

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: TERCERA
SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 20/09/2011

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 2739/2010

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 13/09/2011

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

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier

Escrito por: PJM

Nota:

DENEGACIÓN DE SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE ACTO RECURRIDO. Expte. sancionador CNC 652/08 (652/07 DI) Repsol/Cepsa/BP: infracción art. 1 Ley 16/89 y art. 81.1 Tratado CE.

RECURSO CASACION Num.: 2739/2010

Votación: 13/09/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Espín Templado

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de dos mil once.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2.739/2.010, interpuesto por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., representada por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, contra el auto dictado por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 26 de marzo de 2.010 en la pieza de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 659/2.009, por el que se desestima el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 22 de diciembre de 2.009,

que acordaba la suspensión parcial de la ejecución de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2.009.

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador D. David García Riquelme.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la pieza separada de medidas cautelares del proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó auto de fecha 22 de diciembre de 2.009 acordando la suspensión parcial, a solicitud formulada por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. al interponer el recurso contencioso-administrativo, de la ejecución de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 22 de diciembre de 2.009 (expte. sancionador 652/08; 2804/07 de la Dirección de Investigación) cuya parte resolutoria dice:

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

SEGUNDO.- 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.

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

CUARTO.- Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPESA y BP en la que se establezca que las comisiones/márgenes a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato es contraria al artículo 1 de la LDC y 81

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

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

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

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

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

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

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

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

Las medidas cautelares solicitadas eran las siguientes:

- "1) La suspensión cautelar de ejecutividad de apartado tercero de la Resolución en la medida en que se pretenda imponer a RCPP una obligación de cualquier naturaleza conforme a la intimación contenida en el apartado quinto de la Resolución;
- 2) La suspensión cautelar de la ejecutividad de apartado cuarto de la Resolución en la medida en que se pretenda imponer a RCPP una obligación de cualquier naturaleza conforme a la intimación contenida en el apartado quinto de la Resolución;
- 3) La suspensión cautelar de la ejecutividad del apartado quinto de la Resolución y, en particular:
 - a. La suspensión cautelar del apartado quinto (i) de la Resolución en la medida que se pretenda obligar a RCPP a no incorporar el precio máximo o recomendado en las terminales de pago propiedad de RCPP;
 - b. La suspensión cautelar del apartado quinto (ii) y (iii) de la Resolución en la medida en que se pretenda obligar a RCPP a que adopte sistemas en los terminales de punto de venta y/o facturación que permitan a las estaciones de servicio que operan bajo el régimen de comisión por cuenta ajena la rectificación de las facturas emitidas por RCPP;
 - c. La suspensión cautelar del apartado quinto (iv) de la Resolución en la medida en que se pretenda obligar a RCPP el suministrar a las estaciones de servicio de su red la información sobre el descuento total acordado con los clientes de la red cuando utilizan la tarjeta de fidelización.
- 4) La ejecutividad de la multa de 5.000.000 euros impuesta por la Resolución o subsidiariamente, en el hipotético supuesto de que la Sala considerara precisa la ejecución de la sanción se solicita la suspensión de la misma ofreciendo mi representada presentar caución suficiente al efecto en el plazo que establezca la Sala."

Y la parte dispositiva del mencionado auto es del siguiente tenor:

"HABER LUGAR a la suspensión de la ejecución del acto recurrido, solicitada por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. REPSOL, de la ejecución del acuerdo del Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2009, en cuanto al inmediato ingreso de la multa impuesta a la actora, suspensión que queda condicionada a que, en el plazo de TREINTA DIAS a contar desde la notificación de esta resolución, se preste CAUCION, mediante aval bancario o cualquier otra admitida en derecho, por importe de **5.000.000 EUROS** (cinco millones de euros), o se acredite fehacientemente la prestación de caución en vía económico-administrativa, y la extensión de sus efectos a la vía contencioso-administrativa. **DENEGANDOSE** la suspensión en los restantes pronunciamientos, si bien la publicación habrá de hacer constar que la Resolución no es firme y que frente a la misma se ha interpuesto recurso contencioso administrativo."

Contra dicho auto la representación procesal de la demandante interpuso recurso de súplica que, previos los trámites procesales, fue resuelto por auto de fecha 26 de marzo de 2.010, desestimatorio del recurso.

