

Roj: SAN 8090/2000
Id Cendoj: 28079230062000100734
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 16/1997
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a tres de noviembre de dos mil.

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 16/97, seguido a instancia de la mercantil "TEXACO PETROLÍFERA SA", representada por el Procurador D: Saturnino Estévez Rodríguez, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

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:- En fecha 8-11-1997 se dictó resolución por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), en expediente iniciado de oficio, en cuya parte dispositiva, se dispone:

1) Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia del *art. 1. de la Ley de Defensa de la competencia*, que se contiene en la *cláusula 8ª* del contrato-tipo de abanderamiento, préstamo de equipo y suministro, en la que se dispone que: "...el Sr..., explotará en la estación, mientras dure el contrato, un negocio de venta al público y al por menor de combustibles, carburantes, lubricantes y productos afines, así como la prestación de servicios complementarios, como cambio de aceite y lavado de coches. El Sr... no podrá llevar a cabo en la estación ninguna otra actividad, a no ser con autorización previa, expresa y escrita de TEXACO".

2) Ordenar a la recurrente que remita una circular a los abanderados poniendo en su conocimiento el contenido de la presente resolución.

La fundamentación de la resolución impugnada se sienta en las siguientes consideraciones:

a) La cláusula en cuestión supone un acuerdo vertical entre mayorista y minorista que es contrario a la libre competencia.

b) La *cláusula referida* contraría el *RD 157/92 de 21 de febrero* y el *Reglamento CEE 1984/83*

c) El *Reglamento CEE 1984/83*, aplicable a las estaciones de servicio, solo permiten imponer como restricciones son las contenidas en los *art. 10 y 11, que no amparan la cláusula cuestionada*.

d) TEXACO ha tratado de garantizar un interés legítimo, su imagen por una vía desproporcionada, exigiendo su autorización para realizar cualquier actividad distinta en los locales de servicio.

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.

Para el correcto enjuiciamiento de este caso es preciso poner de manifiesto los siguientes hechos a que se refiere la demanda:

a) La recurrente es una compañía mayorista de productos petrolíferos que abanderara 50 estaciones de servicio en las Islas Canarias, 28 de su propiedad y 22, propiedad de los minoristas, que se relacionan con la recurrente por la vía de contratos de arrendamiento, abanderamiento y suministro.

b) En estos contratos se contiene la cláusula descrita en el apartado anterior, destacándose en la demanda que a pesar de ello, en los contratos no se impone a los minoristas ninguna obligación de adquirir de TEXACO otros productos ni otros servicios distintos a los combustibles y carburantes derivados del petróleo.

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

a) Inexistencia de restricción de la competencia:

La única competencia que TEXACO puede restringir con esta cláusula es la relativa a la comercialización de productos petrolíferos y al ser una actividad autorizada no existe infracción alguna de la LDC, ni de la normativa comunitaria sobre la materia.

De acuerdo con el *Reglamento CEE 1984/83*, cualquier obligación que se imponga al comprador que no sea una obligación de compra en exclusiva no es restricción de competencia, y no existe competencia en la medida que en que la recurrente no fabrica los productos supuestamente afectados. La cláusula impuesta es lícita desde el *art. 1255 CC* y no existe impedimento alguno por motivos de libre competencia, a que se prohíba a una empresa prestar servicios o vender productos que no se comercialicen por la otra.

b) Desenfoque por el TDC:

La recurrente no afirma que no quepa la competencia vertical como dice el TDC, pues lo único que subraya es que donde no hay competencia no cabe hablar de su restricción por una cláusula contractual.

c) Indiferencia de los términos en los que se redacta la cláusula:

Contrariamente a lo que afirma el TDC, nada tiene que ver la finalidad, amplitud o concreción de la cláusula a los efectos de determinar su infracción de la LDC, sino solamente si ésta infringe o no la libre competencia y en este sentido invoca el punto 8 del Preámbulo del *Reglamento CEE 1984/83*.

d) Comunicación de la Comisión Europea sobre los Reglamentos 1984/83 y 1983/83.Punto 52.

Esta comunicación, que contiene una interpretación de dichos textos por la Comisión, que solo permite concluir que establece un mecanismo para que el minorista pueda desarrollar en su local, excepcionalmente, una actividad para la que en principio no estaría autorizado, como mes la instalación de máquinas de juego en una cervecería, lo que no significa que no necesite autorización para todo lo demás y que esta regla sea aplicable a las estaciones de servicio.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

Para sostener esta pretensión se remitió a la fundamentación del acto impugnado.

CUARTO:- Sin apertura de período probatorio, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:- Señalado el día 3 de noviembre de 2000 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO:- 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 una determinada cláusula contractual suscrita entre una compañía mayorista de productos petrolíferos que se relaciona con una serie de minoristas por la vía de contratos de arrendamiento, abanderamiento y suministro.

La cláusula-tipo controvertida dispone: "...el Sr..., explotará en la estación, mientras dure el contrato, un negocio de venta al público y al por menor de combustibles, carburantes, lubricantes y productos afines, así como la prestación de servicios complementarios, como cambio de aceite y lavado de coches. El Sr.... no podrá llevar a cabo en la estación ninguna otra actividad, a no ser con autorización previa, expresa y escrita de TEXACO".

