

**Id. Cendoj:** 28079130032010100331  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 17/11/2010  
**Nº de Recurso:** 6188/2007  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Resumen:**

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. REPSOL YPF, S.A. ARTÍCULO 1.1 DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: FIJACIÓN DE LOS PRECIOS DE VENTA AL PÚBLICO DE COMBUSTIBLES A LOS DISTRIBUIDORES QUE ACTÚAN BAJO EL RÉGIMEN DE COMISIÓN O AGENCIA. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ARTÍCULO 24.2 CE: DERECHO A UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CON TODAS LAS GARANTÍAS. DOCTRINA CONSTITUCIONAL: SSTC 126/2005, DE 23 DE MAYO, Y 142/2009, DE 15 DE JUNIO. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

---

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil diez.

VISTO el recurso de casación número 6188/2007, interpuesto por el Procurador Don José Pedro Vila Rodríguez, en representación de las entidades mercantiles REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. y REPSOL YPF, S.A., con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictado el 11 de julio de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 866/2001, seguido contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, sobre sanción por práctica prohibida. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, la Asociación GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES), representada por el Procurador Don Roberto Sastre Moyano, la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES), representada por el Procurador Don Alejandro Escudero Delgado, la ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y UNIDADES DE SUMINISTRO DE ANDALUCÍA, representada por la Procuradora Doña Beatriz Sordo Gutiérrez, y la entidad mercantil ESTACIONES 2000, S.L., representada por la Procuradora Doña María Jesús Jaén Jiménez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 866/2001, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 11 de julio de 2007, cuyo fallo dice literalmente:

« Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas. ».

La Sala de instancia fundamentó la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] En relación a la primera de las cuestiones planteadas ya anticipábamos en nuestro Auto de medidas cautelares de 24 de abril de 2002 confirmado por el TS mediante sentencia de 13 de julio de 2005, la trascendencia constitucional de la cuestión planteada por la recurrente "Repsol YPF, S.A." y que se concreta en el hecho de que no figura como imputada en el informe- propuesta presentado por el SDC al TSC y que sirve de presupuesto para la labor enjuiciadora del TDC.

Un examen superficial de la cuestión podría dar como resultado un pronunciamiento favorable a las tesis de la recurrente, pues no cabe duda de que en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración deben respetarse las garantías establecidas en principio para el proceso penal en el artículo 24 de la CE, y ello es así desde que el Tribunal Constitucional (TC) lo estableciera en la temprana STC 18/1981, si bien es cierto que en la medida en que este precepto sea compatible con la naturaleza y particularidades del procedimiento administrativo sancionador. Un examen particularizado de la jurisprudencia del TC nos pone de manifiesto la relevancia esencial que siempre y sin fisuras se ha concedido al pliego de cargos como instrumento que permite una precisa delimitación de los hechos que se imputan y de su calificación jurídica de forma que limita la actuación del órgano sancionador que no podrá fundar la imposición de sanción al margen de los hechos concretados por el instructor en el referido pliego de cargos. De esta forma se evitan acusaciones sorpresivas y se garantiza al máximo el derecho de defensa. En este sentido resulta ilustrativa la lectura de la muy reciente STC 22/2007 en la que se realiza un resumen de la jurisprudencia anterior destacando la relevancia del pliego de cargos en los términos expuestos. Sin embargo el interés del STC 22/2007 no radica en el mero relato de los antecedentes jurisprudenciales sino en la valoración concreta que se realiza en la misma a propósito de la concurrencia de determinados defectos o irregularidades en la formalización de un pliego de cargos que sirvió de presupuesto para la imposición de una sanción. En efecto en el FJ 5 de dicha resolución se relativiza una irregularidad apreciada en el pliego de cargos, expresamente reconocida, consistente en la defectuosa cita de los preceptos legales que se estimaba infringidos y que soportaban la acusación. En estas circunstancias el TC deja de lado una interpretación rígida del derecho de defensa y analiza con detalle las circunstancias del caso para llegar a la conclusión de que las simples irregularidades u omisiones del pliego de cargos carecen de eficacia invalidante de la actuación sancionadora cuando a pesar de

su concurrencia puede razonablemente concluirse que la parte ha tenido desde el inicio del procedimiento sancionador noticia de que comparecía en el mismo como denunciada, de cuales eran los hechos que se le atribuían, ha podido comparecer incluso con asistencia letrada, proponer la prueba de descargo que ha tenido por conveniente y libertad para formular alegaciones. El TC concluye que atendidas estas circunstancias, debe tenerse por satisfechas las exigencias del derecho de defensa y en consecuencia no puede accederse a la declaración de derechos fundamentales postulada.

En el presente caso puede constatarse en el expediente administrativo lo siguiente: 1) mediante providencia de 26 de agosto de 1999 (folios 203 y 204, 207 y 208 (notificación) exp. ad), se admite a trámite la denuncia formulada contra Repsol, S.A. (antecedente de Repsol YPF) y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., existiendo constancia (folios 210 y 211) de que la investigación fue ordenada en las sedes de ambas Compañías, pertenecientes al mismo grupo del que Repsol YPF es la matriz; 2) ha existido en la tramitación del procedimiento actuaciones conjuntas de las dos Compañías obrando con el mismo interés: Los folios 1170 a 1173 ponen de manifiesto la existencia de correspondencia epistolar de Repsol Comercial y la Comisión Europea a propósito de los contratos de suministro que provocan estas actuaciones en las que la Repsol Comercial se autodenomina también como Repsol YPF; 3) han existido claros trámites de imputación consentidos por Repsol YPF: Mediante Auto de 1 de septiembre de 2000 el TDC acuerda sobre práctica de prueba y vista en relación con las dos Compañías interesadas, sin que conste que Repsol YPF interpusiera recurso alguno contra este claro acto de imputación que a su vez garantizaba su derecho de defensa, siendo una decisión exclusivamente suya el centrar su defensa a través de Repsol Comercial; 4) si bien el folio 3666 y 3688 relativos al pliego de concreción de hechos mencionan como parte únicamente a Repsol Comercial, es lo cierto que una lectura completa del informe propuesta (folios 4517 y ss.), evidencia si género de dudas que la denuncia y el procedimiento se dirigen contra la empresa matriz (Repsol, S.A. luego Repsol YPF) y contra Repsol Comercial como brazo ejecutor de la política del Grupo en este extremo; y, 5) no existe en toda la tramitación del procedimiento ninguna mención explícita o implícita en relación a la falta de vinculación o exculpación de Repsol YPF con los hechos objeto de sanción.

