Roj: **STS 2544/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2544**

Id Cendoj: **28079130032015100180**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **3**
Fecha: **02/06/2015**
Nº de Recurso: **4502/2012**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4594/2012,**
STS 2544/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil quince.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número **4502/2012**, interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en representación de BP OIL ESTACIONES SAU, contra la Sentencia de fecha 5 de noviembre de 2012 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 636/09 , sobre sanción. Se ha personado como parte recurrida la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIOS (CEEES) representada por el Procurador D. David García Riquelme; ARBIT SL Y OTROS representadas por el Procurador D. Alejandro Escudero Delgado; y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 636/09, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por BP OIL ESTACIONES SAU, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2009, que la sanciona por la realización de practicas restrictivas de la competencia, en concreto la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , y el artículo 81.1 del Tratado CE , al haber fijado indirectamente de 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 las estaciones de servicio. (Expediente 625/07 REPSOL/CEPSA/BP; -número 2804/07 de la Dirección de Investigación).

En la mencionada resolución, en lo que a BP OIL ESPAÑA SA concierne, se la intima a tomar las medidas necesarias para la cesación de aquellas prácticas, y se le impone una multa de 1.100.000 ? por la infracción sancionada.

SEGUNDO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 5 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva acuerda:

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de BP OIL ESTACIONES SAU contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio de 2009 (expediente 652/07 número 2804/07) de la Dirección de Investigación que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. No se hace condena en costas. >>

Contra la referida Sentencia, la recurrente preparo recurso de casación que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, BP OIL ESTACIONES SAU compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, presento escrito de 29 de enero de 2013 de interposición del recurso de casación en el que expuso los siete motivos de casación siguientes:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 88.1.c) LJCA , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por incurrir en:

1) incongruencia omisiva, al dejar imprejuzgados algunos de los elementos esenciales del debate procesal planteado en instancia. Vulnerando los artículos 24 y 120.3 CE , 218 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero, LEC, y 33 y 67 de la LJCA; y

2) en incoherencia interna, al cometer una insuperable quiebra lógica entre lo razonado y lo decidido. Vulnerando los artículos 24 y 120.3 CE y 218.2 de la LEC .

Segundo.- Al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) LJCA , por infracción del principio de legalidad en materia sancionadora y de los artículos 1 de la LDC , 81 del TCE , 4 del Reglamento 2790/1999 y 3.2 del Reglamento 1/2003 , así como de jurisprudencia aplicable.

Tercero.- Al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) LJCA , por infracción de los artículos 4 y 6 del Reglamento 2790/1999 y del principio de legalidad administrativa.

Cuarto.- Al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) LJCA , por infracción de las normas reguladoras de la valoración de la prueba (artículos 24 CE y 348 de la LEC).

Quinto.- Al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) LJCA , por infracción del principio de presunción de inocencia establecido en los artículos 24.2 de la CE , 137 de la LRJAP y 2 del Reglamento 1/2003 .

Sexto.- Al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) LJCA , por infracción de la prohibición de indefensión en materia sancionadora establecido en los artículos 24.2 CE y 135 de la LRJAP .

Séptimo.- Subsidiariamente, al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) LJCA , por infracción del principio de proporcionalidad en materia sancionadora, establecido en el artículo 131.3 de la LRJAP y 10 de la LDC .

Terminando por suplicar dicte sentencia por la que, "en íntegra estimación del presente recurso, acuerde la casación de la citada Sentencia y declare no ser conforme a Derecho la Resolución, de 30 de julio de 2009, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expediente 652/07, número 2804/07 de la Dirección de Investigación)".

CUARTO.- Admitido el recurso de casación, la Administración del Estado presentó su escrito de oposición de fecha 16 de mayo de 2013, suplicando dicte Sentencia que desestime el recurso e imponga las costas del mismo a la parte recurrente.

La CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES) en su escrito de oposición 14 de mayo de 2013, suplica la desestimación del recurso planteado, confirmando en su integridad la Sentencia impugnada.

Por su parte en su escrito de oposición de 17 de mayo de 2013, ARBIT SL Y OTROS, suplica dicte Sentencia por la que desestime el recurso interpuesta, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

QUINTO.- Quedando las actuaciones pendientes de señalamiento, se señaló para votación y fallo el día 19 de mayo de 2015, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales, que se celebró conjuntamente con los recursos de casación números 297/2013 y 658/2013, relacionados entre sí.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación se interpone por la representación procesal de la entidad mercantil BP OIL ESTACIONES SAU contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012 , que desestimó el recurso contencioso- administrativo deducido contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, recaída en el expediente sancionador 652/07 (REPSOL/CEPSA/BP) que le impuso una multa de 1.100.000 ?, como responsable de la comisión de la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, al haber fijado

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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.

Las consideraciones jurídicas en cuya virtud la Sala de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo, son del siguiente tenor literal :

« [...] Con carácter previo a resolver las cuestiones planteadas procede describir la estructura de la red de las operadoras para delimitar el objeto del debate.

Dentro de las instalaciones que forman parte de la red de distribución de un mismo operador hay que estaciones de servicio abanderadas y gestionadas por operadores económicos independientes (estaciones de servicio CODO y DODO en régimen de comisión o reventa) y las estaciones de servicio integradas verticalmente (COCO y DOCO). Considera la CNC que son gestionadas por operadores económicos independientes cualquiera que sea la denominación del contrato cuando las cláusulas del contrato hacen que el gestor de las EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes.

En las estaciones COCO (propiedad del operador que la gestiona) y DOCO (propiedad del distribuidor que tiene cedida la gestión a la operadora) los precios de venta son fijados de modo directo por las petroleras al ser gestionadas por ellas mismas, señalando la CNC que no cabe atribuir problema al control absoluto y legítimo sobre los PVP por parte de las operadoras. Por tanto el análisis se centra en las estaciones CODO (propiedad del operador que tiene cedida la gestión al distribuidor) y DODO (propiedad del distribuidor que la gestiona) que pueden acogerse a la exención por categorías si la operadora se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público.

Establecida las diferencias entre los distintos contratos para la distribución de carburantes teniendo en cuenta la titularidad de la estación y la gestión se distinguen a su vez dentro de las estaciones CODO y DODO 3 sistemas de determinación de los precios de adquisición (no se tienen en cuenta los impuestos): régimen de comisión, régimen de reventa con descuento fijo y régimen de reventa con referencia a Platts. Se quiere precisar que cuando se habla de "régimen de comisión o agencia", no se está haciendo referencia al contrato de agencia genuino sino que se hace referencia a los contratos de agencia "no genuino" en que el agente asume riesgos y es considerado por tanto un distribuidor independiente y por tanto están sujetos a la normativa de competencia referida a la fijación de precios, que es el tema aquí examinado. Por ello la CNC precisa que las medidas que establece en su parte dispositiva deben aplicarse a todos los contratos entre los operadores sancionados y los gestores de estaciones de servicio cuyos contratos independientemente de cómo se denominen, contengan cláusulas que hacen que el gestor de las EESS asuma riesgos comerciales o financieros no insignificantes. Sentado lo anterior los sistemas de fijación del precio de adquisición en las estaciones CODO Y DODO gestionadas por un distribuidor independiente según el régimen económico aplicado son:

1. Régimen de comisión. La ES vende por cuenta del operador quien marca el precio máximo de venta al público, si bien existe la posibilidad que el comisionista aplique descuentos con cargo a su comisión. La fórmula es Precio de adquisición: PVP máximo comunicado por la operadora-comisión. El PVP máximo coincide con el precio medio de las EESS del área de influencia.

2. Régimen de reventa con descuento fijo. El minorista vende el producto por su cuenta, siendo el precio comunicado por la operadora de carácter recomendado, al que se le realiza un descuento. La fórmula es Precio de adquisición: PVP de referencia marcado por la operadora -descuento. El PVP de referencia se fija teniendo en cuenta el PVP medio de las EESS del área del entorno de influencia del revendedor y coincide con el PVP recomendado.

3. Régimen de reventa con referencia a Platts el precio de la gasolina se determina de manera individualmente para cada clase de producto en función del valor dólar/ tonelada de los mismos según sea publicado en el Platt's Oilgram al que se le añade un diferencial que va a constituir el margen comercial del operador. La formula sin impuestos es Precio de adquisición: Platt?s+Delta (diferencial).

En el Régimen de reventa con referencia a Platts el precio de adquisición del combustible no depende de la operadora que se limita a recomendar un PVP competitivo según el área de influencia en la que se encuentre ubicada la estación. Dicho PVP recomendado no sirve de referencia para el establecimiento del PV de adquisición del producto que se determina por el precio Platts que es objetivo en función del valor dólar/ tonelada en el mercado.

Ello no ocurre como señala la CNC en el régimen de comisión y reventa con descuento fijo en el que el precio de adquisición del producto entre la OP y EESS se determina por el OP ya que los dos parámetros que se tienen en cuenta : el precio máximo/referencia y la comisión/ descuento se fijan por la OP siendo el precio de adquisición

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

la diferencia entre ambos. La fórmula para establecer el precio de adquisición entre la OP y las EESS en los contratos denominados "de comisión" y los de reventa con pv de referencia en las estaciones CODO y DODO no presentan diferencias, salvo en su denominación. Cuando se habla de contratos de comisión se emplean los términos "precio máximo" y "comisión" términos que equivalen a "precio de referencia" y descuento cuando se refiere al denominado contrato de reventa con descuento fijo".

La gran mayoría de la red de distribución de cada operador se regulan a través de contratos en régimen de comisión y revendedor con pv de referencia siendo un porcentaje mínimo el régimen de revendedor Platt's. Así se recoge en el cuadro que consta en los antecedentes de hecho apartado 3 " régimen económico del gestor de las EESS y precio de adquisición en el que se ha utilizado como fuente los datos facilitados por las operadoras -diciembre 2007, folio 21 de la resolución recurrida). El porcentaje es el siguiente: 94,93% Bp, 96,26% Repsol, 99,19% Cepsa.

La CNC considera en la resolución recurrida que en estos últimos contratos CODO Y DODO en régimen de comisión o reventa existe una fijación indirecta de precio de venta al público por parte de las operadoras al desincentivar que los distribuidores independientes se alejen del precio máximo/ recomendado fijado por la operadora.

[...] En cuanto al marco jurídico viene determinado por la LDC 1989 que establece en su artículo 1 que *"se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio"* . En parecidos términos se recoge en el artículo 81 TCE (actualmente 101 TFUE).

