

Id Cendoj: 28079230062007100295
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 820 / 2001
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a once de julio de dos mil siete.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 820/2001, seguido a instancia de la mercantil "Compañía Española de Petróleos, S.A." (**CEPSA**), y " **CEPSA** Estaciones de Servicio, S.A." representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Teresa de las Alas Pumariño, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido, en calidad de codemandados, todos con asistencia letrada, la "Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicios y Unidades de Suministro de Andalucía", y la "Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios" representadas por la Procuradora de los Tribunales D^a. Beatriz Sordo Gutiérrez y D. Alejandro Escudero Delgado. El Procurador de los Tribunales D. Roberto Sastre Moyano, actuó en representación de la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30 de mayo de 2001, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, entre otras consideraciones, se dispone:

1º Declarar que la "Compañía Española de Petróleos, S.A." (**CEPSA**), y " **CEPSA** Estaciones de Servicio, S.A." han 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 no amparada por la normativa aplicable.

2º Intimar a dichas sociedades 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 ambas entidades de forma conjunta y solidaria en la cuantía de 200 millones de pesetas por prácticas contrarias al *art. 1.1 LDC* .

4º Ordenar a las empresa sancionadas 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 como hecho negativo que no se encuentra acreditada las demás infracciones imputadas por el SDC.

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) **Cepsa** Estaciones de Servicio, S.A. (**Cepsa**), participada en un 99,99% por la Compañía Española de Petróleos, S.A., está dedicada a la adquisición, almacenaje, transporte, distribución, venta, suministro, y comercialización al por mayor y al por menor de toda clase de productos petrolíferos así como la adquisición y explotación directa o indirecta de Estaciones de Servicios y demás unidades de suministro de productos petrolíferos y sustancias conexas.

2) Su cuota de mercado en la distribución de productos petrolíferos oscila entre un 18% y un 22,5% y teniendo en cuenta el número de puntos de venta suministrados la cuota de **Cepsa** oscila entre un 24% y un 19,%. En España **Cepsa** , Repsol, y BP cuentan con una cuota de mercado del 70%.

3) **Cepsa** tiene suscritos 1298 contratos de suministro en exclusiva y abanderamiento que se dividen en:

a) desde el punto de vista de la propiedad de las estaciones de servicio: 664 pertenecen a empresarios independientes, y 634 a **Cepsa** o, le han sido arrendadas.

b) teniendo en cuenta las relación económica de suministro que une al distribuidor con el proveedor, es decir teniendo en cuenta el régimen de suministro en exclusiva de los combustibles y con independencia del régimen de propiedad de la Estación de servicio, los contratos de **Cepsa** se dividen en 1247 en régimen de comisión de venta en garantía según denominación de **Cepsa** y 51 en régimen de reventa.

4) En el expediente que da lugar a la sanción recurrida se han analizado 43 contratos que corresponden a 24 estaciones situadas en Asturias, 7 a Jaén, y 12 a Madrid. La división de estos contratos teniendo en cuenta el régimen de suministro de exclusiva de los carburantes es la siguiente: en 15 la gestión es propia de **Cepsa** , en 10 la explotación la realiza un tercero por medio de un contrato de arrendamiento de industria siendo la propiedad de **Cepsa** , y en 18 la propiedad es del gasolinera que se vinculas con **Cepsa** por medio de un contrato de suministro y abanderamiento en exclusiva en régimen de comisión (17) y una en régimen de reventa.

5) Los 27 contratos siguientes, excluidos los gestionados por **Cepsa** , y el de exclusiva de suministro en régimen de venta firme, se refieren:

17 a Estaciones de Servicio explotadas por su titular, vinculado con **Cepsa** por contrato de abanderamiento imagen y exclusiva de suministro y 10 a Estaciones de Servicio, propiedad de **Cepsa** , y gestionadas por persona distinta al titular en virtud de contrato de arrendamiento de industria con exclusiva de suministro.