SEGUNDO: El TJCE ha venido sosteniendo de forma constante y uniforme, lo que nos permite citar antiguas resoluciones (Sentencia del TJCE de 30-6-1966, Asunto 56/65) que el "...acuerdo de que se trate debe permitir la suposición de que, con un grado de probabilidad suficiente, pueda ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre las corrientes de intercambio...". De este modo, lo que nuestra *Ley 16/1989 de 16 de julio* sobre Defensa de la Competencia denomina conductas prohibidas en su *art. 1* , no requiere para su represión que se produzca una actuación concreta y real que afecte o limite la libertad del mercado, pues basta, como sería en este caso, una cláusula contractual que razonablemente haga presumir que ello va a ocurrir. Sin embargo, y como cuestión previa, debe recordarse que para apreciar la existencia de una restricción a la libre competencia, debe aceptarse de antemano que la conducta enjuiciada, en este caso la cláusula en cuestión, se proyecta sobre un supuesto de mercado concurrencial, y eso es precisamente lo que se niega por la recurrente que ocurra en el presente caso, por lo que esa cuestión debe constituir el primer objeto de nuestro análisis.

TERCERO: No cabe ninguna duda de que en el entorno de una estación de servicio pueden obtenerse rentables beneficios derivados de la explotación de actividades comerciales ajenas al servicio estricto de suministro de productos petrolíferos, tales como cafeterías, y ventas de productos de consumo en general. Tampoco es dudoso que la cláusula objeto de controversia elimina "a radice" esta posibilidad de explotación al distribuidor o minorista que concierne con la recurrente. Sin embargo, no por ello debe concluirse que estamos en presencia de una *cláusula constitutiva de una conducta prohibida y no susceptible de acogerse al RD 157/92* que, por otra parte sólo establece las exenciones por categorías y no fija requisitos para el ejercicio de la actividad (STJCE 10-11-93 C-39/92), permite en determinados supuestos el ejercicio de una actividad que en principio debería calificarse de antijurídica. Que ello es así se deduce de la documentación obrante en el expediente pues la recurrente no concurre con los minoristas en la explotación de actividades distintas de aquellas que constituyen su propio objeto comercial, por lo que no puede presumirse que con la inserción de esta cláusula en los contratos trate de asegurarse una posición de ventaja en la explotación de estos servicios complementarios, o bien impedir que sean desarrollados sin más por los distribuidores para limitar su capacidad de ganancia. De este modo, y de acuerdo con la tesis sostenida por la recurrente, la Sección no puede compartir el planteamiento sobre el que el Tribunal de Defensa de la Competencia construye su razonamiento, por lo que es en este punto inicial en el que se produce nuestra discrepancia con la resolución impugnada, y no, como no podía ser de otra manera, en las acertadas consideraciones que se realizan en la referida resolución sobre la procedencia de la aplicación de la *Ley 16/1989 de 16 de julio* sobre Defensa de la Competencia, concretamente en sus *art. 1.1.a*) y b) a los supuestos de acuerdos verticales entre empresarios autónomos contrarios a dicha normativa y muy singularmente a la aplicación del principio de proporcionalidad.

Llegados a este punto debemos compartir la tesis de la recurrente en el sentido de que la cláusula cuestionada debe analizarse desde el punto de vista de la libertad contractual de las partes (*art. 1255 CC*), lo que tiene un sólido fundamento en el interés de la recurrente de preservar la imagen de la Compañía que podría verse deteriorada por la explotación de actividades, lícitas o no, que puedan perjudicar o comprometer el buen nombre de la empresa, y no como una restricción a la libre competencia. Con esta forma de proceder la recurrente no pretende alterar, ni de hecho lo hace, el libre desarrollo del mercado, y ello por la simple razón de que no existe conflicto de intereses concurrenciales con sus distribuidores.

CUARTO: En atención a lo expuesto debemos anular el acto impugnado y declarar ajustada a derecho la cláusula controvertida, que tampoco puede ser censurada por la amplitud de su redacción, pues recurrir a un sistema de lista para establecer las actividades no toleradas por la Compañía, además de

resultar un sistema muy prolijo, conllevaría el inevitable riesgo de no abarcar todas las que pudieran perjudicar los intereses legítimamente protegidos. No obstante lo anterior, si bien la *cláusula en sí no resulta contraria a los postulados de la Ley 16/1989*, sí puede serlo en la medida en que la recurrente de forma directa o indirecta concurra "a posteriori" en el mercado que se condiciona con la limitación impuesta, o bien que en una aplicación irrazonable de la misma persiga con su invocación objetivos espúreos o ajenos a los fines para los que se estipuló, por lo que ante la petición de cada distribuidor respecto de la instalación de una actividad complementaria en cada estación de servicio, deberá, en caso de denegación, darse una respuesta precisa y motivada sobre tal modo de proceder por si pudiera constituir en ese caso, efectivamente, una actuación calificable como "conducta prohibida" con las consecuencias inherentes a tal declaración.

QUINTO: 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

Estimamos la demanda con el alcance que se contiene en el FJ 4 de esta Resolución, y anulamos el acto impugnado. 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.