



Roj: **SAN 4829/2012** - ECLI: **ES:AN:2012:4829**

Id Cendoj: **28079230062012100564**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/11/2012**

Nº de Recurso: **157/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4829/2012,**
STS 4096/2015

SENTENCIA

Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 157/2011 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio, en nombre y representación de **REPSOL YPF, S.A.**, contra Resolución de fecha 14 de marzo de 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre las **actuaciones diversas de la CNC**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 13 de abril de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito con sus copias y con devolución del expediente, se sirva admitirlo y tenga por formalizada la *demanda en los presentes autos por parte de REPSOL contra las actuaciones constitutivas de vía de hecho seguidas por la Comisión Nacional de la Competencia* y, a la vista de las manifestaciones que anteceden, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia, anule y declare contrarias a Derecho las actuaciones impugnadas y ordene a la Comisión Nacional de la Competencia que:

1. *Emita una rectificación, que se haga pública en las mismas condiciones de difusión con que se publicó el referido Informe de 14 de marzo de 2011, y que se incluya como anexo a cualquier versión del Informe que sea objeto de publicación o cualquier otro tipo de utilización, en la que:*

- *afirme que ninguno de los contenidos del Informe puede interpretarse como la imputación, directa o indirecta, a REPSOL de comportamientos contrarios a las normas de defensa de la competencia;*

- *afirme que no está acreditado en el Informe el cumplimiento en España del fenómeno de los «cohetes y las plumas» al que se hace referencia en las páginas 14 y 15 del Informe, en relación con el impacto de las variaciones del precio del petróleo sobre el de los carburantes;*

- *afirme que los diferenciales de precios antes de impuestos y de márgenes brutos empleados en el Informe se basan en una fuente que la Comisión Europea ha considerado inadecuada para realizar juicios comparativos.*

2. *Elimine de cualquier versión del Informe de 14 de marzo de 2011 que se publique, se haga accesible al público o se emplee de algún modo por la CNC, las referencias contenidas en las páginas 15 y 22 a 24 a los*



supuestos efectos para la competencia que la CNC estima que tiene la participación en CLH de los operadores con capacidad de refino.

3. En relación con la filtración por la agencia de comunicación de la CNC de la información relativa a que «los españoles podríamos estar pagando (precio antes de impuestos) unos 1.600 millones anuales de más en carburantes con respecto a países como Alemania y Francia», emita una declaración pública en la que:

- afirme que dicho supuesto dato no forma parte del Informe; que dicho sobreprecio no existe y ni el dato está justificado;

- declare que abrirá de modo inmediato una investigación interna para esclarecer la filtración y exigir las responsabilidades correspondientes, así como que adoptará las medidas necesarias para que hechos análogos no puedan volver a producirse en el futuro."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "dicte Sentencia por la que se INADMITA el recurso y, subsidiariamente se desestime el presente recurso, con imposición de costas a la parte recurrente."

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 11 de mayo de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 2 de octubre de 2012 se señaló para votación y fallo el día 16 de octubre de 2012, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso se dirige contra determinadas actuaciones que constituyen, a juicio de la actora, vía de hecho, seguidas por la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), de una parte, en el "Informe de seguimiento del Informe de Carburantes para la Automoción de la CNC", hecho público el 14 de marzo de 2011 y, de otra, en una serie de declaraciones y manifestaciones públicas del entonces Presidente de dicho organismo, que precedieron, acompañaron y siguieron a la publicación de aquel Informe.

Tanto en aquel informe, como en estas declaraciones y manifestaciones de las que se hicieron eco los medios de comunicación, entiende la actora que se hacen graves imputaciones de conductas anticompetitivas contra los principales operadores petroleros de España y, en particular, contra REPSOL, a la que -según la recurrente- se atribuye deliberada e injustificadamente un comportamiento contrario a los intereses de los consumidores en relación con la fijación del precio de los carburantes.

2. Son antecedentes del presente recurso contra las referidas actuaciones constitutivas, según la recurrente, de vía de hecho, los siguientes:

- La hoy actora presentó, con fecha 25 de marzo de 2011, un requerimiento de cesación de vía de hecho, dirigido al Consejo de la CNC. En concreto, se requirió a la Comisión la inmediata rectificación del Informe de 14 de marzo de 2011 y la inmediata publicación de declaraciones rectificativas. Adicionalmente, se le instó el inicio de una investigación interna en relación con la filtración de una información relativa a que los españoles podríamos estar pagando -precio antes de impuestos- unos 1.600 millones anuales de más en carburantes con respecto a países como Alemania o Francia.

El requerimiento se presentó al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

- Ante la falta de respuesta, el 13 de abril de 2011, REPSOL interpuso recurso contencioso-administrativo contra aquellas actuaciones que, a juicio de la actora, eran constitutivas de vía de hecho.

