

Roj: SAN 8199/2002
Id Cendoj: 28079230062002100961
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 996/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de enero de dos mil dos.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 996/98, seguido a instancia de la "Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio", representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido en calidad de codemandada la Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA), representada por la Procurador D^a M^a Teresa de las alas Pumariño, con asistencia letrada.

El recurso versó sobre impugnación de acuerdo del TDC, la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario poner de manifiesto los siguientes hechos:

a) El 4-5-95 la recurrente presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia, contra determinadas empresas petroleras, entre ellas CEPSA, por una supuesta práctica restrictiva de la competencia.

b) Con la denuncia se aportaban dos contratos-tipo:

*Contrato de suministro en exclusiva suscritos bajo la forma de comisión mercantil:

El operador de la estación de servicio no revende los carburantes sino que actúa por cuenta de la operadora de productos petrolíferos que es la que asume los riesgos.

Respecto de éstos se alegó su nulidad por ser contratos de suministro en exclusiva y afectar a la competencia al no ser de aplicación el *Reglamento 1984/83*, ni haberse solicitado autorización singular.

* Contratos de suministro en exclusiva suscritos entre empresarios independientes y en los que el operador de la estación de servicio revende los productos asumiendo los riesgos de la empresa.

Respecto de éstos se admitió la posibilidad teórica de acogimiento a la exención por categorías, pero subrayó su improcedencia en este caso por aplicarse condiciones de venta menos favorables que las concedidas a otros revendedores.

c) El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó Acuerdo el 7 de noviembre de 1997 por el que se sobreseyó parcialmente el expediente incoado, por lo que se interpuso recurso ante el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia.

d) En fecha 1-4-1998 se dictó resolución por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), en expediente iniciado por denuncia de la entidad ahora recurrente, en cuya parte dispositiva, se acordó: "Desestimar el recurso interpuesto por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra el Acuerdo de sobreseimiento del Director General de Política económica y Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 1997".

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) Sobre los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión:

* Son contratos simulados, en fraude de ley:

Son realmente contratos de reventa celebrados con el fin de eludir la prohibición del *art. 1.1 LDC* y que no tienen el amparo del *Reglamento CEE 1983/84*, pues el comisionista (revendedor) no puede fijar con libertad el precio de venta a los usuarios.

Analiza las cláusulas de uno de ellos, para llegar a esa conclusión:

**Cláusula primera* : Transforma el régimen de reventa en uno de comisión de venta en garantía del *art. 272 CdC* y con ello, se aplica una institución prevista para operaciones a pago aplazado a operaciones que se realizan al contado sin otorgar expresamente al gasolinero la comisión de garantía.

**Cláusula Primera y Tercera* : El gasolinero asume el riesgo por la pérdida o deterioro de los stocks de carburante, aún por caso fortuito, lo que desnaturaliza el régimen del depósito y de la comisión (*art. 266 CdC y 1766 CC*) y lo acerca al supuesto de transmisión de la propiedad.

**Cláusula Quinta, Octava y Novena* : Si el contrato es de comisión, el comisionista debe quedar al margen de la relación de venta, pero en este caso, responde del pago del precio aplazado si éste existe y además concede un crédito al operador ya que puede haber carburante suministrado que no haya sido vendido en los primeros 9 días del suministro, por lo que no existe conexión entre la venta de carburante por el gasolinero y el pago al operador. Realmente el gasolinero compra al operador la mercancía a un precio aplazado de 9 días.

* Aplicación en cualquier caso del *art. 1.1 Ley 16/89*, sin que proceda la aplicación de ninguna exención.

Sostiene la Comisión Europea (Comisión) desde 24-12-1962 en relación con los contratos de representación exclusiva suscritos por agentes comerciales, que no cabe dispensarles "in genere" de la legislación antitrust. El gasolinero es un empresario que asume riesgos (pérdida de la mercancía), y en definitiva, un contrato de suministro de carburante en exclusiva en régimen de comisión celebrado entre empresarios independientes va contra la prohibición del *art. 1 de la LDC* ya que supone una limitación de la distribución porque el gasolinero se obliga a vender el producto a un sólo operador.

