

Id Cendoj: 28079230062007100298
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 966 / 2001
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a trece de julio de dos mil siete.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 966/2001, seguido a instancia de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios, representada por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Escudero Delgado, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido, en calidad de codemandados, con asistencia letrada, " **Repsol** Comercial de Productos Petrolíferos, S.A." (**Repsol** Comercial) y " **Repsol** -YPF, S.A." (**Repsol** -YPF, antigua " **Repsol** , S.A."), representadas por el Procurador de los Tribunales D. José Pedro Vila Rodríguez.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 11 de julio de 2001, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, entre otras consideraciones, se dispone:

1º Declarar que no se encuentra acreditada la práctica prohibida por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* de fijar precios de venta al público de los combustibles en aquellos contratos aportados al expediente que no se encuentran reseñados en el punto 1 de este Resuelve (calificados por la Resolución del TDC como de supuestos contratos de comisión o agencia).

2º Declarar que a la luz de los contratos aportados al expediente, no se encuentra acreditada la práctica generalizada de utilización fraudulentas de las exenciones previstas en el *Reglamento CEE 1984/1983* con el fin de alargar la duración máxima de los contratos.

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) **Repsol**, S.A., Compañía dedicada a actividades relacionadas con la producción de petróleo, es la matriz de **Repsol** Comercial de Productos Petrolíferos que tiene como principal actividad la comercialización de los productos elaborados por el Grupo **Repsol**. En 1998 tuvo unas ventas netas de aproximadamente 1,3 billones de pesetas y su cuota de mercado en la distribución de productos petrolíferos durante ese año fue del 52,5%.

2) **Repsol**, S.A. distribuye a través de su filial comercial carburantes en el mercado español, por lo que tiene relaciones de diversa índole con los gasolineros. En este contexto destacan los contratos denominados "de comisión" que representan un 97,5% del total, según el Servicio, y un 80% según manifestaciones de la Compañía, realizándose el resto de la distribución a través de gasolineras propiedad de **Repsol** o de gasolineras que operan en régimen de reventa. En ciertos contratos calificados como de comisión, **Repsol** se reserva la facultad de fijar el precio en ciertas condiciones, y fija contractualmente los precios según los tipos de contrato y las modalidades de distribuye los diferentes elementos de riesgo (se incorpora un cuadro explicativo en la resolución).

3) A los efectos del presente proceso deben tomarse en cuenta las relaciones de **Repsol** con las Estaciones de Servicio vinculadas con la misma por medio de contratos distintos de los calificados formalmente como de comisión.

SEGUNDO.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda, completada con la valoración realizada en el escrito de conclusiones, se basó en las siguientes consideraciones:

I) En relación al primer punto objeto de debate (contratos aportados al expediente que no se encuentran vinculados en virtud de los contratos reseñados en el punto 1 del Resuelve del TDC que no pudieran ser considerados contratos de agencia), se distinguen dos supuestos:

A) Contratos calificados como de reventa: La recurrente estima que el TDC incurre en un error de calificación, pues cuando un revendedor compra en firme se convierte en un competidor más de la red de estaciones de servicio de **Repsol** por lo que cualquier transmisión desde el proveedor sobre los precios de venta al público, constituye una práctica prohibida tanto por el *art. 1 LDC* como por el *art. 81 del Tratado CE*, ya que al propiciar la igualdad de precios entre competidores, produce el efecto de impedir restringir o falsear la competencia, siendo muy difícil sustraerse a la influencia de las recomendaciones de un operador de la importancia económica de **Repsol**.

