

Id. Cendoj: 28079230062010100370
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 25/02/2010
Nº de Recurso: 234/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil diez.

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

Audiencia Nacional, y bajo el número 234/2007, se tramita, a instancia de la Confederación Española de Empresarios de

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

de la Competencia, de 4 de mayo de 2007 (Expediente 493/00), sobre ejecución de Resolución, en el que la Administración

demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y han intervenido como partes codemandadas,

CEPSA, Estaciones de Servicio, representada por el Procurador D. Jorge Deleito García, y la Asociación Propietaria de

Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía, representada por la Procuradora Dña. Beatriz Sordo Gutiérrez,

siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios, interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia mediante escrito presentado el 2 de julio de 2007, y la Sala, por providencia de fecha 31 de julio de 2007, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Las representaciones de CEPSA, Estaciones de Servicio y de la Asociación Propietaria de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía presentaron escritos de personación en fechas 3 y 15 de octubre de 2007, y la Sala les tuvo por personados en calidad de partes codemandadas por diligencias de ordenación del Sr. Secretario de fechas 9 y 22 de octubre de 2007, respectivamente.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. A su vez, en su turno, contestaron a la demanda también las demás partes codemandadas, con las alegaciones que estimaron convenientes en defensa de sus pretensiones.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y tras los escritos de conclusiones de las partes, se señaló para votación y fallo el día 16 de febrero de 2010.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 4 de mayo de 2007, cuya parte dispositiva indica lo siguiente:

PRIMERO.- Declarar ejecutada en sus propios términos la Resolución de 30 de mayo de 2001, dictada en el expediente 493/00.

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

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

El Abogado del Estado contesta que CEPSA ha comunicado a sus distribuidores su compromiso de asumir los riesgos y dejar de fijar el precio de venta al público de combustible, comunicando únicamente un precio que opera como máximo y que pueden reducir a cuenta de su comisión, habiendo renovado la totalidad de los

contratos, lo que es suficiente para que el TDC tenga por cumplida su Resolución de 30 de mayo de 2001, dejando a salvo que si las partes consideran que existe cualquier incumplimiento de CEPSA lo procedente es denunciarla en el expediente de vigilancia abierto por el TDC.

La codemandada CEPSA, Estaciones de Servicio, S.A., contesta que ha cumplido la intimación, al cesar en la conducta de cesar en la fijación, por la comunicación de precios máximos sobre los que el agente comisionista puede realizar descuentos con cargo a la comisión, lo que es una figura no contraria a la competencia según resulta pacíficamente establecido en el derecho positivo y en la jurisprudencia.

La codemandada Asociación Propietaria de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía solicitó la anulación de la Resolución impugnada en estos autos.

TERCERO.- Al impugnarse en el presente recurso la Resolución del TDC de 4 de mayo de 2007, que declara ejecutada en sus propios términos una Resolución anterior del TDC (la Resolución 30 de mayo de 2001), conviene hacer una referencia a los pronunciamientos de esta última, a fin de examinar si han sido o no llevados a efecto conforme a derecho.

La Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001 efectuaba los siguientes pronunciamientos:

1. Declarar que la entidad Cepsa Estaciones de Servicio S.A y la Compañía Española de Petróleos S.A. han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 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 el régimen de "comisión o agencia", que no está amparada por el Reglamento 1984/83, ni el RD 157/1992, a los que deben sujetarse en dichas relaciones contractuales.

2. Intimar a dichas sociedades para que cesen inmediatamente en dicha práctica de fijación de precios en las relaciones con estaciones de servicio con las que se encuentran vinculadas por contratos de "comisión o agencia" semejantes a los analizados en este expediente.

3. Imponer a Cepsa Estaciones de Servicio S.A. y a la Compañía Española de Petróleos S.A., conjunta y solidariamente, una multa de doscientos millones de pesetas.

4. Ordenar a dichas compañías 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.

5. Declarar no acreditadas las demás infracciones imputadas por el Servicio a las compañías expedientadas.

La parte actora promovió un incidente de ejecución, en el que recayó la Resolución impugnada, que declaró la Resolución anterior, de 30 de mayo de 2001, ejecutada en sus propios términos.

De Acuerdo con el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), de 10 de

julio de 2006 (folios 1 a 11 del expediente administrativo), emitido en cumplimiento de sus funciones de vigilancia de la ejecución de las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, que le encomendaba el artículo 31 b) de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), vigente en el momento de los hechos, se produjeron los siguientes actos de ejecución de la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001:

- Con fecha 4 de julio de 2001, la recurrente CEPSA envió transferencia bancaria por importe de 200 millones de las antiguas pesetas a la cuenta indicada al efecto, en cumplimiento del apartado 3º de la parte dispositiva.