Como señala la STS (sala de lo Civil) de 13 de junio de 2011 recurso de casación 2202/2007 referido también a un contrato de distribución entre una estación de servicio y una operadora. *"El precio de adquisición de los productos de consumo habitual, cuando existe una pluralidad de oferentes en una misma zona geográfica y por sus características existen otros productos que se perciben por el consumidor como sustitutos por ser muy parecidos o idénticos, constituye en numerosísimos casos uno de los factores más importantes, sino el que más, de los tenidos en cuenta por el consumidor para la selección del proveedor, de ahí que la primera de las conductas prohibidas en particular por el artículo 81.1 del TCE , por ser incompatible con el mercado común, dada su potencial incidencia en el comercio entre los Estados miembros, sea el acuerdo entre empresas consistente en "fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción".*

En este caso se trata por tanto de un acuerdo que opera entre empresas en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución y que se refieren a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender determinados servicios. Es decir son acuerdos verticales. Por tanto el análisis debe realizarse en el marco regulatorio configurado en la fecha de la resolución por el Reglamento (CE) No 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 (el Reglamento), y por la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices relativas a las restricciones verticales, que establecen los criterios de aplicación del reglamento. (2000/C 291/01 (Las Directrices). Actualmente ha sido sustituidas por el Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión Europea de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante nuevo reglamento) y la nuevas directrices relativas a las restricciones verticales (2010/C 130/01) publicadas Diario Oficial de la Unión Europea el 19.5.2010.

El Reglamento 2790/1999 establece en su Art. 2 que aquellos acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios ("acuerdos verticales") y que cumplan los requisitos establecidos en el Art.81.3 del TCE , serán exceptuados de las prohibiciones contenidas en el Art.81.1 del TCE . Y en su artículo 4.a) añade el reglamento que " *La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivosprocedentes de cualquiera de las partes* ".

En el artículo 47 de las Directrices se describe los elementos que deben considerarse para valorar si cierto tipo de condiciones exigidas por el productor, junto con medidas adicionales, convierten los precios máximos o recomendados en precios fijos.

"(47). *La restricción especialmente grave contemplada en la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías se refiere al mantenimiento del precio de reventa, es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que ha de ajustarse el comprador. La restricción no plantea dudas en el caso de cláusulas contractuales o de prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa. No obstante, el MPR también se puede lograr con medios indirectos. Ejemplos de esta última posibilidad son los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios. Los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar los distribuidores que rebajan los precios, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado. De modo similar, la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como la posibilidad de que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido. Los mismos medios indirectos y las medidas de "acompañamiento" pueden emplearse para lograr que los precios máximos recomendados funcionen como MPR. No obstante, el hecho de que el proveedor distribuya al comprador una lista con precios recomendados o precios máximos no se considera que en sí mismo conduzca al MPR.*

[...] El recurrente hace referencia en primer lugar a aspectos formales del procedimiento que por si solos a su juicio acarrearían la nulidad de la resolución conforme al artículo 62. 1 a) de la Ley 30/92 en cuanto declara la nulidad de pleno derecho de los actos *"que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional"* . Las irregularidades son: infracción del principio de igualdad y no discriminación, indefensión relativa a medios de prueba, Insuficiencia de la actividad probatoria de cargo, incorrecta aplicación de la prueba de presunciones, predeterminación del fallo, indefensión de los hechos imputados y el derecho a ser informado de la acusación formulada, desviación de poder, infracción del principio de tipicidad, imputabilidad de las conductas reprendidas a BP, cierre en falso de la instrucción.

Varias de las cuestiones que ahora plantea ya fueron examinadas por esta Sala en sentencia de 4 de noviembre de 2010 (recurso 3/2009) que desestimó el recurso especial de derechos fundamentales interpuesto frente a esta misma resolución, por lo que no vamos a examinarlas en esta sentencia y el resto se contestan en los fundamentos de derecho siguientes. Únicamente puntualizar que el hecho de que facilitara al recurrente en este recurso al acceso en soporte informático de los datos numéricos utilizados por la CNC para alcanzar sus conclusiones, no puede llevar a la conclusión que en vía administrativa se le causara indefensión determinante de una nulidad de pleno derecho, ya que en vía administrativa tuvo acceso a dichos datos pero no en soporte informático y lo que hizo esta Sala al acordar esa forma de acceso es facilitar al recurrente el análisis de dichos datos.

[...] Señala el recurrente que la conducta reprochada es plenamente legal ya que la fijación de precios máximos o de referencia está permitida en todos los ámbitos. Cita al efecto el artículo 4 del Reglamento 2790/1999 y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07) caso Pedro IV Servicios contra Total España SA .

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07) caso Pedro IV Servicios contra Total España SA. Establece en el punto 3 del fallo que *3) "Las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público, como las controvertidas en el litigio principal, pueden acogerse a la exención por categorías en virtud del Reglamento nº 1984/83, en su versión modificada por el Reglamento nº 1582/97, y del Reglamento nº 2790/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal.".*

Como medios indirectos o subrepticios se cita en el apartado 79 de la sentencia *"la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o* advertencias". Aplica por tanto dicha sentencia

lo establecido en el artículo 2 a) del Reglamento de restricciones verticales y el 47 de las correspondientes directrices.

La resolución de la CNC después de hacer referencia al marco jurídico y expresamente a la STJE de 4 de abril de 2009 admite que la fijación de precios máximos y de referencia es plenamente legal pero siempre que ello no vaya acompañado de mecanismos que, como en este caso de forma directa o indirecta limiten los incentivos y que conviertan el precio máximo/recomendado en precio fijo y que consisten en: i) fijación del precio de adquisición en función del precio máximo/recomendado que a su vez se ha fijado en función de los precios de venta al público de las EESS del entorno, (ii) el compromiso de aplicar comisiones/márgenes del mismo nivel que los percibidos por los competidores de la zona, (iii) la instalación en los terminales de pago con tarjetas propias del precio máximo/recomendado, (iv) la falta de información al titular de la EESS de los descuentos compartidos y aplicados en las tarjetas de fidelización y (v) el uso de las autofacturas como mecanismo que dificulta la rectificación de la base imponible a efectos de liquidación del IVA.

De hecho no admite la pretensión de las denunciantes que se declare ilegal la fijación de un precio máximo o de referencia sino declara la nulidad de cualquier cláusula contractual en la que se establezca que el precio de adquisición del combustible se referencie al precio máximo o recomendado.

[...] El recurrente señala que si la propia CNC reconoce que *"en las 3 redes de los operadores se ha comprobado la posibilidad de que el titular de la EESS realice descuentos con cargo a la comisión o descuento tanto en las inspecciones realizadas como las respuestas recibidas de algunos titulares de EESS"* la conducta no puede ser sancionada ya que se deja un margen de libertad al revendedor para determinar efectivamente el precio de venta.

La CNC reconoce que es un hecho que las EESS pueden alejarse del precio máximo/recomendado ya que tienen la facultad prevista en el contrato de aplicar descuentos con cargo a su comisión/margen. Pero hay que tener en cuenta que lo que se sanciona es la existencia de conductas que estando bajo el control de las OP tienen el efecto de desincentivar el que las EESS fije un precio final inferior al fijado como máximo/ recomendado por el operador y que determina que esa facultad prevista contractualmente no se ejercite. Por ello es necesario examinar el resto de las cláusulas del contrato y la operativa en la ejecución del contrato al objeto de examinar si esa posibilidad es efectivamente real.

Así lo establecen las Directrices sobre restricciones verticales y la jurisprudencia del TJCE al indicar que el tipo de conductas analizadas deben serlo en su contexto jurídico y económico. En este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07) caso Pedro IV Servicios contra Total España SA establece en su apartado 79 que al órgano que tiene conocimiento del litigio *"le incumbe verificar, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo"*. Por tanto el examen de ese contexto se realiza para analizar si conjunto de obligaciones contractuales suponen en realidad un precio de venta fijo.

Así la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2009 (recurso de casación 1182/2004) consideró que un determinado contrato entre REPSOL y una estación de servicio en el que se establecía la posibilidad reconocida al distribuidor de hacer descuentos con cargo a su comisión no queda amparado por la exención al contener una fijación por el proveedor del precio de venta al publico. Después de indicar que efectivamente en el correspondiente apartado del contrato se recoge esa facultad señala que *"este apartado no debe considerarse aisladamente o al margen de otros apartados de la misma cláusula que en gran medida permiten cuestionar que la posibilidad de descuento con cargo a la comisión del hoy recurrente fuera real"* .

En este caso la CNC después de admitir la posibilidad de que el titular de la EESS realice descuentos con cargo a la comisión/margen analiza otras cláusulas del contrato y la existencia de otras medidas adoptadas por la operadora y llega a la conclusión de que esa posibilidad no es efectivamente real.

a) En relación a las cláusulas de los contratos hace referencia la CNC a la formación del precio de adquisición (o precio de venta) del carburante al titular de las EESS, es decir el precio que el OP recibe del titular o lo que es lo mismo la cantidad que hay que pagar independientemente de si hay o no descuento con cargo a la comisión. Ese precio de adquisición se determina en base a dos parámetros controlados por el OP: el precio de referencia y la comisión/ descuento siendo el precio de adquisición la diferencia entre ambos. El precio de referencia coincide con el precio máximo/recomendado se fija teniendo en cuenta el precio de venta al publico de las EESS y cada OP lo fija bien como "el promedio moda de los precios de venta al público de las EESS de su entorno competitivo" (son los gestores de las EESS quienes comunican los precios de las otras EESS de la misma área de influencia) o "márgenes o comisiones brutos que vengan obteniendo otros suministradores de los mismos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

productos y en la misma área geográfica o comercial". Señala la CNC que el precio máximo recomendado de cada ES se vincula a los precios máximos de las EESS del entorno por lo que si el OP se compromete contractualmente a fijar unos precios máximos/ recomendados que el titular percibe como competitivos al ser similares a los del entorno, crea un claro desincentivo para apartarse del precio máximo/ recomendado mediante la aplicación de descuentos con cargo a su comisión/ margen. Reconoce la CNC que en principio puede fijarse ese precio en función de los precios de los competidores pero hay que tener en cuenta el efecto paralelo derivado de estar presente este sistema en las tres principales redes de distribución y que facilita el alineamiento de precios mayoritarios en cada una de las zonas de influencia. Así señala que según el párrafo 47 de las Directrices se puede valorar como medio indirecto cuando "se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores" y es lo que sucede a juicio del Consejo en este caso.

b) En relación a las medidas que desincentivan la aplicación de descuentos hace referencia la CNC al sistema de comunicación de los precios recomendados o máximos, el uso de las autofacturas como mecanismo que dificulta la rectificación de la base imponible a efectos de liquidación del IVA. Hay que hacer las siguientes precisiones a la vista de las alegaciones del recurrente.

1) Ciertamente no han existido mecanismos o actuaciones de represalias a las EESS por parte de las operadoras para que se separen del precio máximo. De hecho tampoco la CNC considera acreditado que en este caso se han producido ya que los hechos que considera que incentivan que se fije por el distribuidor como precio de venta al público el precio de referencia son los que se han citado en los razonamientos precedentes.

2) En cuanto al sistema de comunicación de los precios recomendados o máximos utilizado por BP difiere del de REPSOL o CEPSA ya que el grado de automatización en BP es nulo. BP OIL comunica a las EESS (mediante fax, sms, y web www. Rosiplus.es) los PVP máximos/ recomendados para cada momento y son las EESS quienes han de introducirlos manualmente en los terminales correspondientes. En ese caso los distribuidores pueden introducir y cambiar el PVP máximo/recomendado manualmente, dada la inexistencia de conexión alguna entre la operadora y el sistema de gestión de la estación o el datáfono de ventas con tarjetas de la misma. Ciertamente no se puede considerar como un hecho que desincentive la aplicación del descuento el sistema de comunicación de precios. Ahora bien ello no supone que se considere no acreditado la comisión de la conducta infractora ya que las cláusulas del contrato y resto de medidas analizadas por la CNC constituyen aplicadas conjuntamente incentivos que llevan al distribuidor a fijar como precio de venta al público el precio de referencia.

