

**Id. Cendoj:** 28079130032010100322  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 10/11/2010  
**Nº de Recurso:** 1980/2008  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

Defensa de la competencia. Fijación de precios de venta al público de combustibles.

---

### SENTENCIA

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

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1980/2008 interpuesto por la "ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y UNIDADES DE SUMINISTRO DE ANDALUCÍA", representada por la Procurador D<sup>a</sup>. Beatriz Sordo Gutiérrez, contra la sentencia dictada con fecha 7 de diciembre de 2007 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 874/2001 , sobre defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.", representada por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- La "Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía" interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 874/2001 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, dictada en el expediente 490/00 (Repsol), que acordó:

"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."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 16 de septiembre de 2003, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia que "anule parcialmente la resolución de fecha 11 de julio de 2001 del Tribunal de Defensa de la Competencia, recaída en el Expediente 490/99 (Repsol), en los puntos 4 y 5 de su fallo, con expresa imposición de costas a la Administración General del Estado". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 1 de junio de 2005, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente". Por otrosí se opuso al recibimiento a

prueba.

Cuarto.- Por escrito de 26 de septiembre de 2005 la "Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio" se allanó frente a la demanda.

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 25 de octubre de 2005 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 7 de diciembre de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 11 de julio de 2001, que declaramos ajustada a Derecho en los extremos examinados. Sin expresa imposición de costas".

Sexto.- Con fecha 2 de julio de 2008 la "Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía" interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1980/2008 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 1.1 de la LDC en relación a la imposición de precios de venta a las estaciones de servicio de la red Repsol que actúan bajo el régimen de reventa".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por infracción del art. 1.1 de la LDC en relación a las infracciones de los artículos 10 y 12.1.c) del Reglamento CE 1984/83, e infracción del artículo 6.4 del CC al pretender la aplicación fraudulenta del apartado 12.2 eludiendo la del 12.1.c), ambos del Reglamento CE 1984/83, y jurisprudencia aplicable respecto al alargamiento de la exclusiva más allá de los plazos legalmente permitidos".

Por otro sí solicitó a la Sala el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que "se libre Oficio a la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, a su Sección de Cárteles, Industrias de Base y Energía Sección E-3, [...] a fin de que por quien corresponda y con entrega de una copia de los contratos analizados por el Servicio de Defensa de la Competencia [...] se certifique lo siguiente:

1º.- Si considera la Comisión que el cruce de contratos entre la compañía suministradora y la estación de servicio es contrario al Reglamento CE 1984/83, al pretender un alargamiento del pacto de exclusiva, más allá del plazo máximo previsto en el mismo.

2º.- Si dichas relaciones jurídicas han debido reunir los requisitos establecidos en el Reglamento CE 1984/83, de exención por categorías para su validez, y en tal sentido, si tales acuerdos entraban en el supuesto de aplicación del apartado 2 del artículo 12 del Reglamento CE 1984/83, o por el contrario, resultaba de aplicación el apartado 1.c) del artículo 12 Reglamento CE 1984/83

3º.- Si las inversiones acometidas por la Compañía suministradora en la estación de servicio, justifican o no el alargamiento del plazo de duración de la exclusiva previsto en el apartado 12.1.c) del Reglamento CE.

Y en tal caso, si dichas 'inversiones' no debe ser una barrera de salida de la estación de servicio al mercado, llegado el vencimiento del plazo máximo de duración de la exclusiva".

Séptimo.- "Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A." presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación íntegra con condena en costas a la recurrente.

Octavo.- El Abogado del Estado se opuso igualmente al recurso y suplicó su denegación.

Noveno.- Por providencia de 2 de julio de 2010 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 2 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 7 de diciembre de 2007, desestimó el recurso contencioso-administrativo número 874/2001, interpuesto por la "Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía" contra los apartados 4 y 5 de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001 (expediente 490/99).