En atención a lo expuesto debe concluirse que si bien es cierto que en la tramitación del procedimiento se observa la concurrencia de una irregularidad verdaderamente singular como es la falta de mención expresa en la propuesta de imposición de sanción realizada al TDC, de una Compañía que finalmente resulta ser sancionada, no por ello debe estimarse cometida la infracción denunciada, pues en realidad en ningún momento ha existido la indefensión que se postula por parte de Repsol YPF que ha adoptado una posición de aparente indefensión, pues a pesar de contar con el asesoramiento de un reconocido servicio jurídico desde el inicio del procedimiento, no se entiende cómo pudo consentir que se la tratara como imputada en el Auto del TDC de 1 de septiembre de 2000, si a su juicio había quedado excluida del procedimiento, en el que por otra parte y también desde su inicio existen constantes referencias a su directa autoría en los hechos imputados formalmente sólo a una sociedad del Grupo meramente ejecutora de su política comercial. Al no existir indefensión no puede existir violación del derecho de defensa por lo que el recurso debe ser desestimado en este punto, sin obviar que el art. 8 de la Ley 16/1989, ciertamente no invocado por el TDC cuando debió hacerlo y por tanto no aplicado, sustancialmente avalaría la "ratio decidendi" planteamiento expuesto en el sentido de

que en la realidad la actuación de Repsol Comercial era la mera ejecución de la política de Repsol YPF que siempre estuvo presente en el procedimiento, incluso como imputada (Auto del TDC de 1-9-2000) sin formular protesta por ello.

[...] En relación con la segunda de las cuestiones planteadas, inexistencia de violación del artículo 1 LDC en relación con Acuerdos y prácticas comerciales entre empresas pertenecientes al mismo grupo económico, debemos concluir que esta queja no puede tampoco ser atendida y ello porque aunque llegáramos a la conclusión de que efectivamente 9 contratos de los 75 analizados por el SDC eran gestionados por una empresa del Grupo Repsol (en concreto Campsared) ello no sería un obstáculo para la declaración de la existencia de una práctica anticompetitiva generalizada por parte de Repsol puesta de manifiesto por los demás contratos analizados. Por otra parte, como han puesto de manifiesto las codemandadas, algunos de los referidos contratos son incluso de fecha posterior a la investigación del SDC (26 de mayo y 1 de octubre de 2000 y 17 de abril de 2001). En cualquier caso, la falta de relevancia en cuanto al fondo de la cuestión planteada de esta alegación nos conduce también a su desestimación.

[...] En relación con la tercera de las cuestiones planteadas, inexistencia de violación del artículo 1 LDC al haber concluido el TDC erróneamente que los contratos afectados por la parte dispositiva no constituyen acuerdos de agencia genuina, debemos mostrar nuevamente nuestra disconformidad con los planteamientos de las recurrentes. Sin embargo un examen riguroso del tema sometido a enjuiciamiento exige realizar la recepción de la importante STJCE de 14 de diciembre de 2006 Asunto C- 217/2005 en la que el TJCE se pronuncia, en un supuesto que guarda identidad de razón con el que motiva estas actuaciones, sobre la compatibilidad de determinados contratos de distribución de exclusiva de carburantes y combustibles celebrados entre la un suministrador (CEPSA) y los titulares de estaciones de servicios sujetos a características esencialmente iguales a los contratos que motivan estas actuaciones. En definitiva de la referida sentencia, cuyos pronunciamientos vinculan a todos los Tribunales de Justicia de los Estados de la Unión Europea, debe destacarse lo siguiente:

1) Existe un evidente interés comunitario manifiesto en que las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario, como ocurre en este caso en el que la normativa interna transcribe la comunitaria, reciban una interpretación uniforme cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse (punto 20).

2) La cuestión de fondo es la siguiente: Si los contratos de distribución en exclusiva de carburantes descritos entran en el ámbito de aplicación del art. 85 (81) del Tratado y del Reglamento 1984/03 (punto 34 ). Las características de los contratos, denominados de comisión o agencia, son las siguientes (punto 12):

a) El titular de la estación de servicio se compromete a vender exclusivamente carburantes y combustibles del suministrador, de conformidad con los precios de venta al público, las condiciones y técnicas de venta y explotación fijadas por éste.

b) El titular de la estación de servicio asume el riesgo de los productos desde el momento en que los recibe del suministrador en los tanques de almacenamiento de la estación de servicio.

c) Desde la recepción de los productos el titular asume la obligación de conservarlos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y responde, en su caso, tanto frente al suministrador como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos, y de los daños que por tal motivo puedan causar.

d) El titular de la estación de servicio tiene que abonar al suministrador el importe de los carburantes o combustibles a los nueve días de la fecha de su entrega en la estación de servicio.

3) El elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente y por lo tanto sujeto a las reglas de la libre competencia reside en el contrato celebrado con el comitente y concretamente en las cláusulas tácitas o expresas relativas a la asunción, caso por caso, de riesgos financieros o comerciales vinculados de la venta de los productos a terceros, teniendo en cuenta más la realidad económica que la calificación jurídica de los contratos (punto 46).

