

Roj: STS 3202/2007
Id Cendoj: 28079130032007100137
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1890/2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PETRÓLEO x
- x EXENCIONES x
- x CONTRATO DE SUMINISTROS x
- x DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA x

Resumen:

Prácticas restrictivas de la competencia. Estaciones de servicio.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil siete.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **1890/2002** interpuesto por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, contra la sentencia dictada con fecha 22 de enero de 2002 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 996/1998, sobre práctica restrictiva de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado, y "COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.", ("Cepsa") representada por la Procurador D^a. María Teresa de las Alas-Pumariño.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 996/1998 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998. En esta última se confirmó el acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 1997, de "sobreseimiento parcial del expediente nº 1235/95, que tuvo su origen en la denuncia formulada por la Confederación de Empresarios de Estaciones de Servicio" contra "Cepsa".

Segundo.- En su escrito de demanda, de 30 de julio de 1998, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia

"plenamente estimatoria del recurso, por lo que declare la nulidad de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998 (expt. 280/97.CEPSA) aquí impugnada, y por la que, asimismo, declare:

1.- Que los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión, celebrados entre CEPESA y los titulares de Estaciones de Servicio, tienen la naturaleza de contratos de compra en exclusiva, por lo que son nulos parcialmente en cuanto impiden que el titular de la Estación de Servicio pueda fijar con libertad el precio de reventa al consumidor final.

2.- Que los contratos de compra en exclusiva celebrados entre Cepsa y los titulares de Estaciones de

Servicio, son nulos en cuanto establecen un trato desigual de carácter discriminatorio -no justificado- en relación con el que se establece que los contratos entre Cepsa y los distribuidores a instalaciones fijas. Y subsidiariamente que se declara la nulidad de la resolución recurrida y se retrotraen las actuaciones al momento inmediatamente anterior al Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 25 de noviembre de 1997, que también se declara nulo, ordenando que se abra un periodo probatorio para determinar si el trato desigual es discriminatorio o no, y si se encuentra o no justificado".

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 4 de mayo de 1999, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se declare la inadmisibilidad y/o subsidiariamente la desestimación del presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser conforme a Derecho". Por otrosí se opuso al recibimiento a prueba.

Cuarto.- La "Compañía Española de Petróleos, S.A." contestó a la demanda con fecha 9 de junio de 1999 y suplicó sentencia "por la que se declare: a) la inadmisibilidad del presente recurso por los motivos expuestos; b) subsidiariamente, la desestimación de las pretensiones formuladas por la recurrente, confirmando íntegramente la resolución impugnada y declarándola conforme a Derecho; c) la imposición de costas a la parte demandante por temeridad".

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 17 de septiembre de 1999 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 22 de enero de 2002, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Declaramos inadmisibile el recurso en lo que respecta a las pretensiones de declaración de nulidad de los contratos a que se refiere la demanda. Se desestima íntegramente respecto de la petición relativa a los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión. Se estima parcialmente la petición relativa a los contratos de compra en exclusiva y en consecuencia se anula en este punto la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia objeto de recurso, ordenando el desarchivo de la denuncia origen del expediente para que se continúen los actos de investigación sobre los hechos a que se refiere la denuncia. Sin costas".

Sexto.- Con fecha 13 de abril de 2002 la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1890/2002 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "por infracción del *artículo 81.1* del Tratado de la Unión Europea; del *artículo 14 del Reglamento CE 1984/83, de 22 de junio*, relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual 81.1 TUE)* a determinadas categorías de acuerdo de compra exclusiva; Reglamento al que se remite el *Real Decreto 157/92, de 21 de febrero*, que desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia; el *artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*; y, por último, el *artículo 1255 del Código Civil*".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "por infracción de la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo al delimitar los elementos esenciales que configuran los contratos objeto de análisis."

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "por infracción de la constante jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia Europeo".

Cuarto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "por infracción de los *artículos 14 y 9.3 de la Constitución Española*: principio de igualdad y no discriminación e interdicción de la arbitrariedad".

Séptimo.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó la confirmación de la sentencia que se impugna con imposición de costas a la parte recurrente.

Octavo.- La "Compañía Española de Petróleos, S.A." se opuso igualmente al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Noveno.- Con fecha 14 de diciembre de 2004 la Sala dictó la siguiente providencia:

"Con suspensión del señalamiento, óigase a las partes por término de diez días para que aleguen lo que estimen conveniente en torno a las siguientes cuestiones:

A) Si pudiera haberse producido la satisfacción extraprocesal [...] ante el hecho de que la denuncia que motivó el expediente objeto de este litigio, finalmente archivada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, ha sido resuelta ulteriormente por dicho órgano en el sentido propugnado por la Federación denunciante.

[...]

C) Finalmente, para el caso de respuesta negativa a las dos circunstancias precedentes, se somete a las partes la procedencia de elevar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea una cuestión prejudicial sobre la interpretación del *Reglamento (CEE) 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983*, relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 85 (actual 81)* del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva. [...]"

Décimo.- A la vista de las alegaciones de las partes la Sala, por auto de 3 de marzo de 2005, acordó:

"Primero.- Suspender el procedimiento hasta la resolución del incidente prejudicial.

Segundo. Plantear al Tribunal de Justicia, al amparo del *artículo 234 del Tratado CE*, la siguiente cuestión prejudicial:

¿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 (actual 81)* del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, deben interpretarse en el sentido de que engloban dentro de su ámbito a contratos de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles que, calificados nominalmente como de comisión o agencia, contienen los elementos que a continuación se exponen?

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 las 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 se 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 (9) días de la fecha de su entrega en la estación de servicio."

Undécimo.- Solicitado el complemento y la ampliación de la cuestión prejudicial por la "Compañía Española de Petróleos, S.A.", la Sala acordó por auto de 27 de abril de 2005 desestimar dicha solicitud.

Decimosegundo.- El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó sentencia en el asunto C-217/05 con fecha 14 de diciembre de 2006, en la que declaró:

"1) El *artículo 85* del Tratado CEE (posteriormente *artículo 85 del Tratado CE*; actualmente *artículo 81 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 a terceros.

2) Los *artículos 10 a 13 del 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, deben interpretarse en el sentido de que tal contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el

precio final de venta al público fijado por el suministrador."