En dicha resolución, según ya se ha expuesto en los antecedentes, el Tribunal de Defensa de la Competencia había sancionado a la empresa denunciada ("Repsol, S.A.") por varias conductas restrictivas de la competencia, a la vez que rechazado (en los apartados 4 y 5) imponer sanciones por otras. En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia no consideró que Repsol hubiera incurrido en la práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en relación con los "contratos aportados al expediente que no se encuentran incluidos en la lista enumerada en el punto 1 del Resuelve"; y excluyó asimismo la sanción por entender 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 Sala de la Audiencia Nacional confirmó los dos apartados "absolutorios" de la resolución administrativa por las razones que acto seguido transcribiremos. Disconforme con la sentencia, la "Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía", que había intervenido en el procedimiento sancionador como denunciante, la recurre en casación.

Segundo.- Las consideraciones en que se basó el fallo, esto es, las relativas a los dos apartados "absolutorios" de la decisión administrativa, fueron las siguientes:

"[...] La parte actora alega en su demanda: 1) En el expediente está acreditada la práctica de fijación de precios de venta al público a todos los distribuidores, es decir, no sólo a los vendedores comisionistas, sino también a las estaciones de servicio denominadas 'revendedores', 2) También está acreditada la práctica de utilización fraudulenta de las exenciones previstas en el Reglamento CEE con el fin de alargar la duración máxima de los contratos.

El Abogado del Estado y la parte codemandada contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones de la parte recurrente.

[...] La Resolución impugnada, a la hora de tratar sobre la primera de las imputaciones de fijación de precios, dividió en dos partes los contratos celebrados entre Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. (REPSOL en adelante) y los distribuidores, de un lado los denominados por el TDC gasolineros comisionistas, y del otro lado, los gasolineros revendedores o que operan en un régimen distinto al de comisión.

Tal clasificación aparece en el Hecho Probado Primero y Fundamento de Derecho 2º de la Resolución impugnada:

(Hecho Probado 1º): 'Repsol distribuye, a través de su filial comercial, carburantes en el mercado español. Para ello tiene relaciones de diversa índole con los gasolineros; entre éstas destacan las que se realizan en el marco de los contratos denominados de comisión, que representan un 97,5% del total, según el Servicio, y un 80% según manifestaciones de la compañía en la Vista del Expediente. El resto de la distribución se realiza a través de gasolineras propiedad de la propia Repsol o de gasolineras que operan en régimen de reventa.

(Fundamento de Derecho 2º): 'Deben, pues, distinguirse las relaciones de Repsol con los gasolineros que se presentan como comisionistas, de aquéllas que merecen, siempre según Repsol, una calificación diferente.

La Resolución del TDC considera que existe una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio (LDC) en el grupo de contratos de comisión que representan el 97,5% del total. Tal pronunciamiento no se discute en el presente recurso, que se refiere a la existencia de una infracción del artículo 1 LDC también en los contratos con los revendedores, que la Resolución del TDC impugnada niega.

Idéntica cuestión ha sido planteada en el recurso 966/2001 por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, habiéndose pronunciado la Sala sobre la misma en la sentencia dictada en dicho recurso el 13 de julio de 2007, en el sentido contrario a las pretensiones de la demandante, señalando que no se ha acreditado en el expediente, que era común en el citado recurso y en los presentes autos, que bajo el régimen de reventa haya existido una fijación de precios por parte de REPSOL contraria al artículo 1 LDC.

