



Roj: **STS 474/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:474**

Id Cendoj: **28079130032020100039**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **04/02/2020**

Nº de Recurso: **5549/2018**

Nº de Resolución: **133/2020**

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

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 133/2020

Fecha de sentencia: 04/02/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5549/2018**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 21/01/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

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

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

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: **5549/2018**

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 133/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. 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 **5549/2018** interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en representación de B.P.OIL ESPAÑA SAU, contra la sentencia de 23 de mayo de 2018, de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 39/2014. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO representada por el Abogado del Estado; y la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE SERVICIO (CEEES), representada por el Procurador D. David García Riquelme.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de "B.P. Oil España SAU", interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 20 de diciembre de 2013 dictada por la Sala del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, con declaración de incumplimiento del requerimiento de información.

La sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2018 (recurso nº 39/2014) termina con la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS.

1. - Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén actuando en nombre y representación de BP OIL ESPAÑA SAU, contra la resolución de 20 de diciembre de 2013, de la Sala de Competencia, recaída en el expediente VS/652/07.
2. - Anular la referida resolución tan solo en lo relativo a la obligación impuesta en el ordinal cuarto de su parte dispositiva, sobre publicación en la página web de la entidad recurrente, al ser en este extremo no ajustada a Derecho.
3. - No hacer expresa imposición de las costas causadas".

Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación la representación de dicha mercantil, que fue admitido remitiéndose las actuaciones al Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes.

SEGUNDO.- Personada la recurrente en este tribunal, se admitió a trámite el recurso casación, por Auto de la Sección Primera de esta Sala de 15 de marzo de 2019 en el que se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

La parte dispositiva del Auto de admisión, en lo que ahora interesa, establece lo siguiente:

"(...) 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 cuáles son 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."

TERCERO.- La representación procesal de "BP.Oil España SAU", formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 6 de mayo de 2019 en el que aduce contra la sentencia los siguientes motivos o argumentos de impugnación:

- la Sentencia recurrida infringe los artículos 41.2 y 53.2.b) de la Ley 15/2007, el artículo 42.5 del Real Decreto 261/2008, los artículos 9.3 y 103 de la CE, los artículos 93 y 96 de la Ley 30/1992 y los principios de seguridad jurídica y de legalidad.

-Y deduce las siguientes pretensiones:



-que se declare haber lugar y, por tanto, estime el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia recurrida.

-que acuerde casar y anular la sentencia recurrida.

-que resuelva el recurso contencioso-administrativo, estimándolo y, en consecuencia, declare la invalidez de la Resolución de Vigilancia de la CNMC.

-imponga las costas a la parte recurrida.

Suplicando la estimación de las pretensiones deducidas en el fundamento de derecho segundo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a las partes recurridas para que pudiesen formular su oposición.

La Administración del Estado, formula oposición suplicando la desestimación del recurso de casación, y confirmando la sentencia de recurrida, con costas. Por otro sí digo, considera innecesaria la celebración de vista pública.

La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES), formula su oposición al recurso de casación interesando de la Sala que declare no haber lugar y lo desestime, acordando no casar o anular la sentencia recurrida. Que se mantenga la validez de la Resolución de Vigilancia, con imposición de las costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno corresponda.

Se señaló para Vista Pública y la consiguiente Deliberación del presente recurso de casación el día 21 de enero de 2020, en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

La vista pública de este recurso se celebró de forma conjunta con la de los recursos de casación 5945/2018 y 6404/2018, interpuestos por CEPSA Comercial Petróleo SA, y REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos SA, frente a las sentencias de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fechas 14 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 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.- El presente recurso de casación **5549/2018** lo interpone la representación procesal de B.P.OIL España SAU, contra la sentencia de 23 de mayo de 2018, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo nº 39/2014, interpuesto por dicha mercantil contra la resolución de 20 de diciembre de 2013 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, 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 la sentencia recurrida en su fallo:

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

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

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 dientes 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 resolutoria 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, CEPESA 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. CEPESA y BP en las que los gestores sean empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia y, en particular:



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 plantada 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.

Al haberse deliberado conjuntamente nuestra respuesta a la cuestión que plantea el Auto de admisión del recurso de casación será coincidente con lo resuelto en el recurso RCA 5945/2018 en el que se ha dictado sentencia nº 131, de esta misma fecha.

TERCERO.- Nos referiremos, 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 recurrente 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 constatarse 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 aquel 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 de esta sentencia, hemos indicado 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 la 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.

Esta 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 no podrá 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 al ejecución, sin incurrir en ningún exceso, pertenece al pronunciamiento de cada lado 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 un 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 sostiene 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 servicios 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 detalla 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 servicios de los descuentos compartidos y aplicados"*, el dispositivo quinto apartado iv) de la resolución sancionadora contendía 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 forma 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.

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



QUINTO.- 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 la 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.

SEXTO.- 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 instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento jurídico quinto:

1.- Declarar no haber lugar al recurso de casación **5549/2018** interpuesto por B.P.OIL ESPAÑA SAU, contra la sentencia de 23 de mayo de 2018, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 39/2014.

2.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales derivadas del recurso de casación, y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia impugnada.

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^a. María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor. -D. Diego Córdoba Castroverde.- Firmado

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm^a. Sra. D^a. M^a ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.- Firmado.