

Id. Cendoj: 28079230062009100548
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 17/11/2009
Nº de Recurso: 404/2006
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de noviembre de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional, y bajo el número 404/2006, se tramita, a instancia de la Confederación Española de Empresarios de

Estaciones de Servicios (CEEES), representada por el Procurador D. David García Riquelme, contra la Resolución del Tribunal

de Defensa de la Competencia, de 17 de julio de 2006 (Expediente 490/00), sobre ejecución de Resolución sancionadora, en el

que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y han intervenido como

partes codemandadas, Repsol, Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., representada por el Procurador D. José Pedro Vila

Rodríguez, la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicios (AGES), representada por el Procurador D. Roberto Sastre

Moyano, la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía (APESUSA)

representada por la Procurador Doña Beatriz Sordo Gutiérrez, y Maypa S.L., representada por la Procurador Doña Beatriz Sordo

Gutiérrez, siendo la cuantía del recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios (CEEES) interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia, mediante escrito presentado el 20 de septiembre de 2006, y la Sala, por providencia de fecha 18 de octubre de 2006, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

La representación procesal de Repsol, Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (REPSOL S.A.), compareció en autos por escrito de 7 de diciembre de 2006, y por Diligencia de Ordenación de 21 de diciembre de 2006 se le tuvo por personada en condición de parte codemandada. Igualmente comparecieron en autos las representaciones procesales de la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicios (AGES), por escrito de 21 de marzo de 2007, de la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía APESUSA), por escrito de 26 de marzo de 2007, y de Maypa S.L., por escrito de 26 de marzo de 2007, y por diligencia de ordenación de 30 de marzo de 2007 se tuvo a todas ellas por personadas en condición de partes codemandadas.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el 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 su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del 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. Igualmente contestaron a la demanda por su turno las demás partes codemandadas, salvo la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicios (AGES), a quien se tuvo por caducada en su derecho y perdido el trámite, por auto de 15 de abril de 2009.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y tras los escritos de conclusiones de las partes se señaló para votación y fallo el día 10 de noviembre de 2009.

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

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de "ejecución de sentencia" (sic) del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de fecha 17 de julio de 2006.

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

1) El TDC dictó Resolución el 11 de julio de 2001, en su expediente 490/00, con los siguientes pronunciamientos:

1. Declarar que REPSOL S.A. ha incurrido en una práctica prohibida por el art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, al fijar los

precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores que actúan, con ellas, bajo un supuesto régimen de comisión o agencia, en virtud de los contratos reseñados en las páginas 408, 596, 522, 485, 577, 503, 450, 1.879, 1.593, 334, 1.905, 381, 663, 640, 843, 1.861, 306, 730, 2.136, 2.105, 2.179, 1.317, 1.346, 1.714, 1.677, 2.378, 2.334, 2.418, 2.207, 2.316, 1.634, 1.258, 1.125, 931, 1.282, 2.249, 1.176, 976, 1.224, 1.838, 1.815, 1.794, 2.513, 1.767, 1.737, 2.484, 2.456, 2.544, 898 y 912 del expediente del Servicio.

2. 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 similares características.

3. Multar a REPSOL S.A. en la cuantía de 500 millones de pesetas (3.005.060,52 euros) por prácticas contrarias al art. 1 LDC, consistentes en la fijación de precios a las estaciones de servicio con los que se encuentra vinculado en virtud de los contratos reseñados en el punto 1 de este Resuelve, que no puedan ser considerados contratos de agencia.

4. Declarar que no se encuentra acreditada la práctica prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de fijar precios de venta al público de los combustibles, en aquellos contratos aportados al expediente que no se encuentran incluidos en la lista enumerada en el punto 1 del Resuelve.

5. Declarar que, a la luz de los contratos aportados al expediente, no se encuentra acreditada la práctica generalizada de utilización fraudulenta de las exenciones previstas en el Reglamento CEE 1984/83 con el fin de alargar la duración máxima de los contratos.

6. Ordenar a REPSOL S.A. la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de uno de los diarios de información general de los de mayor circulación de ámbito nacional.

En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 100.000 pesetas (601,01 euros) por cada día de retraso en la publicación.

7. Remitir copia compulsada de esta Resolución a la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción, dando así cumplimiento a lo interesado por ésta en su escrito de 26 de julio de 2000.

