



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/025/16, GESDEGAS)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 21 de junio de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/025/16, GESDEGAS por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por GESDEGAS, S.L (GESDEGAS), al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de marzo de 2016, de denegación de la condición de interesado en el expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 7 de marzo de 2016 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de GESDEGAS en el que solicita personarse y ser parte denunciante en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP.
2. Por acuerdo de fecha 18 de marzo de 2016, la Dirección de Competencia (DC) deniega la condición de interesado solicitada por GESDEGAS.
3. Con fecha 1 de abril de 2016 tuvo entrada en la CNMC recurso de GESDEGAS, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la DC de 18 de marzo de 2016.
4. Con fecha 6 de abril de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008,

de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.

5. Con fecha 18 de abril de 2016, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. En dicho informe la DC considera que procede la desestimación del recurso, al considerar que las alegaciones de la recurrente no desvirtúan el acuerdo de 18 de marzo de 2016 de denegación de la condición de interesado, que debe mantenerse.
6. Con fecha 28 de abril de 2016, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso de GESDEGAS, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
7. El 25 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de la recurrente.
8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 junio de 2016.
9. Es interesada en este expediente GESDEGAS , S.L. (GESDEGAS)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de la DC de 18 de marzo de 2016, que deniega la condición de interesado solicitada por GESDEGAS, en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

En su recurso, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que dicte resolución por la que se revoque el acuerdo de la DC de 18 de marzo de 2016, y se reconozca su condición de interesada en el expediente de vigilancia VS/0652/07.

Los motivos en los que GESDEGAS fundamenta su recurso son los siguientes.

El recurrente sostiene que el acuerdo impugnado refiere la fase de vigilancia como una ejecución del procedimiento sancionador y que de acuerdo con el artículo 49 de la LDC, el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas puede iniciarse

por denuncia de particular, y conforme al artículo 51 de la LDC el interesado puede proponer la práctica de prueba.

Asimismo, considera que el artículo 41 de la LDC no reserva la competencia exclusiva de la vigilancia a la Comisión. Si bien el procedimiento puede iniciarse de oficio, también puede enriquecerse de las aportaciones que de parte pueden realizarse. A juicio de GESDEGAS, no existe en la ley prohibición expresa al interesado para personarse en el expediente de vigilancia.

La recurrente asimismo afirma que no existe precepto legal al que pueda acogerse la DC para denegar a GESDEGAS su derecho a comparecer en el expediente. Por el contrario, si existe dentro del articulado de la LDC preceptos por los que se permite iniciar el procedimiento a instancia de parte, así como presentar pruebas durante el mismo.

Por último, GESDEGAS sostiene que de acuerdo con el artículo 31 de la LRJPAC no puede denegarse su condición de interesada puesto que no cabe duda del interés legítimo que existe en las resoluciones que se acuerden, puesto que es afectada directa de las prácticas abusivas de REPSOL.

En su informe de 18 de abril de 2016, la DC propone la desestimación del recurso al considerar que las alegaciones de GESDEGAS no desvirtúan el contenido del acuerdo de 18 de marzo de 2016 recurrido, debiendo mantenerse el mismo.

La DC señala que tal y como se deduce de las alegaciones de la recurrente, GESDEGAS confunde dos procedimientos distintos e independientes con distinta regulación dentro de la LDC: el procedimiento de vigilancia, en el que se enmarca el expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP y en cuyo seno se ha dictado el acuerdo recurrido, y el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas.

El procedimiento de vigilancia, indica la DC, tiene por finalidad verificar y controlar que las partes sancionadas están cumpliendo con las obligaciones impuestas de forma tasada en una resolución previa, y en su caso compeler al destinatario a su cumplimiento a través de los mecanismos previstos en la LDC, motivo por el cual, en principio se restringe el concepto de interesado al responsable de llevar a cabo las obligaciones que le han sido impuestas en la resolución que se vigila.

En el presente caso, afirma la DC, el expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP no es un expediente sancionador ni contradictorio, es un expediente de vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013, adoptadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, respectivamente como consecuencia de la tramitación del expediente sancionador 652/07.