3) En cuanto al sistema de facturación. El Consejo recoge en la resolución el sistema de facturación. Consiste en que los operadores emiten una autofactura en la que se reflejan dos operaciones sujetas a IVA: el importe del combustible suministrado por el operador a la ES y el importe de servicio prestado por la ES al operador. Dichos importes se calculan empleando el precio máximo recomendado por el operado, de modo que el importe del combustible suministrado por el operador se le resta la comisión pactada con la ES. El importe así calculado constituye la base imponible, a la que se aplica el IVA correspondiente. Paralelamente el operador envía un cargo a la entidad bancaria con la que opera la ES por el importe final de la factura.

Tal como señala el recurrente el sistema de autofactura es válido y legal ya que el artículo 164 apartado dos de la LIVA , así como el artículo 5 del Reglamento de facturación permiten que sea el Operador quien emita la factura tanto por el combustible entregado como por el servicio prestado por las EESS al operador si se cumplen ciertos requisitos que en este caso no se cuestionan que concurran como es el consentimiento por escrito del acuerdo de autofacturación. Ahora bien en el caso de que el distribuidor independiente quiera aplicar un descuento y por tanto fije un precio de venta al público inferior al precio máximo o recomendado que es el que figura en la autofactura emitida por el operador deberá realizar una serie de trámites burocráticos que desincentivan aplicar ese descuento habrá de solicitar 1) la modificación de la base imponible por la diferencia y 2) la emisión del documento rectificativo correspondiente, procediendo el operador a emitir una nueva autofactura ajustada al precio realmente aplicado y 3) ordenar a la entidad bancaria que haga un abono por la diferencia a la operadora.

Existen pronunciamientos recientes no citados en la demanda de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (STS de 3 de abril de 2012 (recurso 62/2009) que al examinar cláusulas de fijación de precios de contratos de explotación de estaciones de servicio ha establecido que *el argumento relativo al IVA se considera insuficiente al no constar que falten remedios correctores permitidos por la autoridad tributaria mediante las oportunas rectificaciones(SSTS 28 de septiembre de 2011 (recurso 600/08) de 13 de junio de 2011 (recurso 2202/07 , 5 de mayo de 2011 (recurso 1043/07), 28 de febrero de 2011 (recurso 1420/07) y 8 de febrero de 2011 (recurso 1016/07).* Precisamente por ello este argumento sigue siendo válido ya que como señalan la codemanda si BP OIL reconoce que las facturas se realizan por la diferencia entre el precio de venta máximo/ recomendado y la comisión/ margen que figura en el contrato y que los descuentos que se realicen en el momento de la venta no están incluidos en la base imponible del IVA debiendo dar lugar a la factura rectificativa cualquier modificación

de la base imponible. Si manifiesta que los titulares de las estaciones de servicio pueden efectivamente realizar descuentos podía haber aportado tal como señala la codemandada CEES copia de esas facturas rectificativas para acreditar sus afirmaciones, lo que no ha realizado y constituye por tanto un indicio de que las distribuidores independientes no modifican el PVP fijado por la petrolera.

[...] Hace referencia BP a que la resolución analiza conjuntamente el comportamiento de las 3 operadoras pese a que en la instrucción y posteriormente por el mismo Consejo de la CNC se ha constatado que existen diferencias muy significativas (sistemas de comunicación de los precios, la posición de mercado de las operadoras, el grado de seguimiento de BP en relación con los otros operadores sancionados, diferente estructura de la red de distribución).

Efectivamente el sistema de comunicación de precios como hemos razonado en el apartado anterior es diferente, por tanto en relación a BP no se puede considerar como un hecho que desincentive la aplicación del descuento el sistema de comunicación de precios. Ahora bien ello no supone que se considere no acreditado la comisión de la conducta infractora ya que las cláusulas del contrato y resto de medidas analizadas por la CNC aplicadas conjuntamente constituyen incentivos que llevan al distribuidor a fijar como precio de venta al público el precio de referencia.

En cuanto a la posición del mercado de las operadoras difiere significativamente el de Repsol (cuota del 41%) y Cepsa frente al 7-8% de BP. Ahora bien la resolución recurrida precisa que la imputación se centró en los tres OP no porque fuesen los que presentaban las mayores cuotas de mercado sino el mayor seguimiento de sus EESS respecto de los precios máximos recomendados por sus respectivos OP.

En cuanto a la estructura de la red de distribución señala el recurrente que mientras la mayoría de las estaciones operan en régimen de comisionista en el caso de BP la mayoría son revendedores con pv recomendado. Esa diferencia no es relevante ya que como señala la CNC la fórmula para establecer el precio de adquisición entre la OP y las EESS en los contratos denominados "de comisión" y los de reventa con pv de referencia en las estaciones CODO y DODO no presentan diferencias, salvo en su denominación. Cuando se habla de contratos de comisión se emplean los términos "precio máximo" y "comisión" términos que equivalen a "precio recomendado" y descuento cuando se refiere al denominado contrato de reventa con descuento fijo".

En cuanto al seguimiento de precios señala que según la CNC el seguimiento de los precios de CEPSA es de 95%, mientras que para BP 75%. Efectivamente existe un porcentaje menor de seguimiento en las de BP que llega al 75%, pero ello no significa que no deba ser sancionada por el hecho que sea menor que el de las otras dos operadoras ya que es un porcentaje muy significativo. Por otra parte hay que tener en cuenta que el caso de BP a diciembre de 2007 según datos facilitados por la operadora presentaba la siguiente composición (cuadro del folio 14 de la resolución recurrida, apartado 2 "tipología de las relaciones contractuales entre operadores y estaciones de servicio) estaciones COCO/ DOCO 74. CODO 172 y DODO 386, lo que supone que el porcentaje de las estaciones COCO/DOCO es del 11% frente al 89% de las estaciones CODO/DODO. El porcentaje de las estaciones CODO/DODO es mayor que el de Cepsa (65%) y Repsol (74%), por lo tanto la practica que se considera restrictiva referida a la fijación indirecta de precios de venta al publico que como hemos dicho solo afecta a las estaciones CODO/DODO se ha extendido a un porcentaje mayor de estaciones abanderadas por BP. Por lo que si bien el grado de seguimiento ha sido del 75% en el caso de BP frente al 95% de CEPSA en términos proporcionales de estaciones afectadas de cada operadora se reduce esa diferencia al ser proporcionalmente mayor el número de estaciones COCO/DOCO de BP que Cepsa y Repsol. Se precisa que no nos estamos refiriendo al número de gasolineras afectadas de cada operador (que es mayor en caso de Repsol y Cepsa al tener un numero superior de EESS abanderadas) sino el porcentaje de gasolineras afectadas de las abanderadas por cada operadora.

[...] En cuanto al seguimiento por las EESS de los precios recomendados/máximos fijados por la operadora. La CNC considera acreditado que las EESS de las 3 redes imputadas que operan en régimen CODO y DODO, y por tanto el OP no puede fijarles el precio, aplican mayoritariamente como PVP el precio máximo recomendado de su OP. Los porcentajes concretos constan en el cuadro elaborado por la CNC a partir de los datos que constan en el informe propuesta de la DI (apartado 10 " *elevado seguimiento de precios máximos/recomendados por las EESS"*, (folio 44 de la resolución recurrida). Conforme a dicho cuadro Repsol mantiene un porcentaje medio de un 91% de EESS suministradas por ella en las que el precio de venta al público de la gasolina 95 (G95) es igual que el precio de venta recomendado por la operadora. Ese porcentaje es del 93% para el caso del gasóleo A (GOA). Los porcentajes de Cepsa son del 95% en ambos productos. Para el caso de BP, dichos porcentajes son del 75% y del 80% respectivamente.

La Dirección de Investigación ha utilizado los datos obrantes en la base de datos del Ministerio de Industria Turismo y Comercio compuesta por una serie de datos de comunicación obligatoria por parte de los titulares de EESS (regulada por la orden ITC/1201/2006 de 19 de abril por la que se determina la forma de

remisión de información al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre las actividades de suministro de productos petrolíferos). La CNC recopiló los datos del año 2007 que posteriormente discriminó a efectos de su tratamiento, considerando un período de tiempo (29 días en un período de 7 meses en un año del 3 de enero hasta el 18 de julio de 2007), pues se limita a los miércoles de cada semana) y únicamente dos productos y sobre ellos realizó un estudio cuyos resultados se plasman en unos cuadros- resumen que se incorporan a la resolución (HA 10 pags 45, 48 y ss) que lleva a la CNC a concluir que en las estaciones de servicio CODO y DODO en régimen de comisión o reventa existe un seguimiento masivo de los precios recomendados o máximos de los operadores por parte de las EESS que en el caso de BP es un 80% para el caso del gasóleo A (GOA) y del 75% para la gasolina 95 (G95). Es decir el precio de venta al publico aplicado por las EESS con ese tipo de contrato y régimen en más de un 75%,/80% de los casos es el que el operador establece como máximo o recomendado.

Los resultados fueron puestos en vía administrativa a disposición de los interesados en soporte papel ocupando 1.600 folios (folios 1806 a 3388) dificultando con ello (en tiempo y en coste) el tratamiento estadístico con medios informáticos, siendo en este recurso cuando las partes han tenido acceso a esos datos en soporte informático.

Considera el recurrente a la vista del informe pericial, realizado una vez que han accedido las partes a los datos en soporte informático que el análisis de la CNC no refleja adecuadamente la realidad del mercado de las EESS y ello por lo siguiente: la base de datos es incompleta y en ocasiones presenta datos incorrectos, y es puesta en duda en los informes del sector realizados por la Comisión Nacional de la Energía, los precios incluidos en la base de datos son precios finales de venta al público al no considerarse los descuentos, las conclusiones alcanzadas en los informes realizados por la Comisión Nacional de la energía son contrarias a las alcanzadas por la CNC, la muestra se ha extraído sobre una población que no tiene en cuenta los períodos vacacionales que es cuando se produce mayor variación de los precios, el análisis se realiza desde el punto de cada uno de los productos analizados. El perito en el informe parcial realiza un análisis desde el punto de vista del comportamiento de las EESS incluidas en la muestra analizada por la CNC, teniendo en cuenta aquellas cuyos datos hacen referencia a más de 5 días de los 29 analizados y aquellas en las que el número de veces que coinciden los precios para ambos productos sea superior al número de veces que no, se obtiene un porcentaje de fijación de precios de 36,4% y del 40,4% si se exceptúan las estaciones COCO.

Aquellos cuya coincidencia entre precios de venta al público en la EESS y precios recomendados por el operador tanto para la GOA como G95 tiene lugar más veces que al contrario.

