



Roj: **SAN 229/2021 - ECLI:ES:AN:2021:229**

Id Cendoj: **28079230062021100019**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/01/2021**

Nº de Recurso: **173/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000173 /2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01823/2015

**Demandante:** CEPESA COMERCIAL PETROLEO, S.A.U.

**Procurador:** D. JORGE DELEITO GARCIA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de enero de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 173/15 promovido por el Procurador D. Jorge Deleito García en nombre y representación de **COMERCIAL PETRÓLEO, S.A., (CEPSA)** contra la resolución de 29 de enero de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 , mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.500.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que *"1.- Anule íntegramente la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de enero de 2015, dictada en el expediente NUM000 , anulando íntegramente la sanción de 2.500.000 euros impuesta. 2.- Subsidiariamente, anule parcialmente la sanción impuesta por ser contraria al principio de proporcionalidad y determine su graduación conforme a los criterios expuestos en el último fundamento jurídico de esta demanda"*.

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.-** Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 11 de noviembre de 2020. Prolongándose la deliberación a sucesivas sesiones.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 29 de enero de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 , cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

*"PRIMERO.- Declarar acreditado el incumplimiento del dispositivo tercero de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente sancionador NUM001 , lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , de la que se considera responsable a CEPSA COMERCIAL DE PETROLEO, S.A.*

*SEGUNDO.- Imponer a CEPSA COMERCIAL DE PETROLEO, S.A, una sanción de dos millones quinientos mil euros (2.500.000 €).*

*TERCERO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución"*.

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1. Con fecha 30 de julio de 2007 la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia acordó la incoación de oficio del expediente sancionador nº NUM001 contra las operadoras Repsol, Cepsa y BP por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y por el artículo 81 del Tratado constitutivo de la CE, 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.

2. El 30 de julio de 2009, el Consejo de la extinta CNC dictó resolución en el mencionado expediente sancionador NUM001 y entendió que las tres operadoras REPSOL, CEPSA y BP, en sus relaciones verticales con las estaciones de servicio, estaban incurriendo en una fijación indirecta de precios de venta al público prohibida por los artículos 1 de la LDC y 81.1 del TCE. Y ello mediante instrumentos contractuales y otras medidas destinadas a desincentivar a que los distribuidores se alejasen del precio máximo/recomendado de venta que consistía en el precio de venta medio de las estaciones de servicio del entorno del minorista. Concretamente, el Consejo de la CNC entendió que el precio de adquisición del combustible por parte de los distribuidores minoristas, con independencia del tipo de contrato, se fijaba en base a dos parámetros controlados directamente por el operador: el precio de referencia y la comisión/descuento, lo que llevaba a que el precio quedase controlado por el operador. Y ese sistema de formación de precio creaba un claro desincentivo en el titular de la estación de servicio a apartarse del precio máximo mediante la aplicación de descuentos con cargo a su comisión/margen, de ahí que para el Consejo la alternativa era referenciar el precio de adquisición a los precios internacionales y por tanto no controlados por el operador.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

*OCTAVO. Imponer a BP OIL ESPAÑA S.A. una multa de UN MILLON CIENTO MIL EUROS (1.100.000 euros) 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.*

*DÉCIMO. 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 euros por cada día de retraso.*

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

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

4. La sanción impuesta a la mercantil ahora recurrente en la citada resolución de 30 de julio de 2009 fue confirmada por esta misma Sección en sentencia dictada en fecha 5 de noviembre de 2012 (PO nº 636/2009), y que fue as u vez también confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de junio de 2015 (recurso casación nº 4502/2015).



5. La Dirección de Investigación, para dar cumplimiento al dispositivo duodécimo de la Resolución del Consejo de la CNC, antes reproducido, en el marco del expediente de vigilancia NUM001, realizó numerosos requerimientos con objeto de verificar la situación contractual de los operadores sancionados con sus distribuidores, así como la operativa de los mecanismos de emisión de tickets y facturas en las EESS.