Decimotercero.- Por providencia de 22 de enero de 2007 la Sala acordó dar "traslado a las partes para que en el plazo de diez días, hagan las alegaciones que consideren sobre la incidencia que pudiera tener la sentencia dictada en el presente recurso".

Decimocuarto.- La "Compañía Española de Petróleos, S.A." (Cepsa) presentó escrito de alegaciones con fecha 9 de febrero de 2007.

Decimoquinto.- La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio presentó sus alegaciones con fecha 12 de febrero de 2007 y suplicó la estimación de su recurso en su integridad.

Decimosexto.- El Abogado del Estado evacuó el trámite conferido por escrito de 14 de febrero de 2007 y suplicó sentencia "en los términos interesados en su escrito de oposición al recurso".

Decimoséptimo.- Por providencia de 2 de marzo de 2007 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 18 de abril siguiente, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (en lo sucesivo, la Confederación) interpuso el presente recurso de casación número **1890/2002** contra la sentencia dictada con fecha 22 de enero de 2002 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional . Mediante dicha sentencia, recaída en el recurso número 996/1998 , el órgano jurisdiccional de instancia había estimado sólo en parte la pretensión de la parte demandante que pretendía fuera declarada la nulidad de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998.

En esta última resolución el Tribunal de Defensa de la Competencia había confirmado el archivo del expediente incoado por denuncia de la Confederación, que imputaba a determinadas empresas petrolíferas, entre ellas la "Compañía Española de Petróleos, S.A." (en lo sucesivo, Cepsa) la comisión de diversas prácticas restrictivas de la competencia en el sector de las estaciones de servicio. La Confederación había, en efecto, presentado el 4 de mayo de 1995 una denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Hacienda) contra determinadas empresas del sector petrolero por incurrir en prácticas restrictivas de la competencia.

Según la Confederación, que se refería también a otras modalidades contractuales, los contratos celebrados a finales del año 1992 entre Cepsa y las empresas titulares de estaciones de servicio, inicialmente denominados "contratos de compra en firme", y posteriormente, en virtud de sendas adendas, "contratos de comisión de venta en garantía" o "contratos de agencia", producían el efecto de restringir la competencia.

El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó el 7 de noviembre de 1997 el sobreseimiento parcial del expediente incoado a raíz de la denuncia (expediente número 1235/95). La Confederación recurrió este acuerdo ante el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia que, por resolución de 1 de abril de 1998, desestimó el recurso.

Segundo.- La Sala de la Audiencia Nacional accedió a la pretensión de la parte actora únicamente en lo relativo a los "contratos de compra en exclusiva", reiterando con ello lo que ya había decidido en su sentencia precedente de 28 de mayo de 1998 al estimar otro recurso contencioso-administrativo (el número 51/1996) interpuesto por la misma Confederación hoy recurrente.

En dicha sentencia de 28 de mayo de 1998 la Sala había, en efecto, anulado el acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de noviembre de 1995, dictado en el expediente número 118/1995, a su vez confirmatorio del dictado por el Director General de Defensa de la Competencia el 31 de marzo de 1995 mediante el cual se había decretado el archivo de una denuncia presentada por la referida Confederación contra diversas empresas (entre ellas Cepsa) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia. Contra la sentencia de 28 de mayo de 1998 interpusieron las empresas suministradoras de combustibles el recurso de casación número 10673/1998, que desestimamos en nuestra sentencia de 7 de julio de 2003 .

Por el contrario, en el presente proceso, tal como ya ha quedado expuesto, el tribunal de instancia desestimó la pretensión que había formulado la Confederación en cuanto a los "contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión", rechazo que motiva el presente recurso de casación planteado por aquélla.

Tercero.- Durante la fase procesal de instancia la Confederación alegó, en síntesis, respecto de los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión, que eran contratos simulados, en fraude de ley, pues constituían realmente contratos de reventa disfrazados, con el fin de eludir la prohibición del *art. 1.1 Ley de Defensa de la Competencia*, y que no tienen el amparo del *Reglamento 1983/84*, pues el supuesto comisionista (en realidad, revendedor) no puede fijar con libertad el precio final de venta a los usuarios.

Llegaba a esta conclusión tras analizar diversas cláusulas de los contratos: a su juicio alguna de estas cláusulas transformaba el régimen de reventa en uno de "comisión de venta en garantía" cuando, en realidad, se trataba de operaciones al contado sin otorgar expresamente al titular de la estación de servicio la comisión de garantía. El análisis de otras cláusulas revelaba, en su opinión, que el titular de la estación de servicio asume el riesgo por la pérdida o deterioro de los stocks de carburante, aun en los casos fortuitos, lo que desnaturaliza el régimen del depósito y de la comisión y lo acerca al supuesto de transmisión de la propiedad. En fin, otras cláusulas ponen de manifiesto que el supuesto agente o comisionista no es tal pues compra al operador la mercancía a un precio aplazado de 9 días.

Añadía la Confederación que se producía una falta de competencia en el mercado de la distribución de productos petrolíferos pues los pocos operadores presentes actúan en régimen de oligopolio copando la totalidad de los canales de distribución, lo que supone el cierre del mercado nacional a operadores que quieran introducirse en él y una fijación indirecta de precios, fórmula que aplican al 95% del mercado.

Se refería a la tesis sentada por la Comisión Europea desde el 24 de diciembre de 1962 en relación con los contratos de representación exclusiva suscritos por agentes comerciales, a los que no cabe dispensar "in genere" de la legislación antitrust.

Cuarto.- Por su parte, la defensa de Cepsa, tras oponer diversas objeciones contra la admisión del recurso contencioso-administrativo, sostuvo que los contratos objeto de litigio eran contratos atípicos, admitidos plenamente en el sector y asimilados por la legislación posterior. El riesgo real del producto lo soporta Cepsa, ya que se vende en una estación que cuenta con esa imagen y responde ante el consumidor. No es incompatible con el contrato de suministro que las estaciones de servicio asuman el riesgo de insolvencia por parte de sus clientes, si perciben una comisión especial de garantía. Cepsa asume el riesgo de oscilación de precios en el mercado, el pago del impuesto especial que es oscilante, y las bajadas de precio como consecuencia de las "guerras de precios entre estaciones". Las estaciones perciben la comisión por el precio por litro vendido pactada en el contrato.