Hay que partir que la Dirección de Investigación es un órgano administrativo que está limitado en medios y tiempo para realizar la instrucción de los procedimientos, por lo que se considera adecuado que para valorar el seguimiento de precios en las EESS utilice las fuentes de otros órganos administrativos en este caso los datos que obran en el Ministerio de Industria y estudios realizados por la Comisión Nacional de la Energía. Efectivamente como señala el recurrente la base de datos del Ministerio de Industria es incompleta desde el momento que alrededor del 20%-28% del total de estaciones de servicio existentes en España no han comunicado los precios aplicados a dichos productos, pero ello no impide que se pueda realizar un análisis de los datos que constan en la misma, máxime teniendo en cuenta que no consta que el porcentaje excluido sean estaciones de servicio cuyos precios de venta podían haber diferido de los remitidos. Añade el perito que la CNE hace referencia a que existen irregularidades en esa base y extracta diversos párrafos (folio 13 y 14 del informe) pero en lo que aquí interesa la CNE expresamente reconoce en esos informes (documentos nº 2, 3 y 4) tras una comprobación in situ que existe un elevado grado de correspondencia entre el precio que consta en el aparato surtidor y el precio que consta en la base de datos del Ministerio. Así

-informe de Jerez de la Frontera de 15 de noviembre de 2007 (folio 3, documento nº 2) se señala que *"se ha contrastado la información recabada sobre precios aplicados en aparato surtidor, en cada uno de los puntos de venta operativos, durante los dos días mencionados con los reportados, para las mismas fechas , tanto por el operador como por el minorista o el representante, según el caso, resultando un elevado grado de correspondencia".*

-Informe de autopista Barcelona-La Junquera de 28 de febrero de 2008, documento nº 3 acompañado al informe pericial, apartado 2 características del entorno, folio 9. *"5. Finalmente, se ha contrastado la información sobre precios aplicados en aparato surtidor, recabada durante el día de la comprobación in situ, en cada uno de los 12 puntos de venta, con los reportados por el operador y publicados en al web del MITy C que son de aplicación para la misma fecha, resultando un grado de correspondencia total en los casos en que dicha verificación se ha podido realizar, concretamente en 6 de las 12 instalaciones consideradas. Las restantes 6 instalaciones titularidad de AGIP no han podido ser contrastadas dado que sus precios no fueron difundidos públicamente durante el periodo comprendido entre finales del pasado mes de noviembre y el 28 enero de 2008.*

-Informe de Valladolid de 22 de mayo de 2008 (folio 4, documento nº 4. "5. Finalmente, *se ha contrastado la información recabada sobre precios aplicados en aparato surtidor, durante los 2 días de comprobación in situ en cada uno de los puntos de venta operativos a los que se ha tenido acceso, con los reportados y publicados en al web del MITy C para las mismas fechas, tanto por el operador como por el minorista o el representante, según el caso, resultando un elevado grado de correspondencia"*

En cuanto al hecho de que los precios que se analizan se corresponden con los precios de venta al público aplicados en el aparato surtidor, antes de la aplicación de posibles descuentos, efectivos a través del uso de tarjetas de pago, puntos canjeables u otros instrumentos de aplicación de descuentos. Señala el recurrente que debe tenerse en cuenta que existe la posibilidad de que no sean los precios finales de venta al público al no considerarse los descuentos que se realizan a clientes ya sea de forma independiente por el titular de la estación de servicio o descuento compartido con la propia operadora a través de tarjetas de fidelización. La CNC señala que el precio que aparece en el monolito es el precio que observa cualquier consumidor que accede a las EESS y sobre ese parámetro es el que toma sus decisiones de consumo. Incluso cuando el cliente sea portador de una tarjeta cuyo uso conlleva un descuento, el precio que observa es el de venta al público y es sobre este sobre el que se le aplicará el descuento. Añade (fundamento de derecho decimoquinto, folio 109 de la resolución recurrida) que según datos aportados por los propios imputados el número de litros vendidos con algún tipo de descuento no supera el 15% de todos los litros vendidos que resulta beneficiario de algún descuento, lo que significa que el 85% de litros han sido vendidos a los precios que figuran en el surtidor. Por otra parte según declaraciones de las EESS no existe capacidad de negociación y variación del precio por parte de las estaciones de servicio que se adhieren al programa de descuentos de la operadora. Es un descuento que forma parte de la política de precios recomendados por el operador al por mayor, quien añade a su precio máximo/ recomendado un descuento recomendado. En cuanto a los descuentos realizados de manera autónoma por parte de las EESS con cargo a su comisión se indica por la CNC (fundamento de derecho decimocuarto folio 106) *"que no consta en el expediente información cuantitativa alguna que permita tener una idea de la incidencia de esta figura, tan sólo un número de declaraciones de titulares que reconocen hacerlos aunque de forma muy esporádica"*. (A este efecto resulta oportuno recordar lo que hemos señalado referido a que si se hubieran realizado descuentos, podía haber aportado la operadora rectificaciones de las autofacturas en las que consta como precio de venta al público el precio máximo o recomendado).

En cuanto a las conclusiones alcanzadas en los informes realizados por la Comisión Nacional de la energía señala BP que son contrarias a las alcanzadas por la CNC. Pone de relieve que de los cinco informes que analiza la CNC sólo en uno se cita a BP (Jérez de la Frontera) y la conclusión es que *"en 3 de las 5 instalaciones vinculadas a BP se aplican precios distintos pese a tener el mismo vínculo (CODO). En las 2 restantes instalaciones, de vinculo DODO, se aplican en la práctica totalidad del semestre analizado los mismos precios, lo cual se puede explicar por la identidad del titular de la gestión de ambos puntos de venta"* (CNE supervisión del mercado español de estaciones de servicio; Jerez de la Frontera 15 de noviembre de 2007, pag 20). Es decir la única vez que se cita a BP resulta que las EESS bajo su bandera aplican precios distintos y las que aplican unos mismos precios resultan estar bajo la gestión y titularidad de la misma persona. Efectivamente esta afirmación es cierta, pero hay que hacer las siguientes matizaciones:

1) No se cita en el resto de los cuatro informes a BP porque no tiene EESS en esas zonas o entornos competitivos analizados por la CNE (Vigo, Vitoria, Autopista Barcelona-la Junquera y Valladolid).

2) La conducta aquí sancionada es la fijación indirecta de precios de venta al publico mediante instrumentos contractuales y otras medidas destinadas a desincentivar que los distribuidores se alejen del precio máximo/ recomendado. Por lo tanto no es suficiente que se apliquen precios distintos sino si estos se alejan del precio máximo/ recomendado en una cuantía significativa, teniendo en cuenta que como reconoce el propio perito (folio 7 de su informe) el precio de referencia utilizado para fijar el precio máximo/ recomendado es el precio de venta medio de las estaciones de servicio del entorno o influencia del minorista en cuestión". La CNE reconoce en ese informe que existe 10 0 12 precios diarios distintos en las 30 gasolineras analizadas, pero al mismo tiempo pone de relieve que en promedio los precios se diferencian en 3,27 céntimos euros litro en el caso de la gasolina 95 y 2,25 céntimos litro en el caso del gasóleo A. La resolución recurrida hace referencia a que la DI considera que una desviación típica máxima de la media de las EESS consideradas no superiores 5 céntimos no es significativa lo que le permite concluir que " *las principales redes aplican prácticamente el mismo precio (las desviaciones típicas en cada red son mínimas* " (folio 56 y 57 de la resolución recurrida).

3) Por otra parte se indica expresamente en ese informe que en el período analizado (febrero-julio 2007) BP es el operador cuyos precios medios diarios son los segundos más altos durante un mayor número de días del periodo referido (61,9% de los días analizados para el caso de la gasolina 95 y 63,5% para el gasóleo A)

En cuanto a la muestra. El análisis que realiza la CNC es desde el punto de vista de cada uno de los productos analizados y no se aprecia por ello error ya que de esa manera se obtiene el porcentaje de seguimiento de cada

uno de los productos analizados. El período analizado por otra parte si tiene en cuenta periodos vacacionales como es parte de las vacaciones de Navidad, semana santa e inicio de las vacaciones de verano.

El perito como alternativa realiza un análisis desde el punto de vista del comportamiento de las EESS incluidas en la muestra analizada por la CNC, teniendo en cuenta aquellas cuyos datos hacen referencia a más de 5 días de los 29 analizados (311 estaciones de servicio de las 448 estaciones analizadas por la DI, es decir ha excluido a 137 según se indica en el folio 48 del informe pericial) y aquellos cuya coincidencia entre precios de venta al público en la EESS y precios recomendados por el operador tanto para la GOA como G95 tiene lugar más veces que al contrario. Si bien puede considerarse adecuado considerar sólo las estaciones cuyos datos hacen referencia a más de 5 días de los 29 analizados, no se considera adecuado considerar que los precios coinciden cuando coinciden en una estación de servicio para ambos productos ya que el seguimiento de precios se debe hacer por producto al objeto de verificar si el precio máximo/ recomendado para cada producto coincide con el precio de venta al público. Por otra parte el porcentaje de seguimiento de los dos productos analizados es similar. El perito no realiza un cuadro aplicando el mismo criterio que la Dirección de Investigación pero excluyendo las 137 estaciones de servicio cuyos datos hacen referencia a menos de 5 días de los 29 analizados, por lo que no consta acreditado que si se excluyen esas 137 estaciones de servicio el resultado del análisis hubiera sido distinto.

[...] En defensa de sus argumentos el recurrente cita la STS (Sala de lo Civil) de 28 de septiembre de 2011 (nº de resolución 647/2011) en la que se señala *"en el marco contractual de la agencia impropia o no genuina lo prohibido a la operadora o abastecedora por el Derecho de la competencia era la fijación de un precio mínimo de venta al publico, no la de un precio máximo o recomendado; que no existía prueba de que Repsol hubiera impedido al demandante reducir los precios de venta al público con cargo a su comisión; y en fin, que tampoco procedía la nulidad por indeterminación del precio e inexistencia o ilicitud de la causa, porque el contrato contenía una cláusula equivalente a una fijación de la comisión con arreglo al uso y a la práctica".*

El párrafo que cita el recurrente, es el contenido de la sentencia de apelación que fue objeto del recurso de casación. La sentencia del Tribunal Supremo que cita el recurrente no analizó si el distribuidor independiente de Repsol podía hacer efectivamente descuentos ya que consideró que es al Tribunal de Instancia al que le corresponde determinar si existe o no esa posibilidad real, debiendo respetarse en casación el juicio del Tribunal sentenciador y en ese caso señala *el recurrente incurre en petición de principio o hacer supuesto de la cuestión al negar cualquier posibilidad real de hacer descuentos con cargo a su comisión, en contra de lo que la sentencia recurrida declara probado* . Lo mismo sucede en la sentencia del TS de 3 de abril de 2012 recurso 62/2009 " *La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda porque, pese a considerar a Hermanos Baño un empresario independiente o agente no genuino, ya que asumía incluso el impago final de las ventas al público abonadas mediante la tarjeta Solred emitida por Repsol, sin embargo esta no le imponía el precio mínimo de venta al público* " y señala que " *El juicio sobre si la hoy recurrente tenía o no la posibilidad real de hacer descuentos es un juicio de hecho que corresponde al tribunal de instancia, dentro de la posición institucional que ostenta, y que esta Sala no puede modificar sino por la vía de un recurso extraordinario por infracción procesal"* . Del mismo modo en la STS (sala de lo Civil) de 13 de junio de 2011 recurso de casación 2202/2007 señala " *En el fundamento séptimo, la sentencia recurrida, después de argumentar que sería aplicable la prohibición del artículo 81.1. del TCE si se hubiese demostrado que, pese a la cláusula que autoriza la rebaja en la comisión, en la práctica no hubiese sido así, ya que la rebaja de los márgenes comerciales haría inviable económicamente la explotación de la gasolinera o que, a pesar de la autorización escrita, la distribuidora había tenido que respetar el precio fijado por CEPSA como resultado de presiones externas o de incentivos, afirmó: 3) Que "al parecer, en ocasiones ha utilizado la facultad de disminuir el precio de venta al público con cargo a su comisión, pues ello ha sido reconocido indirectamente por el propio demandante al redactar su demanda en el hecho cuarto apartado 4.II de la misma* ".

