

Id. Cendoj: 28079130032012100391
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 03/07/2012
Nº de Recurso: 1029/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación pues la parte recurrente fundamenta su motivo no tanto en discutir las afirmaciones de la Sala de instancia, sino que razona sobre otros aspectos del litigio de fondo, en particular sobre la supuesta persistencia de la práctica de fijación ilegítima de precios por Repsol. Así, el motivo debe rechazarse por las siguientes razones. Respecto a las consideraciones preliminares, porque el razonamiento de la Sala en cuanto a las modificaciones contractuales de que Repsol renunciaba a determinados derechos, no es contradictorio con que tal renuncia sea forzosa, en ejecución de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia: antes al contrario, la Sala de instancia emplea el argumento para justificar la viabilidad de efectuar unilateralmente tales cambios, en la medida en que son en interés público y sin perjuicios a terceros. Respecto a las afirmaciones relativas a la fijación de precios y frente a lo que sostiene la parte, la jurisprudencia señala que la mera indicación de precios recomendados no resulta contraria a la competencia, siempre que no se vea acompañada de un control efectivo de su cumplimiento en los contratos de reventa.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Julio de dos mil doce.

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 1.029/2.009, interpuesto por la ASOCIACIÓN GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador D. Roberto Sastre Moyano, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 5 de diciembre de 2.008 en el recurso contencioso-administrativo número 409/2.006 , sobre declaración de ejecución de resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (expte. 490/00).

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por

el Sr. Abogado del Estado, y REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., representada por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez.

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 5 de diciembre de 2.008 , desestimatoria del recurso promovido por la Asociación Gestores de Estaciones de Servicio contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 17 de julio de 2.006. Por dicha resolución se declaraba ejecutada la resolución del mismo organismo de 11 de julio de 2.001 dictada en el expediente 490/00 (1986/99 del Servicio de Defensa de la Competencia), y se decidía no imponer a Repsol la multa coercitiva con la que se le había apercibido en otra resolución de 19 de abril de 2.006.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 28 de enero de 2.009, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Asociación Gestores de Estaciones de Servicio ha comparecido en forma en fecha 11 de marzo de 2.009, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 19/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando un único motivo por infracción del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Unión Europea y del artículo 1 de la Ley 16/89, de 17 de julio ,de Defensa de la Competencia , así como por infracción de la jurisprudencia, en relación con el artículo 6 del Código Civil .

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia disponiendo casar y anular la recurrida, por ser contraria a Derecho, y en su lugar declarar no ser conforme a derecho la resolución de ejecución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 2.005.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley de la Jurisdicción.

Igualmente se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia definitiva por la que se acuerde la desestimación íntegra del recurso contencioso-administrativo, con condena en costas a la parte recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 9 de abril de 2.012 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 19 de junio de 2.012, 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 Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio (AGES) impugna en casación la Sentencia de 5 de diciembre de 2.008 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional . La Sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso administrativo que había entablado la citada Asociación contra la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 2.006, que declaró ejecutada en sus propios términos la resolución anterior del propio Tribunal de 19 de abril de 2.006 en materia de conductas anticompetitivas sobre los precios de carburantes.

La Sentencia impugnada justifica el fallo desestimatorio en las siguientes razones:

" **PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 17 de julio de 2006, por la que se declara ejecutada en sus propios términos la Resolución de 11 de julio de 2001, dictada en el expediente 490/00.

La actora discrepa de la anterior decisión por entender que la citada Resolución no ha sido ejecutada correctamente.

SEGUNDO : La Resolución cuya ejecución se nos somete, declaró contraria a la libre competencia la práctica de REPSOL de fijar precios de venta al público a los distribuidores de sus productos, en los contratos de comisión o agencia que se consideraron irregulares al atribuir a los titulares de las estaciones de servicio los riesgos y responsabilidades sobre los productos suministrados, y que, en tales contratos, deben corresponder al principal. La Resolución entendió que tales contratos lo eran de venta para su reventa, y que, por ello, REPSOL no podía finar en ellos precios de venta al público.

Quedaban pues excluidos los 1.- contratos de venta en que REPSOL no fijaba precios, y 2.- los de agencia o comisión en los que REPSOL asumía el riesgo.