En sus alegaciones de 24 de mayo de 2016, la recurrente transcribe lo ya expuesto en su escrito de recurso.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza de las actuaciones de vigilancia y la condición de interesado en las mismas.

En orden a determinar quiénes pueden ostentar la condición de interesado en un expediente administrativo de vigilancia de resoluciones o acuerdos, objeto del recurso al que responde la presente resolución, procede en primer lugar, precisar la distinción entre dicho procedimiento y el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas.

Coincide esta Sala con la DC, por las razones que a continuación se exponen, en que la recurrente confunde dos procedimientos distintos e independientes con distinta regulación dentro de la LDC: el procedimiento de vigilancia, en el que se enmarca el expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP y en cuyo seno se ha dictado el acuerdo recurrido, y el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas.

La regulación de ambos procedimientos en la LDC está prevista en distintos capítulos, dentro del Título IV, “De los procedimientos”.

El procedimiento de vigilancia está regulado en el Capítulo I, Sección 2ª, “Facultades de la Comisión Nacional de la Competencia”. Dentro de esta sección, el artículo 41 de la LDC atribuye a la Comisión el deber de vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la LDC y sus normas de desarrollo, así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas prohibidas como de medidas cautelares y de control de concentraciones. Esta previsión se desarrolla en el artículo 42 del Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), que determina que, de conformidad con el artículo 35.2 c) de la LDC, será la Dirección de Investigación (ahora Dirección de Competencia) la encargada de llevar a cabo las actuaciones necesarias para realizar dicha vigilancia.

En cambio el procedimiento sancionador está regulado en el Capítulo II, bajo la rúbrica “Del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas”, Secciones 1ª, 2ª y 3ª.

La vigilancia se convierte así en un procedimiento que se inicia y desarrolla en ejercicio de la potestad de vigilancia y ejecución que ostenta la CNMC sobre las resoluciones que dicta, que se inicia de oficio una vez dictada la Resolución, y cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas (o compromisos asumidos) en la resolución correspondiente (i.e. sancionadora, de terminación convencional, de medidas cautelares o de control de concentraciones).

Su naturaleza es fundamentalmente ejecutoria, puesto que tiene por finalidad controlar que las partes sancionadas cumplen con las obligaciones impuestas de forma tasada

en una resolución previa y, en su caso, compeler al destinatario a su cumplimiento a través de los mecanismos previstos en la LDC.

La función de la CNMC, y en particular de la DC, en materia de vigilancia consiste en asegurar que tales actuaciones son adecuadas y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones y que se ejecutan en tiempo y forma. Y, en función de los casos, elevar al Consejo una propuesta sobre el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo, compromiso o resolución objeto de vigilancia.

En los expedientes de vigilancia, se restringe el concepto de interesado al responsable de llevar a cabo las obligaciones que han sido impuestas en la resolución objeto de vigilancia, correspondiendo a la Administración dictar los actos administrativos necesarios para ello, y a los tribunales el control de los mismos.

En este sentido, señala el artículo 71.4 del RDC: *“Se considerará interesado en la vigilancia al responsable del cumplimiento de la obligación dispuesta en la Ley 15/2007, de 3 de julio, o sus normas de desarrollo, resolución o Acuerdo en materia de control de concentraciones sobre la que se esté llevando a cabo la vigilancia”*.

En el caso concreto que nos ocupa, el expediente de referencia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, tal y como señala la DC, no es un expediente sancionador ni contradictorio, es un expediente de vigilancia cuyo objeto es verificar el cumplimiento de las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013, adoptadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, respectivamente, como consecuencia de la tramitación del expediente sancionador 652/07, por parte de los sujetos sancionados.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 31 de la LRJPAC la calidad o condición de interesado se obtiene por el concurso de dos elementos: a) el elemento sustantivo que exige la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, individual o colectivo. Su existencia debe producirse coetáneamente con la actuación administrativa de que se trate: debe ser actual, subsistente, perfecta y consumada, no pasada, futura o meramente hipotética (STC 93/1990) y b) el elemento formal, esto es la personación actual o potencial en el procedimiento.