No procede la exención en bloque del *Reglamento 1984/83* que se refieren a compraventa en exclusiva para posterior reventa.

* Real falta de competencia en el mercado.

Los operadores actúan en régimen de oligopolio, y han copado la totalidad de los canales de distribución, lo que supone el cierre del mercado nacional a operadores que quieran introducirse en el mismo y una fijación indirecta de precios, copando con esta fórmula el 95% del mercado.

b) Contratos de compra en exclusiva para su posterior reventa. Aplicación injustificada de condiciones discriminatorias.

*Mediante resolución de la Dirección General de defensa de la competencia de 31-4-1995, se dio por probado que las empresas denunciadas conceden a unos revendedores, los distribuidores de instalaciones fijas, condiciones de venta más favorables que a los gasolineros, lo que da lugar a la retirada de la exención prevista en el *Reglamento Comunitario 1984/83 (art. 14.1.c.2 LDC)*, por no justificar el trato discriminatorio y no ser proporcionado.

c) Sobre las peticiones del suplico.

*Nulidad parcial de los contratos de comisión en cuanto permiten al operador fijar el precio final, facultad que corresponde al operador

*Nulidad por inconstitucionales, de las cláusulas discriminatorias de los contratos de venta en exclusiva.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia bien inadmitiendo el recurso, bien desestimándolo, y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida, sobre la base de las siguientes consideraciones:

a) Inadmisibilidad del recurso: Falta de legitimación.

Las asociaciones no puede extender su legitimación a la defensa de los intereses económicos, individuales y personales, de sus afiliados, sin que pueda confundirse el interés legítimo con la mera defensa de la legalidad. De la estimación del recurso debería deducirse un beneficio efectivo y real para la recurrente, que no se puede concretar en el presente caso, ya que lo que se invoca es la existencia de un perjuicio potencial e hipotético, máxime cuando lo que se pretende es la declaración de nulidad de un convenio del que no fue parte y la revisión de sus cláusulas. Por otra parte, sobre la base de unos pocos contratos pretende obtener una declaración de condena sobre la actuación general de la demandada.

b) Fondo del asunto:

*Contratos de comisión:

Al ser contratos por cuenta ajena no puede haber acuerdos restrictivos de la competencia que les afecten. Solo en el caso, no demostrado, de que las estaciones de servicio asumieran riesgos económicos impropios de su actividad por acumulación desproporcionada de stock 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.

*Contratos de suministro:

A pesar de plantearse una cuestión en abstracto, se pretende una declaración individualizada sobre una supuesta discriminación de trato, sin que sea posible comparar las relaciones entre operadores de petróleo y titulares de estaciones de servicios con las de dichos operadores y empresas distribuidoras de petróleo, por ser distintos los mercados.

CUARTO.- Por la representación de CEPSA se formularon las siguientes alegaciones:

a) Falta de legitimación activa de la recurrente.

La recurrente es una mera denunciante por lo que su actuación se limita a dar simplemente impulso al procedimiento administrativo, sin tener ningún derecho interés legítimo personal afectado y sin que de la estimación del recurso se deriva en su beneficio o en su contra perjuicio alguno. Por otra parte se pide la declaración de nulidad de todos los contratos suscritos por CEPSA, cuando sólo se han analizado unos pocos.

b) Defecto legal en el modo de proponer la demanda:

Las peticiones del suplico exceden de lo que puede plantearse en sede contencioso administrativa, siendo propias de la jurisdicción civil y sin haber planteado ante el TDC dicha pretensión, que se plantea como cuestión nueva en sede judicial con infracción del *art. 69 LJCA*.

c) Falta de jurisdicción.