Se constata que REPSOL ha realizado las siguientes actuaciones:

1.- En contratos de larga duración (1.350) ha modificado unilateralmente sus cláusulas, suprimiendo las que le facultaban para fijar los precios de venta al público, estableciendo precios de referencia para fijar las comisiones y asumiendo el riesgo como propietario de las mercancías, lo que supone convertir los contratos en contratos de comisión pura.

2.- En contratos de duración igual o inferior a cinco años (700), ha dado opción a los titulares de las estaciones para convertir los contratos en contrato de venta para reventa pura, y, respecto de aquellos que no lo han aceptado, los ha convertido en contratos de comisión pura.

Hemos de señalar que la Resolución que se ejecuta no estableció un tipo contractual concreto, sino que declaró contraria a la libre competencia los contratos que, no siendo de comisión o agencia, daban lugar a la fijación de precios de venta al público por REPSOL.

Por ello hemos de señalar desde ahora que la modalidad contractual no fue objeto de pronunciamiento por parte de la Resolución que se ejecuta, y por ello queda fuera del

ámbito de la ejecución.

TERCERO : La cuestión central que se discute en la demanda es la relativa a la posibilidad de REPSOL de modificar de forma unilateral los contratos afectados por la prohibición declarada en la resolución sancionadora.

Como correctamente señala el Sr. Abogado del Estado, no nos encontramos propiamente ante una novación contractual unilateral, sino ante la eliminación de unas cláusulas declaradas contrarias a la libre competencia. Para tal adaptación la sancionada, que es por otra parte a la que la Resolución le intima a cesar en la práctica, ha renunciado unilateralmente a derechos que le venían reconocidos contractualmente, la fijación de precio de venta al público y la exoneración de riesgos en relación a las mercancías, bien de forma unilateral, bien dando opción a los titulares en los contratos de corta duración.

Esta mecánica es admisible en Derecho, pues la renuncia a los derechos reconocidos se admite por nuestro Código Civil, artículo 6.2 :

" La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros "

En el presente caso, la renuncia no sólo no es contraria al orden público sino que tiene la finalidad de poner fin a una conducta contraria a él y no perjudica a terceros pues se limita a asumir riesgos en beneficio de la otra parte contractual y a abstenerse de fijar los precios de venta al público.

La Resolución impugnada se ha limitado a constatar que tal renuncia de derechos es apta para la cesación de la conducta anticompetitiva.

Hemos de señalar desde ahora dos cuestiones:

1.- el expediente de cumplimiento sigue abierto ante el Servicio, por ello un posible incumplimiento puede ser denunciado ante el mismo, pues la Resolución que nos ocupa se limita a señalar que la renuncia de derechos reconocidos en contrato por parte de REPSOL, ha adaptado esos contratos a la Ley 16/1989, y

2.- Si, como consecuencia de esta renuncia de derechos por parte de REPSOL, las partes en los contratos entienden que se ha producido una novación contractual respecto de la cual no consientes, habrán de acudir a la jurisdicción civil para dirimir lo que supone una relación contractual individual, que no es objeto de la Resolución impugnada ni es competencia del TDC (hoy CNC) dirimir.

Efectivamente, lo que subyace en la demanda es la discrepancia con las formas contractuales adoptadas en ejecución de la Resolución que nos ocupa, pero ello no es cuestión que pueda resolverse en ejecución de la Resolución del TDC ni por la CNC, sino que es necesario acudir a las vías civiles para dirimir los conflictos que las relaciones contractuales provoquen.

CUARTO : En cuanto a la existencia de riesgo asumido por el titular de la estación aún en los casos en que el TDC entiende que nos encontramos ante un contrato de agencia o comisión puro, hemos de recordar los pronunciamientos del TJCE en la sentencia de 14 de diciembre de 2006 , C-217-05:

[...]

QUINTO : De la doctrina contenida en la citada sentencia y en lo que nos interesa, hemos de señalar que es necesario, para entender que no nos encontramos ante un con trato de comisión o agencia pura, que el titular de la estación asuma un riesgo, no insignificante, en el aspecto financiero o comercial vinculado a la venta a terceros.