B) Contratos calificados como de verdadera comisión: subraya que los contratos excluidos y que el TDC erróneamente califica de comisión presentan características que los hacen incompatibles con el *art. 81 del TUE según la doctrina de la STJCE de 14 de diciembre de 2006 (C- 217/05)*. En concreto señala lo siguiente: a) riesgos relativos a la venta de los productos inherentes a la compra en firme en virtud del cual el titular de la ES asume la titularidad del producto antes de ser revendido a un tercero. El riesgo será del titular de la ES cuando éste asuma riesgos de distribución y transporte (de acuerdo con la *Ley 16/1987 de Transportes* ese riesgo está compartido entre **Repsol** y los titulares de las ES), o de conservación de existencias y daño de las mercancías (señala el TJCE que este coste es asumido por el distribuidor con independencia de si el titular de la ES cumplió o no con la obligación de conservación en las condiciones adecuadas, y ello desde el momento en que el producto entra en la esfera de disposición del titular de la ES), y también en este apartado el riesgo financiero del producto o riesgo de la venta (lo asume el titular de la ES desde que no encuentra comprador en el plazo en el que ha de pagar los productos a **Repsol**), b) Riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado: subraya que los riesgos financieros se trasladan a los titulares de estaciones de servicios si éstos realizan inversiones específicas relacionadas con la venta de productos o si realiza inversiones en acciones de promoción, de acuerdo con la sentencia del TJCE citada, eludiendo el TDC esta cuestión, y recordando que basta la concurrencia de uno de los elementos señalados para que deba concluirse que el contrato no puede calificarse como de agencia o comisión; c) Respecto de la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 (asunto 34.348 CPP), subraya que no resuelve sobre la validez de la cláusula por la que **Repsol** fija los precios de venta al público ya que se remite al expediente tramitado ante las autoridades nacionales.

II) En relación al segundo de los pronunciamientos, declaración de que a la luz de los contratos aportados al expediente, no se encuentra acreditada la práctica generalizada de utilización fraudulenta de las exenciones previstas en el *Reglamento CEE 1984/1983* con el fin de alargar la duración máxima de los contratos, se recuerda que con independencia de la calificación que recaiga sobre los contratos, las cláusulas de no competencia se refieren a la competencia intermarcas y pueden infringir el *art. 81 TUE* si

conducen a la exclusión del mercado de referencia en el que se opera. La fundamentación jurídica de la pretensión de la recurrente se asienta en las siguientes consideraciones:

A) Por lo que respecta a la interpretación del *artículo 12.2 del Reglamento CEE 1984/1983* y del *art. 5 a) del Reglamento CEE 2790/99* :

1) Invoca el *art. 3 del Reglamento 1984/1983* según el cual las cláusulas de limitación de la competencia pueden tener una duración máxima de 5 años y si el proveedor otorga ventajas económicas o financieras puede alargarse a 10, y el *art. 12.2* solo es aplicable cuando el proveedor es propietario del terreno en el que se ubican las instalaciones. De acuerdo con el *art. 5 del Reglamento 1984/1983* no existen límites a la duración de las cláusulas de exclusividad cuando el operador sea propietario tanto de las instalaciones como del terreno en el que se ubican o cuando los locales y terrenos estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, pero no en otros casos. Por ello no es aplicable a los supuestos de cesión del derecho de superficie o usufructo y posterior arrendamiento de industria, de acuerdo con decisiones de la Comisión que cita y que alertan del peligro del cierre de este mercado en España (Decisión de 12 de abril de 2006, que no subsana los vicios de legalidad de los contratos).

B) Por lo que respecta a la aplicación del *art. 81.3 TUE* y los efectos nocivos de la excesiva duración de los contratos: La conducta de **Repsol** incide en cerrar un mercado ya muy concentrado, haciendo suyo el informe del SDC.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

1) En relación con la imputación relativa a la fijación de precios por parte de **Repsol** a sus revendedores, señala que: solo existe prueba de que esos precios son recomendados, sin que se haya aportado prueba, como sí se hizo respecto de los contratos de agencia, respecto de su carácter obligatorio y la consiguiente adopción de medidas de coerción o seguimiento.

2) En relación a la segunda imputación indica que: a) el *artículo 12.2 del Reglamento 1984/1983 CEE* , permite la ampliación del plazo máximo de duración establecido para los acuerdos de compra en exclusiva (10 años), en los casos en los que el proveedor haya arrendado la estación de servicio al revendedor o le haya concedido un usufructo de derecho o de hecho sobre la misma, permitiendo la extensión de la duración durante todo el tiempo en que el revendedor explote la estación de servicio, b) niega la existencia de fraude por parte de **Repsol** en los 4 supuestos denunciados por la recurrente (constitución de usufructos y derechos de superficie sobre el inmueble reteniendo el titular de la estación de servicio la nuda propiedad del mismo), y el SDC, habida cuenta las importantes inversiones realizadas por **Repsol** en las referidas estaciones de servicio pudiendo razonablemente concluirse que existe una directa relación en la constitución de los referidos derechos reales en cosa ajena y las inversiones de mejora realizadas por **Repsol** . Además existiría congruencia entre dicha medida y la finalidad perseguida por el considerando 15 del Reglamento citado que se cifra en la modernización de las estaciones, y c) La norma aplicable es el *Reglamento 1983/1984* y no el *2790/99* cuyo *art. 5 a)*, por otra parte, mantiene la misma lógica que el *art. 12.2 del Reglamento 1983/1984* . En definitiva no existe fraude porque **Repsol** ha realizado importantes inversiones de modernización.

