

Id Cendoj: 28079230062006100044
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 765/2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a ocho de febrero de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido CENTRO **FILATELICO** S.A., y en su nombre y representación la Procuradora D^a Macarena Rodríguez Ruiz, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de octubre de 2003, relativa a archivo de denuncia por vulneración de la libre competencia, siendo Codemandada Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., representada por el Procurador Sr. José Vila Rodríguez, y la cuantía del presente recurso indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 31-XII-03. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que declare nula la resolución impugnada " y se declare la existencia de prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia imponiendo a REPSOL las multas que estime convenientes y ordenando a REPSOL la publicidad de la parte dispositiva de la resolución que en su día se dicte en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de un periódico de gran circulación".

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La representación procesal de la codemandada presentó escrito de contestación a la demanda para solicitar su inadmisibilidad o su desestimación de conformidad con los fundamentos de hecho y de derecho que dejó expuestos.

CUARTO.- Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando par votación y fallo del recurso la fecha del 7 de febrero de 2.006 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones

legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 22 de octubre de 2003, dictada en el expediente 548/02 (2354/02 del Servicio de Defensa de la Competencia) por la que se desestima el recurso interpuesto por CENTRO **FILATELICO** S.A. hoy actora, contra acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 7-XI-02 que acuerda el archivo de la denuncia presentada por la actora frente a la hoy codemandada Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. por distintas infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia.

Las infracciones denunciadas consistían en :

1º La inclusión en los contratos suscritos entre ambas partes de cláusulas contrarias a los *artículos 1.1 LDC y Art. 81.1 del Tratado de la Unión Europea* , porque permiten la fijación por parte de Repsol de los precios de venta al público de carburantes expedidos en las dos estaciones de servicio gestionadas por la denunciante, amparándose en el supuesto régimen de comisión que se establece en los repetidos contratos.

2º El desarrollo por parte de Repsol, en relación con una de las dos estaciones de servicio de la denunciante hoy actora, de prácticas encaminadas a alargar la duración máxima de diez años que permite el *Reglamento CEE 1984/83* de compra exclusiva de carburantes, mediante la suscripción de secuencias de contratos.

La Administración entendió que:

1º No cabe instruir un nuevo expediente para analizar la naturaleza de los contratos suscritos por Repsol y determinadas estaciones de servicio porque han sido objeto de análisis y sanción en el expediente 490/00, tal y como se resolvió en el expediente 523/01, acuerdo de 16-VII-02.

2º Para que la secuencia de contratos sea ilícita, es decir, contraria a la L.D.C. el afectado debe probar que se trata de una estrategia comercial artificial para eludir la vigencia máxima permitida, y en el supuesto de autos: a) no está claro que la secuencia de contratos denunciada esté incluida en los supuestos de los que pudiera derivarse una utilización fraudulenta con el fin de acogerse a la exención del *Reglamento 1984/83* ; b) no ha quedado claro el carácter fraudulento del cruce de contratos; c) no ha quedado probado que Repsol trate de restringir la competencia.

SEGUNDO.- En primer lugar es preciso examinar la causa de inadmisibilidad alegada por la codemandada, con base en el *artículo 69 letra a) de la ley jurisdiccional* : según alega, la pretensión de reconocimiento de una pretensión jurídica individualizada fuera del ámbito del recurso es inadmisibles por exceder del ámbito del recurso contencioso-administrativo.

La cuestión ha sido resuelta por anteriores sentencias de esta Sala en el sentido de entender que la denunciante que ha visto frustrada su pretensión de que se incoe procedimiento sancionador, tiene legitimación y por lo tanto, esta Sala jurisdiccional, para recurrir en vía contencioso- administrativa el acuerdo de archivo. Este es el acto administrativo objeto de recurso y para enjuiciar si el archivo fue o no conforme a derecho esta Sala tiene sin lugar a dudas jurisdicción. Cuestión distinta, y que debe ser abordada únicamente en el supuesto de que la primera pretensión prosperase, es la de si la Sala igualmente tiene jurisdicción para sustituir a la Administración y según la pretensión igualmente formulada por la recurrente, concluir en la existencia de infracción e incluso imponer sanción.

Si bien en cuestión diferente el Tribunal Supremo, en la sentencia dictada el día 22 de mayo de 2002 , examinando un recurso de casación (2190/96) contra una sentencia de esta Sala y Sección, resolvió:

"Para enjuiciar el tema litigioso hay que tener en cuenta que la sentencia recurrida está revisando un acto que se dicta en la fase de iniciación del procedimiento administrativo y que, por tanto, los criterios a utilizar son distintos a los que han de tenerse en cuenta en la fase decisión. Mientras que en ese primer momento, el *artículo 36 de la Ley 16/1989* , sólo exige para dar trámite a la denuncia el que se observen indicios racionales de su existencia, por el contrario, en la fase decisoria (art. 46) es preciso una constancia plena de su realización. Si bien es cierto que hay que impedir la presentación infundada de denuncias, no lo es menos que no pueden rechazarse las que tengan un cierto fundamento sobre la realidad de las

conductas denunciadas, debiendo abrirse el procedimiento en el que, con intervención y audiencia de los implicados, puedan practicarse las pruebas de cargo y de descargo por todos los intervinientes, y decidirse con plenitud de conocimiento sobre la realidad de los hechos denunciados."

Y estimando el recurso de casación ordenó que por el órgano competente se incoase expediente a tenor de la denuncia formulada por la denunciante-recurrente.

En consecuencia, debe desestimarse la causa de in admisión del recurso, pues al menos para examinar la conformidad a derecho de la resolución de archivo de la denuncia y en su caso ordenar la incoación de expediente sancionador, esta Sala tiene jurisdicción y la denunciante legitimación.