SEGUNDO.- Notificado el auto denegatorio del recurso de súplica a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 26 de abril de 2.010, al tiempo que ordenó remitir la pieza separada al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. ha comparecido en forma en fecha 9 de junio de 2.000, mediante escrito interponiendo recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto de los artículos 33.1 y 67.1 de la misma norma y del artículo 24 de la Constitución;
- 2º, que se basa en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 130 de la misma y del artículo 24 de la Constitución;
- 3º, basado en el mismo apartado que el anterior, por infracción del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción y del artículo 24 de la Constitución, y
- 4º, igualmente amparado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 130 de la misma.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case el auto recurrido y, en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción y conforme al 129 de la misma, se acuerde:

- a. la suspensión cautelar de ejecutividad de apartado tercero de la Resolución en la medida en que se pretenda imponer a RCPP una obligación de cualquier naturaleza conforme a la intimación contenida en el apartado quinto de la Resolución;
- b. la suspensión cautelar de la ejecutividad de apartado cuarto de la Resolución en la medida en que se pretenda imponer a RCPP una obligación de cualquier naturaleza conforme a la intimación contenida en el apartado quinto de la Resolución;

c. la suspensión cautelar de la ejecutividad del apartado quinto de la Resolución y, en particular:

- i. la suspensión cautelar del apartado quinto (i) de la Resolución en la medida que se pretenda obligar a RCPP a no incorporar el precio máximo o recomendado en las terminales de pago propiedad de RCPP;
- ii. la suspensión cautelar del apartado quinto (ii) y (iii) de la Resolución en la medida en que se pretenda obligar a RCPP a que adopte sistemas en los terminales de punto de venta y/o facturación que permitan a las estaciones de servicio que operan bajo el régimen de comisión por cuenta ajena la rectificación de las facturas emitidas por RCPP;
- iii. la suspensión cautelar del apartado quinto (iv) de la Resolución en la medida en que se pretenda obligar a RCPP el suministrar a las estaciones de servicio de su red la información sobre el descuento total acordado con los clientes de la red cuando utilizan la tarjeta de fidelización.

El recurso de casación ha sido admitido en cuanto a los motivos fundados en el apartado d) del artículo 81.1 de la Ley de la Jurisdicción por auto de fecha 25 de noviembre de 2.010, que inadmite el primero de los motivos formulados.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte la resolución que proceda desestimando el recurso y confirmando el auto recurrido, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte recurrente conforme a lo previsto en el artículo 102.3 de la Ley jurisdiccional.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, cuya representación procesal suplica en su escrito que se desestime el recurso planteado, confirmando en su integridad el auto impugnado.

QUINTO.- Por providencia de fecha 30 de mayo de 2.011 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 13 de septiembre de 2.011, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **EDUARDO ESPÍN TEMPLADO**,
Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La entidad mercantil Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., impugna en casación los Autos de 22 de diciembre de 2.009 y 26 de marzo de 2.010, por los que se denegó la medida de suspensión de determinados pronunciamientos sobre conducta anticompetitiva incluidos en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2.009. En concreto, se rechazó dicha medida cautelar en relación con la declaración de que la recurrente había incurrido en actos contrarios al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (puntos 3 y 4 de la resolución sancionadora) y con la intimación a la cesación de tales conductas (punto 5 de la referida resolución); la Sala de instancia acordó, en cambio, la suspensión de la ejecutividad de la multa impuesta en la referida resolución (punto 6 de dicha resolución).

El Auto de 22 de diciembre de 2.009 justifica la denegación de la suspensión en los siguientes términos:

"SEGUNDO.- La Resolución impugnada declara a la entidad actora incurso en una práctica anticompetitiva descrita en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y en consecuencia, en primer lugar intima a la cesación de la misma. Pues bien, estos dos pronunciamientos, la declaración y la intimación, no pueden ser objeto de suspensión en su ejecución, el primero, porque siendo una declaración en nada incide en sí misma en la realidad jurídica preexistente. La intimación, porque estando afectado el interés público manifestado en el mantenimiento de un mercado competitivo y teniendo la presunción de legalidad a su favor la Resolución impugnada, tal interés público ha de prevalecer mediante la cesación de la conducta; y ello, sin perjuicio de que, de prosperar las pretensiones actoras, los posibles perjuicios causados por la cesación de la conducta, serían en todo caso indemnizables.

Coherentemente con tal doctrina la recurrente solicita la suspensión de la inmediata ejecución en relación con la multa impuesta y la orden de publicación.

