

Id. Cendoj: 28079230062009100343
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 24/06/2009
Nº de Recurso: 408/2006
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Ejecución de resolución sancionadora.

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil nueve.

Visto los autos del recurso contencioso administrativo 408/06 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia

Nacional ha promovido MAYPA S.L. representada por la Procuradora Sra. Sordo Gutiérrez 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 sancionadora y la cuantía del presente recurso indeterminada. Siendo

codemandadas ASOCIACION DE GESTORAS DE ESTACIONES DE SERVICIO AGES, representada por el Procurador Sr.

Sastre Moyano, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. representada por el Procurador Sr. Vila

Rodríguez y CONFEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO representada por el

Procurador Sr. García Riquelme. Ha sido Ponente la Magistrado D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-

administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de fecha 3 de diciembre de 2007 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada.

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada REPSOL COMERCIAL PP S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el cual recogió los fundamentos de hecho y derecho que estimó de rigor solicitando su desestimación.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso practicándose:

- La documental a instancias de la actora.

- La documental a instancias de la codemandada REPSOL COMERCIAL PP S.A.

En ambos casos, con el resultado obrante en autos.

La actora, el Abogado del Estado y la representación procesal de REPSOL COMERCIAL PP S.A. presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 23 de junio de 2.009 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO-. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 17 de julio de 2007 en el Expediente 490/00 REPSOL Resolución de ejecución de sentencia con la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO.- Declarar ejecutada en sus propios términos la Resolución de 11 de julio de 2001, dictada en el expediente 490/00.

SEGUNDO.- No imponer la multa coercitiva de la que se apercibió a Repsol en la Resolución de Ejecución de 19 de abril de 2006.

TERCERO.- Dar traslado de esta Resolución a la Audiencia Nacional en prueba de la ejecución."

La Resolución impugnada declaró ejecutada en sus propios términos la previa Resolución del propio Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 11 de julio de 2001 dictada en el expediente 490/01 y, además, dispuso no imponer a Repsol la

multa coercitiva con la que se le había previamente apercibido en Resolución de Ejecución de 19 de abril de 2006.

SEGUNDO-. Constituyen un antecedente inmediato de esta sentencia las dictadas por esta Sala y Sección los pasados días 5 de diciembre de 2008 en el recurso contencioso administrativo num. 409/2006 y de 29 de enero de 2009 en el recurso contencioso-administrativo num. 407/2006.

TERCERO-. Aquellos recursos se plantearon como el que es objeto de esta sentencia, en relación con las circunstancias sobrevenidas después de que esta Sala dictara la sentencia de 11 de julio de 2007 en el recurso contencioso-administrativo núm. 866/2001 interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. "(Repsol Comercial)" y "Repsol-YPF, S.A." (Repsol-YPF, antigua "Repsol, S.A."), contra la resolución dictada el día 11 de julio de 2001 por el Tribunal de Defensa de la Competencia con la siguiente parte dispositiva:

"1º Declarar que "Repsol, S.A." (hoy Repsol YPF), ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la LDC al fijar los precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores que actúan con ellas bajo un supuesto régimen de comisión agencia en virtud de contratos que referencia.

2º Intimar a Repsol, S.A. para que cese en la fijación de precios en las relaciones con las estaciones de servicio con las que se encuentra vinculada por un contrato de similares características.

3º Multar a Repsol, S.A. en la cuantía de 500 millones de pesetas (3.005.060,52 euros) por prácticas contrarias al art. 1.1 LDC consistentes en la fijación de precios a las estaciones de servicios con los que se encuentra vinculado en virtud de los contratos reseñados, que no pueden ser considerados contratos de agencia.

4º Ordenar a Repsol, S.A. la publicación en el plazo de dos meses de la parte dispositiva de la resolución en el BOE y en la sección de economía de uno de los diarios de información general de los de mayor circulación de ámbito nacional."

Además se dejó constancia de dos hechos negativos: a) que no se encuentra acreditada la práctica de la conducta anticompetitiva descrita en los contratos que no han sido objeto de reseña y b) que no se encuentra acreditada la práctica generalizada de utilización fraudulenta de las exenciones previstas en el Reglamento CEE 1984/83 con el fin de alargar la duración máxima de los contratos.