CUARTO: El Procurador de los Tribunales D. José Pedro Vila Rodríguez, en la representación que ostenta se opuso a la demanda sobre la base de las siguientes consideraciones expuestas en su escrito de contestación y conclusiones con arreglo a los siguientes argumentos:

1) La fijación de un precio recomendado en las relaciones de suministro con Estaciones de Servicio revendedoras no constituye infracción del *artículo 1 LDC* ni del *artículo 81 TUE* : Invoca el *art. 4 a) del Reglamento 2790/1999* y reitera que no han existido presiones para la fijación de precios sin que el apartado 47 de las Directrices de la Comisión de octubre de 2000 sobre restricciones verticales tengan el efecto que pretende la recurrente ya que según las mismas "El hecho de que el proveedor distribuya al comprador una lista de precios recomendados o precios máximos, no se considera que en sí mismo conduzca al mantenimiento del precio de reventa", sin que se haya acreditado la existencia de un sistema de seguimiento de precios o se haya ejercido alguna coacción para su mantenimiento.

2) Los contratos en régimen de comisión a que se refiere el presente recurso no están sujetos al *artículo 1 de la LDC* ya que en los mismos los agentes económicos no asumen ninguno de los riesgos que fueron considerados en el expediente administrativo: esta cuestión no es esencial en el presente proceso y destaca que **Repsol** se limita a fijar precios máximos sobre los que los comisionistas pueden realizar

descuentos con cargo a su comisión. Niega que el comisionista asuma riesgos de financiación de existencias y de responsabilidad del producto.

3) En el ámbito de las relaciones de agencia sujetas al *artículo 1 LDC* y al *art. 81 TUE* la fijación por el principal de unos precios que tienen el carácter de máximos, al estar los agentes expresamente autorizados para realizar descuentos con cargo a su comisión, no constituyen infracción de los mencionados preceptos: La fijación vertical de precios máximos entre mayoristas y minoristas no es una práctica restrictiva de la competencia y se aplica a operaciones de reventa y de agencia. El apartado 48 de las Directrices de la Comisión Europea sobre Restricciones Verticales de octubre de 2000, expresamente permite la técnica de los precios máximos con posibilidad de que el agente los rebaje con cargo a su comisión, en relación con contratos de agencia en los que por asunción de riesgos del agente sea de aplicación el *art. 81 TUE*. Invoca la *Comunicación de la Comisión (DOCE de 20 de octubre de 2004)*, y la Decisión de 12 de abril de 2006 y la STJCE de 14 de diciembre de 2006 Asunto C- 217/05 (punto 66), para concluir que la práctica restrictiva es solo la de imponer al titular de la estación de servicio la obligación de respetar un precio final fijado por el suministrador.

4) Inmunidad de multas de las conductas notificadas a la Comisión Europea bajo el *Reglamento 17/62* en formulario A/B: Invoca el *art. 10.5 de la LDC*, y subraya que Petroliber Distribución, S.A., antecesora de la recurrente, notificó formalmente a la Comisión Europea el 25 de octubre de 1990 su modelo de contrato de agencia con Estaciones de Servicio (*Reglamento 17/62*, modelo A/B), incluyendo las sugerencias de la Comisión, especialmente en relación con la libertad de las ES comisionistas para conceder descuentos con cargo a su comisión.

