

Roj: **STS 2506/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2506**Id Cendoj: **28079130032015100171**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **02/06/2015**Nº de Recurso: **297/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 5326/2012,**
STS 2506/2015

SENTENCIA

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

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 297/2.013, interpuesto por CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A., representada por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 15 de noviembre de 2.012 en el recurso contencioso-administrativo número 607/2.009 , sobre expediente sancionador de la Comisión Nacional de la Competencia NUM000 .

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado; la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador D. David García Riquelme; y ARBIT, S.L.; ARPAROIL, S.L.; Jacinta ; ESTACIONES DE SERVICIO CAMPOL, S.L.; ESTACIÓN DE SERVICIO FERTOL, S.R.L.; FERVI, S.L.; GESDEGAS, S.L.; MARIGOMEZ DOMINGO, S.L.; JESÚS DÍAZ DÍAZ; JOANMI S.A.; JOSÉ CARLOS SANTIAGO QUINTELA, S.L.; MONT-SACRO, S.A.; MAXIGEL, S.L.; NIETO MATAS, S.L.; PETROLANDIA, S.L.; Agustín ; XUNQUEIRA, S.L.; Montserrat ; AIDATER, S.L.; BAILÉN, S.A.; ALORSA, S.L.; Patricia ; Arturo ; ESTACIÓN DE SERVICIO EL CONDADO, S.L.; CATALÁN LÓPEZ, S.A.; DISTRIBUCIONES SOTOS, S.L.; ESTACIÓN DE SERVICIO LA BAÑEZA, S.A.; ESTACIÓN DE SERVICIO SAN MILLÁN, S.L.; ESTEBAN, S.L.; FUTURGAS, S.L.; MORENO Y MUÑOZ E HIJOS, S.A.; PONPRE, S.A.; PUENTE SEGOVIA, S.L.; ESTACIÓN DE SERVICIO SARANJASSA, S.L.; SERTA, S.L.; SUMINISTROS Y SERVICIOS CALVIÁ, S.L.; DISTRIBUCIONES TAULA, S.L., y Sacramento , representados por el Procurador D. Alejandro Escudero Delgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 15 de noviembre de 2.012 , por la que se estimaba en parte el recurso promovido por Cepsa Estaciones de Servicio, S.A. -que posteriormente ha cambiado su denominación social por la de Cepsa Comercial Petróleo, S.A.- contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2.009, por la que se resolvía el expediente NUM000 (NUM001 de la Dirección de Investigación), imponiéndole una sanción de 1.800.000 euros por haber infringido el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

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

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A.**, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio de 2009, que se confirma en lo sustancial por su conformidad a Derecho, anulando el Dispositivo Décimo de la Resolución impugnada y condenando a la Administración a que publique a su costa la parte dispositiva de esta sentencia en los mismos medios a que haya tenido acceso al resolución impugnada e indemnizando a Cepsa los costes, previa acreditación de los mismos, que la orden de publicación le causó, confirmándose la resolución en cuanto al resto.

No se hace condena en costas."

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante y la Administración demandada presentaron sendos escritos preparando recurso de casación, los cuales fueron tenidos por preparados, respectivamente, por diligencias de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fechas 14 y 15 de enero de 2.013, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado las mismas al Abogado del Estado para que manifestara si sostenía su recurso de casación, habiendo presentado un escrito, al que acompaña la correspondiente autorización, por el que expresa que no lo sostiene, procediéndose a continuación por la Secretaría judicial a dictar decreto de fecha 2 de abril de 2.013 declarando desierto dicho recurso.

La representación procesal de Cepsa Comercial Petróleo, S.A. ha comparecido en forma en fecha 25 de febrero de 2.013 mediante escrito por el que interpone su recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, de los artículos 33.1 y 67.1 de la propia Ley de la Jurisdicción y del artículo 209.3ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia;
- 2º, que se basa en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución, del artículo 137.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de los artículos 37.1 y 40.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en relación con una sentencia de este Tribunal de 10 de diciembre de 2.009;
- 3º, también basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, del artículo 1.1 de la Ley 16/1989 y del artículo 4.1) del Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas;
- 4º, que se ampara en el mismo apartado del artículo 88 de la Ley jurisdiccional que el anterior, por infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, en conexión con el artículo 78 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y
- 5º, basado en el apartado 1.d) del reiterado precepto procesal, por infracción del artículo 130.1 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se estime el recurso de casación conforme a los motivos esgrimidos y, en consecuencia, se estime también íntegramente el recurso contencioso-administrativo en los términos en que se encontraba planteado en la instancia. Mediante otrosí solicita que, de estimarlo necesario la Sala, se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 29 de abril de 2.013.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado como parte recurrida, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que declare no haber lugar al mismo, desestimando los motivos y confirmando la sentencia recurrida, con imposición de las costas causadas al recurrente. Mediante otrosí expresa que considera innecesario el planteamiento de cuestión prejudicial solicitado por la recurrente.

También la representación procesal de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio ha presentado escrito oponiéndose al recurso de casación, en el que solicita que se desestime el recurso

planteado de contrario, confirmando en su integridad la sentencia impugnada. A través de otrosí manifiesta su desacuerdo con el planteamiento de cuestión prejudicial formulado por la parte recurrente.