4) A continuación el TJCE precisa criterios para apreciar la distribución efectiva de los riesgos financieros y comerciales entre los proveedores y los titulares de las estaciones de servicios (puntos 50 y 51). A continuación el TJCE distingue entre:

A) Riesgos vinculados a la venta de los productos: el riesgo está asumido por el titular de la estación de servicio en los siguientes casos:

a) Adquisición por el titular de la estación de servicios de la propiedad del producto antes de la venta al tercero.

b) Asunción de los costes de distribución del producto, especialmente los costes de transportes.

c) Asunción de los gastos de conservación de las existencias, y de responsabilidad en caso de pérdida, deterioro o perjuicio que puedan causar a terceros.

d) Asunción del riesgo financiero de los productos. En particular y en relación con los términos del contrato, señala que debe verificarse si el pago al proveedor del importe correspondiente al precio de la venta de los carburantes depende de la cantidad efectivamente vendida en los 9 días siguientes a la fecha del suministro, y en lo que atañe al período de rotación de los productos en la estación de servicio, si los carburantes suministrados por el proveedor se agotan siempre en un plazo de 9 días, pues en caso afirmativo debe concluirse que es el proveedor el que soporta el riesgo (punto 58).

B) En relación a los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado deberá estarse a las inversiones que realiza el titular para determinar su asunción de riesgos (punto 59).

Si por el juez nacional se llegara a la conclusión de que entre las empresas independientes existe una práctica anticompetitiva, estima que la fijación de precio de venta del producto por parte del suministrador constituiría una limitación de la libre competencia no amparada por el artículo 10 del

Como conclusión el TJCE declara lo siguiente:

1) El artículo 85 del Tratado CEE (actualmente art. 81.1 CE) se aplicará a un contrato de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles, como el controvertido en el asunto principal, celebrado entre un suministrador y un titular de una estación de servicio, cuando este titular asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de terceros.

2) Los artículos 10 a 13 del Reglamento CEE n° 1984/83 de la Comisión de 22 de junio relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, deben interpretarse en el sentido de que tal contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga un precio final de venta al público fijado por el suministrador.

Este examen jurisprudencial quedaría incompleto si no se hiciera mención a la sentencia del TS de 4 de mayo de 2007 (recurso de casación n° 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 extractarse. En su FJ 16 de forma explícita señala que el titular de la estación de servicios asume riesgos incontestables bajo la fórmula contractual descrita, y en concreto señala los dos siguientes:

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

B) 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 unida al dato de que el proveedor fija los precios de venta finales determina la imposibilidad de aplicar la exención prevista en el Reglamento 1984/84 (RD 157/1992) normativa aplicable al presente caso por razones temporales.

Llegados a ese punto, y dada la identidad esencial entre los contratos suscritos el caso analizado y en el que dio lugar a las sentencias objeto de análisis, debemos subrayar los siguientes aspectos:

1) En cuanto al riesgo financiero: de acuerdo con lo dispuesto en la STS anotada y contrariamente a lo que sostienen las recurrentes, la prueba sobre la distribución de este riesgo recae en la existencia de una cláusula contractual que obligue al titular de la estación de servicio a pagar la mercancía entregada con independencia de que la venta se realice o no, lo que ocurre en este caso. Y ello con independencia de, como pretende la recurrente con apoyo en una prueba pericial (que en cualquier caso detectó 3 supuestos de venta por encima de los 9 días), si las ventas se realizan efectivamente antes o después de los 9 días, pues la asunción del riesgo deriva de los términos del contrato, no de la mayor o menor frecuencia de las

transacciones ya que si ésta varía, elemento puramente aleatorio, no podría ser opuesta esta circunstancia por el titular de la estación de servicio frente al proveedor que reclame el pago. Por otra parte la alegada libertad del titular de la estación de servicio para fijar la periodicidad y tamaños de los pedidos no desvirtúa las obligaciones que dimanen de los términos del contrato en cuanto a la obligación de pago.

La resolución del TDC realiza un examen exhaustivo de las distintas modalidades contractuales revisadas (Antecedente de Hecho 2.1), y pone de manifiesto que no en todos los casos se permite el pago en 9 días pues en algunos casos el pago debe ser inmediato, y además se establecen cláusulas para que en caso de impago se suspenda el suministro o incluso vincule futuros suministros al pago por adelantado, debiendo destacarse que el aplazamiento del pago se condiciona a la prestación de un aval que satisface el titular de la estación de servicio.

2) En cuanto al riesgo por deterioro o pérdida de los productos: de acuerdo con la STS citada, y del análisis de las distintas modalidades contractuales examinadas, que la responsabilidad del titular de la estación de servicio concurre desde que se le entrega el producto, incluso en el supuesto de que guardara la debida diligencia en la conservación y ello con independencia de la entidad del desperfecto, incluso en los casos de riesgo volumétrico por causa de la variación de temperatura, aunque en este último caso ciertamente no hay una estipulación precisa sin que tampoco las recurrentes hayan podido acreditar lo contrario. Finalmente sólo cabe decir que los denominados "documentos de entrega equivalente" a que se refieren las recurrentes carecen de la virtualidad pretendida a la vista de lo expuesto.

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 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.

[...] En relación a la cuarta de las cuestiones planteadas, anulabilidad de la Resolución por haber concluido erróneamente que incluso si los contratos en causa estuvieran sujetos al artículo 1 LDC, la práctica de Repsol Comercial en materia de precios infringiría este precepto, nuevamente debemos mostrar nuestra discrepancia con los razonamientos de la recurrente y en consecuencia, desestimar también este motivo de recurso, dejando constancia de que una vez concluido que los contratos objeto de examen en el presente proceso no son de agencia, carece de sentido la invocación del artículo 48 de las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, quedando limitada la cuestión al examen de si en realidad ha existido una imposición de precio de venta al público por parte de Repsol. Sobre este punto una vez constatado que el llamado por los contratos controvertidos "agente" o "comisionista" es en realidad una empresa independiente que asumía riesgos y que el proveedor fijaba los precios finales de venta, no cabe duda a la vista del FJ 17 de la STS de 4 de mayo de 2007, que no pueden acogerse las recurrentes a la exención por categorías prevista en el antiguo Reglamento 1984/83 (RD 152/92). La fijación de precios por Repsol figura específicamente en algunos contratos, los

denominados de comisión, y resulta llamativa su postura, pues durante la tramitación del procedimiento ante el SDC siempre afirmó que imponía los precios de venta (folios 213 a 219, 1413, 1412, 1430) para finalmente señalar, en relación con los revendedores que representan aproximadamente el 2,5% de su red de distribución que esa imposición se refería a un precio máximo compatible con la posibilidad de que el titular de la estación de servicio lo redujera con cargo a su comisión. Esta última práctica se va introduciendo en contratos posteriores a 1997 y a instancia de la Comisión, no desvirtúa la realidad de la calificación efectuada por el TDC que debemos confirmar plenamente.