El Tribunal Supremo en sentencia de 15 de enero de 2010 (recurso de casación 1182/2004) sí ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si en un determinado contrato entre REPSOL y una estación de servicio, tenía el distribuidor posibilidad real de aplicar descuentos. Se trataba de un supuesto en que esa cuestión no fue analizada por el Tribunal de Instancia al entender el Tribunal de Instancia que el titular de la estación de servicio era un agente genuino, lo que rechaza el Tribunal Supremo dado que el distribuidor asumía en proporción no insignificante riesgos financieros y comerciales vinculados a al venta de productos a terceros y por tanto no era un agente genuino.

El contrato analizado contenía las mismas cláusulas que la CNC considera como cláusulas habituales en BP OIL (estipulación 7ª punto 1º y 2º y anexo II del Modelo del año 2001 de "contrato de arrendamiento de Industria y suministro en exclusiva de carburantes y combustibles" y que se reproducen en el apartado 4 de los antecedentes de hecho, folio 28 de la resolución recurrida) siendo la única diferencia que al distribuidor se

le llama arrendataria y en el caso examinado por el Tribunal Supremo "el agente". Así el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho quinto señala lo siguiente:

"QUINTO: Por lo que se refiere a la fijación del precio de venta al público, el inicial criterio rigorista de la STJUE 14-12-06 de que el Reglamento nº 1984/83 no amparaba los contratos que impusieran al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador (punto 2º) ha sido modulado por las SSTJUE 11-9-08 y 2-4-09 en el sentido ya indicado de que las cláusulas relativas a los precios de venta al público sí pueden acogerse a la exención por categorías en virtud de aquel Reglamento si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público.

Esta doctrina determina que también deba matizarse la jurisprudencia de esta Sala sobre la falta de paliativo alguno, en el Reglamento nº 1984/83 , de las cláusulas de fijación y control del precio por el proveedor (STS 15-4-09 y, sobre todo, STS 20-11-08 , sobre unos contratos idénticos al aquí litigioso) y, en consecuencia, que proceda analizar el contrato litigioso en averiguación de si, realmente, permitía la hoy recurrente vender los productos a un precio inferior al indicado por la proveedora hoy recurrida.

Esta última parte litigante invoca en su favor la posibilidad, reconocida al "agente" en la cláusula quinta del contrato, de hacer descuentos con cargo a su comisión.

El apdo. 1 de la referida cláusula, que es el que hace mención al descuento, reza literalmente así: "EL AGENTE, como comisionista, comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de REPSOL COMERCIAL en el precio y demás condiciones por la misma señalados, dentro de los límites legalmente autorizados. Cualquier descuento que pudiera aplicar será con cargo a su comisión. Las ventas a los clientes serán al contado. El crédito que pueda eventualmente conceder el Agente será por su cuenta y riesgo".

Ahora bien, este apartado no debe considerarse aisladamente o al margen de otros apartados de la misma cláusula que en gran medida permiten cuestionar que la posibilidad de descuento con cargo a la comisión del hoy recurrente fuera real. Así, el apdo. 3 dispone que "para el cálculo a satisfacer a REPSOL COMERCIAL se tendrá en cuenta en todo caso el volumen íntegro suministrado y el precio de venta al público ***fijado*** *por aquella, sin perjuicio de las oportunas liquidaciones o regularizaciones por las modificaciones de precios que se produzcan, respecto de los productos existentes en la Estación de Servicio al tiempo de aquellas"*

A su vez el apdo. 4 establece que "a fin de proceder a las correspondientes liquidaciones, cuando por REPSOL COMERCIAL o en virtud de la oportuna disposición administrativa se varíen los precios de venta al público de los productos, el AGENTE deberá presentar una declaración de existencias de cada producto, referida al momento inmediatamente anterior a aquél en que entren en vigor los nuevos precios".

El apdo. 5, ya examinado anteriormente al tratar de la condición de agente no genuino del hoy recurrente, imponía a éste el pago al contado, "al tiempo de efectuarse los pedidos" , con una única alternativa de pago a los nueve días previa constitución de garantías suficientes a juicio de REPSOL. Y, en fin, el apartado 7, que confería a esta misma parte contratante la facultad de sustituir el régimen de agencia por el de venta en firme, previendo para tal caso una determinación por mutuo acuerdo de los precios de adquisición a pagar por el titular de la estación de servicio, disponía que en tanto no se llegara a ese mutuo acuerdo el precio aplicable sería "el resultante de detraer del precio de venta al público ***recomendado*** *por el suministrador el importe de la comisión que últimamente viniera percibiéndose por el AGENTE", lo que indica que, en el régimen de "agencia" bajo el cual se vino ejecutando el contrato litigioso, para la propia REPSOL el precio de venta al público no era recomendado sino fijado por ella misma".*

[...] En cuanto a la imposición de sanción, señala el primer lugar que ha existido desviación de poder ya que la CNC no puede retirar los beneficios de la exención por categorías utilizando un procedimiento sancionador sino que debía seguir el procedimiento específico de retirada de exención previsto en el artículo 45 del Reglamento de Defensa de la Competencia que establece que aquella resolución que acuerde la retirada de la exención concederá un plazo a los interesados para que adapten sus conductas a las condiciones establecidas en la resolución.

En este caso el período investigado se ha iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2007 en el que se pasa del régimen de autorización singular de acuerdos prohibidos a un sistema de exención legal en línea con el modelo comunitario, debiendo ahora las empresas autoevaluar las empresas el encaje legal de sus propios acuerdos. No consta que a la empresa bajo la vigencia de la Ley 16/1989 hubiera presentado una solicitud de exención y esta hubiera sido autorizada. La CNC no revoca de facto la exención prevista en el Reglamento 2790/1999 que permite la fijación de precios máximos o recomendados en relaciones verticales como afirma el recurrente sino que tras analizar las circunstancias del caso examinado llega a la conclusión que no concurren los requisitos que exige el Reglamento para considerar exenta dicha conducta

ya que las medidas adoptadas desincentivan al titular de la EESS para que fije sus precios por debajo de los precios máximos/recomendados que le marca su proveedor. Por ello existiendo una conducta restrictiva de la competencia que no queda amparada por el Reglamento de exención por categorías es procedente imponer una sanción.

[...] Considera el recurrente desproporcionada la multa impuesta atendiendo a dos factores: falta de precedibilidad de la infracción y falta de proporcionalidad en comparación con las sanciones impuestas a los otros operadores sancionados.

En cuanto a la falta de precedibilidad hace referencia a que su conducta resulta conforme con todos los pronunciamientos previos de los Tribunales, la CNC y la Comisión Europea por lo que no podía sino confiar de buena fe en su legalidad.

La CNC en la resolución recurrida hace referencia a que la jurisprudencia comunitaria (entre otras, STJ de 13 de julio de 1965, asunto Lemmerz-Werke; SSTPI de 9 de julio de 2003, asunto T-224/2000 y de 23 de octubre de 2003, asunto T-65/98) y nacional (entre otras, en materia de competencia, sentencias del TS de 28 de julio de 1997 y de 26 de septiembre de 2000 , y sentencia de la AN de 29 de diciembre de 2006) se viene considerando imprescindible para que el principio de confianza legítima produzca efectos, la existencia de signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente al particular a confiar en la legalidad de actuación administrativa. Es decir que exista un acto de la Administración lo suficientemente concluyente como para provocar en el interesado una triple convicción: a) que la Administración actúa correctamente; b) que es lícita la conducta que el interesado mantiene ante la Administración; y c) que sus expectativas como interesado son razonables.

El recurrente al hacer referencia a la falta de precedibilidad no cita ningún antecedente sobre la conducta ahora sancionada que le permita haber llegado a esas conclusiones, haciendo referencia la codemandada CEEES al expediente A-352/02 referido a la solicitud de exención formulada por BP OIL que fue denegada por la CNC mediante resolución de 30 de marzo de 2005 y en el que se señala que " *del análisis llevado a cabo por el Servicio (por ejemplo,.....) se deduce que los precios de reventa son determinados por el proveedor, esto es, BP, más allá de la imposición de precios máximos"*.

En cuanto a la falta de proporcionalidad en comparación con las sanciones impuestas a los otros operadores sancionados. Considera que no se ha tenido en cuenta las diferencias con las otras operadoras y en concreto el hecho que la red de distribución sea distinta al tener un número muy inferior de contratos de comisión, los sistemas de comunicación y la diferente cuota de mercado. Ya hemos analizado en otro fundamento de derecho la relevancia de esas diferencias señalando 1) en cuanto a la estructura de la red de distribución que es indiferente para establecer el precio de adquisición que las estaciones operan en régimen de comisionista o en régimen de revendedores con pv recomendado al no presentar diferencias, salvo en su denominación. 2) en el caso de BP no se puede considerar como un hecho que desincentive la aplicación del descuento el sistema de comunicación de precios. Ahora bien ello no supone que se considere no acreditado la comisión de la conducta infractora ya que las cláusulas del contrato y resto de medidas analizadas por la CNC constituyen aplicadas conjuntamente incentivos que llevan al distribuidor a fijar como precio de venta al público el precio de referencia. Por otra parte la diferente cuota de mercado se ha considerado al ponderar el importe de la multa existiendo una proporción partiendo de la sanción impuesta a REPSOL que es de 5.000.000 euros.

[...] En cuanto al resto de los apartados de la parte dispositiva señala que no distingue que contratos ni que cláusulas contractuales son las que supuestamente infringen la normativa de competencia, lo que se traduce en al imposibilidad de conocer que practicas quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la orden de cesación. 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 cómo 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 señala 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. Las 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 que 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/márgenes a percibir se calcularán 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 consistentes en que 1) en las terminales de pago propio no podrá estar incorporado el precio máximo/ recomendado 2) no podrán operar en los terminales de punto de venta sistemas que dificulten la introducción manual del precio de venta final en cada operación de venta 2) no se podrá 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 3) .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.. » .