No se especifica en la demanda los riesgos financieros o comerciales, no insignificantes, vinculados a la venta a terceros y que son asumidos por los titulares de las estaciones de servicio en los contratos que han sido calificados como de agencia o comisión pura. La demandante se limita a señalar la existencia de avales para garantizar el pago de las obligaciones contraídas con la petrolera, problemas en relación con impagos o robos de los carburantes, responsabilidad en la descarga del carburante por tratarse un producto peligroso.

Pero ninguno de estos aspectos viene referido a la asunción de riesgos financieros y comerciales en la venta a terceros.

En realidad el Servicio investiga sin las modificaciones contractuales mediante renuncia de derechos por REPSOL, y que se consideran suficientes para eliminar la práctica anticompetitiva, se están llevando a la realidad. Pero lo que la Resolución que se impugna declara es que tales modificaciones en la relación contractual son suficientes para mantener la libre competencia, de no aplicarse tales modificaciones, obviamente, la práctica no habría cesado, pero tal cuestión no es objeto de la Resolución que nos ocupa sino de actuaciones posteriores del Servicio, y al que podrán dirigirse los interesados si efectivamente las previsiones de los contratos no se cumplen en los términos declarados por el TDC.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa." (fundamentos jurídicos primero a quinto)

El recurso se funda en un único motivo amparado en el apartado 1.d) de la Ley de la Jurisdicción. En el mismo se sostiene que la Sentencia recurrida ha infringido el artículo 91 del Tratado de la Unión europea , el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio) y la jurisprudencia comunitaria y de este Tribunal sobre los citados preceptos y en relación con el artículo 6 del Código Civil .

SEGUNDO .- Sobre la correcta ejecución de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001.

La asociación recurrente entiende que la Sentencia impugnada ha infringido los preceptos que se han señalado al admitir que Repsol ha ejecutado correctamente la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2.001. En primer lugar, señala que no puede afirmarse que la codemandada haya efectuado una renuncia unilateral a derechos contractualmente reconocidos, puesto que no puede obligarse a renunciar a lo que está imperativamente prohibido por ley.

En cuanto a la fijación de precios, la parte recurrente sostiene que Repsol no ha dado cumplimiento a la intimación segunda contenida en la resolución del Tribunal de

Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2.001, pues se denomine como se denomine a las relaciones contractuales que mantiene con los titulares de estaciones de servicio, continúa fijando el precio de venta de los carburantes. Así, faculta a dichos titulares vinculados contractualmente con Repsol a realizar descuentos con cargo a su comisión y sobre el precio máximo recomendado, sin que los mismos disminuyan los ingresos de la propia Repsol. Y semejante procedimiento no resultaría una fórmula correcta de ejecutar la referida resolución porque ha sido descartada por la Sala Primera de este Supremo Tribunal en su sentencia de 20 de noviembre de 2.008 (RC 2.396/2.003) que la declaró contraria al artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado. También habría sido descartada dicha fórmula por la Comisión Europea en el documento que cita sobre el asunto C-279/06, así como el Abogado General en sus conclusiones sobre el mismo asunto, e invoca asimismo diversa jurisprudencia y documentación comunitaria.

En lo que respecta a la asunción de riesgos, la asociación recurrente afirma que se trata de una cuestión ya resuelta en la resolución de cuya ejecución se trata, pero sobre la que la Sentencia impugnada vuelve indebidamente en los fundamentos de derecho cuarto y quinto. En este sentido la parte sostiene que no es cierto que los riesgos transferidos a las estaciones de servicio concernidas por la resolución de 11 de julio de 2.001 sean insignificantes desde la perspectiva del derecho de la competencia, puesto que así lo ha declarado tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como este Tribunal.

Concluye la parte recurrente que la resolución de 11 de julio de 2.001 sigue sin ser debidamente ejecutada por Repsol, quien de hecho continua fijando los precios, sin que resulte suficiente el que se admita que los titulares de las estaciones de servicio realicen descuentos con cargo a su comisión, al ser esta una práctica prohibida por el artículo 81 del Tratado europeo invocado y por la Sala Primera de este Tribunal.