8. La justificación del cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución se hará ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

2) Contra la anterior Resolución del TDC interpusieron recursos contencioso administrativos ante esta Sala REPSOL S.A. (recurso 866/2001), APESUSA (recurso 874/2001) y CEEES (recurso 966/2001).

En el primero de los indicados recursos, REPSOL S.A. solicitó la medida cautelar de suspensión, que fue denegada por la Sala en auto de 15 de enero de 2002 y de 24 de abril de 2002, que desestimó un recurso de súplica contra el primero. En recurso de casación interpuesto contra dichos autos fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005 (recurso de casación 4.160/2002).

3) El 7 de marzo de 2006, la CEEES presentó ante el TDC un escrito en el que solicitaba se acordara lo necesario para el cumplimiento de la Resolución de 11 de julio de 2001.

Según informó el 18 de noviembre de 2005 el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), REPSOL S.A. había pagado la multa, con fecha 18 de febrero de 2002, y había procedido a la publicación de la parte dispositiva en el BOE de 23 de marzo de 2002 y en el diario ABC de la misma fecha, si bien el SDC también informó al TDC que no le constaba que se hubiera dado cumplimiento a lo ordenado en el apartado 2 de la parte dispositiva de la Resolución de 11 de julio de 2001.

4) El TDC dictó Resolución de 19 de abril de 2006, que en su parte dispositiva contenía los siguientes pronunciamientos en su 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.

5) El SDC emite el 26 de junio de 2006 un informe de vigilancia de la ejecución de la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001, en el que señala que, a su juicio, REPSOL S.A. había cumplido la citada Resolución en sus propios términos y que, por tanto, no procedía la imposición de multa coercitiva alguna.

6) El TDC en la Resolución anteriormente citada, de 17 de julio de 2006, adoptó los siguientes acuerdos:

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.

Esta Resolución del TDC de 17 de julio de 2006 constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda que: 1) anulabilidad de la Resolución por violación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, interdicción de la arbitrariedad, objetividad de la Administración y sometimiento a las resoluciones de jueces y tribunales, 2) anulabilidad de la Resolución por vulneración de los artículos 1204 y 1256 del CC y jurisprudencia aplicable, 3) anulabilidad por violación de los principios de interdicción de la arbitrariedad y objetividad de la administración, y 4) anulabilidad de la Resolución por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1 LDC y 81.1 del Tratado de la UE.

El Abogado del Estado contesta que REPSOL SA ha llevado a cabo una serie de transformaciones en los contratos, con renuncia expresa a cualesquiera restricciones a la competencia y a la plena libertad de actuación que pudieran contenerse en los contratos, y tales transformaciones contractuales suponen un cumplimiento suficiente de la Resolución de 11 de julio de 2001.

La codemandada REPSOL S.A., contesta que esta misma Sala ha declarado que la Resolución es conforme a derecho, en sentencias de 5 de diciembre de 2008 y 29 de enero de 2009 , que agotan y zanján la totalidad del objeto del presente recurso, y añade que la fijación de precios máximos no es contraria al Derecho de la Competencia, que prohíbe que se impida al agente modificar dichos precios realizando descuentos con cargo a su comisión,

Las partes codemandadas APESUSA y Maypa, SA se adhirieron a la petición de nulidad efectuada por la demanda.

TERCERO.- Se impugna, como hemos visto, una Resolución del TDC, declarando la ejecución de una Resolución sancionadora anterior.

La Resolución de 11 de julio de 2001, de cuya ejecución se trata, declaró que REPSOL S.A. había incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la ley 16/1989, de 17 de julio , de defensa de la Competencia (LDC), le intimó al cese en la conducta, le impuso una multa de 500 millones de pesetas y ordenó la publicación de la parte dispositiva en el BOE y páginas de economía de un diario de información general.

No se discute en este recurso, y en todo caso está acreditado por el correspondiente informe del SDC, a quien el artículo 31 b) LDC encomienda la función de vigilar el cumplimiento de las Resoluciones del TDC, que REPSOL S.A. pagó la multa de 500 millones de pesetas y publicó la parte dispositiva de la Resolución sancionadora en el BOE y en el diario ABC.

