

Id. Cendoj: 28079130032009100427
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 04/12/2009
Nº de Recurso: 6136/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA) Y CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. ARTÍCULO 1.1 DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: FIJACIÓN DE PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO DE COMBUSTIBLES A LOS DISTRIBUIDORES QUE ACTÚAN BAJO EL RÉGIMEN DE COMISIÓN O AGENCIA. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Diciembre de dos mil nueve

VISTO el recurso de casación número 6136/2007, interpuesto por la Procuradora María Teresa de las Alas-Pumariño Larrañaga., en nombre y representación de las entidades mercantiles COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA) y CEPSA, ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007, dictada en el recurso contencioso- administrativo 820/2001, seguido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2001, sobre sanciones por prácticas prohibidas. Han sido partes recurridas la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador Don Alejandro Escudero Delgado, la ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador Don Roberto Sastre Moyano, la ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y UNIDADES DE SUMINISTRO DE ANDALUCÍA, representada por la Procuradora Doña Beatriz Sordo Gutiérrez y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 820/2001, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 27 de abril de 2006 , cuyo fallo

dice literalmente:

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

La decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo se fundamenta con base en las siguientes consideraciones:

« [...] 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 denunciantes 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 contraste 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 las 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.

[...] 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 dimanen 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 ultimo 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 recodar, 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.

[...] 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. » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de las entidades mercantiles de las entidades mercantiles COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA) y CEPSA, ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 19 de noviembre de 2007 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de las entidades mercantiles COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA) y CEPSA, ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. recurrentes, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 13 de diciembre de 2007, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« Que tenga por presentado en tiempo y forma el presente escrito y los documentos de apoderamiento acompañados, con sus copias, y en su virtud me tenga por comparecida en nombre de Compañía Española de Petróleos, S.A. y Cepsa Estaciones de Servicio, S.A. y por interpuesto el recurso de casación preparado contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 11 de julio de 2007, dictada en los autos del recurso contencioso administrativo número 820/2001, interpuesto a su vez contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2001, en el expediente 493/00, lo admita y, previa su tramitación conforme a Derecho, dicte finalmente Sentencia definitiva por la que acuerde la estimación del presente recurso de casación por todos o por alguno de los motivos en que el mismo se funda, disponiendo casar y anular la Sentencia recurrida y, en su lugar, resuelva la estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia referenciada, acordando la anulación de la misma, por ser contraria a Derecho, en los pronunciamientos relativos

a la declaración de la existencia de una infracción al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que se hace responsables a mis representadas, y de imposición de una multa en atención a la misma, así como los pronunciamientos accesorios de uno u otro de los anteriores asimismo contenidos en los apartados 1, 2, 3, 4 y 6 de la parte dispositiva de la resolución. ».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 6 de junio de 2008, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de 15 de septiembre de 2008 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, la ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO y la ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y UNIDADES DE SUMINISTRO DE ANDALUCÍA,) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el día 17 de octubre de 2008, expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; le tenga, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por todos sus trámites; y, en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA. ».

2º.- El Procurador Don Alejandro Escudero Delgado, en representación de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, presentó escrito el día 31 de octubre de 2008, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, teniendo por evacuado en tiempo y forma en nombre de CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEEES), el trámite de OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por CEPESA y CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. dicte Sentencia por la que desestime íntegramente el Recurso, con expresa condena en costas a la recurrente. ».

3º.- El Procurador Don Roberto Sastre Moyano, en representación de la ASOCIACIÓN DE GESTORES DE ESTACIONES DE SERVICIO, presentó escrito el día 31 de octubre de 2008, en el que expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, teniendo por evacuado en tiempo y forma en nombre de la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio el trámite de OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por CEPESA y CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. dicte Sentencia por la que desestime íntegramente el Recurso, con expresa condena en costas a la recurrente. ».

4º.- La Procuradora Doña Beatriz Sordo Gutiérrez, en representación de la

ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO Y UNIDADES DE SUMINISTRO DE ANDALUCÍA, presentó escrito el día 31 de octubre de 2008, en el que expuso, igualmente, los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito, lo admita, tenga por formulada OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia dictada con fecha 11 de julio de 2007 , la admita y en su virtud acuerde desestimar íntegramente el Recurso de Casación interpuesto, confirmando en su integridad la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 11 de julio de 2.007, con expresa imposición de costas a la parte recurrente. ».