La sentencia desestima el recurso y confirma el acto administrativo impugnado.

Es relevante igualmente para resolver este recurso recordar que el día 19 de abril de 2006 el TDC había dictado una resolución con la siguiente parte dispositiva:

PRIMERO.- Ejecutar lo dispuesto en el apartado 2 de la parte resolutoria de la Resolución de 11 de julio de 2001 y, en consecuencia, intimar a REPSOL S.A. para que cese en la fijación de precios en las relaciones con estaciones de servicio con las que se encuentra vinculada por un contrato de las características indicadas en el apartado 1 de la parte dispositiva de la Resolución. El cumplimiento de esta obligación deberá

justificarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- Imponer a Repsol S.A. una multa coercitiva de 3.000 euros por cada día de retraso en acreditar ante el Servicio el cumplimiento impuesto por la Resolución de 11 de julio de 2001, a contar desde el transcurso de dos meses de la notificación de la presente Resolución.

TERCERO.- Dar traslado de esta Resolución a la Audiencia Nacional en prueba de la ejecución de su Auto de 15 de enero de 2002

CUARTO.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia del cumplimiento de la obligación impuesta.

CUARTO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente, pueden resumirse como sigue:

-. El informe del SDC presupuesto lógico de la resolución impugnada plantea unas eventuales formas de cumplir lo ordenado por el TDC que es contestado por la actora señalando que en primer lugar debe cesar la fijación de precios por la petrolera, que aunque el SDC no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la novación ni sobre su validez jurídica, a juicio de la actora la postura del explotador de la estación será como un revendedor y como un comisionista. Que no deben de entenderse novados los contratos por el mero hecho de haber recibido una carta de REPSOL, y tras realizar diversas consideraciones sobre las consideraciones que realiza el SDC concluye que es una incongruencia jurídica hablar de "comisión del comisionista" cuando la relación que une a las partes, petrolera y explotador no es de comisión ni de agencia lo que a su juicio resulta de la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007

-.la incoación de un expediente sancionador contra REPSOL por vulneración del art. 1 LDC pone de manifiesto que no se puede tener por cumplido el Acuerdo del TDC de 11 de julio de 2001

-. El informe de la CNE de 13-IX-2007 es un indicio más del denunciado incumplimiento.

-. El precio de REPSOL es fijo.

Considera finalmente que se ha vulnerado el art. 1 LDC y que se ha incumplido el art. 54 de la ley 30/92 relativo al deber de motivación.

QUINTO.- El primer grupo de argumentos planteados por la recurrente ha sido ya resuelto en las precitadas sentencias de esta Sala de fechas 5 de diciembre de 2008 y de 29 de enero de 2009 en los siguientes términos:

"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."

La cuestión central radica, como igualmente se señaló entonces en que si la actora considera que ha tenido lugar una novación contractual que no consiente, debe dirigirse a la jurisdicción civil para plantear la resolución del contrato o todas y cada una de las cuestiones relativas al mismo que ni las autoridades de Defensa de la Competencia ni esta jurisdicción contencioso- administrativa tienen competencia para resolver.

Igualmente, la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del contrato que tenga suscrito la recurrente con REPSOL, si es un contrato de comisión o de agencia pura, quedó resuelta, a los únicos efectos en que tanto las autoridades de competencia como esta jurisdicción puede abordar, por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2006 que establece:

-. "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"

-. " 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 CEPSA 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 CEPSA 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. "

En consecuencia se está resolviendo la única cuestión que, en el marco de las infracciones denunciadas del ordenamiento jurídico nacional y comunitario de Defensa de la Competencia, se puede resolver: si con la actividad desplegada por REPSOL esta ha cesado en la fijación de precios en las relaciones con las estaciones de servicio con las que se encuentra "vinculada por un contrato de similares características".

Lo que la Resolución que se impugna declara es que las modificaciones operadas en la relación contractual son suficientes para mantener la libre competencia.