El Procurador Sr. Escudero Delgado, en representación de Arbit, S.L. y demás sociedades y personas recogidas en el encabezamiento de esta resolución, ha presentado asimismo escrito de oposición al recurso de casación, que finaliza con el suplico de que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 5 de marzo de 2.015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 19 de mayo de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La mercantil Cepsa Comercial Petróleo, S.A. interpone el presente recurso de casación contra la Sentencia de 15 de noviembre de 2.012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. La Sentencia citada estimó en parte el recurso contencioso administrativo que la citada sociedad había entablado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2.009, que había declarado que Cepsa y otras compañías petroleras habían incurrido en conductas contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea. La citada resolución sancionadora intimaba a las sancionadas al cese de determinadas prácticas y les imponía multas en diversa cuantía, en concreto a la recurrente una multa de 1.800.000 euros, además de otras obligaciones complementarias. La estimación parcial de la Sentencia recurrida suponía anular la obligación de publicación de la resolución sancionadora costa de la recurrente, ordenando a la Administración a indemnizarle por los costes causados.

El recurso de casación se formula mediante cinco motivos, el primero de los cuales se ampara en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y los otros cuatro en el apartado 1.d) del mismo precepto procesal, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia.

En el primer motivo se aduce la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción, 209.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia, por falta de motivación e incongruencia omisiva, vicios que derivarían del hecho de que la Sentencia impugnada se apoya en la parcial transcripción de otra sentencia dictada en otro proceso distinto, sin que los fundamentos de la recurrida den respuesta a las pretensiones y alegaciones esenciales de la demanda de Cepsa.

En los cuatro motivos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional y basados en la infracción de las normas que se han indicado en los antecedentes se aduce la vulneración del derecho a la prueba en vía administrativa (segundo motivo), el carácter contrario al derecho de la competencia de determinadas cláusulas contractuales (tercer motivo), la errónea consideración de que los descuentos debían conducir a rectificar las facturas expedidas (cuarto motivo) y la ausencia de culpabilidad por parte de la recurrente por no resultar predecible la calificación de su conducta como anticompetitiva (quinto motivo).

SEGUNDO .- Sobre el primer motivo, relativo a la defectuosa motivación.

En el primer motivo Cepsa alega que la motivación de la Sentencia recurrida es defectuosa por una doble razón; por un lado, porque se apoya en los fundamentos de otra sentencia en los que no se da respuesta a las pretensiones y alegaciones esenciales de la demanda de la actora, y porque incurre en incongruencia omisiva al omitir cualquier valoración de la prueba practicada a instancias de Cepsa en el proceso.

La lectura de la Sentencia recurrida revela que efectivamente, la misma se refiere a partir de un determinado momento a un recurso distinto contra la misma resolución administrativa -en concreto el de BP-, lo que supone que la motivación es incongruente respecto a las pretensiones y alegaciones de la parte, por mucho que las cuestiones planteadas sean análogas, ya que la resolución de la Comisión de 30 de julio de 2.009 imputa a las tres sociedades sancionadas (Repsol, Cepsa y BP) la misma infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea.

Efectivamente, tras explicar el sistema contractual entre petroleras y gasolineras, el contenido de la citada resolución sancionadora y los alegatos de la mercantil Repsol, en los fundamentos 9 a 11, la Sentencia responde a las cuestiones planteadas en el recurso refiriéndose a BP, como si está fuese la actora en el procedimiento. Es verdad que en ocasiones se menciona a Cepsa (resaltando determinadas diferencias

entre BP y las otras dos petroleras, sobre todo en relación con la menor cuota de mercado de BP) y que, en cualquier caso y como ya se ha indicado, las alegaciones formuladas por las tres mercantiles sancionadas en sus respectivos recursos contencioso administrativos (que dan lugar a los recursos de casación 297/2.013 -Cepsa-, 658/2.013 -Repsol- y 4.502/2.012 -BP) son coincidentes en gran medida. Sin embargo, ello no evita que resulta inadmisibile que la respuesta que la Sentencia impugnada da a la recurrente en el presente procedimiento sea la dirigida originalmente a BP, sin la correspondiente justificación que explique la irrelevancia de las eventuales diferencias.

Debe pues estimarse el motivo y casar y anular la Sentencia recurrida.

TERCERO .- Sobre el planteamiento del recurso contencioso administrativo de Cepsa.

En aplicación de lo previsto en el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción , debemos resolver la litis en los términos en que viene planteada. La demandante funda su recurso contencioso administrativo en las siguientes alegaciones:

- 1) Indefensión por haberse inadmitido la prueba propuesto por Cepsa relativa a los descuentos locales o presenciales efectuados a sus clientes por las estaciones de servicio.
- 2) Error en el criterio de la resolución impugnada respecto de las relaciones contractuales entre las estaciones de servicio y Cepsa.
- 3) Inexistencia de la conducta imputada: Cepsa no ha fijado indirectamente el precio de venta al público a las estaciones de servicio de su red.
- 4) Ausencia de culpabilidad en relación con la conducta imputada.
- 5) Disconformidad a derecho de la orden de publicación contenida en el dispositivo décimo de la resolución impugnada.

En los siguientes fundamentos de derecho procedemos al examen de estas alegaciones.

CUARTO .- Sobre la indefensión en el procedimiento administrativo.

Entiende la parte recurrente que la denegación por la Comisión Nacional de la Competencia de la prueba relativa a los descuentos que las estaciones de servicio practican a los clientes era pertinente, y que su denegación por innecesaria le causó indefensión (apartado IV de la demanda). Esta alegación fue ya formulada en vía administrativa, y la resolución impugnada contesta a la misma en los siguientes términos:

" DECIMOPRIMERO.- Sobre la indefensión material por la negativa a admitir la prueba propuesta

Los escritos de conclusiones presentados por las partes centran numerosas de sus alegaciones en la situación de indefensión provocada por la denegación de determinadas pruebas solicitadas durante la tramitación del procedimiento.