- En fecha 18 y 27 de mayo CEPSA procedió a la publicación ordenada en un periódico de ámbito nacional y en el BOE.

No se discuten tales extremos por la parte recurrente, que limita su recurso al cumplimiento del apartado 2º de la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001, relativa a la intimación al cese de conducta que fue declarada prohibida por la LDC.

CUARTO.- En su primera alegación, relativa a la violación de los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y otros, la parte recurrente repite los mismos argumentos empleados en el recurso 404/2006, en el que se cuestionaba la procedente ejecución de otra Resolución distinta del TDC (Resolución de 11 de julio de 2001, recaída en el expediente 490/00), en la que se había sancionado a otra empresa -REPSOL- y en el que se plantearon cuestiones similares a las examinadas por el TDC en la Resolución impugnada en este recurso.

La Sala ha resuelto en sentido desestimatorio, en sentencia de 17 de noviembre de 2009 (recurso 404/2006), las cuestiones que planteaba la parte recurrente en relación al cumplimiento de la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001, teniendo aquí la Sala por reproducidos nuestros sus razonamientos.

QUINTO.- La intimación al cese de la conducta prohibida por la LDC efectuada por el TDC y a la que se refiere este recurso consistía en la orden de cese en:

dicha práctica de fijación de precios en las relaciones con estaciones de servicio con las que se encuentran vinculadas por contratos de "comisión o agencia"

Este es el marco al que debe limitarse nuestro análisis: si CEPSA había puesto fin a las prácticas de fijación de precios con estaciones de servicios en los contratos de comisión o agencia que el TDC había declarado contrarias a la competencia.

Como indican tanto el SDC en su Informe de vigilancia, como el TDC en la Resolución impugnada, caben varias alternativas para dar cumplimiento a dicha intimación, como la modificación de las cláusulas de los contratos, con los ajustes necesarios para cesar en la fijación de precios, o la sustitución de los contratos celebrados por otros de distinta naturaleza, en los que igualmente se respete la orden de cesación en la fijación de precios, si bien la finalidad de la intimación de que tratamos no es la imposición a CESA de un determinado tipo o modelo contractual, sino únicamente el cese en la fijación de precios de venta al público cuando los contratos sean de comisión o agencia.

En efecto, la dicción literal del apartado 2º de la parte dispositiva de la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001, de cuya ejecución se trata, se refiere al cese por CEPSA

en la práctica de fijación de precios en los contratos de comisión o de agencia, lo que significa que la Resolución del TDC no prohíbe a CEPESA este tipo de contratos -o cualesquiera otros- sino únicamente prohíbe en esos contratos de comisión o agencia la cláusula que permita a CEPESA fijar precios de venta al público.

SEXTO.- El TDC considera que está correctamente ejecutada su Resolución de 30 de mayo de 2001, en lo relativo a la intimación al cese de la conducta prohibida, porque como consecuencia de dicha Resolución, CEPESA remitió por conducto notarial, con fecha 2 de noviembre de 2001, una carta a todas las estaciones de servicio con las que tenía suscritos contratos de "comisión o agencia", en la que pone de manifiesto a los distribuidores que deja de fijar el precio al que se vende al público el combustible en la estación de servicio, para comunicarles un precio competitivo, respecto del cual gozan los distribuidores de libertad para conceder descuentos con cargo a su comisión, cuando lo estimen oportuno.

De esta manera estima el TDC que CEPESA dio cumplimiento a la Resolución del TDC, dejando de fijar los precios de venta al público del combustible.

Por el contrario, la parte recurrente entiende que CEPESA ha procedido a una novación unilateral de las cláusulas contractuales que no cumple la intimación efectuada por el TDC. Sobre este punto, decíamos en la sentencia de 17 de noviembre de 2009 :

La cuestión central que se discute en la demanda es la relativa a la posibilidad de REPSOL de modificar de forma unilateral los contratos afectados por la prohibición declarada en la resolución sancionadora.

Como correctamente señala el Sr. Abogado del Estado, no nos encontramos propiamente ante una novación contractual unilateral, sino ante la eliminación de unas cláusulas declaradas contrarias a la libre competencia. Para tal adaptación la sancionada, que es por otra parte a la que la Resolución le intima a cesar en la práctica, ha renunciado unilateralmente a derechos que le venían reconocidos contractualmente, la fijación de precio de venta al público y la exoneración de riesgos en relación a las mercancías, bien de forma unilateral, bien dando opción a los titulares en los contratos de corta duración.