En efecto, decíamos en la SAN de 13/07/2007 que 'no se ha acreditado que bajo el régimen de reventa haya existido una fijación de

precios por parte de Repsol contraría al art. 1 de la LDC , pues sólo existe constancia de una recomendación de precios máximos en el seno de una relación vertical sin que esta recomendación se haya visto seguida de un régimen de control, o se hayan adoptado medidas que razonablemente permitan concluir que en el supuesto de apartamiento de las directrices conferidas pudieran tomarse medidas de presión contra el revendedor. El propio SDC, aunque concluye que también en este supuesto estamos en presencia de un régimen ilegal de fijación de precios, no es menos cierto que lo hace sobre la base de un presupuesto no constatado pues, mientras declara probado el control riguroso sobre la fijación de precios en los contratos que Repsol denomina de comisión, expresamente afirma que 'es muy probable que los revendedores por seguimiento racional y reconocimiento de la interdependencia sigan dicho precio, aparte de los mecanismos incentivadores en términos de mayores comisiones que supone la utilización del Videotex y el seguimiento de la política comercial de Repsol'. Es decir, no se asienta su petición de sanción en una acreditación de hechos sino en una suposición, criterio que no fue aceptado por el TDC y que tampoco nosotros podemos compartir. En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en la SAN de 27 de abril de 2006 (rec. 845/2001 ) en un supuesto prácticamente idéntico promovido contra Cepsa'.

[...] La segunda de las alegaciones de la demanda se refiere a la existencia de práctica de utilización fraudulenta de las exenciones previstas en el Reglamento CEE con el fin de alargar la duración máxima de los contratos, y fue igualmente tratada en la SAN de 13/07/2007 citada, que señalaba: 'en relación con el segundo pronunciamiento del TDC objeto de impugnación en este proceso, cuestión relativa a la excesiva duración de los contratos' de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12. 2 del Reglamento 1984/1983 (y del RD 157/1992 ), cabrá la exención de los contratos de suministro en exclusiva celebrados por un plazo superior a 10 años en los supuestos en que la Estación de Servicio sea propiedad del suministrador, éste la haya arrendado al distribuidor y le conceda ventajas económicas. El TDC analiza diferentes tipos de contratos (pág. 53 y ss. de la Resolución), a estos efectos (arrendamientos cruzados, y otros supuestos en los que se constituyen derechos de superficie u usufructos sobre los locales), y llega en todos a una solución que es plenamente compartida por este Tribunal y que en esencia se reduce, tras la verificación de que Repsol ha hecho en cada una de las Estaciones de Servicio vinculada a los contratos analizados importantes inversiones, a la conclusión de que no ha existido la conducta fraudulenta denunciada. De acuerdo con lo dispuesto en el citado Reglamento es posible el alargamiento del plazo de duración de los contratos más allá del límite inicialmente autorizado si se producen esas inversiones en los supuestos reseñados; dado que en el presente caso concurren los presupuestos indicados y con ello se satisface un objetivo de modernización de los establecimientos y consiguiente mejora del servicio, especialmente querido por el Reglamento aplicado, debemos concluir que el recurso debe ser desestimado".

Tercero.- Fallamos este recurso de casación de modo simultáneo con el tramitado bajo el número 5309/2007 en el que otra entidad asociativa (la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio) impugna la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2007, a su vez recaída en el recurso contencioso administrativo número 966/2001 , interpuesto igualmente contra los apartados 4 y 5 de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001. A esta última sentencia de instancia, de 13 de julio de 2007 , se remite, como acabamos de transcribir, la que constituye el objeto del presente recurso.

Y no podemos dejar de consignar que en [redacted] nuestra sentencia de 1 de diciembre de 2009 ya desestimamos el recurso de casación número 3789/2006, interpuesto por la misma Asociación ahora recurrente contra la dictada por la Sección Sexta de la [redacted] Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 27 de abril de 2006. En esta última sentencia [redacted] dicha Sala, a su vez, había desestimado la impugnación contra el apartado quinto de otra resolución anterior del Tribunal de Defensa de la Competencia (dictada el 30 de mayo de 2001) que declaró "no acreditadas las demás infracciones imputadas" a las compañías expedientadas "Compañía Española de Petróleos, S.A." (CEPSA) y "CEPSA Estaciones de Servicio, S.A."