Así REPSOL considera que el procedimiento sancionador está viciado de nulidad, de acuerdo con el Art. 62.1.a) de la LRJ-PAC , por infracción del derecho fundamental a la defensa en relación con la presunción de inocencia, al haberse producido en el mismo una denegación injustificada y contraria a derecho de las pruebas propuestas, lo que produce indefensión. Para Repsol, de acuerdo con el Art. 137 de la LRJ-PAC , el derecho a la prueba en el procedimiento sancionador, aun sin ser absoluto, tiene un radio mucho mayor que en un procedimiento administrativo normal (Art. 80 LRJ-PAC), y para denegar su proposición, no basta invocar (y argumentar) su carácter improcedente o innecesario, sino que sólo cabe inadmitir las pruebas que (por su relación con los hechos) no puedan (no sean susceptibles de) alterar la resolución final precisamente a favor del presunto responsable. Una prueba que le pueda beneficiar al inculpado "no debe ser rechazada jamás".

Por su parte CEPESA alega que la DI denegó inmotivadamente las pruebas propuestas en su escrito de alegaciones de 30 de julio de 2008, limitándose a señalar en el Informe Propuesta que consideraba innecesaria la práctica de las mismas, cuando la DI está obligada a motivar en todo caso las pruebas propuestas por los interesados (Resoluciones del TDC "Esquí Sierra Nevada" y "Ortopedias Andalucía). Esta deficiencia no ha sido superada en la fase de tramitación del expediente ante el Consejo, que ha denegado nuevamente las pruebas solicitadas por CEPESA. CEPESA se remite a las alegaciones al escrito de valoración de prueba de 4 de junio de 2009.

Por último, la representación de BP también considera que la denegación durante las sucesivas fases del expediente sancionador de la práctica de las pruebas periciales y documentales solicitadas provoca la más absoluta indefensión de BP por expresa infracción del artículo 24, 1 y 2 de la CE , habiendo sido tratada BP de forma desigual y discriminatoria y, por tanto, con infracción de los Arts. 9.2 y 3 , 14 y 24.1 de la CE .

El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.

La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, (STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podrá ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión. La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (STC 258/2007, de 18 de diciembre), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa".

De acuerdo con lo expuesto por este Consejo en su acuerdo de 2009, no puede considerarse que las pruebas denegadas a Repsol, Cepsa y BP supongan la indefensión planteada por las partes, ya que no pueden considerarse decisivas en términos de defensa. A pesar de sus extensas alegaciones las empresas imputadas no han logrado acreditar la indefensión material que les ha provocado la denegación de las pruebas propuestas. Como ha afirmado la AN en su citada sentencia de 16 enero 2008 "el examen de la resolución denegatoria de las pruebas no admitidas, y de la propia resolución sancionadora, pone de manifiesto, a juicio de esta Sala que efectivamente la recurrente ha razonado la relación entre las pruebas inadmitidas y su finalidad, en este caso, no probar hechos, sino privar de validez a otras "pruebas" sobre las que, al menos parcialmente, descansa el pliego de cargos. Sin embargo, no ha resultado razonado de modo convincente que la resolución del procedimiento hubiera sido absoluta si se hubieran practicado."

La base de los imputados para negar la conducta imputada está en que no existe fijación de precios, porque con respecto a los precios Máximos/recomendados por los OP las EESS tiene la facultad de aplicar descuentos con cargo a su comisión, y por tanto el PVP lo fijan ellas y no el OP. Como se deduce tanto de los hechos acreditados como de la fundamentación en la que el Consejo basa la presente resolución, es un hecho que formalmente las EESS pueden alejarse del precio máximos/recomendado por la OP, tal y como reconocieron los extintos SDC y TDC en las tantas veces citadas resoluciones de los expedientes NUM002 y RTDC NUM003 , por lo que ni la DI en la fase de instrucción, ni el Consejo en la fase de resolución de este expediente valoraron como necesario realizar unas pruebas para verificar lo que ya estaba en el expediente. La existencia de la fijación de precios que aquí se dirime está relacionada con la existencia de otras conductas que, estando bajo control de las OP, tienen el efecto de desincentivar el que la EESS fije un precio final inferior al fijado como máximo por el operador. Por ello, se denegaron todas aquellas pruebas que tenían por objeto probar la existencia material de los descuentos. Y de igual forma se denegaron aquellos documentos que tenían por objeto demostrar la adaptación puntual de algún contrato al nuevo Reglamento. [...]"

Más adelante, la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia efectúa una valoración de la relevancia de los descuentos en la infracción imputada en el fundamento decimocuarto, que se refiere a "los factores que inciden en la fijación indirecta del precio". En el último apartado del mismo se afirma:

" La aplicación de descuentos sobre el precio máximo/recomendados

Está acreditado en el expediente que los titulares de EESS pueden realizar descuentos sobre el precio máximo/recomendado que les comunica su OP. Razón por la que se han denegado todas aquellas pruebas que tenían por objeto demostrar la existencia de tal figura y que ésta efectivamente se aplica. Estos descuentos pueden ser realizados de forma independiente por el titular de la EESS con cargo a su comisión, o pueden ser compartidos con el OP. Respecto a la primera de las fórmulas no consta en el expediente información cuantitativa alguna que permita tener una idea de la incidencia de esa figura, tan solo un reducido número de declaraciones de titulares de EESS que reconocen hacerlos, aunque de forma muy esporádica. Respecto a la segunda de las vías, la del descuento compartido con el OP, éste se instrumentaliza básicamente a través de las Tarjetas Propias (SOLRED, CEPESA CARD,...). Consta en el expediente que la mayoría de las EESS aceptan estar tarjetas. Una tercera opción es la de aplicación de descuentos que no suponen ninguna reducción de la comisión del titular de la EESS, pues todo el descuento es soportado por el OP.