5) Las relaciones contractuales de superficie/arriendo y usufructo/arriendo de la recurrente no constituyen un alargamiento fraudulento de los vínculos de exclusiva y están expresamente amparados por el *art. 12 Reglamento 1984/83 CEE*: Invoca el *art. 5 LDC* y el *RD 157/92* y el *Reglamento 1984/1983 (art. 12.2)*, y subraya que la extensión del arrendamiento a todo su periodo de duración (10 años) es acorde con el *Reglamento 1984/1983*. Niega la existencia de una relación fraudulenta, ya que ha invertido una media de 100 millones de pesetas por ES (invoca la SAN de 30 de mayo de 2005 rec. nº 589/02 y la de 7 de junio de 2000 rec. nº 744/96, confirmada por la STS de 10 de mayo de 2004, y SAN de 27 de abril 2006 rec. 845/2001).

QUINTO: Practicada la prueba declarada pertinente se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO: Señalado el día 10 de julio de 2007 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Las cuestiones que se plantean en el presente proceso son las siguientes:

1) Determinar el ajuste legal de la resolución impugnada (Acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, TDC) que declara que no se encuentra acreditada la práctica prohibida por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, e imputada a **Repsol** consistente en fijar precios de venta al público de los combustibles en aquellos contratos aportados al expediente que no se encuentran vinculados en virtud de los contratos reseñados en el punto 1 de este Resuelve que no pudieran ser considerados contratos de agencia.

2) Declarar que a la luz de los contratos aportados al expediente, no se encuentra acreditada la práctica generalizada de utilización fraudulentas de las exenciones previstas en el *Reglamento CEE 1984/1983* con el fin de alargar su duración máxima.

SEGUNDO: A) En relación con la primera de las cuestiones planteadas debemos mostrar nuestra disconformidad con el planteamiento de la recurrente y la aceptación de las alegaciones formuladas por la Administración demandada. En efecto, tal y como declara la Resolución del TDC objeto de recurso no se ha acreditado que bajo el régimen de reventa haya existido una fijación de precios por parte de **Repsol** contraria al *art. 1 de la LDC*, pues sólo existe constancia de una recomendación de precios máximos en el seno de una relación vertical sin que esta recomendación se haya visto seguida de un régimen de control, o se hayan adoptado medidas que razonablemente permitan concluir que en el supuesto de apartamiento de

las directrices conferidas pudieran tomarse medias de presión contra el revendedor. El propio SDC, aunque concluye que también en este supuesto estamos en presencia de un régimen ilegal de fijación de precios, no es menos cierto que lo hace sobre la base de un presupuesto no constatado pues, mientras declara probado el control riguroso sobre la fijación de precios en los contratos que **Repsol** denomina de comisión, expresamente afirma que "es muy probable que los revendedores por seguimiento racional y reconocimiento de la interdependencia sigan dicho precio, aparte de los mecanismos incentivadores en términos de mayores comisiones que supone la utilización del Videotex y el seguimiento de la política comercial de **Repsol**". Es decir, no se asienta su petición de sanción en una acreditación de hechos sino en una suposición, criterio que no fue aceptado por el TDC y que tampoco nosotros podemos compartir. En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en la SAN de 27 de abril de 2006 (rec. 845/2001) en un supuesto prácticamente idéntico promovido contra Cepsa.

B) Cuestión distinta es la relativa al segundo grupo de contratos analizados en este primer pronunciamiento del TDC. En la resolución impugnada se analizan separadamente los contratos calificados por **Repsol** de comisión en los que el TDC apreció que existía una imputación de riesgos al titular de la Estación de Servicios incompatible con dicha denominación a los efectos del *art. 1 LDC y otro grupo, mucho más reducido* (8 contratos) y que da lugar al presente motivo de recurso, en el que no se apreció en el clausulado de los contratos la existencia de la infracción denunciada. Tras la STJCE de 14 de diciembre de 2006 y la posterior STS de 4 de mayo de 2007 (recurso de casación nº 1890/2002) dictada precisamente en el proceso en el que fue planteada la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJCE que acaba de citarse, no pueden compartirse las razones invocadas por el TDC para excluir los contratos de referencia de la prohibición del *art. 1 LDC*, pues si bien contienen cláusulas específicas también contienen las generales afectadas por dichas sentencias. En el FJ 16 de la STS citada de forma explícita se indica que el titular de la estación de servicios asume riesgos incontestables bajo la fórmula contractual descrita, y en concreto señala los dos siguientes:

1) Pago al proveedor incondicionado en 9 días de todos los litros de combustible facturados, con independencia de las ventas reales (en relación con los puntos 57 y 58 de la STJCE citada).