[...] En relación con la quinta de las cuestiones planteadas, determinar el ajuste legal de la misma resolución en la medida en que impone una sanción de multa respecto de una práctica formalmente notificada en la Comisión Europea bajo el Reglamento 17/62 y el Formulario A/B, nuevamente mostramos nuestra conformidad con la fundamentación contenida en el acto impugnado lo que determina la desestimación del recurso también en este punto.

En primer lugar debe precisarse que no es del todo punto exacto el planteamiento del que parte Repsol, pues como sin dificultad se desprende de la lectura del Formulario A/B por ella presentado (bajo la denominación Petroliber Distribución, folio 975) el 25 de octubre de 1990, nada tiene que ver el contrato notificado a la Comisión con aquellos que son objeto de examen en el presente proceso. El folio 983 contiene el apartado 6 del referido contrato en el que de forma indubitada se dice que la exención, al amparo del artículo 85.3 (entonces vigente), se solicita "específicamente con la cláusula del contrato que establece la compra exclusiva de lubricantes y demás productos de apoyo a la automoción utilizados en las instalaciones financiadas con la ayuda de "Petroliber Distribución". Por si este motivo no fuera suficiente, según se indica en la pág. 2 del mismo contrato (folio 976) se indica que "no se solicita el beneficio de un procedimiento de oposición. Bastaría una carta administrativa de clasificación de los servicios de la Comisión". Por ello no puede darse el valor que Repsol pretende a la carta de la Comisión de 7 de agosto de 1991 (folio 1010), ya que se refiere a un contrato distinto y supone una respuesta informal. Nuevamente en 1997, Repsol se pone en contacto con la Comisión y entabla una correspondencia informal a los efectos de buscar respaldo a sus modalidades de contratación sin que haya recaído en relación con los contratos analizados opinión formal de la Comisión en el sentido pretendido. Por todo ello no puede pretender Repsol ampararse en el artículo 10.5 de la Ley 16/1989 y bajo el alegato de haber actuado protegida por la Comisión, solicitar una inmunidad sancionadora.

[...] En relación con la última de las cuestiones planteadas, determinar el ajuste legal de la misma resolución en la medida en que, según se denuncia, incurre en violación del derecho fundamental de igualdad ante la ley y violación de los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, objetividad de la Administración, buena fe, confianza legítima, y sometimiento a las resoluciones de Jueces y Tribunales (observancia de cosa juzgada), también debemos pronunciarnos en sentido adverso a los intereses de las recurrentes.

En realidad bajo esta rúbrica Repsol trae a colación nuevamente los argumentos que previamente ha ido desgranando en los distintos apartados que individualmente hemos considerado y que sucesivamente hemos desestimado. No

obstante conviene realizar algunas reflexiones adicionales, específicamente en relación con la invocación de los principios de igualdad y de confianza legítima. No existe violación del principio de igualdad en la medida en que los precedentes aportados como término de comparación no se refieren a situaciones idénticas a las que son objeto de examen y aunque lo fueran la Administración es libre para cambiar los criterios de resolución empleados en una decisión, siempre que lo haga de forma motivada, con vocación de generalidad y proyección de futuro, es decir cuando no se presente el cambio como una resolución "ad hoc", fruto de un voluntarismo selectivo. No existe voluntarismo selectivo en este caso, como se desprende de la lectura de la resolución del TDC (pág. 44 y 45). Tampoco existe infracción del principio de confianza legítima en la medida en que no ha existido por parte de los Poderes Públicos ninguna autorización expresa que avalara sus fórmulas de contratación, ni tampoco ninguna indicación formal y relevante que le llevara a concluir que ello es así. El principio de confianza legítima descansa en la idea básica de la buena fe, y no puede afirmarse que esa sea precisamente la característica que ha acompañado el proceder de Repsol como se ha puesto de manifiesto en el FJ 6 de esta sentencia. Nuevamente debemos remitirnos a la resolución del TDC en este punto (pág. 46 y 47) y desestimar el recurso, precisamente en aplicación de los principios invocados por Repsol en este motivo de recurso . » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de las entidades mercantiles REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. y REPSOL YPF, S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 19 de noviembre de 2007 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de las entidades mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. y REPSOL YPF, S.A. recurrentes, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 13 de diciembre de 2007, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado en tiempo y forma el presente escrito y los documentos de apoderamiento acompañados, con sus copias, y en su virtud me tenga por comparecido en nombre de Repsol YPF, S.A. y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., en la condición de recurrente, y por interpuesto el recurso de casación preparado contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 11 de julio de 2007 , dictada en los autos del recurso contencioso administrativo número 866/2001, interpuesto a su vez contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, en el expediente 490/00, lo admita y, previa su tramitación conforme a Derecho, dicte finalmente Sentencia definitiva por la que acuerde la estimación del presente recurso de casación por todos o por alguno de los motivos en que el mismo se funda, disponiendo casar y anular la Sentencia recurrida y, en su lugar, resuelva la estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia referenciada, acordando la anulación de la misma, por ser contraria a Derecho, en los pronunciamientos relativos a la declaración de la existencia de una infracción al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , de la que se hace responsable a Repsol, S.A., y de imposición de una multa de 500 millones de

pesetas en atención a la misma, así como los pronunciamientos accesorios de uno y otro de los anteriores asimismo contenidos en los apartados 1, 2, 3 y 6 de la parte dispositiva de la resolución. ».