Los imputados pretenden que el hecho de que puedan hacerse descuentos con cargo a la comisión, y que las OP realicen descuentos a través de las tarjetas de fidelización es suficiente como para afirmar que los precios máximos/recomendados no son los realmente aplicados por las EESS y por tanto no puede concluirse que

dichos precios máximos/recomendados constituyan indirectamente una fijación de precios que excluiría el acuerdo entre OP y EESS de la exención cubierta por el Reglamento, debiendo ser analizado bajo la legislación de competencia.

Este Consejo considera que el precio que debe tomarse como referencia para valorar si una determinada EESS está aplicando o no los precios máximos/recomendados es el precio de venta al público que aparecen en el surtidor y en el monolito, pues es éste el precio que observa cualquier consumidor que accede a las EESS, y es sobre este parámetro sobre el que toma sus decisiones de consumo. Incluso aún 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 ese sobre el que le aplicarán el descuento. Descuento que le aplicarán incluso si la EESS en la que se encuentra ha decidido aplicar un precio de venta al público por debajo del precio máximo/recomendado. En este último caso el cliente se beneficiaría del descuento y de la reducción de precios que el titular de la EESS hubiese aplicado sobre los precios máximos/recomendados.

La fundamentación expuesta en el presente FD, que motiva por qué y cómo se produce el desincentivo en las EESS a apartarse de los precios máximos/recomendados marcados por los OP, da contestación a todas aquellas alegaciones que se basan en que la DI no habría probado la existencia de presiones o incentivos en los términos del artículo 4.a) del Reglamento."

En primer lugar, no hay duda de que la denegación de prueba en vía administrativa puede ocasionar indefensión, con independencia de lo que pueda ocurrir posteriormente en vía judicial. Esta Sala ha admitido tal criterio, pues la denegación de prueba por la Administración puede situar al recurrente en una posición de incapacidad de acreditar sus alegaciones y conducir a una resolución sancionadora o desfavorable que no se habría producido de practicarse la prueba. De producirse tal indefensión en vía administrativa, su relevancia en la posterior revisión judicial puede ser muy diversa en función de las concretas circunstancias del caso, sin que puedan hacerse afirmaciones de carácter general, y bien puede conducir tanto a la retroacción al procedimiento administrativo como a una resolución sobre el fondo del órgano judicial. Basta lo anterior, sin embargo, para que resulte procedente examinar esta queja, con independencia del hecho de que dicha prueba fue solicitada y practicada en vía judicial. De lo que se trata ahora es de valorar si la denegación de la misma ocasionó o no indefensión a la recurrente en el expediente sancionador que no pudiera considerarse subsanada en el posterior procedimiento judicial.

Pues bien, a la vista de las razones ofrecidas en la resolución impugnada sobre la denegación de la prueba relativa a la importancia cuantitativa de los descuentos ofrecidos por las gasolineras a los clientes y sobre la relevancia de dicho factor en la conducta imputada podemos concluir que la denegación de dicha prueba no ha causado indefensión a la recurrente.

La conducta por la que se sanciona a las tres petroleras es la previsión de determinadas cláusulas contractuales entre las operadoras y las gasolineras y la comisión de determinadas prácticas encaminadas a desincentivar la separación de los precios recomendados por parte de las estaciones de servicio. Y, tal como se explica en la resolución sancionadora, el precio que la Comisión considera relevante es el precio de venta al público en los surtidores y en el monolito de precios, pues este es el parámetro básico sobre el que el consumidor adopta mayoritariamente sus decisiones, con independencia de eventuales descuentos que pudiera recibir, incluso si es titular de una tarjeta que los aplique.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la sanción se impone por la constatación de un alineamiento de los precios de venta al público ofrecidos en monolitos y surtidores, que para el criterio del regulador suponía una conducta incurso en la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea, es evidente que la mayor o menor incidencia de los descuentos practicados en las estaciones de servicio resultaba de importancia marginal, ya que la cuestión residía en verificar si los referidos precios de venta al público iniciales (en el monolito y en los surtidores) eran globalmente coincidentes o no. Pues bien, en el marco de dicho planteamiento, es comprensible la denegación de la prueba propuesta por Cepsa y es claro que la recurrente no ha sufrido perjuicio o indefensión por dicha denegación. Bajo el criterio del regulador, aunque hubiera habido una incidencia alta de descuentos ello no invalidaba la existencia de un alineamiento anticompetitivo de los precios iniciales ofrecidos al público.

Otra cosa es, naturalmente, la corrección o no del citado planteamiento, pero esto lo hemos de examinar en la cuestión de fondo, si la conducta de las petroleras era o no efectivamente anticompetitiva, que es analizada en el próximo fundamento de derecho. Pero en la queja que ahora valoramos, si la referida denegación de prueba le causó a la parte indefensión en la fase administrativa la respuesta es negativa. Tanto más cuanto que dicha prueba se admitió y practicó en vía judicial, por lo que podemos valorarla con propio criterio la relevancia de dicho factor relativo a los descuentos para la consideración de si la conducta de la recurrente era merecedora o no de la sanción impuesta.

QUINTO .- Sobre las relaciones con las estaciones de servicio y la fijación indirecta del precio.