6) Los 17 contratos de abanderamiento con exclusiva de suministro en régimen de comisión de venta en garantía, que se referencian en la resolución, se caracterizan por el siguiente régimen:

a) En casi todos se indica que el PVP será fijado por **Cepsa** y que los titulares actúan por cuenta de **Cepsa** en régimen recomisión en venta de garantía, según denominación de **Cepsa** .

b) El minorista se obliga a tener la Estación de Servicio plenamente surtida.

c) El titular asume el riesgo de los productos de la exclusiva desde el momento en que los reciba de **Cepsa** Red, S.A. y los mismos traspasen la brida de conexión de los depósitos o tanques de almacenamiento existentes en la Estación de Servicio y que el titular pone a disposición de **Cepsa** Red, S.A.

para ese fin.

d) El titular asume la obligación de conservar dichos productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos, y respondiendo en su caso tanto frente a **Cepsa** Red, S.A. como frente a terceros de toda pérdida, contaminación, o mezcla que puedan sufrir aquellos y de los daños que por tal motivo puedan causar.

e) Los carburantes y combustibles se destinarán a la venta al público consumidor y el titular responderá personalmente frente a cualquier organismo público de la correcta medición de los Aparatos Surtidores y de la calidad e identidad de los productos por él suministrados al público.

f) En cuanto a la forma de pago, es al contado o a los 9 días del suministro con aval bancario equivalente al suministro de 15 días, estableciéndose en algunos contratos que en caso de impago, el pago de lo suministrado tiene que hacerse por adelantado. El pago siempre se efectúa en relación con el producto suministrado, pedido o entregado a la Estación de Servicio.

g) En relación con la estaciones que actúan en régimen de reventa, se someten al *Reglamento 84/83*. Muchos contratos establecieron inicialmente la exclusiva de suministro en régimen de venta en firme, y posteriormente modificados al régimen de comisión en venta de garantía.

h) Las 10 Estaciones de **Cepsa**, gestionadas por medio de un contrato de arrendamiento de industria o de servicios de explotación, con exclusiva de suministro, se someten a un régimen similar al antes expuesto.

i) Termina refiriéndose al régimen de tres Estaciones de servicio (números 31, 190, 7592, 12707 y 11229), caracterizadas por estar la propiedad compartida con **Cepsa** mediante la constitución de usufructo y derecho de superficie.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda, se basó en las siguientes consideraciones:

1) Infracción del *art. 24 CE* por:

a) Falta de audiencia de terceros interesados en un procedimiento sancionador: no se llamó a los terceros firmantes de los contratos con las recurrentes que también están afectados por la orden de intimación, de clara naturaleza sancionatoria.

b) por intervención indebida de terceros ajenos al mismo: la Asociación denunciante, la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicios y la Confederación Española de Estaciones de Servicios, a los que reputa falta de interés legítimo en el proceso.

2) Exención de los contratos de agencia de la prohibición contenida en el *art. 1 de la LDC* y las condiciones exigidas para ello: se formula un planteamiento general de la cuestión desde ese punto de vista. Analiza los contratos objeto de controversia a la luz de las normas del CC y en concreto la regulación de los riesgos relativos al pago y al depósito concluyendo que no existe en los mismos ninguna cláusula que los invalide ante las reglas de la competencia.

3) Análisis de otros riesgos a los que se refiere la resolución como el riesgo volumétrico, la prestación de garantías por el agente-depositario, el supuesto pago al contado, y previo pago, y el caso del agente que no cobra precio de venta al contado. Tras el examen de estas distintas variables concluye que

4) Infracción del principio de presunción de inocencia: censura la actuación del TDC que sin mas prueba que el examen parcial de determinadas cláusulas de un pequeño grupo de contratos, infiere que la general práctica de las recurrentes es contraria a la LDC. En concreto señala lo siguiente:

a) En cuanto al pago del producto suministrado: el TDC parte de una premisa que no prueba, la hipótesis en la que un agente comercial no pudiera vender el producto recibido antes de finalizar el plazo en el que debe abonar su precio a **Cepsa**.

b) En cuanto al riesgo de los productos suministrados, no se recoge prueba algunas de la transmisión de un riesgo mayor que el del depositario destacando criterios contradictorios en el seno del TDC.

c) La extensión de los efectos derivados del examen de los referidos contratos carece de base y constituye una presunción especulativa asentada en una sospecha basada en meras afirmaciones de parte.