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

7. Por todo ello la Dirección de Investigación entendió que ni REPSOL, ni CEPESA ni BP habían dado cumplimiento a la intimación realizada por el Consejo de la CNC en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, y proponía al Consejo de la CNC que intimase a las mismas para que adoptaran las medidas exigidas para el cumplimiento de la citada resolución.

8. El Consejo de la CNMC en el expediente de vigilancia referido dicta en fecha 20 de diciembre de 2013 resolución por la que se acuerda el incumplimiento parcial de la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 refiriendo:

*"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 calcularan a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio. Para ello, las tres operadoras deberán adoptar y comunicar las correspondientes adendas a los contratos vigentes, previa autorización de su contenido y procedimiento de comunicación por parte de la Dirección de Competencia en el marco de la vigilancia de esta Resolución.*

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

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

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

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

9. De todo lo actuado en el expediente de vigilancia NUM001 y reflejado en la Resolución de 20 de diciembre de 2013, habría quedado acreditado, según la CNMC, que CEPESA dio un cumplimiento parcial a lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNMC de 30 de julio de 2009 (expediente NUM001), no aplicando dicha resolución en relación con los contratos de suministro en exclusiva firmados por CEPESA con terceros operadores independientes en régimen de comisión sujeta a normativa de competencia, al no haber adaptado, modificado ni renegociado los contratos incluidos en este grupo, pues en dichos contratos -tras la resolución de 30 de julio de 2009- el precio de adquisición del producto no se había referenciado a parámetros objetivos independientes del operador.



Ha de destacarse que la citada resolución de 20 de diciembre de 2013 fue confirmada (salvo el apartado cuarto de su parte dispositiva en cuanto ordenaba la publicación de la resolución en la página web de la recurrente, que se anuló por contrario a derecho) por esta Sección en la sentencia dictada en fecha 14 de mayo de 2018 (PO 77/2014), confirmada en casación por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de febrero de 2020 (casación nº 5945/2018).

10. Las situaciones afectadas por el incumplimiento de las intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC declarado en la resolución de 20 de diciembre de 2013 son las siguientes: *"Casos en los que la gasolinera sea de la operadora y esté arrendada a un gestor bajo el régimen de suministro exclusivo en comisión sujeto a la normativa de competencia: EESS CODO/ comisión sujeta a normativa de competencia: 481 EESS. Casos en los que la gasolinera sea propiedad de un gestor y pacte con la operadora un régimen de suministro exclusivo en comisión sujeto a la normativa de competencia: EESS DODO/ comisión sujeta a normativa de competencia (270-295) EESS"*.

11. Asimismo, la Resolución de 20 de diciembre de 2013 del Consejo de la CNMC ordenaba a la Dirección de Competencia la apertura de un expediente sancionador que, en relación con la mercantil ahora recurrente, dio lugar al expediente NUM000 que finaliza con la resolución sancionadora de 29 de enero de 2015 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y que es objeto del presente proceso. En ella considera la Comisión que CEPSA habría dado un cumplimiento solo parcial a la resolución de 30 de julio de 2009 por no aplicar dicha resolución en relación con los contratos de suministro en exclusiva firmados por CEPSA con terceros operadores independientes en régimen de comisión sujeta a normativa de competencia, al no haber adaptado, modificado ni renegociado los contratos incluidos en este grupo, pues en dichos contratos -tras la resolución de 30 de julio de 2009- el precio de adquisición del producto no se había referenciado a parámetros objetivos independientes del operador.

**SEGUNDO.-** Frente a la referida imputación, la entidad recurrente esgrime en su demanda los siguientes motivos que, a su juicio, habrían de conducir a la anulación de la resolución recurrida:

- Improcedencia de la resolución del incidente de recusación planteado por CEPSA.
- Inexistencia de la infracción administrativa imputada con base en el supuesto incumplimiento del dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009.
- Inexistencia de culpabilidad.
- Y, con carácter subsidiario, infracción del principio de proporcionalidad en relación con el cálculo de la sanción.