Examinaremos de forma conjunta las dos siguientes alegaciones, pues están estrechamente relacionadas al versar ambas, aunque con diferente planteamiento, sobre si hubo o no conducta anticompetitiva. Así, en su segunda alegación (apartado V de la demanda) la mercantil Cepsa aduce que la errónea interpretación por parte de la Comisión Nacional de la Competencia de las relaciones contractuales entre petroleras y estaciones de servicio ha conducido a la declaración de ilicitud de determinadas cláusulas contractuales efectuada en los dispositivos tercero y cuarto de la resolución sancionadora. En la tercera alegación (apartado VI de la demanda), Cepsa sostiene que ni ha presionado para evitar la práctica de descuentos ni los ha desincentivado, lo que resultaría probado tanto por el hecho de que -en contra de lo que afirma la Comisión Nacional de la Competencia- no existe un precio fijo del mercado, como porque los factores que el regulador considera desincentivadores no lo son.

1. a) En relación con las cláusulas de los contratos entre Cepsa y las gasolineras de su red, Cepsa sostiene que, de conformidad con el derecho comunitario (Reglamento comunitario 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1.999, las Directrices relativas a las restricciones verticales de 2.010 aprobadas por la Comisión, y la Comunicación de la Comisión sobre los mismos, así como la jurisprudencia comunitaria que cita - Sentencia de 1 de octubre de 1.987, asunto 311/85 , y otras), dichos contratos habrían de calificarse como de agencia no genuina, en el que los agentes están sometidos a un precio de venta máximo y son remunerados mediante una comisión, pero pueden fijar el precio de venta con libertad por debajo de ese precio máximo y aplicar descuentos con cargo a dicha comisión.

En ese marco contractual, la recurrente considera que los apartados tercero y cuarto de la parte dispositiva son contrarios a derecho por cuanto declaran la ilicitud de las cláusulas contractuales referenciadas en ellas, lo que resulta contradictorio con que en la resolución sólo se razona sobre que existen una serie de prácticas que, en un determinado contexto de mercado, producen efectos anticompetitivos. En definitiva, afirma, partiendo de la posibilidad de que las estaciones de servicio realicen descuentos con cargo a su comisión, no resulta correcto considerar que las cláusulas en las que se toma como referencia la situación del entorno para fijar de forma competitiva el precio de transferencia o el margen del operador sean *per se* contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia o al 81 del Tratado de la Comunidad Europea. Así, dicha referencia al entorno ha sido considerada plenamente legal por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2.009 (C-260/07 , Pedro IV vs. Total España), en la que el Tribunal afirma que la forma en que se determinan los precios de transferencia que la estación de servicio paga al operador no afecta a la competencia.

1. b) En su tercera alegación Cepsa parte del hecho de que en el sector existe un elevado número de descuentos y que no es cierto que exista un alto grado de seguimiento de los precios máximos/recomendados; por último, afirma, tampoco ha habido actos encaminados a provocar ese alineamiento de precios, los cuales, en cualquier caso, ni tuvieron efecto ni hubieran podido tenerlo.

En cuanto a los precios de transferencia (los que abona la estación de servicio a Cepsa) la recurrente afirma que no sólo se tienen en cuenta los precios de los competidores del entorno, sino también los precios mayoristas, la ubicación de la estación, la evolución de las ventas, márgenes y cuotas de mercado de la estación y los servicios añadidos de la misma. Y de todos esos factores se obtiene un precio optimizado para cada estación que es el que se comunica como máximo o recomendado. Sostiene que incluir el precio de las estaciones del entorno es un factor habitual y que responde a criterios de racionalidad económica, no a la finalidad de desincentivar la realización de descuentos. Admite sin embargo Cepsa que la comunicación de un precio óptimo en el que se tome en cuenta la situación competitiva del entorno puede producir un cierto desincentivo para su modificación, aunque considera que dicho efecto es positivo para la competencia y para los consumidores al evitar los aumentos inmoderados de precio.

Seguidamente rechaza la incidencia anticompetitiva de diversos factores. Así, a) señala que hace tiempo ha dejado de fijar el mismo nivel de márgenes y comisiones que otras estaciones de la red de Cepsa en la misma o similar situación; b) rechaza que se esté fijando un precio mínimo si la comisión del distribuidor es la diferencia entre el precio de transferencia o adquisición del combustible, ya que dicha circunstancia se debe a la simple racionalidad económica; c) rechaza que el sistema de comunicación de precios (muy destacadamente la incorporación del precio máximo/recomendado en los terminales de pago) tuviese como efecto la no modificación de los precios máximos recomendados, ya que dicho precio podía modificarse de manera general una vez comunicado por vía informática; d) niega que el desconocimiento por la estación de servicios de los descuentos incorporados a la tarjeta de fidelización desincentive la realización de descuentos con cargo a su comisión; y e) rechaza las consideraciones de la resolución impugnada sobre el tratamiento fiscal a los efectos del I.V.A., puesto que el mismo no es electivo, sino el que legalmente corresponde.

Concluye la mercantil actora que para que hubiera una infracción del derecho de la competencia no bastaría con un mayor o menor seguimiento de los precios máximos o recomendados, sino que sería preciso que hubiera incentivos directos o medidas coactivas.