5) Ausencia de culpabilidad: Niega la existencia de dolo o culpa en la conducta de la recurrente que actuó en la confianza legítima de que su conducta estaba amparada por la *Ley y la Administración*. (*OM del Hacienda de 17 de enero de 1970*). Los contratos de referencia fueron revisados por la Comisión Europea, (1989 a 1993), y la carta de 27 de junio de 1989. No es cierto que la Comisión sólo analizara la duración de los contratos y la exclusiva de lubricantes. Invoca los precedentes del TDC respecto del mismo tipo de contratos.

6) Infracción del principio de proporcionalidad: Invada el *art. 10.2 de la LDC*, y *131.3 de la Ley 30/1992*. Destaca que no se individualiza ninguna de las circunstancias a que se refiere el *art. 10 de la LDC*, no justifica el montante de la cuantía, no se indica la cuota de mercado que se aplica, ni en qué número de estaciones de servicio se basa y existe una contradicción entre el mercado geográfico descrito y su ámbito de aplicación y extensión, más allá de los contratos analizados.

7) Irregularidades del procedimiento, desviación procesal: existieron tanto ante el SDC como ante el TDC, que se enumeran: admisión de denuncia sin aportación de acreditación de la representación del denunciante, indefinición del acuerdo de incoación, falta de actividad investigadora del SDC con falta de pruebas, la presencia como interesados que no justificaron su interés, entre otras quejas que son reproducción de la argumentación previa de la demanda. Concluye afirmando que existió una previa predeterminación de la Administración en orden a la imposición de la sanción.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

1) Supuesta infracción del *art. 24 CE* y defectos de forma: afirma el interés legítimo de los partícipes en el procedimiento, y niega la existencia de desviación de poder.

2) Niega el carácter sancionador en si integridad de la disposición impugnada que sólo admite respecto de la multa.

3) Niega la infracción del derecho a la presunción de inocencia respecto de la multa: la muestra de contratos elegidos es relevante y la decisión del TDC se basa en su examen que se concibe como prueba directa del ilícito cometido.

4) Clarificación sobre los casos en que por excepción el agente o comisionista puede ser considerado como un auxiliar del comitente, integrado en la misma unidad económica, a los efectos del derecho de la competencia.

Sólo por la vía de excepción el TJCE ha permitido que determinadas relaciones de agencia o comisión no sean tratadas como acuerdos entre empresas independientes. Los agentes solo pierden su condición de independientes si no soportan ninguno de los riesgos derivados de los contratos negociados por cuenta de su principal. (C-266/93).

5) Riesgos asumidos por el supuesto agente en este caso:

Las Estaciones de Servicio asumen los riesgos financieros y comerciales derivados de las operaciones que concluyen por cuenta de **Cepsa** ya que quedan obligadas al pago de las mercancías que reciben desde la entrega pues el aplazamiento de 9 días solo opera si el pago está avalado. El riesgo financiero no se ve mitigado por el ritmo de cobros y pagos de las Estaciones que no pueden reclamar a **Cepsa** ante los impagos de sus clientes y es la asunción del riesgo el elemento esencial que debe ser analizado a los efectos del Derecho de la Competencia.

6) Sobre los supuestos precedentes y el principio de confianza legítima: Las cartas de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 y 26 de julio de 1994, se refieren a supuestos distintos de los enjuiciados y fijan su alcance en forma distinta a la pretendida por el recurrente. Niega que el principio de confianza legítima pueda invocarse respecto de medidas prohibitivas.

7) Sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta: la sanción es proporcionada al volumen de ventas de los contratos analizados y sin embargo pudo ser mayor.

CUARTO:- Por la Procurador de los Tribunales D^a. Beatriz Sordo Gutiérrez, en la representación que ostenta, se solicitó la desestimación de la demanda con arreglo a los siguientes argumentos:

1) Sobre las infracciones del *art. 24 CE* : niega la existencia de indefensión a los consumidores minoristas y reclama la legitimidad de su personación por tener interés legítimo.

2) Objeto del procedimiento y alcance las relaciones de comisión: Los supuestos comisionistas son obligados por **Cepsa** a asumir toda clase de riesgos, como se desprende de la lectura del expediente. Los contratos deben enjuiciarse por sus verdaderos efectos económicos y contenido obligacional, y no por su denominación. Examina la Comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962 y la de 13 de octubre de 2000 y concluye que procede desestimar la demanda al acreditarse que: las comisiones pagadas por **Cepsa** se devengan por producto suministrado, con independencia de que se venda o no, la estación de servicio paga al contado o a los 9 días con aval, y adquiere el producto en firme. El retraso en el pago del producto devenga intereses de demora desde su vencimiento, y los riesgos de los productos suministrados son asumidos por la estación de servicio desde el momento del depósito.