Plantea por tanto, y en primer lugar, la nulidad de la resolución recurrida por aplicación de lo prevenido en el artículo 62.1.a) al haberse, dice, *"... vulnerado el derecho fundamental de CEPSA al juez imparcial, derecho fundamental que se garantiza precisamente exigiendo que una recusación sea resuelta por un órgano distinto del recusado"*; y al haberse también infringido *"... el procedimiento legalmente establecido, que exige la tramitación de un incidente separado previo a la adopción de la resolución finalizadora del procedimiento (art. 62.1.e de la LRJPAC)"*.

Denuncia en este sentido que, cuando planteó la recusación de los tres Consejeros que habían votado a favor del acuerdo de recalificación, finalmente aprobado con fecha 18 de diciembre de 2014, dicha recusación fue resuelta con intervención de quienes habían sido recusados, lo que vulneraría el artículo 29 de la Ley 30/1992, además del "derecho al Juez imparcial".

Y pone de relieve que análogo incidente de recusación se planteó en el expediente NUM002, si bien entonces el Pleno de la CNMC recabó para sí el conocimiento del incidente y lo decidió sin la participación de los Consejeros recusados, criterio que entiende debería haberse sido seguido también en su caso.

Destaca que la recusación planteada por CEPSA se resolvió directamente en la misma resolución recurrida, como si fuera una alegación más y sin la formación de pieza incidental separada, lo que le habría privado de una "garantía de derecho fundamental", además de constituir, según la misma entidad actora, causa de nulidad por haberse infringido de manera manifiesta el procedimiento establecido.

Para abordar esta cuestión ha de trascenderse del enfoque prioritariamente procedimental con el que lo plantea la recurrente, que incide en la infracción manifiesta del procedimiento establecido para tramitar los incidentes de recusación, y en el alcance que ha de atribuirse a las garantías de imparcialidad del órgano que resuelve, para analizar la relevancia y la viabilidad de los motivos en que se sustentaba la recusación.

Este planteamiento es obligado a la vista de los reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo que han examinado el incumplimiento de las normas o de los deberes de abstención y recusación y su eficacia para producir la anulación del acto administrativo. Y que, además, tiene anclaje en la previsión del apartado 3 del



artículo 28 de la propia Ley 30/1992, aplicable *ratione temporae*, según el cual "La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido" y que es extensivo a la recusación. Téngase en cuenta, además, que el artículo 29.5 excluye la posibilidad de recurrir el acuerdo que rechace la concurrencia de la causa de recusación y remite a la impugnación de la resolución finalmente adoptada la invocación de los motivos que, a juicio del interesado, debieron justificar que no interviniera el recusado.

Ejemplo de la jurisprudencia antes citada lo constituye la sentencia de 28 de septiembre de 2016, recurso de casación 2599/2015, donde se dice que "... el citado precepto establece que «...La actuación de autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Publicas en los que concurren motivos de abstencion no implicara necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido...». En parecidos terminos se pronuncia el art. 185 del Reglamento de organizacion, funcionamiento y Regimen Juridico de las Entidades Locales al establecer «... La actuación de los miembros en que concurren los Motivos de abstencion a que se refiere el articulo 21 del presente Reglamento, implicara, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido...». En definitiva, si la indebida intervencion no ha tenido una influencia decisiva, se aplicara el principio de conservacion de los actos administrativos, y la presuncion de validez que a los mismos confiere el art. 57.1 de la Ley 30/1992 .En efecto, la Jurisprudencia, de forma pacifica y reiterada se ha pronunciado en el sentido de que la violacion del deber de abstencion no conduce inexorablemente a la declaracion de nulidad o anulabilidad del procedimiento, salvo que haya tenido una trascendencia substancial ( STS de 6 de diciembre de 1985 ), 4 de mayo de 1990 , 31 de enero de 1992 y 18 de mayo de 1994 entre otras muchas.)".