- Posteriormente el recurso fue ampliado mediante escrito presentado el 25 de abril de 2011, dirigiéndose frente a nuevas declaraciones y manifestaciones públicas realizadas por el entonces Presidente de la CNC.

3. Sostiene la actora en su demanda que las actuaciones impugnadas en este procedimiento representan actuaciones de la CNC constitutivas de vía de hecho, en cuanto que se trata de "actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase" (de la Exposición de Motivos de la LJCA).



Considera la demandante, en primer término, que se trata de actuaciones materiales de la CNC, representadas por la información transmitida al público a través del referido Informe así como declaraciones y manifestaciones públicas del entonces Presidente de la CNC. En concreto, y siempre según la recurrente, esa información se caracteriza por su contenido concreto e individualizado; su divulgación de forma indiscriminada; su clara intencionalidad, dirigida a reprochar un supuesto, y en realidad inexistente, comportamiento anticompetitivo a los operadores económicos señalados en esa información; y, por último carecen de justificación y de proporcionalidad.

En segundo lugar, se alega que dichas actuaciones materiales de la CNC carecen totalmente de cobertura jurídica, pues la normativa rectora de la CNC no ampara la atribución de calificaciones o juicios peyorativos o de menosprecio a la conducta en el mercado de los operadores económicos, ni existe fundamento jurídico para la elaboración de informes de las características del mencionado de 14 de marzo de 2011, ni tampoco ninguna norma ampara -se dice también en la demanda- al Presidente de la CNC a emitir esa clase de valoraciones en las que de forma puramente gratuita se enjuician públicamente conductas de los operadores del mercado. Por último, la actuación seguida por la CNC lesiona, también según la recurrente, derechos e intereses legítimos de REPSOL.

En conclusión, según la demandante las actuaciones de la CNC impugnadas en este recurso son constitutivas de una vía de hecho y deben ser rectificadas en los términos que la propia parte señala en el " SUPLICO " de su demanda.

El Abogado del Estado en su contestación solicita la inadmisibilidad del presente recurso y, subsidiariamente, su desestimación.

Entiende el representante de la Administración que el recurso debe ser inadmitido tanto respecto del informe de seguimiento por no constituir vía de hecho, sino tratarse de un informe elaborado en ejercicio de competencias que son propias de la CNC y, a mayor abundamiento sostiene la conformidad a Derecho plena de la actuación de la Administración. Y, respecto de las declaraciones del ex Presidente de la CNC solicita la inadmisibilidad igualmente del recurso por no constituir actuación administrativa y, por tanto, no ser impugnante ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

4. La cuestión crucial debatida, pues, en este recurso no es otra que si las actuaciones impugnadas por la actora son, o no, actuaciones de la CNC constitutivas de vía de hecho.

El Preámbulo de la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa define la " **vía de hecho** ", como " *aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase* ".

Se trata, como ha señalado la mejor doctrina de " *cualquier actividad material de la Administración que afectando de hecho a cualquier "interesado", según la fórmula del artículo 30 de la LJCA , no esté cubierta por un acto administrativo previo. Esto es, una actividad material de la Administración, de cualquier orden, que no haya respetado la regla del artículo 93 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , según la cual "las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limiten derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico* ".

Esta concepción de la vía de hecho es la reiteradamente seguida también por la jurisprudencia. Así el Tribunal Supremo (STS de 22 de septiembre de 2003) señala:

" *El concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de proceduré) .*

Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se produce sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el artículo 93 de la LRJPAC... "

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene identificando la vía de hecho con aquellas actuaciones materiales huérfanas de cobertura jurídica, por no disponer de título habilitante, o los de exceso o desproporción en la actuación material, desbordando los límites que impone el acto de cobertura.



Los elementos configuradores de la vía de hecho son los siguientes:

- Ha de tratarse, en efecto, de una actuación material de la Administración Pública, por contraposición a la actuación formal, manifestada esta última a través del ejercicio de sus potestades mediante la emisión de actos administrativos o la aprobación de disposiciones de carácter general.
- Ha de tratarse de una actuación carente de cobertura jurídica y, por tanto, contraria al principio de legalidad, bien porque no tenga un título jurídico habilitante o porque excede o desborda los límites de dicho título.
- Por último, ha de tratarse de una actuación que lesione derechos o intereses legítimos de los administrados, es decir, que afecte a la esfera jurídica de derechos y libertades protegida por el ordenamiento jurídico.

Se trata de decidir aquí si concurren todos y cada uno de dichos requisitos en las actuaciones que constituyen el objeto del presente recurso jurisdiccional y, de consiguiente, si éste es o no admisible.