El Abogado del Estado, que defendía la legalidad de los actos administrativos impugnados, sostuvo que los contratos de comisión celebrados entre Cepsa y los titulares de estaciones de servicio eran verdaderos contratos por cuenta ajena en los que no puede haber acuerdos restrictivos de la competencia que les afecten. Sólo en el caso, no demostrado, de que las estaciones de servicio asumieran riesgos económicos impropios de su actividad por acumulación desproporcionada de stocks sin contar con comprador determinado, podría hablarse de "agencia impropia", lo que no permite acoger la pretensión de declaración de nulidad de los concretos contratos en ningún caso.

Quinto.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo, al analizar los "contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión" objeto de litigio, sostuvo lo siguiente:

"La cuestión básica que debe resolverse en este punto es la relativa a la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos a que hacemos referencia, pues de acuerdo con la conclusión a la que se llegue será unas u otras las consecuencias jurídicas que puedan derivarse.

Una primera observación sobre el modelo contractual objeto de análisis, nos permite afirmar, y en esto existe acuerdo entre las partes, que se trata de un contrato atípico, que se articula sobre la base del contrato de comisión o agencia al que se añaden determinadas cláusulas o pactos, que, en la tesis de la recurrente desnaturalizan la esencia de la comisión mercantil, y en la de las demandadas simplemente la modulan para adoptar características propias.

[...] Así las cosas, el criterio seguido por la Comisión (resolución de 24-12-1962, y posteriores), que

este Tribunal asume, es el de la constatación de la existencia del riesgo comercial y financiero para el comisionista derivado de las cláusulas contractuales vigentes en la relación, pues en caso de asumir algún riesgo en la operación relativa al mercado de la mercancía, ello sería como consecuencia de haber desnaturalizado su posición como agente y traería como lógica consecuencia la calificación de las cláusulas referidas como contrarias a la libre competencia. Por el contrario si ese riesgo no es asumido, se consolidaría la posición de agente independiente y con arreglo a lo expuesto deberíamos concluir que las cláusulas objeto de controversia no serían limitativas de la libre competencia.

[...] Llegados a este punto, lo que procede es el análisis de las cláusulas polémicas, para en definitiva llegar a una conclusión sobre el extremo de si se ha desnaturalizado o no la posición de simple intermediarios de los titulares de las estaciones de servicios por medio de la imposición de determinadas cláusulas en los contratos suscritos con las empresas distribuidoras.

Una de las circunstancias que este Tribunal ha valorado de forma singular, es el dato, admitido por ambas partes de que la fijación del precio final en el mercado corresponde a Cepsa, que por otra parte asume el riesgo de oscilación de los precios causado por las diferentes vicisitudes comerciales garantizando una comisión mínima a las estaciones de servicio, paga los impuestos especiales, y realiza el transporte de la mercancía a las diferentes estaciones. Son estas circunstancias las que ponen de manifiesto el carácter mediador de las estaciones de servicio, sin que las cláusulas pactadas en los contratos desvirtúen esta calificación.

En este sentido debemos observar que el pacto de riesgo de cobranza es compatible con el contrato de comisión, como así expresamente se recoge en el *artículo 272 del C d C [Código de Comercio]*, en operaciones a plazo y a cambio del percibo de la comisión especial correspondiente, extremos que en modo alguno se desconocen en el contrato aportado por la recurrente que en un acto de voluntarismo se limita a afirmar que las operaciones a plazo son infrecuentes en este mercado y que la referencia a la comisión especial de cobranza en el contrato es puramente nominal, pues se engloba en la ordinaria.

En cuanto al pacto en cuya virtud se traslada la responsabilidad por pérdida de la cosa al agente, debemos concluir que el mismo es lícito de acuerdo con el *artículo 1255 del Código Civil* manifestación del respeto al principio de autonomía de la voluntad, y no desnaturaliza el contrato en la medida en que no incorpora cláusula o condición alguna que impida o penalice la devolución por el agente de la mercancía, pues en ese supuesto sí podría afirmarse que pasa a correr un riesgo ajeno a la propia esencia de la función propia del agente.

Respecto de la obligación de pago a Cepsa, basta contrastar la cláusula que regula tal cuestión para concluir que no se articula, como pretende la recurrente, como un pago aplazado a 9 días de la entrega en propiedad de una mercancía, pues expresamente se afirma en la misma que 'el titular abonará a Cepsa el importe de todas las ventas de carburantes y combustibles que realice por cuenta de Cepsa a los 9 días del suministro'."

Sexto.- Contra dicha sentencia la Confederación ha interpuesto ante esta Sala el presente recurso de casación articulándolo a través de cuatro motivos. En el primero de ellos denuncia la "infracción del *artículo 81.1* del Tratado de la Unión Europea; del *artículo 14 del Reglamento CE 1984/83, de 22 de junio*, relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual 81.1 TUE)* a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva; Reglamento al que se remite el *Real Decreto 157/92, de 21 de febrero*, que desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia [...]"

Séptimo.- Las normas comunitarias que se invocan como vulneradas tienen la siguiente redacción:

A) El *artículo 81.1* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea dispone que "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: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."

B) El *Reglamento CE 1984/83, de 22 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, que es el aplicable *ratione temporis* a los hechos del litigio, contiene un Título (el III) específicamente dedicado a establecer las "disposiciones especiales aplicables a los acuerdos de estaciones de servicio".

A tenor de su *artículo 10, "con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado y a las condiciones enunciadas en los artículos 1 a 13 del presente Reglamento, se declara inaplicable el apartado 1 del artículo 85 de dicho Tratado a los acuerdos en los que sólo participen dos empresas y en los cuales una de ellas, el revendedor, se comprometa con la otra, el proveedor, como contrapartida de la concesión de ventajas económicas o financieras, a comprarle únicamente a éste, a una empresa vinculada a él o a una empresa tercera a la que haya encargado de la distribución de sus productos, para su reventa en una estación de servicio designada en el acuerdo, determinados carburantes para vehículos de motor a base de productos petrolíferos o determinados carburantes para vehículos de motor y combustibles a base de productos petrolíferos especificados en el acuerdo."*

En los *artículos 11 a 13 del Reglamento* se especifican, sobre la base general ya transcrita, las restricciones de la competencia únicamente admisibles (*artículo 11*), los compromisos o cláusulas contractuales que impiden en todo caso la aplicación del *artículo 10 (artículo 12)* y la aplicabilidad por analogía de los *apartados 1 y 3 del artículo 2*, las letras a) y b) del *artículo 3*, y los *artículos 4 y 5 (artículo 13)*.