En cuanto a la multa impuesta, la cuantía de la misma asciende a 5.000.000 euros, suma lo suficientemente elevada como para apreciar perjuicios que justifique la suspensión en este punto, además la entidad recurrente razona de manera individualizada el perjuicio que le causaría el inmediato abono, esencialmente desde la perspectiva de su cuantía.

En cuanto a la publicidad de la Resolución sancionadora, no se aprecia que concurren circunstancias racionales de las que deducir que los efectos de la publicidad no

puedan quedar eliminados por análoga publicidad dada a la resolución que recaiga en el presente recurso, de ser estimadas las pretensiones actoras, pues no constan circunstancias excepcionales que justificasen tal aseveración. De otra parte existe un claro interés público en el general conocimiento de que la práctica ha sido declarada contraria a la competencia, pues tal información contribuye a que la práctica desaparezca.

TERCERO.- Por último, y respecto a la apariencia de buen derecho, esta Sala reiteradamente ha declarado, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que tal criterio es solo aplicable cuando el acto impugnado se base en una disposición declarada nula o sea idéntico a otros reiteradamente resueltos, pues en otro caso supondría hacer una valoración sobre el fondo discutida sin previa audiencia de las partes, lo que causaría indefensión." (razonamientos jurídicos segundo y tercero)

Por su parte, el Auto de 26 de marzo de 2.010, desestimatorio del recurso de súplica, afirma:

"ÚNICO.- Se alega falta de motivación de nuestro auto de fecha 22 de diciembre de 2009, en cuanto se afirma por la recurrente que el mismo no individualiza el caso concreto y especialmente en relación a los pronunciamientos que no se suspenden.

Debemos recordar que la intimación para cesar en la conducta declarada prohibida, encierra un evidente interés público en que ello se produzca y más si atendemos a que la intimación viene referida a la cesación de toda práctica que contribuya a la fijación indirecta de precios de los combustibles.

Pues bien, todas las imposiciones a las que se refiere la actora en su escrito de súplica vienen determinadas por medidas que garanticen la cesación de la conducta prohibida:

1.- En el apartado tercero y cuarto se especifica que unas concretas cláusulas contractuales son contrarias al artículo 1 LDC y 81 TCE,

2.- En el apartado quinto se intima a las sancionadas a que tomen las medidas necesarias para la cesación de las prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio de los combustibles, y, en particular, se especifican cuatro medidas.

Estos pronunciamientos son parte de la intimación en la cesación de la conducta y por ello se encuentran amparados por el interés público en que la cesación se produzca. No compartimos las apreciaciones de la actora en cuanto que tales pronunciamientos son palmariamente contrarios a Derecho. Esta es una cuestión que no aparece manifiesta y que sólo un análisis del fondo puede determinarlo. Por ello, la presunción de legalidad de los actos administrativos, impone que, ponderando el interés público concurrente, la Sala haya de mantener la ejecutividad de esos pronunciamientos en cuanto tienen por finalidad conseguir la cesación de la conducta declarada práctica prohibida.

Por otra parte, las medidas que se señalan en el apartado quinto vienen encaminadas a determinar el precio de venta final y que figure correctamente en los tickets, a conocer y justificar los descuentos aplicados y su cuantía. Nada de ello vulnera, prima facie, normas fiscales, ni suponen revelación de datos confidenciales de terceros, sino que son medidas destinadas a asegurar que se evita la fijación directa o indirecta de precios.

Los argumentos esgrimidos en el escrito de solicitud de la suspensión hacen referencia a cuestiones de fondo de las medidas que no pueden enjuiciarse en una medida cautelar de suspensión, y los perjuicios irreparables alegados, posibilidad de vulneración de precios máximos, posible vulneración de normas fiscales y conocimiento de datos confidenciales por la competencia. o bien se resuelven en un incumplimiento de contrato -el primero y el tercero-, o bien, existen medios de aplicar la medida señalada por la CNC sin necesidad de vulneración de normas fiscales.

En cuanto a los pronunciamientos tercero y cuarto, se alega como fundamental perjuicio que se coloca a las sancionadas en una posición competitiva de desventaja. Ahora bien, este pronunciamiento en cuanto define una conducta prohibida es aplicable a cualquier competidor, por lo que tal desventaja no se produce.

Por último, en cuanto la Jurisprudencia Comunitaria, nuevamente hemos de afirmar que se refiere a la cuestión de fondo que sólo puede ser analizada en sentencia y tras la audiencia contradictoria de todas las partes.