CUARTO.- La Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por Auto de 18 de septiembre de 2008, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de 21 de noviembre de 2008 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, la Asociación GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES), la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES), la ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y UNIDADES DE SUMINISTRO DE ANDALUCÍA, y la entidad mercantil ESTACIONES 2000, S.L.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el 2 de enero de 2009, efectuó las alegaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; le tenga, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por todos sus trámites; y, en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJC A. » .

2º.- La Procuradora Doña María Jesús Jaén Jiménez, en representación de la entidad mercantil ESTACIONES 2000, S.L., en escrito presentado el 13 de enero de 2009, efectuó, asimismo, las alegaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito y previos los trámites oportunos, lo admita, tenga por formulada mi oposición al RECURSO DE CASACIÓN número 008/0006188/2007 interpuesto contra la Sentencia de 11 de Julio de 2007 de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Sexta en el recurso contencioso administrativo número 866/2001, interpuesto contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, en el expediente 490/00 y, en consecuencia, declare su inadmisibilidad, o subsidiariamente, lo desestime, declarando no haber lugar al recurso, confirmando en su integridad la sentencia recurrida, con imposición de costas a la recurrente, pues así procede en derecho.

Por Otrosí, solicita la celebración de vista pública, dada la especial índole del asunto. » .

3º.- El Procurador Don Roberto Sastre Moyano, en representación de la Asociación GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO (AGES), presentó escrito el 15 de enero de 2009, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, y en méritos a lo expuesto acuerde la desestimación íntegra del recurso de casación formulado por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., con condena en costas a la recurrente. » .

4º.- La Procuradora Doña Beatriz Sordo Gutiérrez, en representación de la ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y UNIDADES DE SUMINISTRO DE ANDALUCÍA, presentó escrito el 16 de enero de 2009, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito junto con sus copias, lo admita y tenga por formulada en tiempo y forma OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por REPSOL CPP, S.A. y REPSOL YPF, S.A. contra la Sentencia de 11 de julio de 2007 dictada por la Sección Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional , y tras los trámites legales oportunos dicte en su día sentencia desestimando el Recurso de Casación promovido y confirmando en su integridad la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte recurrente. » .

5º.- El Procurador Don Alejandro Escudero Delgado, en representación de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES), presentó escrito el 16 de enero de 2009, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, y en méritos a lo expuesto acuerde la desestimación íntegra del recurso de casación formulado por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., con condena en costas a la recurrente. » .

SEXTO.- Por providencia de fecha 2 de julio de 2010, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat , y se señaló este recurso para votación y fallo el día 2 de noviembre de 2010, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos tiene por objeto la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictado el 11 de julio de 2007 , que desestimó el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. y REPSOL YPF, S.A. (antigua REPSOL, S.A.) contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, que declaró que REPSOL, S.A. ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , consistente en fijar los precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores que actúan bajo un supuesto régimen de comisión o agencia, imponiéndole una multa de quinientos

millones de pesetas (3.005.060,52 euros).

SEGUNDO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación se articula en la formulación de cinco motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En la exposición del primer motivo de casación, que se fundamenta en la infracción del artículo 24.2 de la Constitución, se reprocha a la sentencia recurrida que haya confirmado la sanción impuesta a una persona jurídica, REPSOL, S.A., que no había sido imputada en el procedimiento seguido ante el Servicio de Defensa de la Competencia ni ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, y a la que no se le había otorgado audiencia en ningún momento en el procedimiento sancionador, por lo que se le ha causado efectiva indefensión.

El segundo motivo de casación, por infracción del artículo 8 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, denuncia que la sentencia recurrida haya mantenido la declaración como responsable de la infracción a REPSOL, S.A., empresa matriz, de la empresa a la que se le imputan los comportamientos supuestamente constitutivos de la infracción, sin que concurren los requisitos sustantivos exigidos para la extensión de la responsabilidad.

En el tercer motivo de casación se denuncia que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en la medida en que la Sala de instancia considera que se ha vulnerado la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia en referencia a la fijación de precios de venta al público de carburantes por las estaciones de servicio comisionistas de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., sin tener en cuenta que la fijación de los precios se realiza como precios máximos, pues los distribuidores minoristas están autorizados a realizar descuentos sobre el precio comunicado con cargo a su comisión.

El cuarto motivo de casación, por infracción del artículo 10.5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en la redacción introducida por la Ley 52/1999, y del principio de legalidad en materia sancionadora, consagrado por el artículo 25 de la Constitución, censura que la Sala de instancia no haya aplicado la exención de multas en el ámbito interno que establece la invocada disposición legal, no obstante haberse comunicado formalmente a la Unión Europea en formulario A/B el modelo de contrato de agencia de Petroliber Distribución, S.A., con el objeto de que se declare la no sujeción al artículo 81 del Tratado CEE, o, subsidiariamente, una exención singular al amparo del artículo 85.3 del Tratado CEE.

El quinto motivo de casación reprocha a la sentencia recurrida la infracción del principio de culpabilidad y del principio de protección de la confianza legítima en materia sancionadora, puesto que la Sala de instancia confirma la sanción sin tomar en consideración la inexistencia del elemento necesario de la culpabilidad, derivado de la convicción de que de su comportamiento en materia contractual en las estaciones de servicio de su red era conforme con el Derecho de la Competencia, por las actuaciones

anteriores de las autoridades españolas y comunitarias, especialmente con base en la reiterada doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia y en las Directivas adoptadas por la Comisión Europea.

TERCERO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 24.2 de la Constitución.

El primer motivo de casación no puede ser acogido, pues consideramos que la Sala de instancia no ha infringido el derecho fundamental a un procedimiento sancionador con todas las garantías, cuyo reconocimiento se desprende del artículo 24.2 de la Constitución, al confirmar la sanción impuesta a la compañía mercantil REPSOL, S.A. por resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de junio de 2001, en cuanto que, ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en el presente proceso, estimamos que en el expediente 490/00 REPSOL (1986/99 del Servicio), se ha respetado el principio acusatorio y el derecho de defensa, con la oportunidad de contradecir los hechos imputados y el derecho a la práctica de las pruebas pertinentes para su defensa, debiendo descartar, por ello, que se haya causado indefensión.