Más en concreto, el *artículo 11 de dicho Reglamento* dispone:

"Fuera de la obligación expuesta en el *artículo 10*, no podrá imponérsele al revendedor ninguna otra restricción de competencia aparte de

a) la obligación de no vender en la estación de servicio designada en el acuerdo carburantes para vehículos de motor o combustibles servidos por terceras empresas;

b) la obligación de no utilizar en la estación de servicio designada en el acuerdo lubricantes o productos petrolíferos afines ofrecidos por terceras empresas si el proveedor o una empresa vinculada a él, hubieren puesto a disposición del revendedor, o hubieren financiado, un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase de vehículos de motor;

c) la obligación de hacer publicidad para los productos entregados por empresas terceras, dentro y fuera de la estación de servicio, únicamente en proporción de la parte que representen tales productos en el volumen de negocios total de la estación de servicio;

d) la obligación de permitirle únicamente al proveedor o a una empresa designada por éste inspeccionar las instalaciones de depósito o de distribución de productos petrolíferos que sean propiedad del proveedor, o que hayan sido financiados por éste o por una empresa vinculada a él."

No existen problemas temporales respecto de la aplicación al caso de autos de dicho Reglamento, pues la revisión del acto administrativo objeto de litigio debe apreciarse con arreglo a la normativa comunitaria entonces vigente (esto es, el *Reglamento 1984/83*), a la que remitía la norma nacional que a continuación diremos. En respuesta a la infundada objeción de la Comisión en este sentido (rechazada asimismo por el Abogado General en el punto 30 de sus conclusiones) el Tribunal de Justicia confirmaría ulteriormente que la decisión sobre este extremo corresponde, como es lógico, al órgano jurisdiccional de reenvío.

Es irrelevante, pues, a los efectos del recurso de casación, que el ulterior *Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999*, relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336, p. 21)*, haya sustituido al *Reglamento 1984/83*.

Octavo.- Las normas nacionales que tienen directa aplicación a los hechos del litigio son, por un lado, la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que califica en su artículo 1* como "conductas prohibidas" tipos de comportamientos anticompetitivos inspirados directamente en el *artículo 81.1 del Tratado CE*, y por otro, de manera singular, el *Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero*, que desarrolla la *Ley 16/1989* en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia.

A tenor del *apartado primero del artículo 1 de la Ley 16/1989* "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 en 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."

Noveno.- Por su parte, el *Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero*, que desarrolla la *Ley 16/1989* en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia, dispone en su *artículo 1* lo siguiente:

"[...] Exenciones por categorías.- 1 De conformidad con lo dispuesto por el *artículo 5.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, quedan autorizados los acuerdos en que participen únicamente dos Empresas y que, perteneciendo a alguna de las siguientes categorías afecten únicamente al mercado nacional y cumplan las condiciones que para cada una de ellas a continuación se establecen: [...] b) Acuerdos de compra exclusiva, en los que una parte se comprometa con la otra a comprar para su reventa determinados productos únicamente a ella, a Empresas vinculadas a ella o a terceras Empresas distribuidoras suyas, siempre que el acuerdo cumpla las *disposiciones establecidas en el Reglamento CEE número 1984/1983 de la Comisión, de 22 de junio de 1983*."

Décimo.- En su día esta Sala ya puso de manifiesto, por providencia de 14 de diciembre de 2004, la posibilidad de que se hubiera producido a posteriori la satisfacción extraprocesal de la pretensión actora, lo que tanto la Confederación recurrente como la empresa correcurrida rechazaron.

Nos basábamos para ello en el hecho de que, poco después de haber sobreseído el expediente que está en la base de este litigio, el Tribunal de Defensa de la Competencia declaró en su resolución ulterior de 30 de mayo de 2001 (expediente 493/2000) 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 *Real Decreto 157/2002*, a los que deben sujetarse en dichas relaciones contractuales".

La resolución de 30 de mayo de 2001 se dictó tras reconocer el propio Tribunal de Defensa de la Competencia que se apartaba del criterio expuesto en sus resoluciones precedentes de fecha 1 de abril de 1998 (expediente número 280/97, precisamente el que culmina con la decisión objeto de este litigio) y de 20 de octubre de 1998 (expediente número 299/98) porque "[...] en las Resoluciones citadas no se llevó a cabo un análisis de aquéllas ni, mucho menos, un análisis global de la actividad comercial de Cepsa, como en el presente caso se efectúa".

Advertíamos, además, que la "nueva" resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2001, de sentido contrario a la que está en la base de este litigio, se encontraba, a su vez, impugnada por Cepsa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 820/2001. Recurso que está aún pendiente de fallo en dicho órgano jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo que ulteriormente diremos al analizar la relevancia de aquella ulterior decisión administrativa, el rechazo de la parte actora a considerar que con ella se había producido el "total reconocimiento" de sus pretensiones, por emplear los términos del *artículo 75.1 de la Ley Jurisdiccional*, así como la pendencia del ulterior recurso jurisdiccional en que se impugnaba, determinaron que este Tribunal continuara el procedimiento y, tal como se había propuesto con carácter subsidiario en la misma providencia de 14 de diciembre de 2004, una vez oídas las partes, decidiéramos elevar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea una cuestión prejudicial sobre la interpretación del *Reglamento (CEE) 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983*, relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 85 (actual 81)* del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

Undécimo.- El planteamiento de la cuestión prejudicial era necesario en la medida en que se trata de la interpretación de normas comunitarias decisivas para la resolución final del recurso planteado ante este Tribunal Supremo. Los órganos jurisdiccionales contra cuyas decisiones no cabe recurso están obligados,

en virtud del *artículo 234 del Tratado CE* a elevar la cuestión prejudicial cuanto existan, como aquí ocurre, dudas sobre la interpretación de aquellas normas.