SEGUNDO.- El recurso de casación formulado por la mercantil recurrente se articula en la formulación de siete motivos de casación, todos ellos acogidos al cauce del apartado d) del artículo 88.1 LJCA , salvo el primero, que se formula al amparo del apartado c) de la Ley Jurisdiccional.

En el primer motivo de casación, que como decimos, sigue el cauce del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se aduce que la sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva y en incoherencia interna, vulnerando los artículos 24 y 120.3 de la Constitución , el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 33 y 67 LJCA .

El segundo motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por infracción del principio de legalidad en materia sancionadora y de los artículos 1 de la LDC , 81 del TCE , 4 del Reglamento 2790/1999 y 3.2 del Reglamento 1/2003 , así como de jurisprudencia aplicable.

El tercer motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por infracción de los artículos 4 y 6 del Reglamento 2790/1999 y del principio de legalidad administrativa.

El cuarto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por infracción de las normas reguladoras de la valoración de la prueba (artículos 24 CE y 348 de la LEC).

El quinto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por infracción del principio de presunción de inocencia establecido en los artículos 24.2 de la CE , 137 de la LRJAP y 2 del Reglamento 1/2003 .

El sexto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se fundamenta en la infracción de la prohibición de indefensión en materia sancionadora establecido en los artículos 24.2 CE y 135 de la LRJAP .

El séptimo motivo de casación, de manera subsidiaria, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , por infracción del principio de proporcionalidad en materia sancionadora, establecido en el artículo 131.3 de la LRJAP y 10 de la LDC .

El presente recurso de casación se ha deliberado en conjunto con el 658/2013 (REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA) y el 297/2013 (CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO SA). Nos remitiremos a los mismos en lo que aquí interesa.

TERCERO.- Como hemos apuntado, el primer motivo de casación formulado por la mercantil <<BP OIL>> al amparo del apartado c) del artículo 81 LJCA denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y en él se aduce que la impugnada incurre en incongruencia omisiva y en incoherencia interna.

Afirma la recurrente que en la demanda formulada en la instancia se señalaron varios vicios de nulidad de la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia, girando el debate en torno a los motivos de invalidez planteados por <<BP OIL>>; sin embargo -continúa- la Sentencia pretende resolver el pleito obviando los principales motivos y elementos de juicio que se aportaron en sede jurisdiccional en relación a la resolución sancionadora de la Comisión, impidiendo así conocer las razones por las que los motivos esgrimidos no fueron acogidos. Reseña los argumentos impugnatorios que -en su tesis- fueron planteados en la demanda e ignorados en la Sentencia que, en síntesis, son los siguientes: a) la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24,2 CE), pues BP OIL es sancionada sin elementos de prueba y se le imputa la comisión de la infracción sólo por simples sospechas. b) La improcedencia de que la resolución sancionadora le atribuyera la comisión de la infracción como consecuencia de una serie de un conjunto de factores que producirían como efecto la restricción de la competencia, siendo estos: <<la formación del precio de adquisición del carburante por parte de las EESS>> y <<la formación del precio de venta al

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

público y formación de comisiones/márgenes>>.Considera la sociedad recurrente que la sentencia desoye las argumentaciones y motivos expuestos en la demanda y en conclusiones y desestima el recurso limitándose a reproducir los fundamentos de la resolución impugnada en relación con los referidos factores, sin atender a los específicos argumentos respecto a la falta de concurrencia o ilicitud alegados, obviando asimismo la argumentación y otros elementos de juicio vertidos en la demanda.

En lo que se refiere a la incoherencia interna de la sentencia, se aduce la quiebra lógica entre lo razonado y lo decidido que vulnera los arts. 24.2 , 120 CE y 218 LEC . Y ello en cuanto la sentencia desestima el recurso y por tanto, confirma la resolución de la CNC siendo <<lo lógico y coherente>> que asumiera en su fundamentación jurídica la conclusión de que concurren una serie de factores, que dependiendo total o parcialmente de BP tiene por objeto desincentivar a las EESS a separarse de los precios máximos recomendados por dicho operador siendo así que dicha <<lógica y coherencia>> es olvidada por la sentencia que no asume dicha conclusión. Y reseña a continuación una serie de pasajes que pone de manifiesto que la sentencia asume una conclusión (la posibilidad real de que las EESS se separen de los precios máximos/recomendados comunicados por BP, incoherente con su fallo de confirmar la resolución.

El motivo no puede tener favorable acogida. En los fundamentos jurídicos de la sentencia que hemos transcrito la Sala de instancia analiza de forma detallada y precisa la conducta infractora que se imputa a BP OIL, concluyendo tras la valoración de las pruebas y la argumentación de la resolución impugnada que la actuación de la recurrente tiene su encaje en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , sin que proceda la aplicación de la exención a la que se refiere el Reglamento 2790/1999, en su art. 2, sobre los "acuerdos verticales" que cumplan los requisitos establecidos en el art. 81.3 del TCE .

La lectura de la sentencia revela la falta de consistencia de esa denuncia. Se consideran en dicho pronunciamiento los argumentos esgrimidos en la resolución sancionadora y supuestamente omitidos, relativos a la presunción de inocencia a partir de los diversos factores y elementos que se manejan en la resolución impugnada y se entran a valorar los distintos aspectos cuestionados en cuanto a la calificación de la conducta como infracción de la ley de defensa de la competencia, todo ello a partir del abundante material probatorio obrante en el expediente que permite a la Sala llegar a la convicción de la existencia de una actuación tendente a la fijación indirecta de precios en el sector y de forma completamente coherente emite su fallo desestimatorio, sin que se advierta un desajuste entre los términos en que quedó planteado el debate procesal y el fallo judicial que sea lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por lo demás, cabe recordar que la recurrente <<BP OIL>>, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, formalizado al amparo del procedimiento vía del procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona (recurso número 3/2009) que fué objeto de un pronunciamiento de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que, en sentencia de 4 de noviembre de 2010 , desestimó los motivos de impugnación planteados en relación con la vulneración de los artículos 14 , 24 y 25 de la Constitución . Esta sentencia fué confirmada por la dictada por la Sección Séptima de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2013 (RC 2908/2011) a cuyos fundamentos jurídicos nos remitimos. Ello comportó que la sala de instancia al fallar el procedimiento ordinario, no se extendiese en argumentos respecto de las cuestiones resueltas relacionadas con la violación del derecho a la presunción de inocencia, con el derecho a la prueba, el derecho a no sufrir indefensión, y el derecho a ser informado de la acusación, que fueron objeto de enjuiciamiento en la precedente sentencia judicial, en el recurso planteado por <<BP OIL>>.

Resulta infundado el reproche que se formula a la Sentencia pues responde a los aspectos sustantivos de la demanda en la que las alegaciones se centraron en la infracción del principio de igualdad , la aplicación de la exención del Reglamento 2790/1999 y varios aspectos sobre la prueba y el principio de proporcionalidad. La Sala de instancia ha realizado su función de revisión jurisdiccional emitiendo un pronunciamiento congruente, motivado y razonado, siendo así que en las omisiones o contradicciones que se relacionan subyace la expresión de la discrepancia jurídica con la decisión de la Sala sentenciadora de confirmar la validez de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009. La Sala de instancia, en fin, no ha incurrido en incongruencia omisiva o *ex silentio* , ni en incoherencia interna, pues la fundamentación de la sentencia recurrida responde de forma razonada a los correlativos argumentos aducidos en el escrito de demanda para fundar las pretensiones deducidas, de modo que no se que se ha producido ni falta de respuesta judicial ni tampoco un desajuste entre los términos en que la Sala razona y la decisión judicial desestimatoria, alegación que se sustenta en la apreciación parcial de ciertos pasajes de la sentencia, sin tener en cuanta el conjunto de los razonamientos jurídicos expuestos que presentan una total lógica y coherencia con el pronunciamiento desestimatorio. Debemos así rechazar los reproches dirigidos a la sentencia y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución .

CUARTO.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del principio de legalidad en materia sancionadora y de los artículos 1 LDC , 81 TCE , 4 del Reglamento 2790/1999 y 3.2 del reglamento 1/2003 y de la jurisprudencia aplicable.

Considera la mercantil recurrente que la sentencia impugnada reconoce que el establecimiento de precios máximos o recomendados no es contrario a la Ley de Defensa de la Competencia, pero se llega a la conclusión de que los precios se convierten en fijos como consecuencia no de algún medio concreto, sino de la conjunción de una serie de factores adicionales que tendrían ese objeto, pero sin concretar en que contratos de que operadora confluye cada uno de tales factores, pareciendo imputarlos a las empresas sancionadas indiscriminadamente. A lo anterior añade que los factores considerados no tienen por objeto ni pueden producir como efecto restringir la competencia, reseñando y analizado aquellos que la resolución sancionadora considera <<bajo el control de los OP>> y que -en su opinión- no producen el efecto de restringir la competencia. Para la inaplicabilidad de la exención contemplada en el Reglamento 2790/1999 no es suficiente -expone la recurrente- que un acuerdo produzca el efecto de restringir la facultad del comprador de determinar el precio de reventa, sino que es necesario que tenga precisamente ese objeto, y ni las cláusulas contractuales ni las prácticas relacionadas, por su propia naturaleza impiden que el comprador determine el precio de reventa, finalizando su alegato afirmando que la ausencia de un objeto restrictivo de las conductas enjuiciadas sería causa suficiente para la estimación del recurso, examinando aquellos factores que la Comisión Nacional de la Competencia considera <<bajo el control de las OP>>, para concluir que no ha quedado acreditado que los factores considerados produzcan el efecto de restringir la competencia.

En el tercer motivo de casación se aduce la quiebra de los artículos 4 y 6 del Reglamento 2790/1999 y del principio de legalidad administrativa. Insiste la mercantil recurrente que <<para la inaplicabilidad de la exención no es suficiente, por lo tanto, que un acuerdo produzca el efecto de restringir la facultad del comprador de determinar el precio de reventa: es necesario que tenga precisamente ese objeto>>. Por tanto-argumenta la parte- un acuerdo que, a pesar de no tener por objeto restringir la competencia, pueda producir ese efecto, sigue amparado por la exención prevista en el invocado Reglamento 2790/1999. Y sostiene que la sentencia infringe los artículo 4 y 6 del aludido Reglamento pues ha retirado el beneficio de la exención por categorías, cuando para ello hubiera sido necesario seguir el cauce del artículo 6 de dicho Reglamento, además de infringir el artículo 9.3 CE , en tanto que se utiliza un procedimiento sancionador para un fin distinto al previsto en el ordenamiento jurídico para la potestad sancionadora.

Examinaremos de forma conjunta los motivos de casación segundo y tercero que están estrechamente relacionados al versar ambos, con similar planteamiento sobre la calificación de la conducta atribuida a BP OIL, como anticompetitiva, su incardinación en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y la aplicación de la exención contemplada en el Reglamento 2790/1999.