Esta mecánica es admisible en Derecho, pues la renuncia a los derechos reconocidos se admite por nuestro Código Civil, artículo 6.2 :

"La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"

En el presente caso, la renuncia no sólo no es contraria al orden público sino que tiene la finalidad de poner fin a una conducta contraria a él y no perjudica a terceros pues se limita a asumir riesgos en beneficio de la otra parte contractual y a abstenerse de fijar los precios de venta al público.

La Resolución impugnada se ha limitado a constatar que tal renuncia de derechos es apta para la cesación de la conducta anticompetitiva.

Hemos de señalar desde ahora dos cuestiones:

1.- el expediente de cumplimiento sigue abierto ante el Servicio, por ello un posible incumplimiento puede ser denunciado ante el mismo, pues la Resolución que nos ocupa se limita a señalar que la renuncia de derechos reconocidos en contrato por parte de REPSOL, ha adaptado esos contratos a la Ley 16/1989 , y

2.- Si, como consecuencia de esta renuncia de derechos por parte de REPSOL, las partes en los contratos entienden que se ha producido una novación contractual respecto de la cual no consientes, habrán de acudir a la jurisdicción civil para dirimir lo que supone una relación contractual individual, que no es objeto de la Resolución impugnada ni es competencia del TDC (hoy CNC) dirimir.

Efectivamente, lo que subyace en la demanda es la discrepancia con las formas contractuales adoptadas en ejecución de la Resolución que nos ocupa, pero ello no es cuestión que pueda resolverse en ejecución de la Resolución del TDC ni por la CNC, sino que es necesario acudir a las vías civiles para dirimir los conflictos que las relaciones contractuales provoquen.

SÉPTIMO.- Efectivamente, en el marco en el que nos encontramos, limitado a comprobar si se ha cumplido en sus justos términos la intimación al cese de la práctica de fijar precios en un determinado tipo de contratos, la renuncia unilateral a dicha fijación no sólo no puede considerarse contraria a derecho, sino que se trata de una conducta obligada por el acto administrativo firme de cuya ejecución se trata.

Las demás cuestiones a que alude la parte recurrente exceden del marco del incidente de ejecución. En particular, no cabe resolver en un incidente de ejecución las diferencias sobre las consecuencias en los contratos de esa renuncia a la fijación de precios, ni las discrepancias sobre las fórmulas contractuales más acertadas para regir las relaciones entre las partes, debiendo limitarse la función del TDC en este incidente a la comprobación sobre si CEPSA puso fin o no a la práctica de fijación de precios que ordenaba su Resolución.

OCTAVO.- A lo anterior se suma además la consideración de que la conclusión que obtiene el TDC sobre el cumplimiento de la intimación, mediante la renuncia comunicada por CEPSA a sus distribuidores por conducto notarial, se limita a apreciar que en una fecha o momento determinado la Resolución había sido ejecutada, por haberse dado cumplimiento por CEPSA a todos sus pronunciamientos, lo que no significa que con posterioridad CEPSA no pueda volver a incurrir en la misma o distinta práctica prohibida por la LDC, mediante nuevas formulas contractuales o reiteración de las anteriores, lo que dará lugar -en su caso- a nuevas infracciones de la LDC que habrán de ser comprobadas tras la instrucción del correspondiente expediente sancionador.

En relación con tal posibilidad, la propia Resolución impugnada señala que el SDC estaba llevando a cabo una información reservada para determinar si las modificaciones introducidas por CEPSA en los contratos habían tenido repercusión práctica, lo que constituye una cuestión nueva que ha de resolverse al margen del incidente de ejecución, pues no se trata de decidir si CEPSA ha cesado o no en "dicha práctica" de fijación de precios, esto es, en la práctica anterior a 2001, apreciada en la Resolución de 30 de mayo de ese año, sino que admitiendo que cesó en la práctica de establecer precios fijos de venta al público en la forma en que lo venía haciendo, mediante la renuncia comunicada a los distribuidores a que antes nos hemos referido, ha de resolverse la cuestión nueva de si los precios máximos en los contratos de

comisión suponen también una conducta anticompetitiva contraria a la LDC, no en un incidente de ejecución, sino a través de la información reservada y, en su caso, el procedimiento sancionador ordinario de la LDC.

Por los anteriores razonamientos, entendemos que la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001 fue llevada a efecto, habiéndose dado cumplimiento a los pronunciamientos contenidos en su parte dispositiva, por lo que procede confirmar la Resolución del TDC de 4 de mayo de 2007, recaída en incidente de ejecución, que la declaró ejecutada en sus propios términos.

NOVENO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

FALLAMOS

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

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 4 de mayo de 2007, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

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

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

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