2. La argumentación de Cepsa que se acaba de resumir respecto a estas dos alegaciones no puede ser aceptada. Resulta innecesario extenderse, como hace la actora, sobre los tipos de contratos de agencia o al párrafo 44 de las directrices sobre restricciones verticales (en respuesta a determinadas consideraciones de la resolución sancionadora). En efecto, no está en duda, en definitiva, que nos encontramos ante contratos de agencia no genuinos en el que si bien las petroleras pueden indicar un precio máximo o recomendado que comprende el precio de adquisición o de transferencia (lo que la estación de servicio paga al operador por la adquisición del combustible) y la comisión o el descuento -según la concreta modalidad contractual- que corresponde a la estación de servicio, aquéllas no pueden fijar un precio final o uno mínimo. En efecto, a pesar de operar mediante comisión o descuento, el distribuidor actúa con independencia económica y asume riesgos empresariales, pues puede actuar libremente a la baja sobre su comisión o descuento, de forma que puede competir con el resto de gasolineras mediante eventuales descuentos sobre su propia comisión o descuento en la venta al consumidor final.

Pues bien, en este marco contractual, lo que la resolución impugnada imputa a las petroleras sancionadas es que un conjunto de prácticas llevadas a cabo a partir del complejo entramado contractual tejido por las petroleras con las gasolineras de su red, han supuesto una fuerte desincentivo a que éstas hayan modificado a la baja a costa de su comisión o descuento el precio máximo/modificado comunicado por la operadora. De esta manera, dichas prácticas han llevado, con plena consciencia e intencionalidad de las petroleras, a que las estaciones de servicio no se hayan separado de los precios máximos/recomendados, de forma que determinadas cláusulas, en consonancia con las referidas prácticas, han convertido de hecho dichos precios máximos/recomendados en precios fijos. En definitiva, aunque sea de manera indirecta, las operadoras petrolíferas habrían fijado el precio final, incurriendo con ello en infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea.

La Comisión llega a esta conclusión a partir de dos consideraciones, una primera sobre apreciación de hechos probados y otra segunda sobre valoración de las prácticas llevadas a cabo por las operadoras petroleras, tal como se manifiesta en el fundamento de derecho decimoquinto de la resolución sancionadora.

En cuanto a los hechos, considera probado que el nivel de seguimiento de los precios máximos/recomendados por parte de las estaciones de servicio, dentro de cada una de las redes de Cepsa, Repsol y BP, es muy elevado: más del 95% de Cepsa, del 91% de Repsol y del 75% de BP. Esta Sala asume también que los datos expuestos en el antecedente de hecho 10 de la citada resolución acredita ese elevado seguimiento de los referidos precios máximos/recomendados. Y, aunque hay que recordar que la prohibición de conductas anticompetitivas establecida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que las mismas hayan producido efectos, sino que basta que sean idóneas para producirlos, no cabe duda de que la constatación de ese elevado grado de seguimiento constituye una prueba de que los precios máximos/recomendados han operado en la práctica en la mayor parte de los casos como un precio fijado de antemano por las petroleras.

En lo que respecta a las prácticas desarrolladas por Cepsa y las restantes petroleras es preciso advertir que lo esencial a la hora de verificar si han incurrido en una conducta contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 91.1 del Tratado de la Comunidad Europea es si las prácticas llevada a cabo, en el marco contractual al que ya se ha hecho referencia, han sido actuaciones que han podido tener efectos anticompetitivos -o que los han tenido en la práctica-, bien haya sido con la finalidad deliberada de alcanzar tales efectos, bien simplemente con el conocimiento de que podían acarrear tales efectos anticompetitivos.

En el fundamento jurídico decimocuarto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia justifica que determinados factores que dependen de las petroleras, bien plenamente bien en parte, han significado una fijación indirecta de los precios. En el fundamento decimoquinto la resolución sancionadora lo resume de la siguiente forma:

"[...] En segundo lugar el FD Decimoquinto del Consejo ha fundamentado que esa fijación indirecta de precios es el resultado d una serie de factores que dependen total o parcialmente de la actitud de los OP, y que tienen como efecto un claro desincentivo al Titular de la EESS para que fije sus precios por debajo de los precios máximos/recomendados que le marca su proveedor. Estos factores bajo control directo del OP son: (i) el establecimiento de los precios de venta al público máximos/recomendados en función de los precios de venta al público de los competidores del entorno; (ii) el compromiso de que las comisiones/márgenes que se le aplicarán serán del mismo nivel que las de sus competidores; (iii) el sistema de comunicación de precios máximo/recomendados, que de forma automática se instala en los Terminales de Pago de Tarjetas Propias y (iv) el hecho de que el descuento compartido en las tarjetas de fidelización sea desconocido por la EESS.

Existen además otros factores que si bien no puede concluirse que dependan, como los citados anteriormente, totalmente del operador, sí que aprecia el Consejo una posición activa por parte del OP a la hora de incentivar su aplicación. Entre estos últimos factores están (i) el uso de los sistemas de comunicación entre OP y EESS y los sistemas mecánicos de emisión de tickets, por los que los precios máximos/recomendados son los que se instalan por defecto en los TPV y surtidores, debiendo hacer cambios manuales cada vez que el Titular de la EESS quiere aplicar un precio distinto al que le han fijado o recomendado; (ii) la invitación del OP al Titular de la EESS a delegarle sus obligaciones de emisión de facturación mediante el uso de la denominada autofactura; y (iii) la insistencia de los OP a que los Titulares opten por un sistema de tratamiento fiscal que desincentive la aplicación de precios inferiores a los precios máximos/recomendados. Encuentra pues el Consejo que existe una probada causalidad necesaria en toda prueba de presunciones, si esta fuese necesaria, pues la infracción (la fijación de precios que prueba el elevado seguimiento de precios que realizan las EESS) se deduce, *a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano*, de los hechos que acaban de exponerse. [...]"