La lectura de los antecedentes de la resolución impugnada lo pone claramente de manifiesto: "El Tribunal de Defensa de la Competencia no exigió en su Resolución del año 2001 la conversión de todos los distribuidores en revendedores sino que se limitó a sancionar la conducta de que, en contratos que de hecho tenían las características propias de la reventa (especialmente en cuanto a la asunción del riesgo y la responsabilidad por daños) se fijaran por el suministrador los precios de venta al público, amparándose en una vestidura formal de contratos de comisión o agencia.

Por ello el Tribunal no optó por exigir una u otra forma para los contratos que ligan a Repsol con sus distribuidores sino que se limitó a declarar la infracción derivada de la irregularidad que suponía fijar precios de venta al público a quienes asumían los riesgos, obligaciones y responsabilidades correspondientes al propietario de las mercancías.

Desaparecidas en la actualidad las contradicciones jurídicas e irregularidades sancionadas en los contratos de Repsol con los distribuidores, mediante fórmulas que, en unos casos, liberan a los propietarios de las gasolineras de su condición de agencia o de comisionistas, permitiéndoles convertirse en revendedores y, en otros casos, eliminan las discordancias y contradicciones observadas en los contratos sancionados, formalmente denominados de agencia o de comisión, mediante la asunción por parte de Repsol de las responsabilidades y riesgos propios del propietario de los carburantes y limitando su intervención sobre los precios a la determinación de un máximo sobre el que se fijará la comisión del distribuidor, convirtiendo esos irregulares contratos preexistentes en verdaderos contratos de comisión mercantil, el Tribunal de Defensa de la Competencia debe considerar cumplidas por Repsol las obligaciones que le impuso por la Resolución de 11 de julio de 2001. "

SEXTO.- En cuanto al segundo grupo de motivos, con fundamento en la incoación de un expediente sancionador contra REPSOL por vulneración del art. 1 LDC , el informe de la CNE de 13-IX-2007 y que el precio de REPSOL es fijo, en cuanto al primer elemento, se aborda por la resolución impugnada al recordar que se está llevando a cabo una investigación sobre la actuación de Repsol en relación con sus vínculos contractuales con sus distribuidores y la no imposición de precios de venta al público en todos sus contratos de suministro de carburantes; señalando igualmente que si de la investigación resultan comportamientos anticompetitivos, se abriría un nuevo expediente sancionador.

No puede olvidarse que como recientemente señaló el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 3 de marzo de 2009 "la defensa de la competencia por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución de modo que garantizar la existencia de una competencia suficiente obliga al Tribunal de Defensa de la Competencia a adoptar aquellas medidas de intimación que se revelen idóneas y necesarias para que cesen aquellas conductas empresariales que constituyan una explotación abusiva de la posición de dominio para preservar los intereses públicos vinculados al Derecho de la competencia. La decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia no supone la imposición de una obligación de hacer ad perpetuum porque como hemos expuesto en las sentencias de esta Sala de 3 de marzo de 2009 (RC 3779/2006 y RC 3796/2006) "la propia Ley de Defensa de la Competencia atribuye al SDC la función de vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en cuya función está sin duda la de apreciar el cambio de circunstancias y proponer al TDC las modificaciones

precedentes".

Considera finalmente la actora que se ha vulnerado el art. 1 LDC razonamiento que no puede ser estimado dado que se trata de comprobar si ha cesado en la fijación de precios como se le ordenó, habiéndose concluido que al menos en el contexto que enmarca la resolución impugnada si lo ha hecho, sin perjuicio de ulteriores comprobaciones, como igualmente se señala en dicha resolución.

En cuanto a la falta de motivación y si se ha incumplido el art. 54 de la ley 30/92 relativo al deber de motivación, las exigencias y supuestos de motivación del acto administrativo están regulados en los arts. 54, 89 pfos. 3 y 5 y 138 pfo. 1 de la Ley 30/92 .

De la lectura del acto administrativo impugnado resulta a juicio de esta Sala una motivación suficiente, que permite la realización del control jurisdiccional del mismo, es decir, permite llevar a cabo la función esencial que cumple (con independencia de otras que la doctrina ha calificado como de orden interno y de aseguramiento de rigor en la formación de la voluntad de la Administración) esta exigencia legal de motivación de los actos administrativos

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

SEPTIMO-. 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 debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de MAYPA S.L. contra el Acuerdo dictado el día 17 de julio de 2007 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltna. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.