5. Por lo que se refiere al informe de seguimiento, el artículo 26 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, bajo la rúbrica "Otras funciones de la Comisión Nacional de la Competencia" dispone:

" 1. La Comisión Nacional de la Competencia promoverá la existencia de una competencia efectiva en los mercados, en particular, mediante las siguientes actuaciones:

- a) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia,
- b) realizar informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa,
- c) realizar informes, en su caso con carácter periódico, sobre la actuación del sector público y, en concreto, sobre las situaciones de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que resulten de la aplicación de las normas legales,
- d) realizar informes generales o puntuales sobre el impacto de las ayudas públicas sobre la competencia efectiva en los mercados,
- e) dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o la restablecimiento de la competencia en los mercados,
- f) proponer al Ministro de Economía y Hacienda, para su elevación, en su caso, al Consejo de Ministros, las directrices de política de defensa de la competencia en el marco de la política económica de aquél y, en particular, las propuestas de elaboración y reforma normativa correspondientes.

2. La Comisión Nacional de la Competencia velará por la aplicación coherente de la normativa de competencia en el ámbito nacional, en particular mediante la coordinación de las actuaciones de los reguladores sectoriales y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y la cooperación con los órganos jurisdiccionales competentes.

3. La Comisión Nacional de la Competencia será el órgano de apoyo del Ministerio de Economía y Hacienda en la representación de España en el ámbito internacional en materia de competencia. "

El hilo conductor del precepto no es otro que la función de la promoción de la competencia, principio general de carácter institucional que refuerza en la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 2007 la posición central de la CNC como defensora de la competencia, a la que el Reglamento dedica sus artículos 9 y 10, dentro de la cual incluye también los informes del artículo 25 de la LDC .

En la vigente LDC, dentro de la Sección Tercera (" Transparencia y responsabilidad social de la Comisión Nacional de la Competencia ") regula en el artículo 27 la publicidad de las actuaciones de la CNC en los siguientes términos:

" 1. La Comisión Nacional de la Competencia hará públicas todas las resoluciones y acuerdos que se dicten en aplicación de la Ley y, en particular:

a) ...

3. La Comisión Nacional de la Competencia hará públicos los informes que elabore en aplicación de esta Ley. En particular:

- a) Los informes elaborados en el procedimiento de control de concentraciones ...
- b) Los informes anuales sobre ayudas públicas
- c) Los informes elaborados sobre proyectos normativos o actuaciones del sector públicos.



d) *La Comisión Nacional de la Competencia hará públicos los informes elaborados sobre la estructura competitiva en mercados o sectores productivos.*

4. *Las resoluciones, acuerdos e informes serán públicos por medios informáticos o telemáticos una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3º de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores.* "

Por primera vez la LDC de 2007 regula de forma completa y sistemática la publicidad de las actuaciones de la CNC, a diferencia de la Ley de 1989 que tan sólo regulaba la publicidad de las resoluciones sancionadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia.

La LDC distingue así varios contenidos específicos de esa función que potencia el estatuto de autoridad independiente que debe tener la CNC, distinguiendo varios contenidos específicos de esa función -que en la versión de la Ley anterior no estaban diferenciados- incluyendo estudios, informes generales sobre sectores, informes sobre el sector público, ayudas públicas, eliminación de restricciones, entre otras, en virtud de ese cometido esencial de promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados, que se sitúa como el fundamento último de las actuaciones contempladas.

En este contexto normativo el cuestionado Informe sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción, elaborado por la CNC no puede considerarse como una vía de hecho, sino un informe elaborado en ejercicio de competencias propias de la CNC, siendo la publicación del informe en cuestión también de publicación obligatoria por imperativo de la propia Ley LDC (artículo 27.3 d) LCD).

A mayor abundamiento, el examen detenido del informe en cuestión revela que las referencias que se contienen a Repsol son, como pone de relieve el Abogado del Estado, referencias relativas a datos públicos de la entidad, sin que encontremos calificativo alguno de su comportamiento, y sin que en ningún caso las menciones nominativas pasen de ser afirmaciones técnicas sobre el sector, con las que naturalmente podrá estarse o no de acuerdo pero no pasan de ser manifestaciones en el ejercicio de las funciones de la CNC sobre la base de criterios técnicos.

6. Y tampoco la actuación mediática constituida por las declaraciones del ex Presidente de la CNC ante diversos medios de comunicación pueden ser incardinadas en la pretendida vía de hecho.