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012, recurso número 5690/2010, aborda un supuesto muy parecido al que examinamos ahora, y señala lo siguiente:

"SEPTIMO.- Iniciaremos el analisis de las cuestiones controvertidas en el presente recurso invirtiendo el orden en el que aparecen expuestas en el escrito de demanda del recurrente pues consideramos que se impone comenzar con el enjuiciamiento de la negativa dada por el Rector de la Universidad Autonoma de Barcelona a la tramitacion de la recusacion del Sr. Constantino y proseguir, en su caso, con las alegaciones que inciden en el voto de algunos de los vocales de la Comision de evaluacion.

Pues bien, dicho esto, esta Sala considera que se debio tramitar la recusacion planteada por el Sr. Edemiro . El articulo 29 de la Ley 30/1992 posibilita que este incidente se pueda promover en cualquier momento de la tramitacion del procedimiento y, en el caso presente, asi ocurrio puesto que la entrada del escrito de recusacion en la Universidad Autonoma de Barcelona llevaba fecha anterior a la de la resolucion que puso fin al procedimiento selectivo. A ello no obsta, como parece entender el Rector, que dias antes de la recepcion del escrito ya se hubiera formulado la propuesta de la Comision de evaluacion puesto tal circunstancia no determinaba que el procedimiento selectivo no siguiera tramitandose - de hecho, siguio su tramite hasta que el Rector le puso fin mediante la adopcion de la resolucion que asi lo declaraba - siendo que, ademas, la fecha de reanudacion de las reuniones de la Comision era un dato absolutamente ignorado por el recurrente como lo demuestra el hecho de que, precisamente, en tal escrito, ademas de la recusacion, instara dicha informacion del Rectorado, por lo que no cabe reprochar al mismo que no se ajustara en el planteamiento de la recusacion a los tiempos en que la Comision de evaluacion llevo a cabo sus cometidos.

No obstante, lo anterior, el hecho de que, previamente a la resolucion sobre la provision de la plaza, la recusacion tuviera que haberse tramitado no nos lleva a apreciar la concurrencia de las concretas causas de abstencion formuladas en relacion con el Sr. Constantino . De la lectura del informe complementario que dicho vocal emitio con fecha 11 de noviembre de 1996 no se deduce la existencia de terminos o expresiones descalificadoras que dejaren entrever, siquiera minimamente, la enemistad manifiesta que el recurrente sostiene que este le profesaba. Ni la extension de dicho informe ni la anecdotica - desde luego desafortunada - que refiere en su comienzo son circunstancias que permitan apreciar un animo de resentimiento o enfado hacia el recurrente, no habiendo quedado acreditado, desde esta perspectiva, la falta de imparcialidad del vocal Sr. Constantino .

Por otro lado, la acusacion de que el Sr. Constantino pudiera haber presionado a otro miembro de la Comision de evaluacion para modificar asi el sentido de su voto, ademas de constituir un comportamiento que no es susceptible de ser reconducido a ninguna de las causas de abstencion previstas en el ambito del derecho administrativo, sugiriendo responsabilidades de mayor entidad que el mero cuestionamiento de la imparcialidad de uno de los miembros de un tribunal de seleccion, no resulta acreditada en forma alguna asi como tampoco la posible repercusion negativa que en la carrera futura de Dona Aida podria provocar dicho vocal caso de que esta no se plegara a su voluntad".

Hechas estas consideraciones, ha de decirse que en las distintas páginas que la demanda dedica a este motivo no se dice nada sobre las causas determinantes de la recusación, es decir, sobre el verdadero motivo en



que se basaba la recusación planteada en su día y acerca de las circunstancias que pudieran comprometer la imparcialidad de los Consejeros recusados, insistiendo solo en las garantías inherentes al procedimiento de recusación a que nos hemos referido antes (los argumentos que dedica a esta cuestión se ciñen a la "improcedencia de que la recusación fuese resuelta con el exclusivo voto de los tres Consejeros recusados" y a la "improcedencia del procedimiento seguido para resolver la recusación").