SEXTO.- Por providencia de fecha 10 de septiembre de 2009, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 25 de noviembre de 2009, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos tiene por objeto la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA) y CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2001, que declaró que las referidas Compañías han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , consistente en fijar los precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores que actúan bajo el régimen de comisión o agencia, imponiéndoles, conjunta y solidariamente, una multa de doscientos millones de pesetas.

El recurso de casación se articula en la formulación de dos motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primer motivo de casación se imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , en la medida en que la Sala de instancia considera que se ha vulnerado la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia en referencia a la fijación de precios de venta al público por las estaciones de servicio comisionistas de CEPSA, sin tener en cuenta que la fijación del precio actúa como precio máximo, pues no se les priva de la posibilidad de reducir el precio efectivamente pagado por los clientes, realizando descuentos sobre el precio fijado con cargo a su comisión.

En el desarrollo argumental de este primer motivo de casación, se aduce que la Sala de instancia tergiversa la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expuesta en la sentencia de 14 de diciembre de 2006 , incurriendo en error de Derecho al presuponer que, por el hecho de la asunción del agente de riesgos, las relaciones entre CEPSA y las estaciones de servicio no son las propias de un contrato de agencia, puesto que lo que está prohibido, desde la perspectiva de aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81 del Tratado CE , no es que el principal fije un precio sino que se impida al agente modificarlo.

El segundo motivo de casación reprocha a la sentencia recurrida la infracción de los principios de culpabilidad y de confianza legítima en materia sancionadora, puesto que la Sala de instancia confirma la sanción sin tomar en consideración la inexistencia del elemento necesario de la culpabilidad, derivado de que «se había generado una legítima confianza de la compatibilidad de los comportamientos con el Derecho de la Competencia», por las actuaciones anteriores de las autoridades españolas y comunitarias, especialmente con base en la reiterada doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia y en las Directivas adoptadas por la Comisión Europea.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

El primer motivo de casación debe ser desestimado, puesto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , que se revela conforme con las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al apreciar que los controvertidos contratos de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles celebrados entre la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA) y los titulares de estaciones de servicio en régimen de comisión de venta en garantía, constituyen una práctica prohibida restrictiva de la competencia consistente en la fijación de precios, en cuanto que en las cláusulas se estipula de forma expresa que el precio de venta al público será el fijado por CEPSA, y, en la medida en que los titulares de las estaciones de servicio no actúan como genuinos agentes o comisionistas, meros ejecutores de la voluntad del principal, sino como operadores económicos independientes, ya que se comprometen, entre otras obligaciones, al pago al contado de los combustibles y carburantes entregados o en el plazo de 9 días desde el suministro, a la conservación de los productos petrolíferos suministrados, asumiendo el riesgo vinculado al deterioro o pérdida, y, asimismo, los riesgos financieros y comerciales derivados del desarrollo de la actividad de distribuidores minoristas de carburantes.

En efecto, en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2007 (RC 1890/2002), reconocimos que los contratos de distribución en exclusiva de carburantes concertados por CEPSA en régimen de comisión de venta en garantía, idénticos o similares en su estructura negocial a los examinados en este litigio, en que se impone al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio de venta al público fijado por el proveedor (CEPSA) y el compromiso de vender exclusivamente carburantes y combustibles de ese mismo proveedor (CEPSA), de conformidad con los precios, condiciones y técnicas de venta y de explotación fijadas por CEPSA, la asunción de la obligación de pago a CEPSA, el riesgo de cobertura, la responsabilidad por pérdidas del producto suministrado, están sometidos al Derecho de la Competencia y, en

consecuencia, no están exceptuados de la aplicación de la prohibición de prácticas colusorias establecida en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en los siguientes términos:

« A nuestro juicio es difícilmente rebatible la conclusión de que el titular de la estación de servicio asume determinados riesgos relevantes dentro del complejo de relaciones mercantiles entre ambas partes. Bastará para ello que, sin necesidad de analizar en extenso otros (por ejemplo, los riesgos financieros derivados de la aceptación de tarjetas de crédito), nos refiramos a dos significativos.

