vigilancia que tal acceso limitado o condicionado a la previa solicitud no daba debido efecto a lo decidido, pues la resolución sancionadora prohibió a las operadoras que ocultaran a los



gestores de la estación de servicio el conocimiento relativo a los descuentos, sin excepciones ni sujeción a requisitos de solicitud previa de la información, por lo que no cabe apreciar que la medida de vigilancia constituya una modificación o innovación de la intimación efectuada en la resolución sancionadora.

**QUINTO.-** La parte recurrente alega igualmente la vulneración del artículo 43 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, introducido por la Ley 11/2013, de 26 de julio, en conexión con los artículos 41.2 y 53.2.b) LDC y 53.1 de la Constitución.

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, adoptó una serie de medidas en los mercados mayorista y minorista de distribución de carburantes en España, con la finalidad expresada en su exposición de motivos de *"incrementar la competencia efectiva en el sector, reduciendo las barreras de entrada a nuevos entrantes y repercutiendo positivamente en el bienestar de los ciudadanos"*.

Dichas medidas se introdujeron en nuestro ordenamiento mediante la reforma de distintas normas, entre ellas de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

En concreto, en lo que interesa a este recurso, el artículo 39.tres de la Ley 11/2013 añadió el nuevo artículo 43 bis en la Ley 34/1998, en el que se establecían determinadas limitaciones a los vínculos contractuales de suministro en exclusiva, entre ellas, la de la duración máxima del contrato, que no podrá exceder de un año, y en el apartado 1.b) la condición de que tales contratos *"no podrán contener cláusulas exclusivas que, de forma individual o conjunta, fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible."*

Seguidamente, en su apartado 4, el artículo 43 bis en la Ley 34/1998, en su nueva redacción, dispone que:

*"Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor."*

Por tanto, el nuevo artículo 43 bis de la Ley 34/1988 establece unas concretas limitaciones, sobre la duración máxima del contrato que no podrá exceder de un año y sobre la prohibición de cláusulas de fijación directa o indirecta de precios, aplicable a los vínculos contractuales de suministro en exclusiva, de los que están excluidos los contratos en los que la operadora sea propietaria de los terrenos e instalaciones de la estación de servicio, pero la exclusión de esas particulares limitaciones no puede llevar a afirmar la derogación o la inaplicación de las prohibiciones de prácticas colusorias del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, a los supuestos de contratos a los que se refiere la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009 con la denominación de "Estaciones tipo CODO" (Company Owned-Dealer Operated), que son aquellos contratos para la distribución de carburante a través de estaciones de servicio propiedad del operador, arrendadas a la empresa explotadora, en el que el suministro de los productos petrolíferos se realice en régimen de comisión.

Ello es así, porque del artículo 43.bis de la Ley 34/1998 no resulta ninguna autorización para que, en los contratos a que acabamos de referirnos, el operador pueda fijar, directa o indirectamente, el precio de venta al público del combustible, y cabe aquí recordar que esta Sala ha mantenido de forma reiterada, entre otras en sentencias de 27 de octubre de 2005 (recurso 8093/2002) y 4 de noviembre de 2008 (recurso 5837/2005) que la exención de la aplicación de las prohibiciones del artículo 1 LDC, que contemplaban tanto el artículo 2.1 de la anterior LDC de 1987 y el actual artículo 4 de la LDC 15/2007, de 3 de julio, requieren de una norma con rango legal que específicamente autorice acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que, de no ser por su mediación, estarían incursos en las prohibiciones del artículo 1 de la LDC, sin que en este caso pueda deducirse de la redacción del artículo 43 bis.4 de la Ley 34/194 una específica habilitación a las operadoras para la fijación directa o indirecta de precios.

En el desarrollo de esta alegación la parte recurrente critica la sentencia impugnada por desenfocar el problema planteado, que se refiere a la legalidad intrínseca de la medida de comportamiento que se pretende imponer, que supone una injerencia en el derecho de propiedad y una intervención que corresponde al legislador, pues obligar a la operadora a fijar un denominado precio de transferencia en virtud de criterios objetivos, lo que determina materialmente la desnaturalización o prohibición de facto de una figura contractual enteramente lícita, como es el referido contrato de comisión o agencia, pues el derecho de la competencia no prohíbe la figura del contrato de agencia y admite que el principal fije los términos de venta al público.