En efecto, como acertadamente razona la Sala de instancia, aunque pueda advertirse la comisión de una irregularidad formal en la redacción del Informe-Propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia de 19 de mayo de 2000, al considerar autor responsable de la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., no puede desconocerse que del examen del conjunto de las actuaciones se desprende inequívocamente que las empresas denunciadas e investigadas y contra las que se dirigió el expediente, fueron las empresas REPSOL., S.A. y su filial REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.-, pertenecientes al mismo grupo empresarial y vinculadas por su unidad de negocio y estrategia común, que asumieron una posición conjunta de defensa y que podría haber derivado en la declaración de responsabilidad de ambas mercantiles conjunta y solidariamente por la realización de prácticas anticompetitivas de fijación de precios de venta al público de combustibles a las que se identifican como estaciones de servicio «ligadas a REPSOL» o «distribuidoras de REPSOL», en infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sin merma de su derecho de defensa.

En este sentido, resulta adecuado consignar la doctrina que hemos formulado en las sentencias de esta Sala de 21 de febrero de 2006 (RC 3754/2003 y 5695/2003), respecto del alcance y contenido del derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías, en las que dijimos:

« La potestad sancionadora de la Administración, que constituye una manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, según contempla el artículo 25 de la Constitución, se encuentra limitada en su ejercicio al respeto del principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, que se proyecta en el reconocimiento, vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva, y al derecho a un proceso con todas las garantías que garantiza el artículo 24 de la Constitución, del derecho subjetivo de que nadie puede ser sancionado sino en los casos legalmente previstos y por las autoridades administrativas que tengan atribuida por Ley esta competencia sancionadora y a través del procedimiento en que

se respeten plenamente el derecho de defensa, el derecho de ser informado de la acusación y el derecho a la presunción de inocencia.

Los principios inspiradores del orden penal referidos en el artículo 25 de la Constitución y las garantías procesales consagradas en el artículo 24 de la Constitución son aplicables con matices en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, según advierte el Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia (STC 18/1981), exigiendo que se respete, según se afirma en la sentencia 77/1983 :

a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial . » .

Las garantías constitucionales consagradas en el art. 24.2 CE , según se declara en las sentencias constitucionales 126/2005, de 23 de mayo , y 142/2009, de 15 de julio , son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, STC 74/2004, de 22 de abril , F. 3). Igualmente se ha destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del ius puniendi del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo expuesto comporta, también, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador, pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el art. 24.2 CE (por todas, STC 59/2004, de 19 de abril , F. 3)

El derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías de defensa, que se constituye como derecho fundamental del ciudadano a un procedimiento justo y equitativo frente a los poderes coercitivos de la Administración, en que se respeten los derechos de defensa con interdicción de indefensión, en una interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la Constitución y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, engloba, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, al derecho a no ser sancionado sin ser oído y, a ejercer las facultades de

alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, que excluye la admisibilidad y apreciación de pruebas ilícitas, y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora.

En suma, en razón de la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso enjuiciado, cabe concluir el examen del primer motivo de casación considerando injustificado el reproche que se formula a la Sala de instancia de no haber declarado nula de pleno derecho la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, por infringir el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías, en cuanto que no apreciamos que se haya producido, desde una perspectiva material, privación o menoscabo del derecho a conocer los cargos imputados, de su derecho de defensa, y del derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para su defensa, pues la sanción impuesta a REPSOL, S.A., se ha producido en el seno de un procedimiento en el que se ha respetado plenamente su derecho de defensa, tanto en la fase de instrucción ante el Servicio de Defensa de la Competencia como en el procedimiento resolutorio ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, pues observamos que no se ha cuestionado que las conductas anticompetitivas contrarias al artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con lo contratos de REPSOL con sus distribuidores, debieran imputarse exclusivamente a su filial REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., porque desarrollase su actividad empresarial en este área negocial de forma independiente de la empresa matriz, que motivara su exclusión del expediente sancionador.

CUARTO.- Sobre el segundo motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 8 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

El segundo motivo de casación no puede prosperar, pues sostenemos que la censura que se formula a la sentencia recurrida, de infringir el artículo 8 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, basada en que se había producido una indebida extensión de la responsabilidad, al sancionar a REPSOL, S.A. por las conductas anticompetitivas cometidas por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. sin haberse demostrado el poder de dirección de aquella sobre ésta, resulta infundada, en cuanto que la Sala de instancia considera acreditado que Repsol Comercial era «una sociedad del Grupo meramente ejecutora de su política comercial».

En efecto, como reconoce la Sala de instancia, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001 impugnada, no se fundamenta, en lo que concierne a la determinación de la persona jurídica responsable, en la aplicación del artículo 8 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que estipula los supuestos de corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante respecto de las empresas que controlan, pues considera que la conducta infractora de fijación de precios de venta al público de combustibles ha sido cometida por REPSOL, grupo empresarial, que desarrolla su actividad en el sector relacionado con la producción de hidrocarburos, y que, específicamente, en el mercado de distribución de carburantes, actúa de forma concertada, a través de la matriz

REPSOL, S.A. y de la filial REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., dedicada a la actividad de distribución de carburantes, siendo notorios los vínculos societarios y empresariales existentes entre ambas compañías, que no han sido cuestionados en la tramitación del procedimiento sancionador.

QUINTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia

El tercer motivo de casación debe ser desestimado, pues consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se revela conforme con las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al apreciar que los controvertidos contratos de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles celebrados entre REPSOL y los titulares de estaciones de servicio, ligados a la Red de distribución REPSOL en régimen de comisión, constituyen una práctica prohibida restrictiva de la competencia consistente en la fijación de precios, en cuanto que en las cláusulas se estipula de forma expresa que el precio de venta al público será el fijado por REPSOL, y, en la medida en que los titulares de las estaciones de servicio no actúan como genuinos agentes o comisionistas, meros ejecutores de la voluntad del principal, sino como operadores económicos independientes, ya que se comprometen, entre otras obligaciones, al pago al contado de los combustibles y carburantes entregados o en el plazo de 9 días desde el suministro, a la conservación de los productos petrolíferos suministrados, asumiendo el riesgo vinculado al deterioro o pérdida, y, asimismo, los riesgos financieros y comerciales derivados del desarrollo de la actividad de distribuidores minoristas de carburantes.