Pues bien, esta Sala considera que las actuaciones reseñadas por la Comisión y su naturaleza y efectos, tal como han sido examinadas y descritas en el fundamento catorce de la resolución impugnada constituyen una serie de prácticas que, apoyadas en determinadas cláusulas contractuales, responden a un objetivo coordinado de disuadir o dificultar a los titulares de las estaciones de servicio de separarse del precio máximo/recomendado, lo que supone una conducta encaminada a la fijación indirecta de los precios de las estaciones de servicios que actúan -o deben actuar- con plena autonomía económica. Ello constituye una práctica anticompetitiva en relaciones verticales contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea.

En relación con algunos concretos argumentos expuestos por la recurrente en el apartado VI de su demanda cabe señalar lo siguiente. En cuanto a la no existencia de precios fijos, ya nos hemos referido asumiendo la declaración probatoria contenida en la resolución sancionadora en relación con el seguimiento abrumadoramente generalizado de los precios máximos/recomendados por parte de las estaciones de servicio. Respecto a la alegada inexistencia de presiones o incentivos, hemos de reiterar que lo que se sanciona es un conjunto de prácticas que cabe calificar como desincentivos (dificultar o utilizar procedimientos que suponen que la modificación de los precios recomendados implica un mayor esfuerzo o coste, asociación de éstos a una máxima competitividad en el entorno, etc.), no tanto a presiones directas sobre los titulares de estaciones de servicio, sin que sea preciso, en contra de lo que afirma la recurrente, que haya tales presiones directas para que pueda calificarse una conducta de anticompetitiva. En cuanto al sistema de comunicación de precios máximos/recomendados esta Sala asume que aunque no impidan la modificación de los mismos -una tal imposibilidad constituiría, por sí misma, una fijación directa de precios-, sí constituye un procedimiento que opera como un claro desincentivo a la aplicación de descuentos que requieren dicha modificación. A la vista de todo lo anterior, resulta ya innecesario entrar en los aspectos fiscales relacionados con el sistema de autofactura, respecto al que basta señalar que todo lo que pueda suponer modificación de trámites ya realizados por los operadores a partir de los precios máximos/recomendados supone un desincentivo para que las estaciones de servicio se separen de tales precios.

Hemos de efectuar finalmente una referencia a la alegación que la actora hace en torno a las cláusulas que la resolución sancionadora ha calificado como contrarias a derecho en los apartados tercero y cuarto de la parte dispositiva de la resolución sancionadora. Las citados apartados dicen así:

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

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

Pues bien, en definitiva resulta irrelevante decidir sobre si tales cláusulas son *per se* admisibles o no. Del tenor de la resolución impugnada se deriva que lo que ha sido declarado contrario a derecho es el conjunto de prácticas, algunas de ellas apoyadas en las cláusulas que se ha reproducido, razón que conduce a la calificación de las mismas como anticompetitivas. Pues lo que ha constatado el regulador es que referenciar el precio de adquisición del combustible de las estaciones de servicio a las operadoras petroleras y las comisiones y márgenes de aquéllas a los de las del entorno, junto con el resto de prácticas que se han

mencionado, tienen como efecto la fijación indirecta de los precios de combustible que ofrecen las gasolineras al consumidor final. Así pues, no se puede descartar que cláusulas análogas en un contexto distinto o no acompañadas de algunas de las restantes circunstancias o prácticas presentes en el supuesto actual pudieran ser admisibles desde la perspectiva competencial y, por tanto, no resultar contrarias a los citados artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea; sin embargo, tal posibilidad resulta irrelevante para el enjuiciamiento del presente procedimiento.

Como consecuencia de todas las consideraciones anteriores hemos de rechazar, por tanto, los dos alegatos de Cepsa examinados en el presente fundamento de derecho.

SEXTO .- Sobre la culpabilidad en relación con la conducta imputada.

Entiende la mercantil recurrente que falta en el supuesto de autos el elemento subjetivo de culpabilidad indispensable en derecho sancionador, ya que no resultaba predecible que su conducta pudiera ser calificada como disconforme a derecho. En su opinión resultaba completamente imprevisible que pudiera imponerse una sanción por conductas que se reconocen lícitas pero a las que se atribuye un efecto anticompetitivo por su concurrencia con otras de las que Cepsa no sería responsable "como el régimen fiscal aplicable o la mayor o menor acción competitiva libremente acometida por los titulares de las estaciones de servicio".

No es posible aceptar semejante argumentación. Tal como se comprueba de manera indubitada con la lectura de los fundamentos de derecho decimocuarto y decimoquinto de la resolución sancionadora, el conjunto de prácticas es más amplio que el aludido por Cepsa en su argumentación y dichas prácticas sí son imputables, en algunos casos íntegramente, en otros en parte, a las operadoras petroleras sancionadas. Y, en cuanto a los dos concretos elementos mencionados, por un lado en ningún caso se pone en cuestión el régimen fiscal aplicable, sino la forma concreta de cumplimentar las obligaciones fiscales; y, por otro, no está en cuestión la libertad competitiva de las estaciones de servicio en cuanto tal, sino una actuación de las operadoras petroleras que en todo caso tiene un claro efecto disuasorio de la modificación de los precios máximos/recomendados.

Dicho esto, es claro que no es posible admitir la ausencia de culpabilidad que aduce la actora. En efecto, en primer lugar hay que partir de que nos encontramos con una serie de cláusulas y prácticas que, en contra de lo que afirma la recurrente, dependen de su voluntad en tanto que operadora con una red de estaciones de servicio abanderadas. No es pues una situación en que se haya producido un resultado derivado de datos y factores económicos más allá de la voluntad de dicha operadora.