La vía de hecho implica necesariamente que estemos en el ámbito del ejercicio de las facultades y potestades administrativas, de cuyo ámbito quedan fuera la emisión de declaraciones como en este caso del ex Presidente ante los medios de comunicación. Dichas declaraciones, acertadas o no, se enmarcan en el ámbito del derecho a la información que tienen los consumidores, usuarios y administrados en general y del derecho a conocer el estado de la competencia en España en el sector de los carburantes, sector de notable incidencia en la actividad cotidiana de los ciudadanos, y de enorme trascendencia en la actividad económica general. Pero dicha actuación mediática, cuyo acierto y oportunidad no corresponde enjuiciar aquí, en modo alguno supone el ejercicio, ni regular ni irregular, de facultad o potestad administrativa alguna y, por tanto, no siendo actuación administrativa, no es impugnabile ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Es la conclusión a la que llegamos siguiendo incluso la propia jurisprudencia aportada por la actora. La STS de 22 de septiembre de 2003 declara que el concepto de vía de hecho alcanza a la actuación material de las Administraciones Públicas " *que se produce sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo* ", o aquellas otras sentencias que también se citan en la demanda y que califican como vía de hecho " *aquellas actuaciones materiales que carecen de cobertura jurídica por no disponer de título habilitante o los excesos o desproporción en la actuación material, desbordando los límites que impone el acto de cobertura* " (SSTS de 22 de octubre de 2010).

En definitiva, no cualquier actuación material que se impute a la Administración o a sus funcionarios o representantes es constitutiva de vía de hecho; ha de tratarse de actuación material que sea actuación administrativa, esto es, llevada a cabo o realizada en ejercicio de sus funciones o potestades que le son propias, concepto en el que no tienen cabida las declaraciones ante los medios de comunicación por parte del entonces Presidente de la CNC y que, por cierto, tenían su base en el informe de seguimiento precedentemente analizado.

La actora achaca a dichas declaraciones la atribución de calificativos o juicios peyorativos o de menosprecio a la conducta en el mercado de operadores económicos; afirmando que " *mediante estas declaraciones públicas a los medios de comunicación la CNC imputó reiteradamente al conjunto de los operadores mayoristas del sector de carburantes -entre ellos a Repsol- la determinación irregular de los precios de carburantes* ".



Examinadas detenidamente las declaraciones en cuestión, deviene capital distinguir, en primer lugar, los juicios emitidos por la prensa a partir de las declaraciones de dicho ex Presidente de lo que son las declaraciones propias de aquél, no siendo de ninguna manera imputables al Presidente los comentarios y juicios de valor realizados por los periodistas a partir de las declaraciones del Presidente. En segundo término, observamos que en las declaraciones a los medios de comunicación propiamente dichas no se dirige ni un solo calificativo a la hoy actora quien, en cualquier caso disponía de otras vías para reparar ese " *alegado daño reputacional* " que se dice infligido, intrínsecamente ligado al derecho al honor invocado, incluido el derecho de rectificación, de las que, en su caso, hacer uso mediante el ejercicio de las pertinentes acciones ante quién y cómo corresponda, pero no desde luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa a través de este singular procedimiento.

Por lo demás, todas las denuncias que la actora desgrana en las entrevistas a los medios de comunicación vienen respaldadas por los datos objetivos que se consignan en el propio Informe y que, en buena medida, traen causa del anterior Informe sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción de 2009, que también la actora considera a la sazón incurso en vía de hecho y que hacía hincapié en la situación de monopolio de la distribución por oleoducto del carburante y de oligopolio en el refinado y titularidad de estaciones de servicio, algo que, como bien dice el Abogado del Estado, tampoco parece ni irrazonable ni desproporcionado.

Y lo mismo ocurre con el también traído a colación en la demanda fenómeno de los cohetes y las plumas, según el cual las subidas del precio del crudo se transmiten al precio final con la velocidad de un cohete, y sin embargo, las bajadas se transmiten a los consumidores con la velocidad de la pluma. Sobre ello habla el informe de la siguiente manera: " *La evidencia empírica sobre el fenómeno de los cohetes y las plumas en España no es decisiva. En su estudio el Banco de España no encontró evidencia significativa de que estuviera produciéndose en España, si bien otros estudios destacados en el Informe sobre carburantes de la CNC sostenían la existencia de estas asimetrías* ". Se trata, en definitiva, de una posible asimetría en el mercado español puesta de manifiesto por diversos estudios técnicos y, por tanto, nos hallamos ante una cuestión sometida al debate de los expertos y en todo caso discutible y susceptible de crítica pero desde luego tampoco se observa una extralimitación como la que denuncia la parte actora, ni pueden ser constitutivas tales declaraciones, ni aisladamente consideradas ni en su conjunto, de la pretendida vía de hecho.

7. De lo anterior deriva la inadmisibilidad del recurso por no ser constitutivas las actuaciones impugnadas de " *vía de hecho* " y, no haber, en consecuencia, actividad administrativa impugnada (art. 69 d) LDC).

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

Declarar **INADMISIBLE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **REPSOL YPF, S.A.** contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de marzo de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen, por no ser constitutivas las actuaciones impugnadas de " *vía de hecho* " .

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.