Pues bien, coincide la Sala con lo argumentado al respecto en la resolución recurrida desde el momento en que la facultad de recalificar aparece expresamente reconocida en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y se atribuye al propio Consejo a quien corresponde también dictar después la resolución que pone fin al procedimiento, evidenciando con ello que es la propia Ley la que atribuye las funciones de recalificación y resolución al mismo órgano y, en definitiva, a los mismos Consejeros. Y ello sin perjuicio de las garantías que la Ley prevé también y que se materializan en la audiencia a los interesados y la posibilidad de que estos presenten las alegaciones que estimen oportunas.

Por tanto, no cabe sino concluir que la intervención de los tres Consejeros en el acuerdo de recalificación no justificaba su recusación para poder hacerlo también en la resolución del procedimiento.

**TERCERO.-** Sostiene la entidad actora, como segundo motivo de impugnación, que se ha producido una *"Infracción de los principios de taxatividad y Lex Certa"*, así como la *"Imputación de un incumplimiento del dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009 con base en una exégesis superadora de su tenor literal, extensiva y contraria a una interpretación sistemática de aquella resolución"*.

El examen de este motivo debe partir del hecho de que la resolución de 20 de diciembre de 2013 fue confirmada, como anticipábamos, por sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 2018, recurso número 177/2014, que fue interpuesto por CEPESA. Y dicha sentencia fue confirmada, a su vez, por otra del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020, recurso número 5945/2018, que desestimó el recurso de casación presentado también por la entidad actora.

Es decir, el incumplimiento ya ha sido declarado de modo firme, por lo que resultan ineficaces cualesquiera argumentos que puedan cuestionarlo ahora, con las precisiones que haremos a continuación.

Esta Sección se pronunció en sentencia de 8 de enero de 2016, recurso núm. 49/14, sobre el alcance que cabía atribuir a los pronunciamientos recaídos en expedientes de incumplimiento teniendo en cuenta la eventual incoación ulterior de un expediente sancionador por la posible comisión de una falta muy grave prevista en el artículo 62.4, apartado c), de la Ley 15/2007 que sanciona, precisamente, *"Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones"*.

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

Esta interpretación ha sido corregida por sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2018, recurso núm. 527/2016, que casó la citada sentencia de la Audiencia Nacional y que analiza la naturaleza de la declaración de incumplimiento recaída en un procedimiento de vigilancia al amparo de la previsión del artículo 42 del Real Decreto 261/2008, declarando que la misma es una *"apreciación circunscrita al momento en que se dicta"* y, además, tiene una *"evidente naturaleza provisional"*.

Hace al respecto las consideraciones siguientes:

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Tesis que reitera el Tribunal Supremo en sentencias posteriores como la dictada en fecha 4 de febrero de 2020 en el recurso de casación número 5945/2018, antes citada, y que traía causa del recurso de casación presentado, como vimos, también por CEPESA.

*En ella dice que "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 , y artículo 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 de la LDC ".*

La jurisprudencia descrita implica entonces que debemos tener presente que, si bien el incumplimiento ha sido ya declarado en el expediente de vigilancia, y además en este caso de modo firme, " los resultados del procedimiento de vigilancia (en especial, la declaración de incumplimiento), es una apreciación circunscrita al





*momento en que se dicta y que no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción del 62.4.c)".*

Por lo tanto, los argumentos que podrían enervar eficazmente esa declaración de incumplimiento ahora, al revisar el expediente sancionador, y llevar al convencimiento de que se trata de un incumplimiento que no integra el tipo del artículo 62.4.c), han de referirse a que aquella declaración de incumplimiento producida en el expediente de vigilancia obedecía solo a una *"apreciación circunscrita al momento en que se dicta"*, en palabras del Tribunal Supremo.

Ello sin perjuicio de combatir la sanción por ausencia del otro elemento necesario para declarar la responsabilidad del sancionado, cual es el elemento subjetivo, la culpabilidad.