3) Sobre la proporcionalidad de la multa: El TDC invocó y aplicó el *art. 10 de la LDC* , de forma motiva, pudiendo haber sido la multa mayor en un mercado altamente concentrado.

4) Niega la aplicabilidad del principio de confianza legítima, y culpabilidad, pues **Cepsa** realizó la conducta con pleno conocimiento de los hechos.

QUINTO:- Por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Sastre Moyano, en la representación que ostenta, se solicitó la desestimación de la demanda con arreglo a los siguientes argumentos:

1) Sobre la petición de nulidad de pleno derecho por violación del *art. 24 CE* : niega la existencia de indefensión, y reclama su condición de interesado legítimo en el proceso.

2) Niega que se haya aplicado el *Reglamento 2790/99* :, y subraya que los contratos analizados no pueden calificarse como de agencia. Examina los términos de los contratos y llega a conclusiones similares a las expuestas por los demás codemandados.

3) Vulneración de la presunción de inocencia: la sanción se ha impuesto sobre la base del examen de distintos contratos, siendo correcta la técnica empleada por el TDC que parte del análisis sólo de 43 contratos.

4) Ausencia de culpabilidad: No existe aval de la Comisión para la práctica denunciada, ya que los contratos remitidos planteaban dudas sobre la duración y en lo que se refería a los lubricantes.

5) Sobre la proporcionalidad de la multa: destaca que el beneficio económico de **Cepsa** en el 1t de 2004 fue de 130.000.000 euros y concluye que la multa fue inferior a lo que hubiera correspondido.

SEXTO:- Por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Escudero Delegado, en la representación que ostenta, se solicitó la desestimación de la demanda con arreglo a los siguientes argumentos:

1) Nulidad por infracción de los *párrafos 1 y 2 del artículo 24* de la Constitución. Niega que la actuación del TDC haya causado indefensión, y reclama su condición de interesado legítimo para intervenir en el procedimiento.

2) Supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia: El TDC contó con prueba de cargo suficiente, y se expresa en términos similares a los manifestados por los demás codemandados.

3) Calificación de la relación a los efectos del derecho de la competencia:

Cepsa fija el precio de los productos que vende a través de su Red de Estaciones de Servicios por lo que los contratos que firma con éstas no son de agencia puros ya que el "comisionista" asume riesgos. El titular de la Estación de Servicio paga el producto suministrado con independencia de que se venda o no, y asume los riesgos cuestión que analiza de forma individualizada en términos similares a los ya expuestos.

4) Sobre la proporcionalidad de la sanción: Se ha observado el *art. 10 LDC* , y califica de excesivamente prudente la cuantificación de la multa realizada por el TDC.

5) Invocación del precedente y del principio de confianza legítima: En ninguna de las resoluciones o cartas invocadas se ha afirmado que de asumir la Estación de Servicio los riesgos y costes financieros estaríamos ante una relación de agencia pura excluida del ámbito del *artículo 81 TUE*. No ha examinado por ninguna institución la generalidad de los contratos de comisión o agencia, ni se ha infringido el principio de buena fe. Estima inaplicable el principio de confianza legítima ya que existe una clara infracción del derecho comunitario (STJCE Thyssen 182/82), y en ningún momento se ha especificado a la Comisión que los titulares de Estaciones de Servicio no asumen los riesgos.

6) Niega la existencia de desviación de poder.

SEPTIMO:- Practicada la prueba declarada pertinente se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

OCTAVO:- Señalado el día 10 de julio de 2007 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

NOVENO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Las cuestiones que se plantean en el presente proceso son las siguientes:

1) Determinar el ajuste legal de la resolución impugnada (Acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, TDC) declarando una práctica como anticompetitiva, al que se imputa la violación del *artículos 24.1 y 2* de la Constitución por cuanto, según la demanda, existe una falta de audiencia de terceros interesados en un procedimiento sancionador (los terceros firmantes de los contratos con las recurrentes que también están afectados por la orden de intimación que califica de sanción), y por intervención indebida de terceros ajenos al mismo. También se imputa a la resolución recurrida la infracción del principio de presunción de inocencia y de culpabilidad con expresa invocación del principio de confianza legítima.

