

Id. Cendoj: 28079130032010100170
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 12/05/2010
Nº de Recurso: 3343/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. Condiciones económicas de las estaciones de servicio.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo de dos mil diez.

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 3343/2007 interpuesto por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador D. David García Riquelme, contra la sentencia dictada con fecha 9 de marzo de 2007 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 409/2005, sobre condiciones económicas de las estaciones de servicio; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, "BP OIL ESPAÑA, S.A.U.", representada por la Procuradora D^a. Olga Rodríguez Herranz, "COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A." (CEPSA), representada por el Procurador D. Jorge Deleito García, y "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.", representada por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 409/2005 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de mayo de 2005, recaída en el expediente R 644/05, que acordó: "Desestimar el recurso interpuesto por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 14 de enero de 2005."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 20 de diciembre de 2005, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que, con estimación del presente recurso, declare no ser conforme a

derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de mayo de 2005 objeto del mismo y, en consecuencia, la anule y acogiendo la denuncia formulada por esta parte:

1.- Declare que las conductas denunciadas constituyen un acuerdo o práctica prohibidos de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1.1.d) de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de Repsol, Cepsa y BP.

2.- Declare que dichas conductas vulneran el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, por constituir un abuso de posición de dominio por parte de las denunciadas.

3.- Declare que igualmente suponen actos de competencia desleal que afectan al interés público previstos en el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

4.- Intime a Repsol, Cepsa y BP a cesar en las anteriores conductas ofreciendo a las estaciones de servicio con las que tienen contraídos vínculos de suministro en exclusiva, las mismas condiciones económicas que a estaciones de servicio blancas, consumidores finales y/o distribuidores.

5.- Imponga a Repsol, Cepsa y BP la multa correspondiente en proporción a la gravedad y extensión de las infracciones cometidas.

6.- Todo ello con expresa imposición de costas".

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 25 de mayo de 2006, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia que "desestime el recurso contencioso-administrativo declarando la resolución administrativa impugnada conforme a Derecho".

Cuarto.- "BP Oil España, S.A." contestó a la demanda con fecha 15 de junio de 2006 y suplicó sentencia "por la que, desestimando íntegramente la misma, absuelva a mi representada de los pedimentos deducidos en la misma, confirmando el acto administrativo recurrido". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Quinto.- "Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A." presentó escrito de contestación a la demanda el 14 de julio de 2006 y suplicó sentencia "por la que se acuerde su desestimación". Por otrosí se opuso al recibimiento a prueba.

Sexto.- "Compañía Española de Petróleos, S.A." (Cepsa) contestó a la demanda por escrito de 29 de septiembre de 2006 en el que suplicó sentencia "por la que se declare la desestimación de las pretensiones formuladas por la parte recurrente en su demanda, confirmando la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada, y declarándola conforme a Derecho". Por otrosí se opuso igualmente al recibimiento a prueba.

Séptimo.- No habiéndose recibido el pleito a prueba 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 9 de marzo de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES), y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. David García Riquelme, 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 19 de mayo de 2005, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas."

Octavo.- Con fecha 24 de julio de 2007 la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 3343/2007 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por entender que se han infringido las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.1.d) de la Ley de Defensa de la Competencia artículo 6.2.2) del mismo cuerpo legal; art. 82.1 del Tratado CE y art. 14.C.2 del Reglamento CE 1984/83 de 22 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado Constitutivo de la CE , en relación con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2006, Asunto CEES, C-217/05) y del Tribunal Supremo, Sala a la que nos dirigimos, de 4 de mayo de 2007, Rec. Cas. 1890/2002".

Segundo: "vulneración del artículo 63.1) de la Ley 30/1992 , en relación con los artículos 6 y 7 de la LDC, 16.2 de la Ley 3/1991, y 82.1 del Tratado de la CEE".

Noveno.- "BP Oil España, S.A.U." presentó escrito de oposición al recurso y suplicó sentencia "por la que: a) No admita el recurso. b) Subsidiariamente a la solicitud de inadmisión formulada en el párrafo a) anterior, desestime íntegramente el mismo. En ambos casos con expresa imposición de costas a la recurrente".

Décimo.- El Abogado del Estado se opuso igualmente al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la recurrente.

Undécimo.- "Compañía Española de Petróleos, S.A." presentó escrito de oposición al recurso y suplicó la confirmación de la sentencia recurrida.

