

Id Cendoj: 28079230062008100501
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 409 / 2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha

promovido Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Roberto

Sastre Moyano, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución

del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 17 de julio de 2006, relativa a ejecución de Resolución, siendo

codemandada Repsol comercial de productos petrolíferos S.A., y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Roberto Sastre Moyano, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 17 de julio de 2006, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veinticinco de noviembre de dos mil ocho.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 17 de julio de 2006, por la que se declara ejecutada en sus propios términos la Resolución de 11 de julio de 2001, dictada en el expediente 490/00.

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

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

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

Se constata que REPSOL ha realizado las siguientes actuaciones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hemos de señalar desde ahora dos cuestiones:

1.- el expediente de cumplimiento sigue abierto ante el Servicio, por ello un posible incumplimiento

puede ser denunciado ante el mismo, pues la Resolución que nos ocupa se limita a señalar que la renuncia de derechos reconocidos en contrato por parte de REPSOL, ha adaptado esos contratos a la *Ley 16/1989*, y

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

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

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

"38 Sin embargo, los acuerdos verticales, como los contratos entre CEPSA y los titulares de estaciones de servicios, sólo entran en el ámbito de aplicación del *artículo 85* del Tratado cuando se considera que el titular es un operador económico independiente y existe, en consecuencia, un acuerdo entre dos empresas.

39 Pues bien, es jurisprudencia reiterada que el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho comunitario de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21 , y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C-205/03 P, Rec. p. I-0000, apartado 25).

40 Además, el Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11).

41 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que, a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia, la separación formal entre dos contratantes, resultado de su personalidad jurídica distinta, no es determinante, dado que el criterio decisivo es la existencia o no de una unidad de comportamiento en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140).

42 En determinadas circunstancias, las relaciones entre un comitente y su intermediario pueden caracterizarse por tal unidad económica (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 480).

43 Sin embargo, a este respecto se deriva de la jurisprudencia que los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste (véase, en este sentido, la sentencia Volkswagen y VAG Leasing, antes citada, apartado 19).

44 Por consiguiente, cuando un intermediario, como el titular de una estación de servicio, aunque con personalidad jurídica distinta, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente de su comitente, en este caso un proveedor de carburantes, por el hecho de que éste asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica de que se trata, la prohibición establecida en el *artículo 85, apartado 1* , del Tratado no es aplicable a las relaciones entre este intermediario y este comitente.

45 Por el contrario, cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y

comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del *artículo 85* del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada, apartados 541 y 542).

46 Se desprende de lo anterior que el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente reside en el contrato celebrado con el comitente y, concretamente, en las cláusulas, tácitas o expresas, de este contrato relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. Tal como alega en sus observaciones, con razón, la Comisión, la cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno.

47 En estas circunstancias, debe valorarse si, en el marco de los contratos que presentan las características que describe el órgano jurisdiccional remitente, los titulares de estaciones de servicio asumen o no determinados riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de carburantes a terceros.

48 El análisis de la distribución de dichos riesgos debe realizarse a la luz de las circunstancias fácticas del asunto principal. Pues bien, como ya se ha señalado en el apartado 30 de la presente sentencia, los autos aportados al Tribunal de Justicia no proporcionan una información completa respecto de la manera en que se efectúa esta distribución en el marco de los contratos celebrados entre CEPSA y los titulares de estaciones de servicio.

49 En este contexto, procede recordar que el Tribunal de Justicia no es competente para apreciar los hechos del asunto principal ni para aplicar a medidas o a situaciones nacionales las normas comunitarias que haya interpretado, siendo dichas cuestiones competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales (véanse, en particular, las sentencias de 23 de febrero de 2006, CLT-UFA, C-253/03, Rec. p. I-1831, apartado 36, y de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 69).

50 Sin embargo, para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, es necesario precisar criterios que permitan apreciar la distribución efectiva de los riesgos financieros y comerciales entre los titulares de estaciones de servicio y el proveedor de carburantes, tal como se realiza en los contratos controvertidos en el asunto principal a efectos de determinar si el *artículo 85* del Tratado les es aplicable.

51 A este respecto, el juez nacional debe tener en cuenta, por una parte, los riesgos vinculados a la venta de los productos, como la financiación de las existencias de carburantes, y, por otra parte, los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, a saber, las que son necesarias para que el titular de una estación de servicio pueda negociar o celebrar contratos con terceros.

52 En lo que atañe, en primer lugar, a los riesgos relacionados con la venta de los productos, es probable que dicho titular asuma estos riesgos al convertirse en propietario de los productos en el momento en que los recibe del proveedor, es decir, antes de la posterior venta a un tercero.

53 Igualmente, debe considerarse que asume una parte de los riesgos relacionados con la venta de los productos el titular que asuma, ya sea directamente, ya sea indirectamente, los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular, los costes de transporte.