En primer lugar, el suministrador factura al titular de la estación de servicio todos los litros de combustible entregados a ésta, que podrán no coincidir con las ventas a los consumidores finales realizadas a posteriori, y el pago se hará incondicionalmente en el plazo de nueve días contados desde la entrega. Esto es, con independencia de que el producto se venda o no (y aunque fuera cierto que en una buena parte de los casos se vende dentro de un periodo inferior a nueve días) el titular de la estación de servicio ha de pagar la mercancía entregada asumiendo el riesgo comercial correspondiente a la diferencia entre las cantidades suministradas y las efectivamente vendidas a los clientes. Si dicha diferencia, repetimos, corre a cargo del titular de la estación de servicio en todo caso, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes, y no necesariamente se venderá todo el producto en el plazo de nueve días, la aplicación de los criterios sentados por el Tribunal de Justicia en los apartados 57 y 58 de su sentencia conducen a la conclusión de que aquél soporta el riesgo comercial de la operación.

Ha de tenerse en cuenta que el impago de un solo pedido entregado (esto es, con independencia de que el titular de la estación de servicio haya revendido o no al público consumidor el combustible suministrado) legitima a Cepsa no sólo para suspender la entrega de otros nuevos sino también para someter los futuros suministros a su pago adelantado. No se trata, pues, de una obligación de pago que dependa del buen fin de las "gestiones" del agente o de que éste haya recibido, en todo caso, el precio satisfecho por el consumidor final.

En segundo lugar, el titular de la estación de servicio asume en exclusiva los riesgos del producto (pérdidas, fugas, diferencias de volumen por factores ligados a la temperatura o evaporación, etc.) desde que le es suministrado, incluso si los conserva en condiciones adecuadas. A partir del momento de la entrega del producto, y sea cual sea el momento en que éste sea vendido al consumidor final, el titular de la estación de servicio lo habrá abonado por la cantidad que se le suministró, que puede no coincidir con la que él mismo venderá a los consumidores cuando el combustible sufra una minoración de su volumen a consecuencia de las alteraciones de temperatura, o sufra las mermas y pérdidas derivadas de otros factores. El dato de que estas variaciones -volumétricas o de distinto signo- no se produzcan en cantidades importantes no es óbice a la consideración, netamente jurídica, de que existe el riesgo y que es asumido por el titular de la estación de servicio. Asume éste igualmente los riesgos derivados de los daños que los productos puedan causar a terceros mientras se encuentren en sus instalaciones, también en los supuestos de caso fortuito.

La asunción de estos dos riesgos significativos, unida al hecho de que se imponía al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador, son factores que, a la luz de las consideraciones del Tribunal de Justicia en su sentencia antes transcrita, bastan para concluir que los

contratos de distribución objeto de litigio no podían beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 1984/83 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 85 del Tratado CEE (actualmente artículo 81 CE).

En esta misma medida, y dado que el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, que desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, se remite al Reglamento comunitario 1984/83 para autorizar, en los términos de este último, determinados acuerdos comerciales como los que son objeto de debate, tampoco podían beneficiarse de la exención referida. ».

Por ello, el argumento central en que la defensa letrada de las Compañías recurrentes fundamenta su pretensión casacional, de que la conducta imputada a CEPSA, consistente en la fijación de precio de venta al público de los carburantes y combustibles suministrados a distribuidores minoristas, no constituye una práctica restrictiva de la competencia subsumible en el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues no priva a los titulares de las estaciones de servicio consideradas de la facultad de rebajar los precios reduciendo su comisión, no puede ser aceptado, ya que descansa en la calificación de los contratos examinados por el Tribunal de Defensa de la Competencia como "verdaderos" contratos de agencia o mediación, eludiendo, en consecuencia, que, como sostuvo esta Sala jurisdiccional, se trata de contratos atípicos de agencia o mediación, que reúnen componentes negociales complejos en que el distribuidor en exclusiva, que comercializa los carburantes suministrados por CEPSA, no actúa "procuratoris domini" sino propio domine, como dueño exclusivo de la mercancía, y, por ello, se asemejan a un contrato de reventa, lo que determina la inaplicación de la doctrina del «brazo alargado», en razón de la realidad económica y jurídica subyacente.