Se trataba entonces, como en este caso, de conductas asimismo relativas: a) a la supuesta imposición por parte de "Compañía Española de Petróleos, S.A." de precios de venta al público de los combustibles y carburantes a los distribuidores con los que estaba vinculada en virtud de un contrato de "venta en firme"; y b) a las supuestas prácticas contractuales encaminadas a alargar la duración máxima de los contratos permitida por el [redacted] Reglamento (CEE) 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del [redacted] apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

Dado que los motivos de casación deducidos en el recurso que ahora hemos de fallar se corresponden sustancialmente con los analizados -y desestimados- en el recurso número 3789/2006, nos remitiremos en ésta a [redacted] nuestra sentencia de 1 de diciembre de 2009 [redacted] cuando sea menester.

Cuarto.- El primer motivo de casación se plantea al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional [redacted] y en él se denuncia la infracción del [redacted] artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia [redacted], "en relación a la imposición de precios de venta a las estaciones de servicio de la red Repsol que actúan bajo el régimen de reventa".

La Asociación recurrente sostiene, en síntesis, que la recomendación de precios realizada por "Repsol, S.A." a las estaciones de servicio revendedoras constituiría por sí misma y en todo caso una infracción del [redacted] artículo 1.1 de la Ley 16/1989. Su [redacted] desarrollo argumental no se limita a este artículo de la ley española sino que incluye referencias al antes citado Reglamento (CEE) 1984/83 [redacted], así como al Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del [redacted] apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE [redacted] a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y, de modo singular, al apartado 47 de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 sobre directrices relativas a las restricciones verticales. Incorpora, por lo demás, una extensa cita de pronunciamientos tanto del Tribunal de Defensa de la Competencia como de la Audiencia Nacional para concluir que, en este supuesto, bajo la recomendación se encubre en realidad "una auténtica fijación" de precios por el proveedor del combustible.

El motivo será desestimado por dos razones.

A) En primer lugar, porque -al igual que manifestamos en [redacted] nuestra

sentencia de 1 de diciembre de 2009 frente a un motivo casacional análogo- parte de un presupuesto fáctico distinto del que contiene la sentencia impugnada. Los hechos sobre los que se sustenta divergen de los que el tribunal de instancia ha tenido como probados, lo que lastra negativamente todo el planteamiento argumental de la recurrente. No es revisable ya en casación -y menos por la vía del motivo elegido- la afirmación de la Sala de instancia en orden a que la mera comunicación a las estaciones de servicio revendedoras de un precio recomendado, por parte de "Repsol, S.A.", no fue seguida, en la práctica, de "[...] un régimen de control, [ni de] medidas que razonablemente permitan concluir que en el supuesto de apartamiento de las directrices conferidas pudieran tomarse medidas de presión contra el revendedor" (cita de la sentencia impugnada).

Si esta afirmación resulta ya incontrovertible, como así ocurre, su consecuencia jurídica es que la acción limitada a la recomendación de un precio, sin otros aditamentos, no puede calificarse de conducta anticompetitiva en el seno de las relaciones verticales entre proveedores y revendedores ligados por contratos de compra exclusiva, lo que descartará su tipificación al amparo del artículo 1.1 de la Ley 16/1989 .

B) La aplicación de las normas de derecho comunitario citadas en el motivo conduce a la misma conclusión. Han sido varias las cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles en relación con los contratos de suministro exclusivo de carburantes y combustibles, con las que se trataba de obtener del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la interpretación del artículo 81 del Tratado CE en relación con el ya citado Reglamento (CEE) 1984/83 (y, eventualmente, con el también citado Reglamento 2790/1999 ). El Tribunal de Justicia ha dictado al respecto las sentencias de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05 , Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, cuestión prejudicial promovida por esta Sala), 11 de septiembre de 2009 (asunto C-279/06, Cepsa Estaciones de Servicio, S.A.) y de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07, Pedro IV Servicios, S.L.).

En dichas sentencias se contienen las pautas interpretativas aplicables y, entre ellas, las correspondientes a la cuestión objeto de debate, lo que hace innecesario tanto el nuevo reenvío prejudicial solicitado por la recurrente como el informe de la Comisión Europea que la Asociación recurrente pretende que intereseamos.