La procedencia de elevar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea la cuestión prejudicial se justificaba por las dudas existentes sobre la aplicación al caso de autos del *Reglamento 1984/83*. Las partes diferían radicalmente en sus apreciaciones sobre el factor clave del litigio, a saber, si los contratos suscritos por Cepsa y las empresas titulares de estaciones de servicio que han sido calificadas de "agentes de Cepsa" son, en realidad, contratos de reventa de productos petrolíferos, nominalmente calificados como de agencia con el propósito de eludir la prohibición del *artículo 81.1 del Tratado y las prescripciones del Reglamento de exención 1984/83*.

Cepsa sostiene que son auténticos contratos de agencia no afectados por la prohibición contenida en el *artículo 81.1 del Tratado ni incluidos en el ámbito del Reglamento*. Reconoce que existe una fijación del precio final de venta en el mercado acordada -impuesta, según otras apreciaciones- por ella misma y admitida por los titulares de las estaciones de servicio. Pero esta fijación del precio sería válida dado que en virtud del contrato que le liga a las empresas titulares de las estaciones de servicio estas últimas no son propiamente un operador independiente que revende sino un mero instrumento (agente, comisionista) que actúa por cuenta de Cepsa.

La Confederación, por su parte, con apoyo en decisiones ulteriores del propio Tribunal de Defensa de la Competencia (a las que nos hemos referido en el apartado correspondiente), considera que aquellos contratos sólo de manera simulada son de comisión o agencia. Realmente no son tales, esto es, no son genuinos contratos de agencia o de comisión, sino más bien contratos de reventa en exclusiva, en el sentido que a esta figura da la Comisión en el *artículo 9 de la Comunicación 84/C101/02 de 22 de junio de 1983*. Contratos, pues, de compraventa en exclusiva que deben sujetarse, para disfrutar de la exención por categorías reconocida en el *Reglamento 1984/83*, a las condiciones que éste impone.

A juicio de la Confederación, dichos contratos no cumplen los requisitos para entenderlos como contratos de agencia plasmados en la Comunicación de 24 de diciembre de 1962 y en la más moderna *84/CE 101/02 de 22 de junio de 1983*, compartidos por la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia. El acuerdo de agencia sólo queda excluido del ámbito de aplicación del *artículo 81.1* si el agente no asume riesgo alguno o éste es insignificante en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal.

El tribunal de instancia, por su parte, en el razonamiento jurídico que anteriormente hemos transcrito (fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia) consideró que la situación jurídica de los titulares de las estaciones de servicio era la de "agentes independientes" o meros intermediarios.

Decimosegundo.- Las dudas que justificaban la pertinencia del reenvío prejudicial quedaron expuestas en los correspondientes fundamentos jurídicos del auto de remisión de 3 de marzo de 2005.

Esta Sala consideraba, en efecto, que, al margen de las denominaciones que las partes hayan dado a sus contratos (sean o no contratos de adhesión), la naturaleza de éstos y la realidad económica subyacente son los factores que deben tomarse en consideración para decidir si las fórmulas negativas bajo las que, en este caso, se gira la comercialización de los productos petrolíferos revelan prácticas contrarias al derecho de la competencia y, en concreto, determinan la aplicabilidad del *Reglamento 1984/83*. La jurisprudencia comunitaria estima como elemento clave para decidir acerca de la naturaleza jurídica de la relación contractual el análisis de la realidad económica sobre la que se asienta la construcción jurídica correspondiente.

No se trataba de plantear al Tribunal de Justicia la mera calificación jurídica de unos determinados contratos ni de que dicho Tribunal decidiera si, según el derecho español, han de ser calificados como de agencia o de reventa. La calificación en derecho nacional corresponde a los órganos judiciales españoles que, por cierto, en ocasiones han dado respuestas divergentes al respecto. Divergencias quizás derivadas del hecho de que aquellos contratos incorporan elementos característicos de uno y otro tipos negociales.

La pertinencia de la cuestión respondía a un interés comunitario además, obviamente, de ser relevante para la concreta decisión judicial que ahora hemos de adoptar. Es precisa la interpretación de la norma comunitaria, a la que expresamente se remite el *Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero*, para autorizar los acuerdos de compra exclusiva en este sector de las estaciones de servicio en España. Y dadas las características de este sector sin duda existía también una "dimensión comunitaria" del litigio, pues se trata de una conducta que afecta a buena parte del mercado del suministro de combustibles en uno de los

Estados miembros.

Existía, decimos, un interés comunitario porque el diseño del *Reglamento 1984/83* es dispensar una exención por categorías a acuerdos en principio contrarios al artículo 81.1 del Tratado (mediante ellos el proveedor impone al revendedor la obligación de compra exclusiva y otras prohibiciones de concurrir) bajo la premisa de que han de cumplir en todo caso determinadas restricciones y condiciones encaminadas a garantizar al menos una cierta dosis de competencia efectiva en el sector de las estaciones de servicio. Tal diseño podría quedar frustrado si se generalizan fórmulas contractuales autocalificadas de "contratos de agencia" que, en realidad, incluyen componentes típicos de los acuerdos de reventa que el *Reglamento 1984/83* trata de regular.

Aun cuando el proceso se planteaba en relación con situaciones jurídicas que podrían calificarse en principio como "internas" (pero que afectaban a un mercado nacional en su conjunto), el reenvío prejudicial para obtener la interpretación adecuada de la disposición comunitaria era tanto más oportuno cuanto que, como ya hemos repetido, el derecho nacional aplicable se remitía al contenido de esa disposición para determinar las normas aplicables.

Como después corroboraría el Tribunal de Justicia en la sentencia que a continuación transcribiremos, "[...] cuando una normativa nacional se atiene, respecto a las soluciones que adopta en relación con las situaciones puramente internas, a las aplicadas en Derecho comunitario con objeto, como sucede en el procedimiento principal, de evitar la aparición de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar el riesgo de que se produzcan futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse".

Esta Sala preguntaba, pues, al Tribunal de Justicia sobre el alcance que hubiera de darse a la categoría jurídica, incluida en el artículo 10 del *Reglamento 1984/83*, de los "acuerdos" de reventa mediante los cuales el proveedor o suministrador, como contrapartida a las ventajas económicas que otorga a la otra parte, exige de ésta la exclusiva en la venta de carburantes en las estaciones de servicio.