No cabe acoger los motivos de casación en los que se denuncia la quiebra de la legalidad sancionadora, pues lo que la resolución sancionadora atribuye a la mercantil recurrente es que través de la implantación de una serie de mecanismos referidos al sistema de formación del precio de adquisición, la fijación de comisiones o márgenes que percibe el titular de la estación de servicio como retribución a la actividad de venta de carburantes, el sistema de comunicación de precios recomendados, el tratamiento fiscal de los descuentos, el sistema de facturación, el funcionamiento de los terminales en los puntos de venta y de los terminales de pago con tarjetas de fidelización han propiciado que las estaciones de servicio de su red no se aparten de los precios máximos recomendados fijados por el propio operador, utilizados en la practica como precios fijos. Lo que se imputa a BP OIL es , en fin, un conjunto de prácticas llevadas a cabo a partir de un complejo entramado contractual establecido entre las petroleras y las gasolineras abanderadas que implican un fuerte desincentivo a que estas modifiquen a la baja a costa de su comisión o descuento los precios máximos o recomendados comunicados por la operadora. El conjunto de tales prácticas adoptadas con plena consciencia e intencionalidad de las petroleras, ha llevado a que las estaciones de servicio no se hayan separado de los precios indicados como máximos o recomendados de forma que determinadas cláusulas contractuales, en consonancia con las referidas prácticas, han convertido así dichos precios en fijos. En fin, tal conducta, por su carácter desincentivador de una política comercial independiente por parte de las empresas titulares de dichas estaciones de servicio, vinculadas por el régimen de comisión o de reventa, que favorece la ausencia de competencia en el sector de distribución minorista de carburantes, debe considerarse ilícita por ser contrarias al derecho de competencia.

La Comisión Nacional de la Competencia llega a esta conclusión a partir de los hechos acreditados en el expediente y la valoración de la conducta realizada por las operadoras petroleras y concluye que el nivel de seguimiento de los precios máximos/recomendados por parte de las estaciones de servicio es muy elevado, fijando un porcentaje del 75% a <<BP OIL>>, siendo este un dato que permite considerar que los precios máximos/recomendados han operado en la práctica en la mayor parte de los casos como precio fijado de

antemano por las petroleras. La Sala de instancia examina y expone con precisión y rigor jurídico porqué considera a partir de los datos acreditados que la conducta imputada a la mercantil recurrente <<BP OIL >> es constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, razonando que los precios máximos recomendados por el operador mayorista se convierten de hecho en precios fijos aplicados por las estaciones de servicio, como consecuencia de la imposición de prácticas comerciales y de gestión uniformes, cuyo seguimiento propició un alienamiento en los precios de venta al publico de los carburantes de los principales operadores del sector, que lesiona y afecta al libre juego de la competencia en ese mercado.

La tesis sustentada por la recurrente no puede ser acogida, pues, como indica la Sala de instancia, que confirma el criterio de la Comisión Nacional de la Competencia, de los hechos declarados probados se desprende la dificultad de las empresas de apartarse de de los precios máximos recomendados, debido a la aplicación de una compleja serie de mecanismos y practicas comerciales de carácter desincentivador y aunque el Reglamento invocado por la sociedad recurrente, el Reglamento (CE) 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del artículo 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicas concertadas, permite los precios máximos recomendados, ello se encuentra condicionado a que no existan presiones o incentivos para que dichos precios se conviertan en fijos por un alineamiento incluido por el propio operador mayorista. Las alegaciones vertidas en los motivos casacionales sobre la procedencia de la exención invocada han sido rechazadas de forma razonable en la sentencia, que en el quinto de los fundamentos jurídicos, en el que tras recordar la doctrina del TJUE, concluye que aunque la fijación de precios máximos o recomendados pueda ser legal no lo es que vaya acompañado, como aquí sucede, de mecanismos, de forma directa o indirecta limiten los incentivos y conviertan los precios máximos o recomendados en precios fijos. La Sala de instancia reseña los diversos mecanismos que dependen de la sociedad recurrente y que conducen al resultado indicado sobre los precios y dicha apreciación judicial que se combate en los motivos de casación resulta plenamente razonable, sin que proceda un nuevo análisis como se propone por la recurrente, que parte de una subjetiva interpretación de estos factores y su falta de incidencia en la competencia.

Por lo demás, también expone la Sala de instancia en el sexto de los fundamentos que aún cuando la conducta deja un margen de libertad al revendedor para determinar efectivamente el precio de venta, lo que se sanciona son las conductas que están <<bajo el control de BP Oil y tienen como efecto desincentivar a las Estaciones de servicio para que fijen un precio inferior al predeterminado>> examinando a tal fin las cláusulas contractuales, los mecanismos y sistemas de facturación y las dificultades y trabas existentes que, en fin, desincentivan la aplicación de los descuentos, a lo que se añaden distintas consideraciones en los siguientes fundamentos que justifican la calificación de la conducta de BP OIL como ilícita desde la perspectiva de la Ley de defensa de la Competencia, argumentos y razonamientos que no han sido desvirtuados por la recurrente en esta sede casacional.

En lo que respecta a la interpretación que BP OIL hace sobre la la exigencia de que el acuerdo tenga por objeto restringir la competencia, tanto la Comisión Nacional de la Competencia (fundamento decimoquinto) como la Sala de instancia razonan suficientemente que las prácticas apoyadas en determinadas cláusulas contractuales responden al objetivo de dificultar que los titulares de las estaciones de servicio se aparten de los precios máximos/recomendados que implica una conducta encaminada a la fijación indirecta de los precios de las estaciones que deben actuar con plena autonomía económica, apreciando la afectación y restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de reventa. Ello ha de considerarse como una práctica anticompetitiva en las relaciones verticales contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 8.1 del Tratado de la Comunidad Europea.

La Sala extrae sus conclusiones del conjunto de elementos y datos obrantes en el expediente, como los comunicados por las estaciones de servicio y los resultados de los estudios realizados sobre los productos en el período considerado, concluyendo que las estaciones de servicio CODO y DODO en régimen de comisión o reventa existe un seguimiento masivo de los precios recomendados o máximos por los operadores, que en el caso de la recurrente, BP OIL, se cifra en un 80% en el caso del gasóleo A y del 75% para la gasolina 95, valorando así el informe en el que se cita a <<BP OIL>> y en el que figura que en el período analizado de febrero a julio de 2007, los precios medios diarios de este operados son los segundos más altos durante el mayor número de días.

En fin, cabe desestimar el conjunto de los alegatos expuestos en los motivos que reproducen la tesis sustentada en la instancia, sobre la licitud de la conducta de BP OIL y la aplicación de la exención, pues ya hemos indicado que lo que se sanciona es el conjunto de practicas que actúan como desincentivos en la rebaja de los precios recomendados , a través de una serie de mecanismos, sistemas de modificación de precios, cláusulas contractuales, y aspectos fiscales que competen a la operadora recurrente que implican una fijación

indirecta de los precios de las estaciones de servicio, alegato que debe ser rechazado como se hace de forma razonable en la sentencia recurrida.

QUINTO.- Aduce la sociedad recurrente en el desarrollo del motivo casacional cuarto que la Sala de instancia ha valorado la prueba de forma errónea e irrazonable la prueba , en particular, los informes de la Comisión Nacional de la Energía y la prueba pericial practicada en el proceso. Respecto a los primeros argumenta que los Informes llevan a concluir que los precios máximos/recomendados por BP OIL no constituyen en ningún caso precios fijos de venta al público y ello porque las estaciones de servicio no se separan suficientemente de los mismos. Y se afirma que la sentencia valora erróneamente dichos informes pues le llevan a imputar el ilícito a BP y a llegar a conclusiones opuestas a las del informe que se valora. Igual sucede con la prueba pericial, practicada en autos por un experto independiente, KPMG Asesores SL, que acredita la improcedencia de utilizar los datos utilizados por la Comisión a los efectos de sostener la imputación a BP OIL, la falta de fiabilidad de las bases de datos, de la información utilizada y de la metodología empleada y en fin, determina la realidad del mercado de las estaciones de servicios considerado por la Comisión para dictar la resolución sancionadora.

El motivo no puede prosperar. No puede aceptarse que la convicción de la Sala de instancia respecto de la relación de hechos que considera relevantes para apreciar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , y por el artículo 81 de Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sea ilógica o arbitraria, pues descansa en la constatación de que la aplicación de una serie o conjunto de mecanismos relativos a la gestión comercial propiciada directamente por el operador, que explica el alineamiento de las estaciones de servicio abanderadas en los precios de venta de carburantes, en la medida que los precios recomendados máximos se convierten en fijos, y el abandono de prácticas comerciales autónomas, por lo que debe considerarse que se trata de una conducta potencialmente apta para reducir la competencia en el mercado relevante afectado.

Cabe recordar que la pretensión de revisión de la convicción del juzgador no es atendible en el seno de un recurso extraordinario de casación, salvo en supuestos limitados y excepcionales, porque, según sostuvimos en las sentencias de esta Sala de 4 de octubre de 2001 (RC 295/1995) y de 3 de abril de 2002 (RC 2075/2002), la apreciación de la prueba queda al arbitrio y criterio de los tribunales de instancia con arreglo a las reglas de la sana crítica, y el posible error de los órganos de instancia en dicha apreciación no constituye motivo casacional, salvo que su valoración fuese manifiestamente ilógica, arbitraria o contraria a las normas del razonar humano, lo que no acontece en el supuesto enjuiciado.

En este sentido, en la sentencia de esta Sala de 25 de junio de 2008 (RC 4590/2004), dijimos:

« *La naturaleza de la casación, como recurso especial, tiene como finalidad corregir los errores en que se haya podido incurrir en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y encuentra uno de sus límites tradicionales, por lo que hace al caso, en la imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, luego veremos con qué excepciones. Baste, por ahora, con señalar que cualquier alegación, por tanto, referida a una desacertada apreciación de la prueba, debe tomar como presupuesto elemental que los medios probatorios aportados al proceso, su valoración, y la convicción resultante sobre los datos fácticos relevantes para decidir el proceso corresponden a la soberanía de la Sala de instancia, sin que pueda ser suplantado, o sustituido, en tal actividad, por esta Sala de casación, pues el defecto en la valoración de la prueba no está recogido, como motivo de casación, en el orden contencioso-administrativo.*

No obstante, el acceso de las cuestiones relacionadas con la prueba podrían ser revisadas en casación únicamente por los medios que permite la jurisprudencia de esta Sala, desde sus Sentencias 2 de noviembre de 1999 y 20 de marzo de 2000 . Estas Sentencias, y muchas posteriores, sistematizan la revisión en casación de las cuestiones ligadas a la prueba en el proceso, permitiendo su acceso a la casación por las siguientes vías: a) cuando se denuncia la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, contenidas en el artículo 217 de la vigente LEC ; b) por el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con indefensión de la parte (artículo 88.1.c/ LJCA); c) mediante la infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; d) cuando se denuncie la infracción de las reglas de la sana crítica si la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles; e) si la infracción cometida, al socaire de la valoración de la prueba, ha realizado valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables; f) ante la invocación de errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; g) mediante, en fin, la integración en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia . » .

Las alegaciones de la parte recurrente sobre la errónea valoración de los informes de la CNE así como de la prueba pericial practicada carece de todo fundamento, pues tales elementos probatorios han sido considerados por la Sala de instancia, si bien, para extraer distintas conclusiones que aquellas a las que llega el recurrente, que propugna a partir de dichas pruebas la licitud de la conducta del recurrente. La Sala valora el informe de la CNE en relación a la operadora recurrente y pondera ciertos aspectos relevantes de los informes, y en fin, el análisis ofrecido por el perito para sustentar su conclusión desestimatoria, sin que quepa apreciar que dicha valoración incurra en arbitrariedad o que resulte errónea, alegaciones que responden a la discrepancia del recurrente con las conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora.

SEXTO.- El quinto motivo de casación, por infracción de los artículos 24.2 de la CE , 137 de la LRJAP y 2 del Reglamento 1/2003 , reprocha a la sentencia recurrida haber vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución .

En el desarrollo argumental del motivo se afirma que se imputa a la recurrente la comisión de la infracción consistente en la fijación indirecta de precios de venta al publico, a pesar de que la prueba de presunciones en la que se basa la resolución de la Comisión no permite la imputación del ilícito a BP OIL, al ignorar las pruebas practicadas de las que deriva la inocencia de BP OIL y presumiendo la infracción al no haber acreditado BP OIL la ausencia de su responsabilidad, que implica que se invierte la carga de la prueba.

El motivo no puede prosperar. Tanto la Comisión como la Sala de instancia han considerado acreditados los hechos con arreglo a los elementos de prueba obrantes en el expediente administrativo, que constituyen el fundamento de la imputación de haber incurrido en conductas prohibidas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia . El examen del expediente permite comprobar que ha existido, en efecto prueba suficiente de cargo, que se ponen de manifiesto en la resolución de la Comisión Nacional de la competencia que determina cuales son los hechos que considera probados y las fuentes de su conocimiento. Como se expuso en la Sentencia de esta Sala de 28 de Enero de 2013 , de un lado, la base de datos del Ministerio de Industria Comercio y Turismo ofreció la información sobre los precios aplicados efectivamente y el examen de los contratos puso de manifiesto la existencia de una serie de factores dependientes exclusivamente de la operadora que, en conjunción de otros que, aún no estando bajo su única disposición , fomentaron en la práctica que los precios máximos o recomendados se convirtieran en finales. En dicha sentencia se expusieron el conjunto de factores dependientes en exclusiva de las operadoras, como la determinación de los precios máximos/recomendados en función de los precios de venta al público de los competidores del entorno, la garantía de una serie de comisiones o márgenes del mismo nivel que sus competidores, la utilización de un sistema de comunicación de precios máximos o recomendados que se instalaban de forma automática en los terminales de pago de tarjeta y el desconocimiento del descuento compartido en las tarjetas de fidelización. A lo que cabe añadir el conjunto de consideraciones que se exponen en el noveno fundamento jurídico de la reseñada sentencia a la que nos remitimos.

En fin, constatamos que la censura que se formula a la Sala de instancia, por considerar que procedía sancionar a BP OIL ESTACIONES SAU, por infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , a pesar de que no exista ningún acuerdo o práctica concertada entre el operador mayorista y los distribuidores minoristas para restringir la competencia, ya que el seguimiento por las estaciones de servicio abanderadas de los precios máximos de referencia fijados por el operador fue el resultado -según se aduce- de una decisión unilateral y autónoma de las estaciones de servicio, carece de fundamento porque la base de la reprochabilidad a la mercantil sancionada se sustenta en que introdujo una serie de mecanismos que afectaban a las relaciones comerciales del operador mayoritario con los distribuidores minoritarios de combustibles que, por su naturaleza, fueron determinantes para desincentivar el libre juego de la competencia.

La doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000) declaran que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

En fin, la Sala de instancia ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 172/2005) formulada en relación con la prueba de indicios, así como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso Phan Hoang c. Francia , § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria , § 5), pues no apreciamos que su razonamiento sobre la comisión de la infracción del artículo 1 de la Ley de

Defensa de la Competencia se fundamente de forma incoherente, ilógica o irrazonable, pues parte de premisas fácticas plenamente contrastadas sobre la introducción de mecanismos en su relación con los distribuidores minoristas de carácter claramente desincentivador de la libre competencia.

SÉPTIMO.- El sexto motivo de casación, por infracción de la prohibición de indefensión en materia sancionadora establecido en los artículos 24.2 CE y 135 de la LRJAP .

Se aduce que la recurrente solicitó un conjunto de pruebas ante la Comisión Nacional de la Competencia, pruebas todas ellas que fueron denegadas y así se impidió el acceso a los datos obrantes en el expediente que fueron utilizados por la Comisión y que , en fin, se limitó la posibilidad de presentar pruebas y elementos de juicio relevantes a los efectos de defender sus intereses.

El motivo no puede ser acogido, pues la queja del recurrente no acredita que se limitara su derecho a conocer los datos del expediente o a rebatir alguna prueba relevante y esencial en términos defensa. Como se indico en la aludida sentencia de 28 de enero de 2013 , que analizó dicha alegación <<consta en el expediente que la recurrente dispuso de los datos del expediente impreso y cuya informatización no era compleja como tampoco lo era la elaboración precisa para hacer las comprobaciones necesarias>>. Por otra parte, la denegación de prueba tampoco resultó contraria al artículo 24.2 CE pues, <<no eran relevantes los extremos que con ellas se querían acreditar por no estar en discusión ni que otros operadores pudieran haber incurrido en prácticas como las que se reprochan a BP ni que los contratos impidieran a las estaciones de servicio de su red apartarse del precio máximo /recomendado a cargo de su comisión>>. La propia recurrente reconoce que en fase jurisdiccional pudo acceder al material probatorio utilizado por la Comisión, y pudo articular los medios probatorios que estimó convenientes, practicándose la prueba pericial que interesó, razón por la que procede desestimar la alegación.

OCTAVO.- El séptimo motivo de casación, formulado de forma subsidiaria, por infracción del principio de proporcionalidad en materia sancionadora, establecido en el artículo 131.3 de la LRJAP y 10 de la LDC , fundamentado en la vulneración del principio de proporcionalidad, no puede prosperar, pues la Sala de instancia no infringe el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia , al confirmar la sanción de multa impuesta, ya que no estimamos carente de motivación la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones establecidas en dicha disposición legal, atendiendo a la naturaleza de la conducta sancionada, consistente en una fijación indirecta de precios que supone una concertación horizontal y vertical entre competidores, que afecta gravemente la competencia en el mercado de distribución minorista de carburantes.

La tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, consiste en la quiebra de los criterios de graduación de los apartados a) y d) del articulo 10 de la ley de defensa de la competencia ; la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia y el efecto de restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre las partes del proceso económico y sobre los consumidores.

Parte en su tesis de que <<resultó acreditado>> que un porcentaje significativo de estaciones de servicio que operan bajo la bandera de BP OIL practican descuentos sobre los precios máximos/recomendados comunicados por la recurrente sin que sufran represalia por este hecho. Y ello determina -en su opinión- la escasa gravedad del ilícito que se imputa a BP OIL y que el alcance de la eventual restricción de la competencia, de existir, seria extraordinariamente exiguo. A lo anterior añade la reducida cuota de mercado de BP OIL que no se compadece con la elevada sanción económica impuesta y la falta de predicibilidad de la infracción que a su vez determina la ausencia de culpabilidad e intencionalidad en la comisión de la infracción que se imputa a BP OIL.

Éste ultimo alegato, de que no cabe imponer la sanción de multa al fallar el elemento subjetivo, por ser la infracción imputada imprevisible, no puede ser acogido puesto que, en realidad, con este planteamiento, se está cuestionando la apreciación de la Sala de instancia sobre la culpabilidad, que no puede desvirtuarse con el argumento de que las estaciones de servicio podían modificar libremente los precios máximos recomendados, prescindiendo de la aplicación por el operador mayorista de una serie de mecanismos desincentivadores de la libre competencia, que determina la responsabilidad de la mercantil recurrente. Por lo demás, tampoco presentan fundamento las alegaciones referidas a la cuota del mercado y la escasa incidencia de la conducta en el mercado, puesto que la Comisión toma en consideración los distintos factores y criterios legales, siendo así que la sanción económica impuesta se ajusta a los criterios de proporcionalidad.

El pronunciamiento de la Sala de instancia, que declara la legalidad del importe de la sanción impuesta a la mercantil BP OIL por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución de 30 de julio de 2009, es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 6 de junio de 2007 (RC 8217/2004) y 30 de septiembre de 2013 (RC 5633/2009), que exige a la Administración que individualice la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, puesto que el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado; y está en consonancia con la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expuesta en las sentencias de 30 de mayo de 2013 (C-70/12) y 29 de abril de 2015 (C-148/14), que obliga a las autoridades administrativas sancionadoras y a los tribunales de justicia, en su función de control de la legalidad de las sanciones administrativas impuestas por la Administración comunitaria, a considerar la totalidad de las circunstancias de hecho o de Derecho, específicas, así como tener en cuenta el comportamiento del presunto responsable, y la mala fe o el ánimo fraudulento, a los efectos de determinar el importe de la sanción de forma coherente y objetiva, con la debida observancia al principio de proporcionalidad.

Como recordamos en la sentencia de 22 de mayo de 2015 (RC 658/2013) el principio de proporcionalidad constituye un principio ordinamental del Derecho Administrativo sancionador, que se caracteriza como un límite a la potestad del legislador de determinar las sanciones que corresponden a los ilícitos administrativos de orden material y de alcance absoluto, y que impone que haya una adecuada correspondencia entre la gravedad del incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública y las consecuencias que se derivan de la comisión de hechos tipificados como infracción; y es, a la vez, un principio constitutivo en la determinación de las sanciones que procede imponer por la comisión de hechos tipificados como infracción administrativa.

Y no podemos eludir que, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no compete a este Alto Tribunal, en el marco de la resolución de un recurso de casación, por su carácter extraordinario, sustituir la apreciación de la Sala de instancia cuando ésta se pronuncia sobre el importe de las multas, en atención a los diversos factores de hecho que estime concurrentes en cada infracción, salvo que dicha apreciación vulnere, por sí misma, una regla imperativa de derecho. Lo contrario equivaldría a transformar el recurso de casación en un nuevo examen general de los hechos y de sus circunstancias para decidir si una multa en concreto, impuesta dentro de los límites legales, es más o menos proporcionada. A salvo casos de irracionalidad o arbitrariedad, las apreciaciones de este género que hagan las Salas de instancia deben prevalecer en casación.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los siete motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil BP OIL ESTACIONES SAU contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 636/2009 .

NOVENO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley matriz de esta jurisdicción, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ha de satisfacer a la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima de 4.000 mil euros a cada una de las tres partes recurridas.

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

Primero.- Que debemos declarar NO HA LUGAR al recurso de casación número **4502/2012**, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil BP OIL ESTACIONES SAU contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 636/2009 .

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

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 Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