En los apartados 70 a 84 de la referida sentencia de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07 ) el Tribunal de Justicia, afirma que "[...] que no pueden acogerse al régimen de exención por categorías establecido en los Reglamentos nos 1984/83 y 2790/1999 los acuerdos por los que el proveedor fija el precio de venta al público o impone un precio de venta mínimo. En cambio, conforme a los términos del mencionado artículo 4 , letra a), el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo". Hace a este respecto las siguientes consideraciones:

"Por lo que respecta al precio de venta al público, de los propios términos de la segunda cláusula contractual se infiere que el proveedor no lo impone, sino que lo recomienda, sin que siquiera se estipule un precio de venta máximo. La manera en que se calcula este precio de venta recomendado carece de relevancia a este respecto, siempre que se deje al revendedor un margen de libertad para determinar efectivamente el precio de venta. Sin embargo, no se da tal libertad cuando el



proveedor impone al revendedor un margen de distribución fijo del que no puede apartarse.

Habida cuenta del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia en el marco de la cooperación establecida por el artículo 234 CE, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que es el único que tiene conocimiento directo del litigio de que conoce, apreciar las modalidades de fijación del precio de venta al público en el asunto principal. En concreto, le incumbe verificar, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo (véase, en este sentido, la sentencia CEPSA, antes citada, apartados 67 y 70).

Asimismo, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado. En particular, debe comprobar si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos (véase, en este sentido, la sentencia CEPSA, antes citada, apartado 71).

En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión de que Pedro IV Servicios estaba obligada, en realidad, a respetar el precio de venta fijo o mínimo impuesto por Total, el acuerdo de abastecimiento de carburantes en exclusiva no podrá acogerse a la exención por categorías ni en virtud del Reglamento nº 1984/83 ni en virtud del Reglamento nº 2790/1999.

Pues bien, la aplicación de esta doctrina al caso de autos determinará el rechazo del motivo una vez que la Sala de instancia (y antes el Tribunal de Defensa de la Competencia) han excluido, como cuestión de hecho, que la recomendación del precio parte de "Repsol, S.A." fuera acompañada de otras acciones mediante las cuales dicha compañía presionara a los revendedores para su imposición, de modo que aquélla ejerciera facultades reales de control sobre la fijación de los precios de venta al público. Si del examen de la prueba se obtiene la conclusión de que dichos precios eran establecidos por el explotador de la estación de servicio sin atenerse necesariamente a los recomendados y sin que hubiera mecanismos de control o presión por el suministrador, de modo que indirectamente se consiguiera el mismo efecto de la fijación, no concurren las circunstancias que inhibirían el acogimiento a la exención por categorías de los acuerdos de compra exclusiva.

En esa misma medida, la recomendación de precios objeto de este litigio se atiene a las normas comunitarias y, habida cuenta de que a éstas remitía expresamente el reglamento español en la materia (artículo 1 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero), que desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías), no puede considerarse ilícita.

Quinto.- En algún pasaje del mismo motivo casacional la Asociación recurrente imprime un cierto giro a su planteamiento impugnatorio. No se trataría ya de afirmar que la recomendación de precios produzca por sí misma el efecto de

imponer el precio de reventa del combustible (lo que, como cuestión de hecho, ha quedado excluido) sino que aquélla equivaldría a un "intercambio de información económica entre competidores" y, en esa misma medida, facilitaría la colusión. Tampoco este enfoque del primer motivo (en el que ciertamente no pone mucho énfasis la recurrente) puede ser aceptado pues el objeto del debate en la instancia no fue sino la licitud o ilicitud de la recomendación de los precios de venta comunicada por "Repsol, S.A." a los titulares de las estaciones de servicio de su red que operaban en régimen de reventa. Es bien sabido que no cabe introducir en casación cuestiones ajenas al proceso de instancia y, repetimos, en él no se planteó sino la supuesta ilicitud de dicha conducta y no de otra, sin que pueda introducirse ahora un título de imputación diferente.