Entre las facultades del TDC no está la de declarar la nulidad de los contratos subyacentes, sin perjuicio del *art. 13.2 LDC*.

d) Los contratos no son de adhesión, ya que fueron debatidos entre las partes y las estaciones de servicios no son consumidores finales.

e) Incidencia del RD 645/88 (reglamento para el suministro y venta de gasolina y gasóleos de automoción).

Era el único instrumento legal que permitía la contratación en una situación de progresiva libertad, no en monopolio. No es cierto que tras ese RD, sólo operaran en el mercado español REPSOL CEPSA y BP, sino todas las compañías que accedieron al Registro de operadores del Ministerio de Industria.

f) Contratos de comisión.

Se trata de contratos atípicos adecuados a la *Reglamento 1984/83 CEE según la Dirección General de la IV Comisión*, que expresamente los aprobó con dos salvedades que CEPSA corrigió. Se trata de contratos tipo, 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 percibe 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.

g) Contrato de suministro en régimen de compra para revender:

Del *art. 7 y 8 Ley 32/1992* se desprende que existen canales de distribución distintos que no puede recibir el mismo trato, como los suministros directos a instalaciones fijas, que no pueden realizar la venta al público. Además existen diferentes canales de comercialización y productos distintos en cada canal, la clientela es diferente, y el mercado también.

QUINTO:.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO:.- Señalado el día 17 de octubre de 2001 para la votación y fallo, se acordó posponer el señalamiento al 9 de enero de 2002, fecha en la que tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de dos fórmulas contractuales detalladas en los Antecedentes de esta resolución, y suscritas por los titulares de estaciones de servicio con la operadora CEPSA. Se solicita además un pronunciamiento de nulidad respecto de los contratos de abanderamiento suscritos entre la referida operadora y los titulares de la Estaciones de Servicio.

No obstante, con carácter previo, es preciso que nos pronunciemos sobre las diferentes causas de inadmisibilidad alegadas, en primer lugar por la que es común a las dos demandadas y que consiste en la falta de legitimación activa de la recurrente.

De conformidad con la STS de 29-12-99 , importa recordar que, según reiterada doctrina constitucional y jurisprudencia de esta Sala -SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997 y SSTS de 12 de Febrero de 1996, 13 de Marzo de 1997 y 8 de Febrero de 1996, 13 de Marzo de 1997 y 8 de Febrero de 1999-, después de la Constitución y a la luz de su *art. 24.1, el interés directo previsto en la Ley Reguladora* de esta Jurisdicción aquí aplicable -*art. 28.1 .a)*- como presupuesto para que la pretensión contencioso-administrativa pueda ser actuada en juicio y examinada en la sentencia, se ha visto sustituido por el más amplio de "interés legítimo", derivado de la relación unívoca existente entre el sujeto y el objeto de la referida pretensión -acto o disposición impugnados- e identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica. o desventaja, derivadas de la reparación pretendida; beneficio o perjuicio el expresado que puede ser actual o futuro, pero que, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento. La vigente *Ley Jurisdiccional -art. 19.1 .a)*-, siguiendo las mencionadas pautas jurisprudenciales y ya sin distinguir entre impugnación de actos -actuación- y disposiciones, reconoce legitimación a "las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo" y, al propio tiempo, a "las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos o entidades a que se refiere el *art. 18* -grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas- que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos". Del mismo modo, y en el ámbito administrativo, el *art. 3 1.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre* , LRJAP y PAC, considera "interesados" para promover un procedimiento administrativo a quienes lo hagan como "titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos". Pero, pese a esta amplitud, el concepto de interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la legitimación popular, que solo en los casos "expresamente" contemplados en la Ley es admisible, conforme actualmente determina el *art. 19.1.h) de la vigente Ley Jurisdiccional* . Es necesario traer aquí a colación el requisito de que la ventaja o perjuicio en que se materialice el interés legitimador sea "concreto", es decir, que cualquiera que sea su naturaleza -material o moral-, afecte o haya de afectar de forma necesaria a la esfera jurídica del sujeto de quien se predique su condición de legitimado. Con palabras del Tribunal Constitucional -Auto núm. 327/1997, de 1 de Octubre, F.J. 1º - es preciso que la anulación pretendida "produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto" en el recurrente.