En efecto, en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2007 (RC 1890/2002), reconocimos que los contratos de distribución en exclusiva de carburantes en régimen de comisión de venta en garantía, idénticos o similares en su estructura negocial a los examinados en este litigio, en que se impone al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio de venta al público fijado por el proveedor y el compromiso de vender exclusivamente carburantes y combustibles de ese mismo proveedor, de conformidad con los precios, condiciones y técnicas de venta y de explotación fijadas por el proveedor, la asunción de la obligación de pago al proveedor, el riesgo de cobertura, la responsabilidad por pérdidas del producto suministrado, están sometidos al Derecho de la Competencia y, en consecuencia, no están exceptuados de la aplicación de la prohibición de prácticas colusorias establecida en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en los siguientes términos:

« A nuestro juicio es difícilmente rebatible la conclusión de que el titular de la estación de servicio asume determinados riesgos relevantes dentro del complejo de relaciones mercantiles entre ambas partes. Bastará para ello que, sin necesidad de analizar en extenso otros (por ejemplo, los riesgos financieros derivados de la aceptación de tarjetas de crédito), nos refiramos a dos significativos.

En primer lugar, el suministrador factura al titular de la estación de servicio todos los litros de combustible entregados a ésta, que podrán no coincidir con las

ventas a los consumidores finales realizadas a posteriori, y el pago se hará incondicionalmente en el plazo de nueve días contados desde la entrega. Esto es, con independencia de que el producto se venda o no (y aunque fuera cierto que en una buena parte de los casos se vende dentro de un periodo inferior a nueve días) el titular de la estación de servicio ha de pagar la mercancía entregada asumiendo el riesgo comercial correspondiente a la diferencia entre las cantidades suministradas y las efectivamente vendidas a los clientes. Si dicha diferencia, repetimos, corre a cargo del titular de la estación de servicio en todo caso, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes, y no necesariamente se venderá todo el producto en el plazo de nueve días, la aplicación de los criterios sentados por el Tribunal de Justicia en los apartados 57 y 58 de su sentencia conducen a la conclusión de que aquél soporta el riesgo comercial de la operación.

Ha de tenerse en cuenta que el impago de un solo pedido entregado (esto es, con independencia de que el titular de la estación de servicio haya revendido o no al público consumidor el combustible suministrado) legitima a Cepsa no sólo para suspender la entrega de otros nuevos sino también para someter los futuros suministros a su pago adelantado. No se trata, pues, de una obligación de pago que dependa del buen fin de las "gestiones" del agente o de que éste haya recibido, en todo caso, el precio satisfecho por el consumidor final.

En segundo lugar, el titular de la estación de servicio asume en exclusiva los riesgos del producto (pérdidas, fugas, diferencias de volumen por factores ligados a la temperatura o evaporación, etc.) desde que le es suministrado, incluso si los conserva en condiciones adecuadas. A partir del momento de la entrega del producto, y sea cual sea el momento en que éste sea vendido al consumidor final, el titular de la estación de servicio lo habrá abonado por la cantidad que se le suministró, que puede no coincidir con la que él mismo venderá a los consumidores cuando el combustible sufra una minoración de su volumen a consecuencia de las alteraciones de temperatura, o sufra las mermas y pérdidas derivadas de otros factores. El dato de que estas variaciones -volumétricas o de distinto signo- no se produzcan en cantidades importantes no es óbice a la consideración, netamente jurídica, de que existe el riesgo y que es asumido por el titular de la estación de servicio. Asume éste igualmente los riesgos derivados de los daños que los productos puedan causar a terceros mientras se encuentren en sus instalaciones, también en los supuestos de caso fortuito.

La asunción de estos dos riesgos significativos, unida al hecho de que se imponía al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador, son factores que, a la luz de las consideraciones del Tribunal de Justicia en su sentencia antes transcrita, bastan para concluir que los contratos de distribución objeto de litigio no podían beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 1984/83 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 85 del Tratado CEE (actualmente artículo 81 CE).

En esta misma medida, y dado que el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, que desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, se remite al Reglamento comunitario 1984/83 para autorizar, en los términos de este último, determinados acuerdos comerciales como los que son objeto de debate, tampoco podían beneficiarse de la exención

referida . » .

Por ello, el argumento central en que la defensa letrada de las Compañías recurrentes fundamenta su pretensión casacional, de que la conducta imputada a REPSOL, consistente en la fijación de precio de venta al público de los carburantes y combustibles suministrados a distribuidores minoristas, no constituye una práctica restrictiva de la competencia subsumible en el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , pues no priva a los titulares de las estaciones de servicio consideradas de la facultad de aplicar descuentos con cargo a su comisión, no puede ser aceptado, ya que descansa en la calificación de los contratos examinados por el Tribunal de Defensa de la Competencia como "verdaderos" contratos de agencia o mediación, eludiendo, en consecuencia, que, como sostuvo esta Sala jurisdiccional, se trata de contratos atípicos de agencia o mediación, que reúnen componentes negociales complejos en que el distribuidor en exclusiva, que comercializa los carburantes suministrados por REPSOL, no actúa "procuratoris domini" sino propio domine, como dueño exclusivo de la mercancía, y, por ello, se asemejan a un contrato de reventa, lo que determina la inaplicación de la doctrina del «brazo alargado», en razón de la realidad económica y jurídica subyacente.