Sexto.- En el segundo motivo de casación, también al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se denuncia de nuevo la infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, esta vez "en relación a las infracciones de los artículos 10 y 12.1.c) del Reglamento CE 1984/83". Afirma la Asociación recurrente que se ha infringido "el artículo 6.4 del CC al pretender la aplicación fraudulenta del apartado 12.2 del Reglamento CE 1984/83", ambos del artículo 12.1.c), eludiendo la del Reglamento CE 1984/83". Por último, considera que se ha vulnerado la "jurisprudencia aplicable respecto al alargamiento de la exclusiva más allá de los plazos legalmente permitidos".

Conviene recordar que en la resolución administrativa objeto de recurso lo que se había afirmado era 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". Centrado el debate en estos términos -esto es, en la no acreditación de una práctica generalizada- de nuevo no puede prescindirse de la apreciación de los hechos que admite el tribunal de instancia, aunque sea por la vía de ratificar los que en su momento el Tribunal de Defensa de la Competencia admitió (o rechazó) como probados.

Partiendo de la irrevocabilidad de los hechos sobre los que se basan las conclusiones jurídicas de la instancia, el análisis del motivo ha de centrarse en el supuesto error de derecho que se imputa a la Sala sentenciadora, en relación con los preceptos citados. Y de nuevo la cuestión clave es la interpretación del Reglamento comunitario número 1984/83, pues la tipificación de la conducta como ilícito anticompetitivo viene ligada a la, según la recurrente, errónea interpretación de las condiciones bajo las cuales debe aplicarse la exención por categorías. Una de ellas es precisamente que los acuerdos de compra exclusiva no sobrepasen cierta duración temporal.

En principio, el beneficio de la exención no se atribuía a los acuerdos de duración indeterminada o superior a diez años. Así lo establecía, mientras fue aplicable, el Reglamento (CEE) 1984/83 en su artículo 12, apartado 1, letra c). Sin embargo, el apartado segundo del mismo artículo admitía que "no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en [las disposiciones aplicables a los

acuerdos de estaciones de servicio], durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio".

La interpretación que de dicho precepto ha hecho el Tribunal de Justicia en la sentencia de 2 de abril de 2009 , antes citada, es contraria a la tesis sostenida por la Asociación recurrente (y en su día, también por la Comisión Europea) según la cual la posibilidad de acogerse al régimen excepcional de duración superior a diez años debía supeditarse al doble requisito de que el proveedor tuviera la propiedad tanto de la estación de servicio como del terreno en el que se ha construido. En cuanto que el motivo ahora objeto de examen mantiene este mismo argumento de principio, debe ser rechazado.

Es cierto que la ampliación extraordinaria de la duración de los contratos hasta diez años venía ligada a las ventajas económicas o financieras específicas a las que se refería el artículo 10 del Reglamento (CEE) 1984/83. Es igualmente cierto que habían de ser unas ventajas significativas que mejoren la distribución, faciliten la instalación o la modernización de la estación de servicio y reduzcan los costes de distribución pues sólo así se justifica la extensión de la exclusividad en el suministro hasta los diez años. Pero fue el propio Reglamento comunitario (después modificado en este extremo) el que dio un régimen singular a "la ventaja prevista en el artículo 12, apartado 2, del Reglamento nº 1984/83", como la denominaría el Tribunal de Justicia en la sentencia antes citada, para permitir la subsistencia de la exclusiva más allá de los diez años.