El motivo debe ser rechazado. La Sentencia de instancia, acogiendo la valoración efectuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 17 de julio de 2.006, se fundamenta en las siguientes conclusiones: que Repsol podía modificar los contratos suscritos con los titulares de las estaciones de servicio, puesto que la modificación suponía la renuncia a determinadas facultades (fundamento tercero); que si la parte entiende que tales cambios suponen una novación contractual incontestada e ilegítima, habría de recurrir a la jurisdicción civil (*ibidem*); y, finalmente, tras la larga cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que la diferencia entre los contratos a comisión pura y los de reventa es que en estos últimos el titular de la estación de servicio asume los riesgos empresariales en el aspecto comercial y financiero y que, tras la modificación de los contratos efectuada por Repsol -suponiendo que éstos se cumplan, pues de lo contrario serían necesarias actuaciones posteriores del Servicio de Defensa de la Competencia- la parte no ha acreditado que en los de comisión pura los titulares de estaciones de servicio asuman riesgos financieros y comerciales significativos (fundamento de derecho quinto).

Pues bien, la asociación recurrente fundamenta su motivo no tanto en discutir estas afirmaciones de la Sala de instancia, sino razonando sobre otros aspectos del litigio de fondo, en particular sobre la supuesta persistencia de la práctica de fijación ilegítima de precios por Repsol. Así, el motivo debe rechazarse por las siguientes razones. Respecto a las consideraciones preliminares, porque el razonamiento de la Sala en cuanto a las modificaciones contractuales de que Repsol renunciaba a determinados derechos, no es contradictorio con que tal renuncia sea forzosa, en ejecución de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia: antes al contrario, la Sala de

instancia emplea el argumento para justificar la viabilidad de efectuar unilateralmente tales cambios, en la medida en que son en interés público y sin perjuicios a terceros.

Respecto a las afirmaciones relativas a la fijación de precios y frente a lo que sostiene la parte, la jurisprudencia, tanto comunitaria como de esta Sala, ha sentado en reiterada jurisprudencia que la mera indicación de precios recomendados no resulta contraria a la competencia, siempre que no se vea acompañada de un control efectivo de su cumplimiento en los contratos de reventa (entre otras, Sentencia de 10 de noviembre de 2.010 -RC 1.980/2.008 -), mientras que en los de comisión pura, Repsol puede fijar libremente los precios en la medida en que asume plenamente el riesgo empresarial. La Sentencia de 20 de noviembre de 2.008 de la Sala de lo Civil de este Tribunal excluye la fijación de precios precisamente porque estaba contemplando supuestos de contratos en los que la estación de servicio asumía riesgos empresariales substanciales y que deberían ser conceptuados por ello como de reventa. La recurrente, sin embargo, argumenta de forma confusa y ajena a la *ratio decidendi* de la Sentencia que combate, sin aclarar debidamente los distintos supuestos de contratos y sin rebatir de manera directa y clara las decisiones de la Sala de instancia a que antes nos hemos referido.

Finalmente, en lo que respecta al último apartado del motivo relativo a la asunción de riesgos, la demanda persiste en su argumentación confusa y poco congruente con las tesis de la Sentencia impugnada. Ésta se limita a recoger la jurisprudencia comunitaria que cita -coincidente con la de este Tribunal, tanto en su Sala Primera como en esta Tercera-, y a señalar que, frente a lo afirmado por la recurrente, en determinados contratos no había asunción de riesgos por parte de los titulares de las estaciones de servicio. Pero ello en definitiva es secundario respecto a la admisión por parte de la Sala de instancia de que, a reserva de que las modificaciones contractuales no se cumplieren de forma efectiva -lo que sería ya cuestión de nuevas actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia-, las modificaciones efectuadas en los contratos eran suficientes para evitar las actuaciones anticompetitivas sancionadas en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2.001 y para considerar ejecutada la de 17 de julio de 2.006.

TERCERO .- Conclusión y costas.

En atención a las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de derecho, procede desestimar el recurso de casación. De conformidad con lo estipulado en el artículo 139.2 y 3, se imponen las costas a la parte recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por cada una de las partes codemandadas y por todos los conceptos en ambos casos.

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

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio contra la sentencia de 5 de diciembre de 2.008 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 409/2.006 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho tercero.

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.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-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.-