El tenor literal de las cuestiones formuladas ha sido transcrito en el antecedente de hecho correspondiente.

Decimotercero.- La respuesta dada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05), una vez rechazadas las objeciones de inadmisibilidad contra el planteamiento de la cuestión, se plasmó en los apartados 34 a 66, cuyo tenor literal consideramos necesario reproducir:

"[...] 34 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los contratos de distribución en exclusiva de carburantes que contienen las características que describe entran en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado y del Reglamento nº 1984/83.

35 Con carácter preliminar, debe señalarse que dicho Reglamento se limita a establecer una exención por categoría, en virtud de la cual determinadas categorías de acuerdos entre empresas quedan excluidas de la prohibición de prácticas colusorias prevista en el artículo 85, apartado 1, del Tratado. Por consiguiente, únicamente pueden entrar en el ámbito de aplicación del *Reglamento nº 1984/83* los acuerdos entre empresas en el sentido de esta disposición.

36 Por lo tanto, procede examinar, en primer lugar, si los contratos de que se trata en el asunto principal constituyen tales acuerdos entre empresas y, en segundo lugar, si se les aplica la exención por categoría establecida por el *Reglamento nº 1984/83*.

37 A este respecto, es necesario recordar que, en virtud de una jurisprudencia reiterada, los acuerdos entre operadores situados en fases distintas del proceso económico, también denominados acuerdos verticales, pueden constituir acuerdos en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y estar incluidos en el ámbito de la prohibición establecida por esta disposición (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 491, y de 24 de octubre de 1995, Volkswagen y VAG Leasing, C-266/93, Rec. p. I-3477, apartado 17).

38 Sin embargo, los acuerdos verticales, como los contratos entre CEPSA y los titulares de estaciones de servicios, sólo entran en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado cuando se considera que el titular es un operador económico independiente y existe, en consecuencia, un acuerdo entre dos empresas.

39 Pues bien, es jurisprudencia reiterada que el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho comunitario de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21 , y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C-205/03 P, Rec. p. I-0000, apartado 25).

40 Además, el Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11).

41 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que, a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia, la separación formal entre dos contratantes, resultado de su personalidad jurídica distinta, no es determinante, dado que el criterio decisivo es la existencia o no de una unidad de comportamiento en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140).

42 En determinadas circunstancias, las relaciones entre un comitente y su intermediario pueden caracterizarse por tal unidad económica (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 480).

43 Sin embargo, a este respecto se deriva de la jurisprudencia que los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste (véase, en este sentido, la sentencia Volkswagen y VAG Leasing, antes citada, apartado 19).

44 Por consiguiente, cuando un intermediario, como el titular de una estación de servicio, aunque con personalidad jurídica distinta, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente de su comitente, en este caso un proveedor de carburantes, por el hecho de que éste asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica de que se trata, la prohibición establecida en el *artículo 85, apartado 1* , del Tratado no es aplicable a las relaciones entre este intermediario y este comitente.

45 Por el contrario, cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del *artículo 85* del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada, apartados 541 y 542).

46 Se desprende de lo anterior que el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente reside en el contrato celebrado con el comitente y, concretamente, en las cláusulas, tácitas o expresas, de este contrato relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. Tal como alega en sus observaciones, con razón, la Comisión, la cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno.

47 En estas circunstancias, debe valorarse si, en el marco de los contratos que presentan las características que describe el órgano jurisdiccional remitente, los titulares de estaciones de servicio asumen o no determinados riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de carburantes a terceros.

48 El análisis de la distribución de dichos riesgos debe realizarse a la luz de las circunstancias fácticas del asunto principal. Pues bien, como ya se ha señalado en el apartado 30 de la presente sentencia, los autos aportados al Tribunal de Justicia no proporcionan una información completa respecto de la manera en que se efectúa esta distribución en el marco de los contratos celebrados entre CEPSA y los

titulares de estaciones de servicio.

49 En este contexto, procede recordar que el Tribunal de Justicia no es competente para apreciar los hechos del asunto principal ni para aplicar a medidas o a situaciones nacionales las normas comunitarias que haya interpretado, siendo dichas cuestiones competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales (véanse, en particular, las sentencias de 23 de febrero de 2006 , *CLT-UFA, C-253/03, Rec. p. I-1831, apartado 36*, y de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 69*).

50 Sin embargo, para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, es necesario precisar criterios que permitan apreciar la distribución efectiva de los riesgos financieros y comerciales entre los titulares de estaciones de servicio y el proveedor de carburantes, tal como se realiza en los contratos controvertidos en el asunto principal a efectos de determinar si el *artículo 85* del Tratado les es aplicable.

51 A este respecto, el juez nacional debe tener en cuenta, por una parte, los riesgos vinculados a la venta de los productos, como la financiación de las existencias de carburantes, y, por otra parte, los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, a saber, las que son necesarias para que el titular de una estación de servicio pueda negociar o celebrar contratos con terceros.

52 En lo que atañe, en primer lugar, a los riesgos relacionados con la venta de los productos, es probable que dicho titular asuma estos riesgos al convertirse en propietario de los productos en el momento en que los recibe del proveedor, es decir, antes de la posterior venta a un tercero.

53 Igualmente, debe considerarse que asume una parte de los riesgos relacionados con la venta de los productos el titular que asuma, ya sea directamente, ya sea indirectamente, los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular, los costes de transporte.

54 El hecho de que el titular corra con los gastos de conservación de las existencias también puede ser un indicio de que le han sido transferidos los riesgos relacionados con la venta de los productos.

55 Además, el juez nacional debe determinar quién asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros. En el caso de que el titular fuera responsable de estos daños, independientemente de si cumplió o no la obligación de conservar dichos productos en condiciones adecuadas para evitar toda pérdida o deterioro, debería considerarse que el riesgo se le ha transmitido.

56 También debe valorarse el reparto del riesgo financiero de los productos, en particular en lo que se refiere al pago del carburante en el caso de que el titular no encuentre comprador o en el caso de pago diferido por la utilización de tarjetas de crédito, en función de las normas o de las prácticas relativas al régimen de pago de los carburantes.