Subrayaba aquel Tribunal "la especial importancia" de las cláusulas del contrato en las que se pactaba que la estación de servicio fuese arrendada por el proveedor al revendedor o cuyo usufructo le hubiera concedido de hecho o de derecho, pues ello "facilita considerablemente el acceso del revendedor a la red de distribución minimizando sus costes de instalación y de distribución". Y concluía que el texto del Reglamento (CEE) 1984/83 "ni su objeto y estructura ponen de manifiesto, como sostiene la Comisión, que la aplicación del mencionado artículo 12, apartado 2, quede supeditada a un requisito adicional: la liberación del revendedor de todo desembolso o inversión en relación con su actividad económica de explotación de la estación de servicio".

A partir de estas premisas, la acusación de fraude de ley generalizado sobre la que gira el motivo no puede ser compartida. No hay tal fraude de ley si los acuerdos se atienen a una de las posibilidades -extraordinarias pero legítimas- que la propia norma comunitaria prevé como excepción singular al régimen "ordinario" de duración de los contratos en exclusiva beneficiados por la exención. El ya citado artículo 12, apartado 2, del Reglamento (CEE) 1984/83 permitía que la duración del acuerdo de exclusiva fuera superior a diez años, siempre que el proveedor hubiera arrendado al revendedor la estación de servicio o le hubiera concedido de hecho o de derecho su usufructo: era lícito, en consecuencia, acogerse a esta norma excepcional.

La conclusión anterior no excluye que en algún caso, por las especiales características de los acuerdos firmados, efectivamente se hubiera usado la norma de cobertura para soslayar o burlar la aplicación de un mandato imperativo de otra disposición, ni que en otros supuestos haya en realidad una simulación de contrato. Pero, repetimos, lo que se debatía en el litigio era si estaba generalizada la utilización fraudulenta de la exención inserta en el Reglamento comunitario y ello era en realidad una cuestión de

hecho, íntimamente ligada a las pruebas aportadas, que ha sido resuelta por el órgano jurisdiccional de instancia en el sentido ya expresado, no susceptible de revisión casacional en el modo en que se intenta, según también afirmamos en nuestra sentencia de 1 de diciembre de 2009

Lo que no puede mantenerse como regla de principio es que constituya un fraude de ley la firma de acuerdos o fórmulas contractuales, incluso generalizadas, mediante las cuales la estación de servicio sea realmente arrendada por el proveedor al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho. Si estos pactos llevaban aparejada la extensión de la duración contractual beneficiada por la exención es, precisamente, porque la norma comunitaria entonces vigente así lo disponía.

Séptimo .-Añadiremos, por último, en lo que se refiere a la parte final del segundo motivo, que ninguna de las decisiones en ella citadas o transcritas constituye jurisprudencia cuya infracción pueda ser invocada como motivo para casar la sentencia de instancia. No lo son, desde luego, las decisiones de la Comisión Europea (ni la "carta" remitida por esta institución a la Asociación recurrente el 21 de abril de 1999 ) o las directrices o comunicaciones por ella publicadas o sus observaciones en los litigios planteados ante el Tribunal de Justicia. No lo son tampoco ni las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia ni las sentencias o autos de la Sala de la Audiencia Nacional o de los juzgados de lo mercantil y Audiencias Provinciales que en aquél se citan.

Y en cuanto a la opinión del Abogado General del Tribunal de Justicia (al que, sin duda por error involuntario, la parte denomina "órgano asesor adscrito e independiente como es el Abogado del Estado") en el asunto C-279/06, baste decir que sería la sentencia de dicho Tribunal sobre el referido asunto, leída en relación con la respuesta prejudicial sugerida por el Abogado General, la que podría invocarse a estos efectos. Como quiera que tanto de dicha sentencia, de 11 de septiembre de 2008 , como de la ulterior y ya transcrita de 2 de abril de 2009 se deducen las conclusiones que hemos dejado expuestas, tampoco esta parte del segundo motivo de casación puede tener acogida favorable.

Octavo.- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## **FALLAMOS**

No ha lugar al recurso de casación número 1980/2008 interpuesto por la "Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía" contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 7 de diciembre de 2007 en el recurso número 874 de 2001 . Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, 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 por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.