En su escrito de recurso, GESDEGAS manifiesta que tiene un interés legítimo en el procedimiento de vigilancia derivado de su condición de afectada directa por las prácticas abusivas de REPSOL.

Según reiterada jurisprudencia y doctrina de la autoridad de competencia, la noción de interés legítimo del artículo 31 de la LRJPAC consiste en una relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que implica que la resolución que ponga fin al procedimiento *“produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto [...] y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no*

meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación” (STS 4 de febrero 1991, y en sentido equivalente, SSTS 17 marzo y 30 junio 1995, 12 febrero 1996, 9 junio 1997).

En el presente caso, esta Sala considera que la resolución que ha de recaer en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, no es susceptible de proporcionar por sí misma un beneficio o perjuicio a GESDEGAS.

Es un hecho incuestionable que el expediente de vigilancia VS/0652/07 tiene por objeto analizar el cumplimiento por los sujetos infractores de las obligaciones impuestas de forma tasada en las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013, adoptadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, respectivamente, sin que las controversias entre REPSOL CPP y la recurrente deban resolverse en este ámbito. No pueden por tanto, considerarse interesadas en el expediente de vigilancia, todas y cada una de las estaciones de servicio pertenecientes a cada una de las tres redes imputadas y ahora vigiladas. Del mismo modo que no podrían considerarse interesados en la vigilancia de una resolución de cártel todos y cada uno de los sujetos, consumidores incluso, afectados por dicha conducta.

La posibilidad de poner en conocimiento de la Subdirección de Vigilancia nuevos hechos denunciados, tal y como señala la DC, siempre está abierta para cualquiera de las estaciones de servicio concernidas por la resolución que se vigila, no siendo necesario para ello ostentar la condición de interesado en el expediente.

La resolución del expediente de vigilancia VS/0652/07 no es por tanto susceptible de producir a GESDEGAS un efecto (positivo o negativo), ni cierto ni inmediato, tal y como exige la jurisprudencia anteriormente referida. En todo caso, dicho beneficio o perjuicio materialmente apreciable sería predicable de las partes obligadas al cumplimiento de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y de 20 de diciembre de 2013, adoptadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, respectivamente.

A la vista de lo anterior, entiende esta Sala que no resulta posible apreciar que GESDEGAS ostente un interés legítimo a los efectos de ser considerado interesado en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto del recurso interpuesto por GESDEGAS, supone verificar si el acuerdo de la DC de 18 de marzo de 2016, por el que se deniega la condición de interesado de GESDEGAS, en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

Respecto a la posible existencia de indefensión, recordemos que estamos ante un procedimiento de vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, adoptadas por el Consejo de la CNC y por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, respectivamente como consecuencia de la tramitación del expediente sancionador 652/07, por lo que no puede ocasionarse indefensión a GESDEGAS en la medida en que no existe imputación alguna de la que defenderse, y mucho menos si de quien estamos hablando es de un tercero, no responsable de llevar a cabo las obligaciones impuestas en la resolución que se vigila. Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras, Resolución de 7 de febrero de 2014 (Expte. R/DC/0013/14 Auditorías de Gestión Integral) *“la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”*, debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional *“no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos.”*

A la vista de lo anterior, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DC pueda causar indefensión a GESDEGAS.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos en el artículo 47 de la LDC, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar al respecto que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (entre otros muchos, Autos del TC 79/2009, de 9 de marzo, y 124/2012, de 18 de junio de 2012.)

Esta Sala estima que el Acuerdo de la DC de 18 de marzo de 2016, no es un acto per se capaz de producir indefensión ni perjuicio irreparable, máximo cuando no ha quedado acreditado que la recurrente tenga un derecho o interés legítimo que pueda resultar directamente afectado por la decisión que se adopte en el expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por GESDEGAS, S.L. contra el acuerdo de la DC de 18 de marzo de 2016, por el que se le deniega la condición de interesado en el expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.