Duodécimo.- "Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A." se opuso al recurso y suplicó su desestimación.

Séptimo.- Por providencia de 23 de febrero de 2010 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 4 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 9 de marzo de 2007, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (en lo sucesivo, CEEES) contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de mayo de 2005.

En dicha resolución el Tribunal de Defensa de la Competencia archivó el expediente R-644/05, confirmando el acuerdo previo del Director General de Defensa de la Competencia de 14 de enero de 2005, por estimar que no concurrían indicios racionales de infracción administrativa que justificaran la continuación de las actuaciones.

La CEEES había denunciado en su momento como prácticas restrictivas de la competencia y de competencia desleal la conducta de las empresas "Repsol", "B.P. Oil España, S.A." y "Cepsa" consistente en otorgar a los distribuidores de productos petrolíferos y a los titulares de instalaciones fijas mejores condiciones económicas que las reconocidas a las estaciones de servicio con las que aquellas empresas tenían suscritos contratos de compra exclusiva. En el año 1995 el Director General de Defensa de la Competencia (acuerdo de 31 de marzo) archivó el expediente, acto que fue ratificado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 22 de noviembre de 1995.

La Sala de la Audiencia Nacional, sin embargo, anuló estas decisiones en su sentencia de 28 de mayo de 1998 (confirmada por la de casación de 7 de julio de 2003, recurso número 10673/2003) y ordenó que se continuara la instrucción, realizando nuevas investigaciones encaminadas a determinar con la mayor exactitud posible si eran ciertos o no los hechos contenidos en la denuncia y si eran o no constitutivos de infracciones administrativas tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia.

Proseguidas las actuaciones administrativas, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de mayo de 2005 vino a archivar nuevamente el expediente, siendo esta vez ratificada su decisión por la sentencia de 9 de marzo de 2007 contra la que se interpone el presente recurso de casación.

Segundo.- Las razones por las que el tribunal de instancia confirmó la validez del acto impugnado se exponen en el tercer fundamento jurídico de su sentencia y son éstas:

"[...] Es cierta la afirmación contenida en la Resolución impugnada en cuanto que el tipo descrito en el artículo 1 de la Ley 16/1989 requiere la concurrencia de dos o más sujetos -lo que el TDC denomina la bilateralidad-. Esta concurrencia ha de consistir en un comportamiento coordinado, pues se trata de un acuerdo, expreso, tácito o comportamiento consciente, tendente a uniformar actuaciones en el mercado susceptibles de vulnerar la libre competencia.

Para que una conducta pueda ser subsumida en el artículo 6 de la Ley 16/1989 en relación al abuso de dominio, es necesario que concurren dos elementos, el primero que exista una posición de dominio en el mercado de referencia, y otro, que exista un comportamiento abusivo.

En cuanto a la conducta del artículo 7, con independencia de que efectivamente pueda existir un comportamiento constitutivo de conducta desleal, que habrá de dirimirse ante los Tribunales competentes, es necesaria una afectación sensible en la libre competencia, que afecte al interés público, supuestos estos en los que el regulador estaría facultado para actuar.

Pues bien, el propio TDC declara probado que existen diferencias entre los descuentos o márgenes otorgados por los operadores petrolíferos a los tres distintos tipos de distribución, estaciones de servicio, clientes directos con instalaciones fijas y distribuidores intermediarios, en relación con comilones [sic], descuentos y márgenes.

La cuestión viene determinada precisamente por este trato diferenciado.

Ahora bien, acierta el TDC cuando señala que dicho trato diferenciado debe apreciarse en prestaciones equivalentes, pues de no serlo, no es exigible una homologación en el trato cuando las situaciones jurídicas y económicas difieren unas de otras.

Así las cosas, es necesario para la aplicación del artículo 6 de la LDC, de una parte, que exista posición de dominio, de otra, que se abuse de ella, en este caso aplicando condiciones distintas a prestaciones equivalentes, y, por fin, que se afecte o pueda afectar la libre competencia.

En la Resolución impugnada se señala que las prestaciones no son equivalentes, ni por los costes, ni por el destino del producto, por lo que no puede apreciarse ni comportamiento abusivo, ni competencia desleal.