Y, en segundo lugar, la Sala considera que la naturaleza de tales cláusulas y prácticas, tal como se deduce del examen efectuado en los apartados decimocuarto y decimoquinto de la resolución sancionadora y hemos apreciado en el fundamento de derecho anterior, evidencian una finalidad encaminada a desincentivar que los titulares de las estaciones de servicio no se separen del precio máximo/recomendado. Y tal objetivo claramente anticompetitivo, en la medida en que tiende, aunque sea de manera indirecta, a fijar los precios ofrecidos por las gasolineras, es asumido por las empresas sancionadas, que no pueden escudarse en una supuesta creencia en la legalidad de su conducta, que no deriva de una práctica aislada, sino de un conjunto coherente de ellas, derivadas de su propia capacidad de decisión y encaminadas al mismo objetivo.

Debe pues desestimarse la alegación de falta de elemento subjetivo de la culpabilidad.

SÉPTIMO .- Sobre la disconformidad a derecho de la orden de publicación

En el último fundamento de su demanda la mercantil recurrente sostenía la improcedencia de la imposición de la publicación a su costa de la resolución impugnada en dos diarios de información general, obligación contenida en el apartado décimo de la parte dispositiva de la resolución impugnada. La Sentencia que hemos casado y anulado había estimado esta alegación en los siguientes términos:

" **13.** Por último la actora alega la nulidad del Dispositivo Décimo de la Resolución impugnada, en cuanto que **ordena la publicación** en el plazo de dos meses y a costa de la propia actora de la Resolución; y ello no sólo como consecuencia de la anulación total o parcial de los demás pronunciamientos de la Resolución, sino también autónomamente, aunque aquéllos se mantuvieran, por carecer ese mandato de base legal o reglamentaria.

En efecto, debemos tener en cuenta que, tal y como se alega **del distinto régimen que en materia de publicación resoluciones sancionadoras existe en la LDC 2007 respecto de la LDC 1989 y a la circunstancia de que, pese a ser aplicable, como se verá, el previsto en la LDC 2007, la Administración esté aplicando el anterior o, mejor dicho, esté aplicando simultáneamente ambos regímenes de forma indebida**

La Sala ha resuelto la cuestión en el sentido propuesto por la actora en la sentencia recaída en el Rec. 204/2010 en los siguientes términos:

" **OCTAVO:** Finalmente y en cuanto a la improcedencia de la imposición de la medida de publicación de la resolución impugnada en el BOE y en dos diarios de información general, tiene razón el recurrente cuando señala que la legislación aplicable es la contenida en la LDC de 2007 que en su artículo 27.4 establece que "4. Las resoluciones, acuerdos e informes se harán públicos por medios informáticos y telemáticos una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores.

A su vez el artículo 69 del mismo Texto señala que "Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley , su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida.

El RD 261/08 dispone en su artículo 23 que "1.- Conforme al artículo 27 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , los acuerdos, resoluciones e informes de la Comisión Nacional de la Competencia que se dicten en aplicación de la normativa de Defensa de la Competencia, serán publicados en la página web de la Comisión Nacional de la Competencia (www.cncompetencia.es), una vez notificados a los interesados. 2.- La publicación a la que se refiere el apartado anterior se efectuará tras resolver, en su caso, los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores.

Por tanto no existiendo ninguna previsión acerca de que una resolución sancionadora de la CNC pueda ordenar una publicación en el BOE y en dos diarios a costa de la empresa sancionada y teniendo en cuenta el criterio mantenido por el Tribunal Supremo de que el régimen de publicidad de una resolución sancionadora, habida cuenta de que su naturaleza no es propiamente la de una sanción, se rige por la norma vigente al tiempo de dictarse dicha resolución (STS 21 de julio de 2009, recurso de casación unificación de doctrina 507/08 , Ponente Sr. Bandrés)."

Y a idéntica conclusión hemos de llegar aquí con la consiguiente estimación de este motivo de recurso." (fundamento jurídico 13)

En la medida en que la incongruencia apreciada por esta Sala y que ha conducido a la casación de la Sentencia impugnada no afecta a esta cuestión, dicha estimación debe ser respetada, sin necesidad de proceder a su examen, pues en ningún caso podría ser invalidada sin incurrir en *reformatio in peius* .

OCTAVO .- Conclusión y costas.

De conformidad con lo expuesto en el fundamento de derecho segundo, procede casar y anular la Sentencia impugnada. Y resolviendo la litis en los términos en que viene planteada, según ordena el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción , debemos estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la sociedad mercantil Cepsa Comercial Petróleo, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2.009, por la que se resolvía el expediente NUM000 , anulando el punto décimo de la parte dispositiva de la resolución impugnada por las razones expresadas en el fundamento de derecho séptimo de esta Sentencia. Y, de acuerdo con lo razonado en los fundamentos de derecho tercero a sexto, se desestima el recurso en todo lo demás.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , no se hace imposición de costas.

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

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Cepsa Comercial Petróleo, S.A. contra la sentencia de 15 de noviembre de 2.012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 607/2.009 , sentencia que casamos y anulamos.

2. Que ESTIMAMOS EN PARTE el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Cepsa Comercial Petróleo, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2.009, por la que se resolvía el expediente NUM000 , y ANULAMOS el punto décimo de su parte dispositiva, condenando a la Administración a que publique a su costa la parte dispositiva de esta sentencia en los mismos medios a que haya tenido acceso la resolución impugnada e indemnizando a Cepsa Comercial Petróleo,

S.A. los costes, previa acreditación de los mismos, que la orden de publicación le causo, confirmándose la resolución impugnada en cuanto al resto.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