Lo esencial por ello, es que se aprecia la existencia de un interés público en la ejecución de las medidas acordadas, al existir un interés público prevalente y que, de ser estimadas las pretensiones actoras, se reestablecería el orden jurídico anterior mediante la correspondiente indemnización de daños.

Con independencia de lo que resulte en el pronunciamiento de fondo, en el momento actual del procedimiento, debemos apreciar un interés público que ampara las medidas establecidas para asegurar que la intimación de cesación de la conducta se cumple." (razonamiento jurídico único)

El recurso de casación se articula mediante cuatro motivos. El primero de ellos, acogido al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, fue inadmitido por Auto de esta Sala de 25 de noviembre de 2.010. Los tres restantes motivos se amparan en el apartado 1.d) del referido artículo 88 de la Ley procesal. El segundo y tercer motivo se fundan en la supuesta infracción del artículo 130 de la Ley jurisdiccional y del artículo 24 de la Constitución, por no haber efectuado una adecuada ponderación de los intereses en conflicto (segundo motivo) y por no examinar motivadamente los perjuicios causados por la ejecución de las intimaciones cuya suspensión se solicita (tercer motivo). Finalmente, el cuarto motivo se funda en la infracción del artículo 130 de la Ley jurisdiccional por la inaplicación del criterio de la apariencia de buen derecho.

SEGUNDO.- Sobre el segundo y tercer motivos, relativos a la ponderación de intereses y perjuicios.

Arguye la parte recurrente en el primer motivo que la Sala de instancia ha vulnerado el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción y el artículo 24 de la Constitución por no haber efectuado en realidad una ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes en la aplicación de las medidas cuya suspensión se solicita. Sostiene la parte que el órgano judicial se ha apoyado exclusivamente en la presunción de legalidad de los actos administrativos, en la creencia de que la misma impone que, ponderando el interés público concurrente, debe mantener la ejecutividad de los pronunciamientos impugnados. En el segundo motivo se afirma que se habrían conculcado los mismos preceptos por no examinar motivadamente los perjuicios causados por las intimaciones contenidas en la resolución impugnada y cuya suspensión se pide.

Ambos motivos deben ser rechazados. En efecto, no puede afirmarse que la mención que la Sala juzgadora hace de la presunción de legalidad de los actos administrativos cuando se refiere a la solicitud de suspensión de la medida de intimación suponga que no ha realizado una adecuada ponderación de intereses. Al contrario, la Sala se refiere expresamente como fundamento de su decisión al interés público consistente en el mantenimiento de un mercado competitivo, que cuenta además a su favor la presunción de legalidad de la resolución impugnada (fundamento jurídico segundo del Auto de 22 de diciembre de 2.009). Es verdad que la Sala no detalla dicho interés público respecto a cada intimación, como denuncia la parte recurrente, pero la referencia genérica al objetivo de la medida impugnada frente a los perjuicios aducidos por la parte es bastante para considerar cumplida la previsión legal del artículo 130.1 de la Ley jurisdiccional de efectuar una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto.

Por lo demás ha de tenerse en cuenta que no es tal ponderación de intereses la *ratio* legal para la adopción de la medida cautelar, sino que lo que la Ley prevé es que la misma sólo puede adoptarse cuando la ejecución del acto impugnado puede hacer perder su finalidad legítima al recurso. Así pues, siendo esa la razón que debe determinar la decisión, la Ley impone que para resolver sobre si se produce tal pérdida de finalidad del recurso el órgano judicial tenga en cuenta los intereses en conflicto. Pues bien, está claro que la Sala ha ponderado dichos intereses y que entiende que los hipotéticos perjuicios causados por la cesación de la conducta serían indemnizables, por lo que en ningún caso el recurso perdería su finalidad por la denegación de las medidas cautelares reclamadas.

En el mismo sentido debe entenderse suficiente la referencia efectuada por la Sala a los perjuicios alegados por la parte en el caso de ejecutarse la intimación contenida en la resolución sancionadora, sin que resulte imprescindible un examen detenido de los mismos para entender correctamente efectuada la ponderación de intereses requerida por el artículo 130.1 de la Ley jurisdiccional. De la lectura de ambos Autos se deduce sin género de dudas que la Sala ha considerado tales alegaciones y ha entendido prevalente el interés público del mantenimiento de un mercado competitivo sobre los perjuicios aducidos por la sociedad recurrente. Por lo demás la Sala sí ha incorporado razonamientos concretos, por ejemplo cuando se refiere a la

posición de desventaja competitiva en que quedaría la parte según su opinión (Auto de 26 de marzo de 2.010).