El actor funda sus argumentaciones en tres razonamientos centrales:

1) vulneración del artículo 63.1 de la Ley 30/1992 en cuanto se ha vulnerado la seguridad jurídica y el efecto de cosa juzgada. Se afirma que la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1998, posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo, afirmaba que los tres tipos de distribución competían entre sí, afirmación que nos [sic] es considerada por el TDC. Aún admitiendo que exista tal competencia sería necesario que concurriera el abuso, y este no es apreciado por el TDC precisamente por entender que las prestaciones no son equivalentes, que es precisamente el eje central de su razonamiento.

2) Vulneración del artículo 61.3 de la Ley 30/1992 en relación con el 1.1 d) y 6.2 d) de la LDC y 82.1 del Tratado CE, toda vez que entiende que los costes en una y otras formas de distribución aparecen compensados por otros beneficios, especialmente por los contratos de exclusiva previstos en el Reglamento 84/1983. Pero precisamente esta argumentación, y los distintos beneficios que la recurrente enumera en su demanda, ponen de manifiesto la existencia de unas relaciones jurídico económicas diferenciadas entre los operadores y las estaciones de servicio, en relación con los restantes distribuidores, que vienen a afirmar el acierto de las apreciaciones

del TDC en cuanto a la imposibilidad de homologar las diversas categorías de distribución.

3) Vulneración del artículo 63.1 de la Ley 30/1992 en relación al artículo 7 de la LDC, 16.2 de la Ley 3/1991 y 82.1 del tratado de la CE, en cuanto reitera que se ha producido un trato abusivo. Hemos de señalar que en el presente recurso se enjuicia la conducta competitiva por la propia existencia de condiciones diferenciadas en abstracto, y desde esta perspectiva no existe abuso porque no se aprecian situaciones homologables entre los distintos operadores, por ello, en base a la Ley 16/1989 no pueden ejercitarse facultades sancionadoras administrativas. Ahora bien, distinto es que, en cada caso concreto y atendiendo a las concretas condiciones impuestas, puedan considerarse abusivas en aplicación de la Ley 3/1991, pero esta cuestión es entre privados y habrá de sustanciarse ante los Tribunales competentes. Lo esencial en el presente caso es que un tratamiento diferenciado, en abstracto, a distribuidores cuyas relaciones jurídicas y económicas difieren, no puede entenderse que constituya un conducta anticompetitiva cuando no se aprecia equivalencia en las prestaciones.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso."

Tercero.- El recurso de casación interpuesto por la CEEES es admisible, pese a la objeción formulada por alguna de las partes recurridas, en cuanto que su resultado podría afectar "a un gran número de situaciones", a los efectos del artículo 93.2 de la Ley Jurisdiccional. Ello no obstante, es cierto que algunas las pretensiones formuladas en el suplico del escrito de interposición -en concreto, las que interesan de esta Sala una resolución sancionadora directa- resultan inadmisibles pues lo único que se discutía en la instancia era la continuidad o no del expediente administrativo sancionador.

Los dos motivos de casación que se formulan lo son al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional. Utilizando una defectuosa técnica procesal que mezcla indebidamente infracciones de normas nacionales y comunitarias con eventuales infracciones de la jurisprudencia, la Confederación recurrente reitera en uno y otro los dos primeros argumentos que expuso en la demanda englobando en el segundo la invocación -sin mayores referencias ulteriores- de la Ley de Competencia Desleal.

Cuarto.- El planteamiento argumental del primer motivo descansa en dos premisas. Por un lado, a juicio de la CEEES, resulta erróneo "dividir el mercado en base a las inversiones" y considerar equivalentes, o no, las prestaciones "en función de las cantidades o beneficios económicos financieros que otorgan las empresas petroleras a las estaciones de servicio". La segunda base argumental es que los titulares de dichas estaciones de servicio asumen determinados riesgos, dato a partir del cual afirma la CEEES que existen dos mercados "el mercado de quien asume riesgos y al que por consiguiente no se le puede fijar el precio y el mercado de quien no asume riesgos y por tanto se le puede fijar el precio".

Esta última conclusión, de nuevo a juicio de la CEEES, habría quedado adverbada tanto por la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 2007 (recurso 1890/2002) como por la previa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2006, en respuesta a la cuestión

prejudicial que le planteamos.

Las normas del ordenamiento jurídico supuestamente vulneradas por el tribunal de instancia serían los artículos 1.1.d) y 6.2.2. de la Ley de Defensa de la Competencia, por un lado; y, por otro, el artículo 82.1 del Tratado CE así como el artículo 14.C.2 del Reglamento CE 1984/83 de 22 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado Constitutivo de la CE.