54 El hecho de que el titular corra con los gastos de conservación de las existencias también puede ser un indicio de que le han sido transferidos los riesgos relacionados con la venta de los productos.

55 Además, el juez nacional debe determinar quién asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros. En el caso de que el titular fuera responsable de estos daños, independientemente de si cumplió o no la obligación de conservar dichos productos en condiciones adecuadas para evitar toda pérdida o deterioro, debería considerarse que el riesgo se le ha transmitido.

56 También debe valorarse el reparto del riesgo financiero de los productos, en particular en lo que se refiere al pago del carburante en el caso de que el titular no encuentre comprador o en el caso de pago diferido por la utilización de tarjetas de crédito, en función de las normas o de las prácticas relativas al

régimen de pago de los carburantes.

57 A este respecto, se desprende del auto de remisión que el titular está obligado a pagar a CEPESA el importe correspondiente al precio de la venta de los carburantes nueve días después de la fecha de suministro y que, en ese mismo plazo, el titular recibe de CEPESA las comisiones, cuyo importe corresponde a la cantidad de carburante suministrado.

58 En estas circunstancias, corresponde al juez nacional verificar si el pago al proveedor del importe correspondiente al precio de la venta de los carburantes depende de la cantidad efectivamente vendida en dicho plazo 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 nueve días. En caso afirmativo, debe concluirse que el riesgo comercial es soportado por el proveedor.

59 Por lo que se refiere a los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, si el titular realiza inversiones específicas relacionadas con la venta de los productos, en locales o equipos tales como un depósito de carburante, o si realiza inversiones en acciones de promoción, dichos riesgos financieros se trasladan al titular.

60 De las consideraciones anteriores resulta que, para determinar si debe aplicarse el *artículo 85* del Tratado, es necesario analizar la distribución de los riesgos financieros y comerciales entre el titular y el proveedor de carburantes, en función de criterios tales como la propiedad de los productos, la contribución a los costes vinculados a su distribución, su conservación, la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos o por los daños que los productos puedan causar a terceros y la realización de inversiones específicas para la venta de dichos productos.

61 Sin embargo, tal como sostiene con razón la Comisión, el hecho de que el intermediario soporte únicamente una parte insignificante de los riesgos no puede entrañar que el *artículo 85* del Tratado sea aplicable.

62 No obstante, debe precisarse que, en tal caso, únicamente están excluidas del ámbito de aplicación de este artículo las obligaciones impuestas al intermediario en el marco de la venta de productos a terceros por cuenta del comitente. En efecto, tal como afirma la Comisión, un contrato de agencia puede contener *disposiciones relativas a las relaciones entre el agente* y el comisionista a las que se aplique dicho artículo, tales como las cláusulas de exclusividad y de prohibición de competencia. A este respecto, procede considerar que, en el marco de tales relaciones, los agentes son, en principio, operadores económicos independientes, y que dichas cláusulas pueden vulnerar las normas sobre competencia si conducen a la exclusión del mercado de referencia.

63 En el supuesto en que, tras el examen de los riesgos asumidos por los titulares de estaciones de servicio de que se trata en el asunto principal, no deba considerarse que las obligaciones impuestas a éstos en el marco de la venta de productos a terceros están incluidas en los acuerdos entre empresas en el sentido del *artículo 85* del Tratado, la obligación impuesta a dichos titulares de vender el carburante a un precio determinado no entraría en el ámbito de aplicación de esta disposición y, por consiguiente, sería inherente a la capacidad de CEPESA para delimitar el campo de actuación de sus agentes. Por el contrario, si el juez nacional llegara a la conclusión de que existe un acuerdo entre empresas en el sentido del *artículo 85* del Tratado, se plantearía la cuestión de si, por lo que respecta a la venta de productos a terceros, podría aplicarse a dicha obligación la exención por categoría prevista en los *artículos 10 a 13 del Reglamento nº 1984/83*.

64 A este respecto, debe constatarse que el *artículo 11 del Reglamento nº 1984/83* enumera las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, pueden imponerse al revendedor, entre las que no figura la imposición del precio de venta al público. Por consiguiente, la fijación de dicho precio por CEPESA constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención del *artículo 10 de dicho Reglamento*.

65 A la vista de las consideraciones que preceden, debe responderse a la cuestión prejudicial que el *artículo 85* del Tratado 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 a terceros.

66 Los *artículos 10 a 13 del Reglamento nº 1984/83* deben interpretarse en el sentido de que tal

contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador.

Costas

67 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El *artículo 85* del Tratado CEE (posteriormente *artículo 85 del Tratado CE* ; actualmente *artículo 81 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 a terceros.

2) Los *artículos 10 a 13 del 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, deben interpretarse en el sentido de que tal contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador.

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

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

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

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

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa* .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por promovido Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Roberto Sastre Moyano, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 17 de julio de 2006, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el *artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985*, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.