Asimismo, debemos rechazar la crítica que se formula a la Sala de instancia por haber «tergiversado o manipulado» el contenido literal de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2006, en lo referente a la calificación de los hechos imputados de práctica restrictiva de la competencia, puesto que la sentencia recurrida declara como hechos probados que CEPSA fija los precios de venta al público a las estaciones de servicio que actúan bajo un supuesto régimen de comisión o agencia, sin que se haya desvirtuado que los titulares de las estaciones de servicio analizadas no hayan respetado en sus relaciones comerciales con terceros dicha obligación contractual, reduciendo los precios mediante la aplicación de rebajas. En suma, habiendo determinado la Sala de instancia que dichos distribuidores minoristas han asumido, en una proporción significativa, riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros de combustibles y carburantes «se evidencia la conducta anticompetitiva» de las compañías recurrentes, que queda sujeta a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE, y que no está cubierta o amparada en el Reglamento (CEE) nº 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, en la medida en que se impone al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público de los carburantes fijado por el suministrador.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 (C-

279/06), permite confirmar los razonamientos de la Sala de instancia, en cuanto que, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid en el seno de un procedimiento en que se instaba la nulidad de un contrato de compra exclusiva de carburantes, formalizado entre CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. y un distribuidor minorista, en relación a si es aplicable el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea y los artículos 10 a 13 del Reglamento (CEE) 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983 , relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, declara que un « contrato de suministro exclusivo de carburantes y combustibles así como de lubricantes y demás productos afines puede estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1 , cuando el titular de la estación de servicio asume, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de estos productos a terceros y dicho contrato contiene cláusulas que pueden menoscabar el juego de la competencia, como la referente a la fijación de los precios de venta al público. En el caso de que el titular de la estación de servicio no asuma tales riesgos o asuma únicamente una parte insignificante de éstos, sólo pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición las obligaciones impuestas al titular en el marco de los servicios de intermediario que éste ofrece al comitente, como las cláusulas de exclusividad o de no competencia » .

TERCERO.- Sobre el segundo motivo de casación: la alegación de infracción de los principios de culpabilidad y de confianza legítima.

El segundo motivo de casación, basado en la inexistencia del elemento de culpabilidad debido a haberse generado en las compañías sancionadas una legítima confianza en la compatibilidad de su práctica contractual con el Derecho de la Competencia, no puede ser estimado, puesto que, como razona la Sala de instancia, aceptando los argumentos del Tribunal de Defensa de la Competencia, los precedentes invocados no son determinantes para la resolución del litigio, ya que las Decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Europea autorizan la modalidad de contratación utilizada por CEPSA en referencia a extremos particulares de los contratos presentados, que no guardan relación alguna con los examinados en este proceso, pudiendo deducirse la vulnerabilidad jurídica de dichos contratos y su sujeción al Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983 , relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

Por ello, estimamos que el Tribunal de instancia ha respetado el principio de culpabilidad al considerar a las Compañías recurrentes autoras del ilícito tipificado en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , porque este principio, que garantiza el artículo 25 de la Constitución, que limita el ejercicio del ius puniendi del Estado, exige, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 129/2003, de 20 de junio , que la imposición de la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa, para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías, que en este supuesto ha sido adecuadamente aplicado.

Conforme a estos parámetros de enjuiciamiento, en el presente caso, si bien es cierta la existencia de dudas interpretativas sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado a los contratos de suministro de combustibles y carburantes en exclusiva,

amparados en estas fórmulas contractuales complejas, no podemos entender que la actuación de las Compañías recurrentes se haya visto sorprendida por la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia, que se revela plenamente acorde con el Derecho europeo de la Competencia, que aflora en la comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962, en que se adoptan criterios para determinar la naturaleza de la actuación que desarrollan agentes y comisionistas, desde la perspectiva de aplicación del anterior artículo 85 del Tratado, en las decisiones de la Comisión de 23 de noviembre de 1973 y de 19 de diciembre de 1984, o en las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1966 y de 16 de diciembre de 1975 . y que, por ello, cabe calificar de predecible.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los dos motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA) y CEPSA, ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007 , dictada en el recurso contencioso-administrativo número 820/2001.

CUARTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal e las entidades mercantiles COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA) y CEPSA, ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007 , dictada en el recurso contencioso-administrativo número 820/2001.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ramon Trillo Torres.- 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 en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.