2) Asunción por el titular del establecimiento en exclusiva de los riesgos del producto (pérdida, deterioro...), incluso si los conserva en condiciones adecuadas.

La asunción de estos riesgos, esencialmente el primero, unida al dato de que el proveedor fija los precios de venta finales determina la imposibilidad de aplicar la exención prevista en el *Reglamento 1984/83 (RD 157/1992)* normativa aplicable al presente caso por razones temporales

En los dos supuestos el TS manifiesta que el riesgo desde una perspectiva netamente jurídica existe y es asumido por el titular de la estación de servicios, razón por la que también en este caso y son necesidad de examinar otras circunstancias (la STJCE 14-12-2006 concluye que basta con la asunción un solo riesgo), debe desestimarse el recurso en este punto sin perjuicio de recordar, como hace la STS de 4 de mayo de 2007 en su FJ 15 que lo decisivo para el fallo es la interpretación de la calificación jurídica comunitaria realizada por el TJCE en su sentencia.

Por todo ello debe estimarse el recurso en relación con este último supuesto y limitar el alcance de la parte dispositiva de la presente Resolución al segundo de los pedimentos solicitado por la recurrente en su demanda y en consecuencia procede devolver el expediente al TDC para que en relación únicamente con los contratos a que se refiere el punto nº 4 de la parte dispositiva de la Resolución impugnada, dicte nueva resolución en forma acorde con lo establecido en el presente FJ.

TERCERO: En relación con el segundo pronunciamiento del TDC objeto de impugnación en este proceso, cuestión relativa a la excesiva duración de los contratos, también en la antes citada SAN de 27 de abril de 2007 (rec. 845/2001 contra Cepsa), este Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse y lo ha hecho en sentido desfavorable a las pretensiones de la recurrente. En efecto, tal y como razonan el TDC, la representación de la Administración del Estado y la codemandada, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 12. 2 del Reglamento 1984/1983 (y del RD 157/1992)*, cabrá la exención de los contratos de suministro en exclusiva celebrados por un plazo superior a 10 años en los supuestos en que la Estación de Servicio sea propiedad del suministrador, éste la haya arrendado al distribuidor y le conceda ventajas económicas. El TDC analiza diferentes tipos de contratos (pág. 53 y ss. de la Resolución), a estos efectos (arrendamientos cruzados, y otros supuestos en los que se constituyen derechos de superficie u usufructos sobre los locales), y llega en todos a una solución que es plenamente compartida por este Tribunal y que en esencia se reduce, tras la verificación de que **Repsol** ha hecho en cada una de las Estaciones de Servicio vinculada a los contratos analizados importantes inversiones, a la conclusión de que no ha existido la conducta fraudulenta denunciada. De acuerdo con lo dispuesto en el citado Reglamento es posible el

alargamiento del plazo de duración de los contratos más allá del límite inicialmente autorizado si se producen esas inversiones en los supuestos reseñados; dado que en el presente caso concurren los presupuestos indicados y con ello se satisface un objetivo de modernización de los establecimientos y consiguiente mejora del servicio, especialmente querido por el Reglamento aplicado, debemos concluir de acuerdo con ella sentencia antes citada que emplea el mismo argumento, que el recurso debe ser desestimado.

Finalmente solo cabe indicar que con carácter inmediatamente anterior al día fijado para el señalamiento de la deliberación, votación y fallo del presente expediente la representación de la recurrente presentó escrito solicitando la práctica de nueva prueba, petición que no puede ser tenida en cuenta dada su extemporaneidad y la imposibilidad de ser subsumida en categorías como la prevista en el *art. 286 de la LEC* , debiendo subrayarse su nula influencia en el presente caso dados los términos de nuestro pronunciamiento.

CUARTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA* .

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Estimamos en parte el recurso interpuesto con el siguiente alcance: procede devolver el expediente al TDC para que en relación únicamente con los contratos a que se refiere el punto nº 4 de la parte dispositiva de la Resolución impugnada, dicte nueva resolución en forma acorde con lo establecido en el FJ nº 2, B de la presente sentencia. Desestimamos el recurso y confirmamos el acto impugnado en los restantes pronunciamientos. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACION. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.