57 A este respecto, se desprende del auto de remisión que el titular está obligado a pagar a CEPSA el importe correspondiente al precio de la venta de los carburantes nueve días después de la fecha de suministro y que, en ese mismo plazo, el titular recibe de CEPSA las comisiones, cuyo importe corresponde a la cantidad de carburante suministrado.

58 En estas circunstancias, corresponde al juez nacional verificar si el pago al proveedor del importe correspondiente al precio de la venta de los carburantes depende de la cantidad efectivamente vendida en dicho plazo 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 nueve días. En caso afirmativo, debe concluirse que el riesgo comercial es soportado por el proveedor.

59 Por lo que se refiere a los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado, si el titular realiza inversiones específicas relacionadas con la venta de los productos, en locales o equipos tales como un depósito de carburante, o si realiza inversiones en acciones de promoción, dichos riesgos financieros se trasladan al titular.

60 De las consideraciones anteriores resulta que, para determinar si debe aplicarse el *artículo 85* del Tratado, es necesario analizar la distribución de los riesgos financieros y comerciales entre el titular y el proveedor de carburantes, en función de criterios tales como la propiedad de los productos, la contribución a los costes vinculados a su distribución, su conservación, la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos o por los daños que los productos puedan causar a terceros y la realización de inversiones

específicas para la venta de dichos productos.

61 Sin embargo, tal como sostiene con razón la Comisión, el hecho de que el intermediario soporte únicamente una parte insignificante de los riesgos no puede entrañar que el *artículo 85* del Tratado sea aplicable.

62 No obstante, debe precisarse que, en tal caso, únicamente están excluidas del ámbito de aplicación de este *artículo las obligaciones impuestas al intermediario en el marco de la venta de productos a terceros* por cuenta del comitente. En efecto, tal como afirma la Comisión, un contrato de agencia puede contener disposiciones relativas a las relaciones entre el agente y el comisionista a las que se aplique dicho artículo, tales como las cláusulas de exclusividad y de prohibición de competencia. A este respecto, procede considerar que, en el marco de tales relaciones, los agentes son, en principio, operadores económicos independientes, y que dichas cláusulas pueden vulnerar las normas sobre competencia si conducen a la exclusión del mercado de referencia.

63 En el supuesto en que, tras el examen de los riesgos asumidos por los titulares de estaciones de servicio de que se trata en el asunto principal, no deba considerarse que las obligaciones impuestas a éstos en el marco de la venta de productos a terceros están incluidas en los acuerdos entre empresas en el sentido del *artículo 85* del Tratado, la obligación impuesta a dichos titulares de vender el carburante a un precio determinado no entraría en el ámbito de aplicación de esta disposición y, por consiguiente, sería inherente a la capacidad de CEPSA para delimitar el campo de actuación de sus agentes. Por el contrario, si el juez nacional llegara a la conclusión de que existe un acuerdo entre empresas en el sentido del *artículo 85* del Tratado, se plantearía la cuestión de si, por lo que respecta a la venta de productos a terceros, podría aplicarse a dicha obligación la exención por categoría prevista en los *artículos 10 a 13 del Reglamento nº 1984/83*.

64 A este respecto, debe constatarse que el *artículo 11 del Reglamento nº 1984/83* enumera las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, pueden imponerse al revendedor, entre las que no figura la imposición del precio de venta al público. Por consiguiente, la fijación de dicho precio por CEPSA constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención del *artículo 10 de dicho Reglamento*.

65 A la vista de las consideraciones que preceden, debe responderse a la cuestión prejudicial que el *artículo 85* del Tratado 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 a terceros.

66 Los *artículos 10 a 13 del Reglamento nº 1984/83* deben interpretarse en el sentido de que tal contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador."

Decimocuarto.- A partir de estas consideraciones, y no habiendo dudas de que en el momento temporal al que se refiere el litigio se imponía al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio de venta al público fijado por Cepsa, el análisis del primer motivo de casación exige resolver la cuestión referida a la asunción de riesgos por parte de aquél.

Aunque no todos los contratos que constan en autos tienen exactamente el mismo tenor literal, pueden identificarse diversas cláusulas que se encuentran presentes, de una manera o de otra, en buena parte de ellos. A ellas nos referimos también en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial:

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

La exclusiva de suministro prohíbe al titular, en tanto subsista el contrato, autorizar o intervenir, directa o indirectamente, en operaciones de venta o de promoción de productos concurrentes con aquéllos que son objeto de dicha exclusiva y que se desarrollen o pretendan llevarse a cabo en el recinto (o en las intermediaciones) de la estación de servicio objeto del contrato.

B) El titular asume el riesgo de los productos de la exclusiva desde el momento en que los recibe de Cepsa y los mismos "traspasan la brida de conexión de los depósitos o tanques de almacenamiento existentes en la Estación de Servicio".

Desde ese momento, el titular asume la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y responde, en su caso, tanto frente a Cepsa como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que por tal motivo se puedan causar.

C) El titular tiene que abonar a Cepsa el importe de los carburantes o combustibles a los nueve (9) días de la fecha de su entrega en la estación de servicio, mediante recibo negociable emitido por Cepsa.

D) El titular percibe de Cepsa las "comisiones de mercado" existentes en cada momento para Estaciones de Servicio. Dichas comisiones, incluida la de garantía, eran de x pesetas por litro (varían según se trate de gasolina, gasóleos A y B o gasóleo C) más un fijo anual. Las comisiones son abonadas por Cepsa a los nueve (9) días del suministro realizado a la Estación de Servicio.

Decimoquinto.- En la sentencia de instancia (fundamento jurídico tercero) se analiza tan sólo la relevancia que sobre el "carácter mediador de las estaciones de servicio" pudieran tener tres de las "cláusulas pactadas":

a) la relativa al "riesgo de cobranza", que para el tribunal de instancia no es incompatible con el contrato mercantil de comisión;

B) la atinente a la "responsabilidad por pérdida de la cosa", cuya admisión se justifica por la autonomía de la voluntad contractual (de ahí la referencia al *artículo 1255 del Código Civil*) y porque, a juicio del tribunal, no impide ni penaliza la posible devolución de la mercancía; y

c) la que versa sobre "la obligación de pago a Cepsa" que, siempre según la Sala de instancia, no consiste en un pago aplazado a nueve días de la entrega, pues el titular abona el importe de las ventas que realice "por cuenta de" Cepsa.