2) Determinar el ajuste legal de la misma resolución, a la que se imputa la violación del *artículo 1 LDC* al haber concluido erróneamente que los contratos afectados por la parte dispositiva no constituyen acuerdos de agencia genuina y declararlos sujetos al *artículo 1 LDC*.

3) Determinar el ajuste legal de la misma resolución en la medida en que, según se denuncia, incurre en violación del principio de proporcionalidad y además existe desviación de poder.

SEGUNDO: En relación al primer grupo de cuestiones planteadas, vinculadas todas ellas a la eventual infracción del *art. 24 CE*, no podemos compartir las tesis de la recurrente por los siguientes motivos: los derechos fundamentales tienen el carácter de personalísimos por lo que su defensa debe ser ejercitada por su titular y no por terceros, razón por la ni siquiera debe entrarse en la valoración de una eventual lesión del derecho de audiencia de un tercero que no ha considerado lesionado su propio derecho. Por otra parte, el concepto de interés legítimo como título habilitante para intervenir en los procesos judiciales contencioso-administrativos es lo suficientemente amplio como para posibilitar la intervención en el proceso de los denunciados de la infracción y de asociaciones del sector interesadas, y eventualmente afectadas, en la resolución que se dicte. Respecto de las otras vulneraciones de derechos fundamentales invocadas, esencialmente el derecho a la presunción de inocencia unido al principio de culpabilidad, debemos señalar que la Administración, al tiempo de imponer la sanción, ha contado con prueba suficiente o de cargo, ya que ha realizado un minucioso examen de 43 contratos suscritos por las recurrentes con distintos empresarios del sector y son precisamente esos contratos y su articulado, la prueba de cargo que evidencia la conducta anticompetitiva de la recurrente. En nuestra opinión, el hecho de que se haya deducido de esos contratos que la conducta de la recurrente es generalizada, lo que sólo afecta a la intimación del cese de la conducta y no a la multa, no resulta contrario al *artículo 24 CE*, pues existen evidencias de que esos contratos responden en los puntos controvertidos a la idea de contrato tipo suscrito por la recurrente y en todo caso, y por lo que al cese de conducta se refiere siempre podrá oponer, en el caso de que eso sea cierto, que la resolución no afecta a los contratos que no contengan cláusulas anticompetitivas.

Finalmente y en relación con los principios de culpabilidad y confianza legítima, solo cabe decir, de acuerdo con lo expuesto en el FJ 5 de la resolución del TDC que tampoco se han infringido estos principios, pues no existe constancia alguna de que la Comisión europea aprobara la modalidad de contratación

empleada por la recurrente y que es objeto de reprensión. En efecto, la Comisión europea sólo examinó dos extremos de los contratos, exclusiva de los lubricantes y cláusulas de los contratos sobre el inicio el inicio del cómputo de su duración, por lo que las resoluciones que pueda haber dictado al respecto no afectan al presente caso.

TERCERO: En relación con la segunda de las cuestiones planteadas, esto es el centro argumental del recurso, debemos mostrar nuevamente nuestra disconformidad con el planteamiento de las recurrentes. Un examen riguroso del tema sometido a enjuiciamiento exige realizar la recepción de la importante STJCE de 14 de diciembre de 2006 Asunto C-217/2005 en la que el TJCE se pronuncia, en un supuesto que guarda identidad de razón con el que motiva estas actuaciones, compatibilidad de determinados contratos de distribución de exclusiva de carburantes y combustibles celebrados entre la un suministrador (**CEPSA**) y los titulares de estaciones de servicios sujetos a características esencialmente iguales a los contratos que motivan estas actuaciones. En definitiva de la referida sentencia, cuyos pronunciamientos vinculan a todos los Tribunales de Justicia de los Estados de la Unión Europea, debe destacarse lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Asunción del riesgo financiero de los productos. En particular y en relación con los términos del contrato, señala que debe verificarse si el pago al proveedor del importe correspondiente al precio de la

venta de los carburantes depende de la cantidad efectivamente vendida en los 9 días siguientes a la fecha del suministro, y en lo que atañe al período de rotación de los productos en la estación de servicio, si los carburantes suministrados por el proveedor se agotan siempre en un plazo de 9 días, pues en caso afirmativo debe concluirse que es el proveedor el que soporta el riesgo (punto 58).