Sin embargo, la lectura de los motivos que articula la demanda sobre esta cuestión, que giran en torno a si se ha producido o no un incumplimiento del dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, y si era o no suficientemente explícito el contenido de dicho apartado, con invocación del principio de taxatividad y *lex certa*, han quedado definitivamente resueltos en la declaración de incumplimiento de 20 de diciembre de 2013 y, en particular, en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 dictada en el recurso de casación número 5945/2018 a la que antes nos hemos referido, al declarar lo siguiente:

*"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 si 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 refiere 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".

Es decir, el Tribunal Supremo entiende que el incumplimiento detectado y confirmado lo es de intimaciones ajustadas al contenido de la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009; y la exigencia de su cumplimiento, impuesta por la medida de vigilancia, no modifica o innova lo acordado en aquella resolución.

Su declaración al respecto es clara y determina que no puedan acogerse las consideraciones de la demandante que giran, precisamente, en torno a la falta de certidumbre o concisión de las medidas exigidas para entender producido el incumplimiento.

Y otro tanto sucede con el motivo relacionado con la falta de previsión en la resolución de 30 de julio de 2009 de la conducta que debería haber seguido CPESA, la cual supone que el dispositivo tercero de dicha resolución no podía incluir una obligación de hacer, cuestión a la que se refiere expresamente la Sentencia de 4 de febrero de 2020 al dar respuesta a la misma alegación formulada entonces, y que en el texto de la sentencia se resume así: "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"; mereciendo la respuesta que refleja la propia sentencia.



**CUARTO.-** A juicio de CEPESA, "la interpretación subyacente en la resolución impugnada es contraria a lo establecido por el legislador en la Ley 11/2013".

Es este un argumento que ha sido abordado en la tan repetida sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020, en cuyo fundamento de derecho quinto se dice, al respecto, lo siguiente:

*"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, requirieren 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".

Criterio acogido por esta Sección en la reciente sentencia de 30 de diciembre de 2020, recurso número 177/15 seguido por BP frente al acuerdo sancionador dictado por la CNMC en el expediente NUM003, también de fecha 29 de enero de 2015, y cuya analogía con el ahora examinado es evidente.

**QUINTO.-** Cuestiona CEPESA la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad y, con ello, su responsabilidad en la infracción imputada, en apoyo de lo cual recuerda la fundamentación del auto de medidas cautelares en su día dictado por esta misma Sección en la pieza correspondiente del recurso 77/14, seguido contra la resolución del expediente de vigilancia, así como el voto articular suscrito por uno de los magistrados firmantes del mismo, partidario de la suspensión por la apariencia de buen derecho de la pretensión actora.

También se remite al voto particular emitido por dos Consejeros discrepantes con la resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013; y a las consideraciones de la Dirección de Investigación reflejadas en el informe parcial de vigilancia, así como a las de la Dirección de Competencia que se contenían en la propuesta de resolución y que estaban relacionadas con la duración de la infracción.

Entendemos, no obstante, que el examen de la culpabilidad de la sancionada ha de hacerse sin perder de vista, por un lado, que nos encontramos ante una regulación sectorial y especializada; y, por otro, que el volumen y ámbito de actuación de CEPESA en el mercado de productos petrolífero permiten atribuir a esta entidad un conocimiento profundo tanto de dicho mercado, como de la normativa de aplicación.

Con ello presente, la posibilidad de que el incumplimiento de dicha normativa no sea debida a una conducta culpable de la entidad queda reducida de manera notable, sin que la existencia de los votos particulares a los que se refiere la demandante, o de las consideraciones recogidas a la largo del expediente, alteren esa conclusión.

A estos efectos resulta esclarecedor lo manifestado en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020, de constante referencia, al advertir que "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".*

Es la misma resolución que contiene las intimaciones que incumplió CEPSA la que pone de manifiesto lo limitado de las modalidades de contrato de distribución de carburantes, y clarifica con ello los términos en que había de producirse el cumplimiento.