Las alusiones al principio de autonomía de la voluntad no bastan para resolver el problema aquí planteado que, insistimos, consiste en resolver si es aplicable una exención por categorías a determinados acuerdos comerciales, decisión que en este caso ha de girar en gran parte sobre la asunción de riesgos por parte del titular de la estación de servicio. Sin duda las partes de un contrato pueden desenvolverse dentro de los amplios límites del *artículo 1255 del Código Civil*: lo que se trata es precisamente de decidir si el contrato así pactado, tras el examen de todas sus especificaciones, se inscribe dentro de un tipo negocial o de otro. A estos efectos tampoco podrán calificarse de decisivas determinadas referencias nominales (por ejemplo, la relativa a la actuación "por cuenta de") cuando el conjunto de los rasgos contractuales desvirtúe las conclusiones que de aquella mera referencia nominal pudieran extraerse.

Dado que los contratos mediante los cuales el titular de la estación de servicio se obliga a recibir los combustibles y carburantes únicamente del suministrador y venderlos a los usuarios "por cuenta del suministrador" (en este caso Cepsa) "en régimen de comisión de venta" o de "comisión de venta en garantía", se sujetan a las cláusulas descritas en el fundamento jurídico precedente, será el análisis del conjunto de éstas lo que determinará la conclusión final. Nada impide que dichos contratos de suministro de carburantes y combustibles, al ser pactados bajo las condiciones antes dichas, se configuren como acuerdos que mezclan componentes de los contratos de agencia con elementos característicos de los contratos de reventa previstos en el *Reglamento 1984/83*.

Hacemos estas precisiones para subrayar que, aun respetando la tradicional doctrina de esta Sala (y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo) en cuanto al control casacional de las apreciaciones de instancia sobre la interpretación de los contratos, es posible llegar a conclusiones distintas de las de instancia cuando o bien no se han analizado todas las cláusulas relevantes o bien la aplicación de los conceptos o categorías jurídicas incurra en algún error de derecho susceptible de ser corregido. En el caso que nos ocupa, la interpretación de la categoría jurídica comunitaria finalmente hecha por el Tribunal de Justicia en la sentencia antes transcrita, que pone el acento en la asunción de riesgos, es lo decisivo para el fallo.

Decimosexto.- 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.

Decimoséptimo.- 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 *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.

Siendo ello así debe prosperar el primero de los motivos de casación, lo que hará innecesario el análisis del resto. Y, por los mismos fundamentos, deberá ser casada la sentencia de instancia en la parte que ha sido recurrida, esto es, en cuanto desestimó la pretensión actora de anular la Resolución administrativa impugnada respecto de los contratos a los que nos hemos referido. El fallo de instancia debió ampliar el pronunciamiento estimatorio que ya contiene haciéndolo extensivo al resto de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998 mediante la que se confirmó el sobreseimiento parcial del expediente acordado por el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia el 7 de noviembre de 1997.

Decimoctavo.- Dicho lo anterior, no es posible acceder en el marco de este recurso de casación a las alegaciones o solicitudes que, desde perspectivas opuestas, hacen en sus últimos escritos procesales tanto la Confederación recurrente como Cepsa.

Pretende la Confederación (alegaciones de 12 de febrero de 2007) que esta Sala se pronuncie -en sentido contrario a la supuesta "validez sobrevenida" de los contratos de suministro- sobre la incidencia que para dichos contratos derivaría de las cartas remitidas por Cepsa en noviembre de 2001 a los titulares de las estaciones de servicio "autorizándoles a repartir su comisión con el cliente". Cepsa, por su parte, considera que la sentencia del Tribunal de Justicia excluiría la aplicación del *artículo 81 del Tratado CE* cuando el "agente no genuino" está facultado para realizar descuentos en el precio final con cargo a su

comisión, como sucedería a partir de la emisión de aquellas cartas.

No es posible que nos pronunciemos sobre dicha incidencia sobrevenida en el marco de este recurso de casación, pues se trata de un hecho nuevo y de una cuestión nueva que ni pudo ser tratada en las resoluciones administrativas (por obvias razones temporales) ni fue suscitada en el proceso ante la Sala de instancia, tribunal que tampoco se refirió a ella en su sentencia. Las eventuales repercusiones de aquellas cartas en el marco de las ulteriores relaciones contractuales de Cepsa y los titulares de las estaciones de servicio podrán ser, por el contrario, sopesadas en el curso del procedimiento que, tras la anulación de la decisión de archivar el expediente, habrán de tramitar los órganos encargados de la defensa de la competencia.

Tampoco podemos prejuzgar, como sugiere Cepsa (alegaciones de 9 de febrero de 2007), si la continuidad de dicho expediente permitirá, o no, su culminación sancionadora a la vista de que dicha compañía ya fue sancionada en otro expediente ulterior por el Tribunal de Defensa de la Competencia. En primer lugar, ya hemos recordado que la resolución de este organismo de 30 de mayo de 2001 se encuentra impugnada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 820/2001, aún pendiente de fallo en dicho órgano jurisdiccional. En segundo lugar, sea cual sea el sentido de la sentencia que recaiga, serán los propios órganos encargados de la defensa de la competencia quienes, al resolver el expediente cuya reanudación hoy se dispone, habrán de valorar la incidencia que en su conclusión tengan todas las circunstancias (normativas, jurisdiccionales y contractuales) sobrevenidas.

Decimonoveno.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional*, cada parte satisfará las de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las costas de la instancia, al no concurrir temeridad o mala fe.

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

FALLAMOS

Primero.- Estimar el presente recurso de casación número **1890/2002**, interpuesto por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra la parte del fallo de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional de fecha 22 de enero de 2002, recaída en el recurso número 996 de 1998, en la que se desestimó la pretensión anulatoria referida a "la petición relativa a los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión."

Segundo.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo número 996/1998 y anular la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998 recaída en el expediente "R 280/97 CEPSA", debiendo el Servicio de Defensa de la Competencia continuar la tramitación del expediente número 1235/95, que tuvo su origen en la denuncia formulada por la Confederación de Empresarios de Estaciones de Servicio.

Tercero.- Cada parte satisfará las costas de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las costas de la instancia.

Cuarto.- Remítase testimonio de esta sentencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.