El único punto de discusión en el presente recurso es si se ha dado cumplimiento por REPSOL S.A. al apartado 2 de la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001, que contenía la intimación para que cesara en la fijación de precios en las relaciones con estaciones de servicios con las que se encuentre vinculada por un contrato de similares características (distribuidores que actúen bajo un supuesto régimen de comisión o agencia, en virtud de los contratos que se reseñan en la Resolución).

Como indica la codemandada REPSOL S.A., esta Sala se ha pronunciado ya en tres sentencias sobre la conformidad a derecho de la Resolución del TDC de 17 de julio de 2006 que se impugna en estos autos. Dichas sentencias fueron dictadas el 5 de diciembre de 2008 (autos 409/2006), 29 de enero de 2009

(autos 407/2006) y 24 de junio de 2009 (autos 408/2009), en recursos interpuestos por AGES, APESUSA y Maypa S.L., respectivamente.

En dichas sentencias se resuelven las cuestiones que en este recurso plantea la recurrente CEEES, por lo que nos atenemos a lo que en ellas se razona, por razones de unidad de criterio. En particular, dice la primera de las sentencias citadas:

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 :

(Se transcriben los Fundamentos de Derecho 38 a 67 y parte dispositiva de la STJCE citada)

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.

CUARTO.- A los argumentos de nuestras sentencias precedentes cabe añadir que en modo alguno puede ser acogida la alegación de cosa juzgada que invoca la demanda.

La parte demandante pide la anulación de la Resolución impugnada por violación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, y aunque no existe en este punto mucha claridad, parece que la resolución anterior de la que nacen los efectos de vinculación de la cosa juzgada son las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 3 de noviembre de 2003 (expediente 536/02) y de 1 de diciembre de 2004 (expediente 613/2004). Pero, además de encontrarnos ante resoluciones administrativa, no judiciales, respecto de las que no cabe hablar de efectos de cosa juzgada, tampoco podría acogerse dicha excepción procesal por falta de la concurrencia de los requisitos de identidad entre la resolución precedente y la impugnada en este recurso.

La Resolución del TDC de 3 de noviembre de 2003 estimó un recurso contra una decisión de la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de archivo de actuaciones, instando al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) la continuación del procedimiento, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos, así que la acción que se ejercitaba por los recurrentes nada tiene que ver con la acción que ha dado lugar a la Resolución impugnada en el presente recurso, que promueve un incidente de ejecución.

Igualmente tampoco puede existir cosa juzgada en relación con la Resolución del TDC de 1 de diciembre de 2004, citada por el recurrente, pues según se dice en la propia demanda, en tal Resolución el TDC ratificó la decisión del SDC recaída en el expediente 613/2004 de interrumpir el plazo de instrucción del expediente, por razones de coordinación con la Unión Europea, lo que tampoco guarda identidad con el presente caso, en cuanto a la naturaleza de las acciones ejercitadas.

Por otro lado, la demanda cita los razonamientos contenidos en el auto de 24 de abril de 2002, dictado por esta Sala en la pieza de medidas cautelares del recurso 866/2001, promovido por REPSOL, S.A. contra la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001, así como en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005, que confirmó dicho auto. Sin

embargo, hemos de tener en cuenta el ámbito en el que recayeron las resoluciones que se invocan por la parte actora, pues se trataba de una pieza de medidas cautelares, en las que el ámbito de alegaciones y prueba de las partes, y de conocimiento de la Sala, está limitado al mantenimiento o suspensión del acto impugnado.

Este distinto ámbito procesal hace perfectamente coherentes las dos decisiones de que se trata, sin que quepa apreciar ninguna contradicción entre la decisión de la Sala, de no admitir en los estadios iniciales del procedimiento, las medidas cautelares propuestas por Repsol, S.A. para obtener la suspensión de las sanciones e intimaciones impugnadas, y la decisión del TDC a que se refiere este recurso, de considerar de conformidad con el Informe del SDC, que las actuaciones llevadas a cabo por REPSOL, S.A. en cumplimiento de las sanciones dan lugar a tener por ejecutadas tales sanciones.

Por las razones anteriores, debemos desestimar el presente recurso contencioso administrativo, con confirmación de la Resolución impugnada en los extremos examinados.

QUINTO.- 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 Contencioso Administrativa

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Confederación Española de Estaciones de Servicios, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 17 de julio de 2006, que declaramos ajustadas a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Iltmo. Sr. D. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-