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

Si por el juez nacional se llegara a la conclusión de que entre las empresas independientes existe una práctica anticompetitiva, estima que la fijación de precio de venta del producto por parte del suministrador constituiría una limitación de la libre competencia no amparada por el *artículo 10 del Reglamento 1984/83 (punto 64)*.

Como conclusión el TJCE declara lo siguiente:

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

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

Este examen jurisprudencial quedaría incompleto si no se hiciera mención a la sentencia del TS de 4 de mayo de 2007 (recurso de casación nº 1890/2002) dictada precisamente en el proceso en el que fue planteada la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJCE que acaba de extractarse. En su FJ 16 de forma explícita señala que el titular de la estación de servicios asume riesgos incontestables bajo la fórmula contractual descrita, y en concreto señala los dos siguientes:

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

B) Asunción por el titular del establecimiento en exclusiva de los riesgos del producto (pérdida, deterioro...), incluso si los conserva en condiciones adecuadas.

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

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

1) En cuanto al riesgo financiero: de acuerdo con lo dispuesto en la STS anotada y contrariamente a lo que sostienen las recurrentes, la prueba sobre la distribución de este riesgo recae en la existencia de una cláusula contractual que obligue al titular de la estación de servicio a pagar la mercancía entregada con independencia de que la venta se realice o no, lo que ocurre en este caso. Y ello con independencia de, como pretende la recurrente, si las ventas se realizan efectivamente antes o después de los 9 días, pues la asunción del riesgo deriva de los términos del contrato, no de la mayor o menor frecuencia de las transacciones ya que si ésta varía, elemento puramente aleatorio, no podría ser opuesta esta circunstancia por el titular de la estación de servicio frente al proveedor que reclame el pago. Por otra parte la alegada libertad del titular de la estación de servicio para fijar la periodicidad y tamaños de los pedidos no desvirtúa las obligaciones que dimanar de los términos del contrato en cuanto a la obligación de pago.

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

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

En los dos supuestos el TS manifiesta que el riesgo desde una perspectiva netamente jurídica existe y es asumido por el titular de la estación de servicios, razón por la que también en este caso y son necesidad de examinar otras circunstancias (la STJCE 14-12-2006 concluye que basta con la asunción un riesgo), debe desestimarse el recurso en este punto sin perjuicio de recordar, como hace la STS de 4 de mayo de 2007 en su FJ 15 que lo decisivo para el fallo es la interpretación de la calificación jurídica comunitaria realizada por el TJCE en su sentencia.

CUARTO: Finalmente, tampoco puede aceptarse la tesis de que se ha producido una infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, pues en el FJ 10 de la resolución del TDC se analiza con detalle la cuestión relativa a la graduación de la multa, y aunque no se cita el *art. 10 de la LDC* sí se toman en cuenta parámetros en el mismo indicado para fijar la cuantía de la multa, como la delimitación del mercado geográfico, o la gravedad de la conducta. Por otra parte, es de destacar que la sanción en atención a los hechos declarados probados puede calificarse de moderada, pues no se calcula, como podía haberse hecho al calificar la práctica sancionada como de carácter general, sobre el volumen total de negocio de las recurrentes. Respecto de la alegada desviación de poder sólo podemos decir que no concurren los presupuestos legal o jurisprudencialmente exigidos para formular tal declaración. No existe en definitiva prueba de que la Administración ejerciera una potestad desde la más estricta legalidad con una finalidad distinta de aquella para la que ésta estaba prevista y con la intención de perjudicar la recurrente. La Administración se ha limitado a aplicar la ley y sus decisiones cuentan, en este caso, con el aval de los Tribunales.

Finalmente solo cabe indicar que con carácter inmediatamente anterior al día fijado para el señalamiento de la deliberación, votación y fallo del presente expediente la representación de la recurrente presentó escrito solicitando la práctica de nueva prueba, petición que no puede ser tenida en cuenta dada su extemporaneidad y la imposibilidad de ser subsumida en categorías como la prevista en el *art. 286 de la LEC*, debiendo subrayarse su nula influencia en el presente caso dados los términos de nuestro pronunciamiento.

QUINTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA*.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

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

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACION. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.