Al mismo tiempo, es lo cierto que, como destaca la resolución recurrida, esta misma Sección dictó con fecha 5 de noviembre de 2012 sentencia en el recurso número 607/09, que fue interpuesto por CEPSA contra la resolución sancionadora de 30 de julio de 2009, en la cual, tras destacar que *"La CNC de forma reiterada en la resolución recurrida hace referencia a " la maraña contractual " para referirse a la regulación de las relaciones entre las EESS y las operadoras por ello con independencia de la denominación contractual que hayan dado las partes a los contratos precisa que esas medidas deben aplicarse a todos los contratos entre los operadores sancionados en esta resolución y los gestores de estaciones de servicio cuyos contratos independientemente de como se denominen, contengan cláusulas que hacen que el gestor de las EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes. Se remite a la jurisprudencia del TJCE y TS para determinar cuando tienen tal condición y en concreto senala que dichos Tribunales han establecido que las cláusulas que establecen una obligación de pago al operador en el plazo de 9 días independientemente de que el producto haya sido vendido y las que asignan la responsabilidad del producto al comprador (llamado comisionista o agente) una vez situado en los depósitos implican la asunción de un riesgo no insignificante por parte del Titular de la Estación", añadíamos que "Los operadores deberán analizar en cada concreto contrato que medidas deberán adoptar para dar cumplimiento a la parte dispositiva de la resolución que no aprecia esta Sala sea ambiguo al declarar qué cláusulas contractuales son contrarias al artículo 1 de la LDC y 81 TCE (las 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, la que se establezca que las comisiones/margenes a percibir se calcularan a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio) y las medidas concretas a adoptar que se enumeran en el apartado quinto".*

No existiendo entonces la ambigüedad en las intimaciones en la que pretende justificarse la falta de culpabilidad, debe rechazarse también este motivo.

**SEXTO.-** Por último, y con carácter subsidiario, denuncia la recurrente la improcedente determinación del importe de la sanción.

Al abordar esta misma alegación en la mencionada sentencia de esta Sección de 31 de diciembre de 2020, recurso número 177/15, hemos hecho las consideraciones siguientes que resultan plenamente trasladables al presente supuesto pues también aquí se calculó el importe de la multa con referencia al volumen de negocios del ejercicio 2013, y no el del inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, es decir, el 2014:

*"Finalmente, la mercantil recurrente invoca la falta de motivación, así como la vulneración del principio de proporcionalidad al cuantificarse el importe de la multa impuesta.*

*Como venimos diciendo se le ha sancionado por la comisión de la infracción muy graves prevista en el artículo 62.4.c) de la LDC a la que, como así se dice en la propia resolución sancionadora "según el artículo 63.1.c) de la LDC puede corresponder una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción, esto es 2014". Y añade la resolución que ahora revisamos: "Si bien no se dispone del volumen de negocios total de BP OIL en 2014, dado el escaso lapso temporal entre el cierre del ejercicio y la resolución del presente expediente sancionador, el volumen de negocios en 2013 constituye una fuente de referencia válida por cuanto el importe de la multa que se determinara no alcanza el límite señalado en el artículo 63.1.c) de la LDC, tomando como referencia el año 2013, sin que quepa razonablemente suponer que dicho límite pudiera superarse con la referencia al año 2014. Así, el volumen de negocios total de BP OIL en 2013 fue de 5.027.282.789 euros".*

*Por tanto, esta Sala entiende que la CNMC ha vulnerado el artículo 63.1.c) de la LDC por cuanto ha cuantificado de forma errónea el importe de la multa y ordenamos a la CNMC a que recalcule de nuevo el importe de la sanción atendiendo al volumen de negocios que tenía BP OIL en el año 2014".*

**SÉPTIMO.-** Procede, en atención a lo expuesto, la estimación parcial del recurso, por lo que no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia de conformidad con lo dispuesto para estos casos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,



## FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Jorge Deleito García en nombre y representación de **COMERCIAL PETRÓLEO, S.A., (CEPSA)** contra la resolución de 29 de enero de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 , mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.500.000 euros.

2.- Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

3.- Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije de nuevo la cuantía de la multa teniendo en cuenta lo resuelto en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CIJUDOT