Quinto.- El motivo no puede tener acogida favorable. Debemos partir de la existencia de tres canales mediante los cuales los operadores petrolíferos comercializaban sus productos en virtud de las disposiciones de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero, vigente en el momento de la denuncia:

A) En primer lugar, vendían carburantes y combustibles petrolíferos a los distribuidores mayoristas, entendiéndose por distribución al por mayor aquella que no supone suministro a un consumidor o usuario final del producto distribuido.

B) En segundo lugar vendían carburantes y combustibles a determinados titulares de instalaciones fijas en todo el territorio nacional quienes, por su parte, no podían proceder a la venta al público de los productos suministrados. Se trataba en este caso de una modalidad de distribución al por menor que suministra directamente los productos -particularmente gasóleos- a "grandes consumidores finales" (cooperativas agrícolas, empresas industriales de elevado consumo, empresas y flotas de transportes, entre otros).

C) En tercer lugar figuraba el canal de distribución al por menor en instalaciones de venta al público, esto es, mediante las denominadas estaciones de servicio cuyas relaciones con el operador petrolífero podían revestir diversas fórmulas jurídicas, una de las cuales era el contrato de compra en exclusiva.

Pues bien, según acertadamente afirman tanto el órgano administrativo como la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, los operadores petrolíferos podían lícitamente aplicar diferentes condiciones contractuales a cada uno de los tres canales de comercialización, habida cuenta de la también diferente naturaleza y características de cada uno de ellos. No era obligado equiparlos ni sujetarlos a un régimen contractual uniforme que ignorase la existencia de diferentes condiciones comerciales.

La respuesta negativa de la Sala a esta cuestión aparece debidamente fundamentada, como lo estaba la respuesta del Tribunal de Defensa de la Competencia Y es que, en efecto, las relaciones de los operadores petrolíferos con los distribuidores mayoristas o con los titulares de instalaciones fijas de consumo (clientes directos) no tenían por qué configurarse en los mismos términos comerciales que con los titulares de las estaciones de servicios, tratándose como se trata -repetimos- de canales diferentes con perfiles propios y suficientemente distinguibles.

Estaban, por el contrario, justificadas las condiciones desiguales (también las relativas a descuentos, comisiones o márgenes) en la medida que las prestaciones recíprocas no eran ni tenían por qué ser equivalentes: los costes correspondientes al suministros a los mayoristas podían diferir de los correspondientes a los clientes directos (pues

aquéllas en determinados tipos contractuales. No se abordaban entonces los problemas relativos a los diferentes canales de distribución en red ni la equivalencia de las prestaciones entre unos supuestos y otros.

El hecho de que determinados titulares de estaciones de servicios asumieran riesgos relevantes respecto de los productos suministrados incidía, sin duda, en la calificación contractual de las relaciones y en su sometimiento a las normas de defensa de la competencia. Pero la asunción de riesgos no permite por sí sola, sin más, parificar el variado régimen de relaciones de distribución de combustibles (tanto si se toma por tal el que resulta de la existencia de los diversos canales de comercialización ya dichos como el más limitado del canal abierto al público) de modo que no basta su existencia para que las prestaciones recíprocas deban considerarse uniformes entre en los citados canales de distribución ni entre unas estaciones de servicio (en red) respecto de otras (fuera de la red).

Séptimo.- El segundo motivo de casación parte del presupuesto que acabamos de rechazar (esto es, toma como premisa que "se han dado condiciones desiguales a prestaciones equivalentes"). A partir de él, la CEEES trata de razonar que se ha consumado un abuso de la posición de dominio por parte de las empresas denunciadas. En la exposición del motivo se echa en falta un desarrollo argumental más riguroso sobre los perfiles característicos de la explotación abusiva de las posiciones de dominio colectivas ya que -dada la pluralidad de compañías supuestamente infractoras- la denuncia parece que así debía interpretarse.

En todo caso, como quiera que la premisa de la que parte ha sido rechazada en el epígrafe precedente, el segundo motivo casacional ha de seguir la misma suerte desestimatoria que el primero.

Noveno.- Procede, en suma, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 3343/2007 interpuesto por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 9 de marzo de 2007 en el recurso contencioso-administrativo número 409 de 2005. Imponemos a la recurrente las costas de su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-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.