Asimismo, debemos rechazar la crítica que se formula a la Sala de instancia de haber desconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en lo referente a la calificación de los hechos imputados de práctica restrictiva de la competencia, puesto que la sentencia recurrida declara como hechos probados que REPSOL fija los precios de venta al público a las estaciones de servicio que actúan bajo un supuesto régimen de comisión o agencia, sin que se haya desvirtuado que los titulares de las estaciones de servicio analizadas no hayan respetado en sus relaciones comerciales con terceros dicha obligación contractual, reduciendo los precios mediante la aplicación de rebajas. En suma, habiendo determinado la Sala de instancia que dichos distribuidores minoristas han asumido, en una proporción significativa, riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros de combustibles y carburantes «se evidencia la conducta anticompetitiva» de las compañías recurrentes, que queda sujeta a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE , y que no está cubierta o amparada en el Reglamento (CEE) nº 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983 , relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, en la medida en que se impone al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público de los carburantes fijado por el suministrador.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 (C-279/06 ), permite confirmar los razonamientos de la Sala de instancia, en cuanto que, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid en el seno de un procedimiento en que se instaba la nulidad de un contrato de compra exclusiva de carburantes, formalizado entre CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. y un distribuidor minorista, en relación a si es aplicable el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea y los artículos 10 a 13 del Reglamento (CEE) 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983 , relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, declara que un « contrato de suministro exclusivo de carburantes y combustibles así como de lubricantes y demás productos afines puede estar incluido en el ámbito de

aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, cuando el titular de la estación de servicio asume, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de estos productos a terceros y dicho contrato contiene cláusulas que pueden menoscabar el juego de la competencia, como la referente a la fijación de los precios de venta al público. En el caso de que el titular de la estación de servicio no asuma tales riesgos o asuma únicamente una parte insignificante de éstos, sólo pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición las obligaciones impuestas al titular en el marco de los servicios de intermediario que éste ofrece al comitente, como las cláusulas de exclusividad o de no competencia » .

SEXTO.- Sobre el cuarto motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 10.5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

El cuarto motivo de casación no puede ser acogido, ya que consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación adecuada del artículo 10.5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en la redacción debida a la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que disponía que «no se impondrán multas por infracción del artículo 1 si se hubiera presentado, con anterioridad a la iniciación de una información reservada previa a la incoación de expediente sancionador, notificación A/B ante los servicios de la Comisión Europea en aplicación del Reglamento del Consejo de la CEE número 17/62, de 6 de febrero », al rechazar que quepa otorgar «inmunidad sancionadora» a REPSOL, derivada de los formularios y comunicaciones remitidos a la Comisión Europea el 25 de octubre de 1990, el 7 de agosto de 1991 y el 21 de mayo de 1997.

En efecto, compartimos el criterio de la Sala de instancia que estima que no concurre el supuesto de exclusión de antijuridicidad de la conducta ilícita por el hecho de haber remitido diversos modelos de contratos de comisión o de agencia al previo escrutinio de las autoridades comunitarias, tras declarar como hechos probados, que no son susceptibles de ser revisados en casación, que, o bien los contratos efectivamente enviados no se corresponden con los contratos analizados en este proceso, que determinaron la incoación del expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia español, o bien no se cumplimentaron los requisitos formales establecidos en el Reglamento CE 17/62, en relación con lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley de Defensa de la Competencia .

De ello deducimos que quedó acreditado en el proceso de instancia que la Comisión Europea no declaró la compatibilidad de los contratos de comisión o agencia examinados por el Servicio de Defensa de la Competencia y por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 490/00 REPSOL (1986/99 del SDC), con el Derecho de la Competencia, que determinase la exclusión de responsabilidad por la falta de concurrencia de los presupuestos de imputabilidad y antijuridicidad, en aplicación del principio de legalidad sancionadora que garantiza el artículo 25 de la Constitución.

SÉPTIMO.- Sobre el quinto motivo de casación: la alegación de infracción de los principios de culpabilidad y de confianza legítima.

El quinto motivo de casación, basado en la inexistencia del elemento de culpabilidad

debido a haberse generado en la compañía sancionada una legítima confianza en la compatibilidad de su práctica contractual con el Derecho de la Competencia, no puede ser estimado, puesto que, como razona la Sala de instancia, aceptando los argumentos del Tribunal de Defensa de la Competencia, los precedentes invocados no son determinantes para la resolución del litigio, ya que las Decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Europea autorizan la modalidad de contratación utilizada por REPSOL en referencia a extremos particulares de los contratos presentados, que no guardan relación alguna con los examinados en este proceso, pudiendo deducirse la vulnerabilidad jurídica de dichos contratos y su sujeción al Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

Por ello, estimamos que el Tribunal de instancia ha respetado el principio de culpabilidad al considerar a la Compañía recurrente autora del ilícito tipificado en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, porque este principio, que garantiza el artículo 25 de la Constitución, que limita el ejercicio del ius puniendi del Estado, exige, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 129/2003, de 20 de junio, que la imposición de la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa, para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías, que en este supuesto, ha sido adecuadamente aplicado.

Conforme a estos parámetros de enjuiciamiento, en el presente caso, si bien es cierta la existencia de dudas interpretativas sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado a los contratos de suministro de combustibles y carburantes en exclusiva, amparados en estas fórmulas contractuales complejas, no podemos entender que la actuación de REPSOL se haya visto sorprendida por la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia, que se revela plenamente acorde con el Derecho europeo de la Competencia, que aflora en la comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962, en que se adoptan criterios para determinar la naturaleza de la actuación que desarrollan agentes y comisionistas, desde la perspectiva de aplicación del anterior artículo 85 del Tratado, en las decisiones de la Comisión de 23 de noviembre de 1973 y de 19 de diciembre de 1984, o en las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1966 y de 16 de diciembre de 1975, y que, por ello, cabe calificar de predecible.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los cinco motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. y REPSOL YPF, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictado el 11 de julio de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 866/2001.

OCTAVO.- Sobre las costas procesales.

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

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

## **FALLAMOS**

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal e las entidades mercantiles REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. y REPSOL YPF, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictado el 11 de julio de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 866/2001 .

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.