Lo que propone la parte recurrente con tales alegaciones es traer al debate sobre la conformidad a derecho de las medidas de vigilancia las cuestiones atinentes a la legalidad de las medidas impuestas en la resolución sancionadora, cuestiones sobre las que quedó cerrado el debate al agotarse la vía de los recursos jurisdiccionales interpuestos contra la referida resolución sancionadora.



Lo anterior se evidencia en el propio escrito de interposición, en el que la parte recurrente alega que la medida de comportamiento de que se trata (la relativa al precio de transferencia) *"no podía ser adoptada por la CNMC, ni en el seno del expediente de vigilancia ni en el seno de ningún otro expediente"*. Pero resulta que si hemos llegado a la conclusión de que la medida de comportamiento que se determina en el expediente de vigilancia no excede, ni innova, ni modifica la correspondiente medida de comportamiento impuesta en el expediente sancionador, no cabe ya reabrir, con ocasión de la impugnación del expediente de vigilancia, un nuevo debate sobre lo que la parte recurrente denomina *"la legalidad intrínseca"* de la medida, con el argumento de que se trata de una medida que desnaturaliza el contrato de comisión o agencia, pues tal cuestión quedó ya definitivamente resuelta en el debate seguido en relación con la resolución sancionadora, que finalizó en la vía jurisdiccional con las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 22 de mayo de 2015 (recurso 658/2013 interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.) y 2 de junio de 2015 (recursos 4502/2012 interpuesto por BP Oil Estaciones S.A.U. y 297/2013, interpuesto por Cepsa Comercial Petróleo S.A.).

En todo caso, las sentencias de esta Sala de 4 de mayo de 2007 (recurso 1890/2002 y 4 de diciembre de 2009 (recurso 6136/2007), ya establecieron, con apoyo en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada en el primero de los recursos de casación acabados de citar, que los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión entre las operadoras y las estaciones de servicio, con asunción por estas de riesgos significativos, eran contratos sujetos a las normas de la competencia, que no podían beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 1984/1983 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 81 del TCE.

La resolución sancionadora de la CNMC de 30 de julio de 2009, dedica un apartado (FD 12º) a delimitar el ámbito de los contratos entre las operadoras de productos petrolíferos y las estaciones de servicio a que se refiere, precisando que desde la óptica del derecho a la competencia, los contratos de distribución de carburante solo admiten una división, de un lado los contratos de distribución (CODO y DODO), sujetos a las normas de la competencia, cualquiera que sea la denominación, contratos de agencia no genuinos, contratos de suministro o compraventa, y de otro lado, los contratos de agencia (genuina), a los que en principio no se les aplica el artículo 1 LDC, siendo el elemento determinante diferenciador la asunción de riesgos por los empresarios titulares de las estaciones de servicio, y por ello el dispositivo segundo de la indicada resolución sancionadora declara 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"*.

No se trata, entonces, de que la CNMC desnaturalice el contrato de agencia o comisión, como afirma la parte recurrente, sino que ha considerado, en resolución firme, que los contratos de distribución de carburante, cualquiera que sea su denominación, en los que la operadora traslada al titular de la estación de servicio riesgos comerciales o financieros no insignificantes, están sujetos a las normas de defensa de la competencia, y en consecuencia no pueden incluir cláusulas que resulten contrarias a las prohibiciones establecidas en los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

De conformidad con lo anteriormente razonado, procede la desestimación del recurso de casación.

**SEXTO.-** De lo expuesto en los precedentes razonamientos jurídicos, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dando respuesta a la cuestión planteada que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que los artículos 41 y 53 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 42 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, deben interpretarse en el sentido de que las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los expedientes de vigilancia no pueden innovar o modificar lo previamente decidido en el procedimiento sancionador de cuya vigilancia se trate, debiendo limitarse la resolución de vigilancia a la verificación del estado de cumplimiento de lo resuelto en el expediente sancionador, y en caso de constatarse un incumplimiento a instar o incentivar el cumplimiento, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas de ejecución contempladas en los citados artículos 41 y 42 del Reglamento de DC.

**SÉPTIMO.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, respecto de las costas ocasionadas en este recurso de casación cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, al no apreciarse mala fe o temeridad, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre las costas de la instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



Declarar no haber lugar al presente recurso de casación número **5945/2018**, interpuesto por CEPSA COMERCIALI PETROLÉO S.A., contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2018 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo 77/2014, sin imposición de costas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