En el presente caso, y de conformidad con lo que ya dijimos en la Sentencia de 28-5-1998 aportada por la recurrente, no cabe duda de su legitimación para impugnar el acto impugnado, pues no cabe duda que se incardina en el ámbito de influencia y competencia de una asociación que tiene por objeto la defensa de los intereses de sus afiliados, la impugnación en sede jurisdiccional de los actos administrativos que sean adversos a los intereses generales de éstos, lo que permite delimitar el "concreto" efecto a que nos referíamos en el párrafo precedente, y que descarta el carácter de mero denunciante de la recurrente con el que se pretende limitar su actuación en esta sede. No obstante lo anterior el alcance de ésta legitimación necesariamente debe limitarse en su extensión a lo que resulte del contenido del acto administrativo que es objeto de revisión en esta sentencia. En este punto debemos mostrar nuestra conformidad con lo manifestado por la Abogacía del Estado y la representación de CEPESA, que unen a la causa de inadmisibilidad descrita e íntimamente relacionada con ésta, las de defecto en el modo de proponer la demanda y desviación procesal, con la consecuencia de excluir de nuestro examen todos aquellos extremos que se refieran a cuestiones no planteadas ante el TDC y por lo tanto no resueltas por éste, dejando expresa constancia de que en modo alguno puede dictarse en este momento un pronunciamiento que afecte a la validez de negocios jurídicos de naturaleza civil y privada como se pretende en la demanda (*art. 13.2 Ley 16/1989*).

SEGUNDO: Así las cosas, y de acuerdo con lo dispuesto en el FJ 1 de esta resolución, el examen de la cuestión planteada debe limitarse al de las dos modalidades contractuales de referencia, concebidas en términos generales, y ello desde las premisas que ya establecimos en nuestra SAN de 28-5-1998 antes aludida.

A) Contratos de compraventa exclusiva con pacto de reventa:

En este punto, debemos remitirnos por propia coherencia a lo que ha ya dijimos en la SAN de 28-5-1998 , que obra en las actuaciones y por lo tanto es perfectamente conocida por las partes. En definitiva nuestro pronunciamiento supone ordenar el desarchivo de la denuncia formulada por la recurrente para que se realicen nuevas investigaciones encaminadas a determinar con la mayor exactitud posible si son ciertos o no los hechos contenidos en la denuncia inicial".

B) Contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión:

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. También es necesario añadir en este momento que de acuerdo con un criterio generalmente aceptado por el TDC, por la propia Comisión Europea, y que este Tribunal asume como plenamente, los acuerdos de agencia no son en sí restrictivos de la libre competencia, pues el agente es un empresario independiente que se limita a prestar un servicio de promoción y a concluir negocios por cuenta ajena, que goza de autonomía en la forma de gestión y prestación del servicio. Desde este punto de vista, serán lícitas las cláusulas impuestas por el empresario y que sean limitativas de la libertad del agente, dirigidas a fijar las condiciones de venta, en definitiva, las que afectan al mercado de la mercancía y desde la misma perspectiva, no lo serán las que implican un condicionante en el modo de prestación del servicio, es decir, las que afectan al mercado de intermediación.

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.

TERCERO: 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 desvirtúe 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 *art. 272 del C d C*, 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 *art. 1255 del CC*, 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....".

CUARTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA*.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

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 comprar en exclusiva y en consecuencia se anula en este punto la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia objeto de recurso, ordenado el desarchivo de la denuncia origen del expediente para que se continúen los actos de investigación necesarios sobre los hechos a que se refiere la denuncia. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.