Debe señalarse también, frente a determinadas afirmaciones de la recurrente sobre la difícil reparación los susodichos perjuicios, que una hipotética reparación desde luego no podría consistir en ningún caso en una restitución del mercado a una situación anterior, sino en una indemnización económica, la cual sí puede tener en cuenta y evaluar económicamente una hipotética pérdida de cuota de mercado.

TERCERO.- Sobre el tercer motivo relativo al *fumus boni iuris*.

Aduce la sociedad recurrente que la Sala de instancia ha vulnerado la doctrina de la apariencia de buen derecho dado que existe jurisprudencia comunitaria firme sobre casos similares que han sido resueltos en sentido favorable a la posición defendida por la parte. Así, afirma Repsol que la citada jurisprudencia comunitaria (se mencionan los asuntos T-67/01 JCB y C-260/07 Pedro IV/Total) rechaza la tipificación de la infracción contenida en la resolución, en el sentido de que "ante la inexistencia de pruebas de imposición de un precio de venta fijo, no cabe oponer, como plantea la Resolución, la presunción de que un conjunto de conductas influyen en los incentivos de las estaciones de servicio para no modificar los precios máximos y recomendados. No debe ofrecer duda alguna que la conducta que identifica la Resolución no constituye un medio indirecto de fijación del precio de venta pues, si la estación de servicio puede modificar al alza o a la baja el precio recomendado o compartir su comisión con el cliente final (respetando el precio máximo establecido), no existe fijación de precio de venta". Según la recurrente dicha jurisprudencia estipularía que "la influencia sobre el precio de venta que se pueda derivar de las referencias entre el precio de adquisición o mayorista y los precios máximos o recomendados es completamente irrelevante. La cuestión crucial es que la influencia (el supuesto desincentivo) carece, como dice el Tribunal, de carácter obligatorio"; de forma que "lo relevante, como venimos reiterando, es que se compruebe si los distribuidores tienen la capacidad de modificar el precio máximo o recomendado. Si dicha capacidad existe (como se reconoce en nuestro caso), la supuesta *influencia*, de existir, es completamente irrelevante".

Tampoco puede prosperar el motivo. La jurisprudencia que aduce la parte y el caso de autos versan sin duda sobre una misma problemática relativa a la prohibición de fijación de precios contraria al derecho de la competencia nacional y comunitario. Sin embargo, acierta la Sala de instancia cuando considera que no es posible aplicar al presente supuesto el criterio de la apariencia de buen derecho, hoy día jurisprudencial y sumamente restrictivo, pues aunque nos encontremos ante casos relativos a una misma problemática, presentan la suficiente complejidad como para no poder dilucidar en sede cautelar el grado de semejanza que puedan tener. Así, las citas jurisprudenciales y las alegaciones de la parte no pueden bastar para afirmar en este momento una hipotética identidad de supuestos hasta el punto de predeterminar una segura o muy probable estimación de su recurso que avalase la aplicación del criterio de *fumus boni iuris* en sede cautelar. Se trata, por el contrario, de cuestiones complejas que se refieren al fondo del asunto y que habrán de ser examinadas detenidamente y resueltas necesariamente en sentencia.

A lo anterior, que ya de por sí bastaría para rechazar el motivo, ha de sumarse el hecho de que en el recurso entablado por otra de las sociedades sancionadas por la misma resolución de la Comisión Nacional de Competencia impugnada en el presente recurso (B.P. Oil España, S.A.U.) ha recaído ya Sentencia sobre el fondo del asunto en sentido desestimatorio (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2.010, recurso 3/2.009). Dado que las empresas sancionadas lo fueron por las mismas conductas anticompetitivas y que la referida Sentencia, aunque no sea firme, confirma la legalidad de la resolución sancionadora, tal circunstancia impide apreciar la existencia de apariencia de buen derecho en la postura defendida por la aquí recurrente.

CUARTO.- Conclusión y costas.

De lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho se deriva la desestimación de todos los motivos formulados y, con ello, del recurso de casación interpuesto por Repsol.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley jurisdiccional se imponen las costas a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. contra los autos de 22 de diciembre de 2.009 y 26d e marzo de 2.010 dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso 659/2.009. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Pedro José Yagüe Gil.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-María Isabel Perelló Doménech.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-