TERCERO.- Constituye un antecedente inmediato de esta sentencia la dictada por esta misma Sala y Sección en el recurso 589/2002 de fecha 30 de mayo de 2005.

Entonces, al igual que en el presente recurso, el debate jurídico se centró fundamentalmente en dos cuestiones: la primera determinar si es de aplicación el principio *ne bis in idem* en relación con los hechos objeto del presente expediente y los enjuiciados a través del expediente 490/00; la segunda relativa a infracción sobre duración máxima de contrato en exclusiva.

El artículo 81.1 del Tratado de la Unión Europea dispone: "1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:...."

Por su parte el artículo 1 de la Ley 16/1989 dispone: "1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...".

De ello resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En relación al artículo 10 de la propia Ley, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida. Este régimen no se vio alterado por la Ley 52/1999 de 28 de diciembre .

CUARTO.- Respecto a la primera cuestión, el exámen de los antecedentes obrantes en el expediente administrativo permite comprobar que en el expediente citado examinó diversos contratos para determinar la existencia de una práctica tendente a la fijación de precios.

La parte dispositiva de la resolución acuerda:

1. Declarar que REPSOL S.A. ha incurrido en una práctica prohibida por el *art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, al fijar los precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores que actúan, con ellas, bajo un supuesto régimen de comisión o agencia, en virtud de los contratos reseñados en las páginas 408, 596, 522, 485, 577, 503, 450, 1.879, 1.593, 334, 1.905, 381, 663, 640, 843, 1.861, 306, 730, 2.136, 2.105, 2.179, 1.317, 1.346, 1.714, 1.677, 2.378, 2.334, 2.418, 2.207, 2.316, 1.634, 1.258, 1.125, 931, 1.282, 2.249, 1.176, 976, 1.224, 1.838, 1.815, 1.794, 2.513, 1.767, 1.737, 2.484, 2.456, 2.544, 898 y 912 del expediente del Servicio.

2. Intimar a REPSOL S.A. para que cese en la fijación de precios en las relaciones con estaciones de servicio con las que se encuentra vinculada por un contrato de similares características.

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

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

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

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

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

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

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

En los hechos probados se describen algunas prácticas como la siguiente.

REPSOL distribuye, a través de su filial comercial, carburantes en el mercado español. Para ello tiene relaciones de diversa índole con los gasolineros; entre éstas destacan las que se realizan en el marco de los contratos denominados de comisión, que representan un 97,5% del total, según el Servicio, y un 80% según manifestaciones de la compañía en la Vista del Expediente. El resto de la distribución se realiza a través de gasolineras propiedad de la propia REPSOL o de gasolineras que operan en régimen de reventa. En ciertos contratos que expresamente se reconocen como de comisión, REPSOL se reserva la facultad de fijar el precio en ciertas condiciones. En el cuadro que sigue a continuación se determina la forma en que REPSOL fija contractualmente los precios según tipos de contrato y las modalidades de distribución de los diferentes elementos de riesgo entre el REPSOL y el gasolinero de acuerdo con los diferentes tipos de contrato.

Esta descripción va seguida de una extensa tabla que recoge distintos tipos de contratos.

Si bien esta resolución ha sido impugnada, y la Sala no ha resuelto el recurso contencioso-administrativo, el exámen de la denuncia permite comprobar que entre alguna de las prácticas descritas en la resolución del TDC citada y la objeto de denuncia existe una identidad suficiente como para entender improcedente la incoación de un nuevo expediente sancionador.

QUINTO.- La segunda cuestión suscitada es la relativa a la denuncia de que se han establecido relaciones contractuales en exclusiva de suministro con vulneración de los plazos máximos.

El *Reglamento CEE 1984/1983* dispone en su artículo 12 : "2 . No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1 , cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al

revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente Título, durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio.

Es de tener en consideración el hecho, acreditado en autos, de que los contratos fueron resueltos con efectos 3 de octubre de 2001, y que las sentencias dictadas por la jurisdicción civil abundan en la tesis de que el *Reglamento 2790/99 de la Comisión, de 22 de diciembre* que regula el tiempo máximo de los contratos de suministro en exclusiva, en su art. 12 apartado dos establece que la prohibición establecida en el apartado uno del Art. 81 no se aplicará durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2000 (fecha en que dicho Reglamento será de aplicación) y el 31 de diciembre de 2001, respecto de los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000, como ocurre en el supuesto de autos, siempre que se cumplan, entre otras, las condiciones del *Reglamento 1984/83*. Al tiempo, como recuerda el Abogado del Estado, el fundamento de la autorización por categoría establecida respecto de ciertos acuerdos de compra en exclusiva por este último Reglamento, es el compensar las ventajas económicas y financieras que el proveedor concede al revendedor, por cuanto las mismas facilitan la instalación, el mantenimiento, la explotación y la modernización de las instalaciones en que se desarrolla la actividad. La Administración ha concluido que existe una justificación en el supuesto de autos para la utilización de este mecanismo contractual, que no es sino la amortización de las importantes inversiones llevadas a cabo por la codemandada para la instalación y modernización de las estaciones de servicio.

Por estas razones que la Sala comparte el TDC decidió el archivo de lo actuado al no constar la existencia de práctica restrictiva de la competencia, respecto a los hechos antes descritos.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

SEXTO.- 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 Contenciosa Administrativa*. VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos ADMITIR y DESESTIMAR como DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CENTRO **FILATELICO** S.A., contra el Acuerdo dictado el día 22 de octubre de 2003, por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el *art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional