

**Id. Cendoj:** 28079130032013100013  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 14/01/2013  
**Nº de Recurso:** 6991/2009  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

Ejecución de resolución judicial confirmando sanción impuesta por el TDC. Expediente sancionador a Repsol Butano SA por negación a las empresas instaladoras de gas de la información esencial sobre el mercado de revisiones obligatorias periódicas, que sí facilitó a sus empresas franquiciadas.

#### **Idioma:**

Español

---

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Enero de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 6991/2009 interpuesto por el Procurador Sr. Villasante García en nombre y representación de REPSOL BUTANO, S.A. contra la Sentencia de 10 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional dictada en el recurso 366/2007 , sobre el control en la ejecución de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de imposición de sanción. Habiendo comparecido como parte demandada el ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que tiene legalmente conferida y la Procuradora de los Tribunales Sra. González Rivero en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS INSTALADORAS DE GAS DE ÁMBITO NACIONAL ("ASEINGAS").

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional se ha seguido el recurso número 366/2007 , que tiene por objeto la impugnación de la desestimación presunta y después expresa mediante Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en fecha 10 de julio de 2007, por la que se acuerda ejecutar en sus propios términos la resolución de 7 de marzo de 2002, dictada en el expediente 513/01.

En la resolución de 10 de julio de 2007 dictada por el Pleno del Tribunal de Defensa

de la Competencia, en incidente de ejecución sobre el apartado segundo de la mencionada resolución de fecha 7 de marzo de 2002 dictada en Expediente Sancionador, se acordó:

*&lt;&lt;PRIMERO.- Que REPSOL BUTANO, S.A. no ha dado cumplimiento al mandato que le hiciera este Tribunal de Defensa de la Competencia, posteriormente confirmado por la Audiencia Nacional "en orden a proporcionar idéntica y a la misma información a ASEINGAS que venía haciendo a sus franquiciadas de su Servicio Oficial" en el mercado conexo de la revisión de instalaciones.*

*SEGUNDO.- Se concede a REPSOL BUTANO, S.A.c, el plazo improrrogable de TRES MESES NATURALES, para que haga entrega a ASEINGAS y cualesquiera otros terceros con interés legítimo en el mercado de revisión de las instalaciones el listado de clientes usuarios de dichas instalaciones, a semejanza e identidad a como lo ha hecho con sus franquiciadas.*

*TERCERO.- Este mandato deberá ser cumplido en los plazos y en la forma acordada, debiendo contemplarse en caso de incumplimiento la imposición a REPSOL BUTANO, S.A., de una sanción coercitiva de Euros 600 diarios en caso de retraso o deficiente cumplimiento. Para ello se ordena al Servicio de Defensa de la Competencia cuide de su fiel cumplimiento. &gt;&gt;*

**SEGUNDO.** - La expresada Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 10 de noviembre de 2009 , cuyo fallo expresa:

*&lt;&lt;Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Repsol Butano SA y en su nombre y representación el Procurador Sr. D.José Manuel Villasante García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de julio de 2007, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.&gt;&gt;*

**TERCERO.-** Notificada la referida sentencia a las partes, el Procurador Sr. Villasante García en nombre y representación de Repsol Butano SA, presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió al tiempo que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

**CUARTO** .- Elevados los autos y el expediente administrativo a este Tribunal, la representación procesal de Repsol Butano S.A. interpuso recurso de casación mediante escrito de 5 de febrero de 2010, en el que hace valer los siguientes cinco motivos de impugnación:

Primero.- Al amparo del Art. 88.1 c) LJCA por infracción de las normas reguladoras de la sentencia por ausencia de motivación suficiente e incongruencia por no decidir la sentencia todas las cuestiones controvertidas en el proceso, o suscitar cuestiones no debatidas, todo ello con relación al art. 24 CE .

Segundo.- Al amparo del Art. 88.1 d) LJCA , por infracción de los artículos 6 y 46.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , en relación al principio de legalidad, proporcionalidad, infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad y del

principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Tercero.- Al amparo del Art. 88.1 d) LJCA por infracción del art. 102 y ss de la Ley 30/1992 LRJPAC

Cuarto.- Al amparo del Art. 88.1 d) LJCA por infracción del art. 24 CE y 217 LEC en relación con los principios de valoración y carga de la prueba.

Quinto.- Al amparo del Art. 88.1 d) LJCA , por infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/99 de Protección de Datos .

**QUINTO.** - Formula la Procuradora de los Tribunales Sra. González Rivero en nombre de Aseingas escrito de oposición al recurso de casación, con fecha 5 de julio de 2010, en el que suplica dicte sentencia por la que declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

Por su parte, la Abogacía del Estado se opone igualmente al recurso de casación con fecha 14 de julio de 2010, interesando la confirmación de la sentencia impugnada, con imposición de costas a la recurrente.

**SEXTO.**- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el 27 de noviembre de 2012, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley, salvo en el plazo de dictar sentencia dada la complejidad del asunto.

Siendo Ponente la Excmá. Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 10 de noviembre de 2009 , desestimó el recurso contencioso- administrativo interpuesto por "Repsol Butano S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de julio de 2007 por la que acuerda ejecutar en sus propios términos su precedente resolución de 7 de marzo de 2002, dictada en el expediente sancionador 513/0.

En la resolución dictada el 19 de julio de 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia declaró que Repsol Butano S.A. no había dado cumplimiento a su anterior mandato de 7 de marzo de 2002 sobre la obligación de suministrar idéntica información a "Aseingas" que a sus franquiciadas de sus servicio oficial, se le concedía el plazo de tres meses para la entrega a "Aseingas" y a cualquier otro tercero con interés legítimo en el mercado de revisión de las instalaciones el listado de clientes usuarios de dichas instalaciones a semejanza de sus franquiciadas, todo ello con la imposición de una sanción coercitiva de 600 Euros diarios en caso de retraso o deficiente incumplimiento.

La Sala de la Audiencia Nacional toma como punto de partida la parte dispositiva de la originaria resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia del año 2002 que sancionó a la empresa recurrente por la comisión de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia . La conducta, calificada como abuso de posición dominante,

consistió en negar a las empresas instaladoras de gas asociadas a "Aseingas" información esencial sobre el mercado de revisiones obligatorias periódicas, información que sin embargo "Repsol Butano, S.A." transmitía a las empresas franquiciadas de Servicio Oficial Repsol Butano, competidoras de aquéllas en el citado mercado.

La sentencia impugnada toma en consideración su anterior pronunciamiento de 7 de Febrero de 2007, que confirma la sanción impuesta con los siguientes razonamientos jurídicos que se sintetizan en el FºJº decimocuarto en los siguientes términos:

*&lt;&lt;En definitiva, la Sala considera que se dan los requisitos de la practica anticompetitiva de abuso de posición de dominio del artículo 6 LDC porque: 1) Repsol Butano tiene posición de dominio en el mercado del suministro/distribución de GLP [gases licuados del petróleo] en el territorio peninsular, en el que mantiene una cuota del 90%, mientras que otros 8 suministradores distribuyen el 10% restante, sin que ninguno de ellos alcance el 4%, 2) en virtud de esa posición y de las disposiciones reglamentarias del sector, Repsol Butano tiene acceso a información esencial sobre las revisiones periódicas de las instalaciones, 3) Repsol Butano utiliza dicha información esencial cediéndola a las empresas franquiciadas en su Servicio Oficial, al tiempo que niega el suministro de la información a otras empresas habilitadas que actúan en el mercado de las revisiones de las instalaciones, 4) esa práctica causa un daño efectivo a la competencia en el mercado relacionado de las revisiones de instalaciones de GLP pues coloca a unos competidores en situación de desventaja frente a las empresas franquiciadas en los Servicios Oficiales.&gt;&gt;*

Dicho pronunciamiento es confirmado por sentencia de esta Sala Tercera de 26 de Diciembre de 2007, recaída en el recurso de casación número 1907/2005 , que desestima el recurso deducido por Repsol Butano S.A.

En la Sentencia que es ahora objeto de casación, que desestima el recurso deducido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de julio de 2007, la Sala razona en los siguientes términos:

*&lt;&lt; [...] Pues bien, dicho lo anterior entraremos en el análisis de la legalidad de la Resolución impugnada.*

*En primer lugar no se está revisando un acto administrativo previo ni la ejecución del mismo va más allá de sus pronunciamientos. Efectivamente, la recurrente parte de la base de que la entrega de la información impuesta por la Resolución recurrido supone una revisión de la resolución que se ejecuta ya que en sus pronunciamientos no existe obligación de suministro de información.*

*Ahora bien, decíamos que la infracción consiste en una doble conducta, la entrega de información a determinadas empresas y la denegación de su entrega a otras. Pues bien, la abstención de persistencia en la conducta infractora a que obliga el pronunciamiento tercero antes transcrito, requiere el restablecimiento del orden jurídico perturbado, no sólo respecto de la cesación de la conducta sino también la aplicación de los medios necesarios para reestablecer la libre competencia que ha sido perturbada por la conducta. Y este punto hemos de señalar el acierto de la defensa de la Administración al señalar la necesidad de cesación en la vulneración de la libre competencia como parte integrante del pronunciamiento que se ejecuta.*

*Efectivamente, debemos recordar que la infracción consiste en la discriminación que*

*se produce en relación a determinadas empresas al no suministrar una información que se ha suministrado a otras, por tanto la orden de cesación de la conducta infractora viene referida precisamente a esa situación de discriminación, o dicho de otro modo, la intimación de cesar en la conducta infractora viene referida a la situación en la cual unas empresas han recibido una información de la que otras carecen. No podemos por ello aceptar los razonamientos de la actora en orden a que esa obligación de entrega de información debió imponerse de forma autónoma, de conformidad con el artículo 46.2 de la LDC, pues es inevitable, dada la infracción declarada, que la orden de cesación de la conducta incluya la cesación de la situación de discriminación producida.*

*Y a ello no es obstáculo el contenido del fundamento jurídico duodécimo de nuestra sentencia al señalar:*

*"Alega la recurrente que no existe alternativa ajustada a derecho que le permita otro modo de proceder, esto es, no le era exigible otra conducta, porque la remisión a todas y cada una de las empresas instaladoras de los datos de los clientes no resulta admisible ni ajustada a derecho.*

*Pero, una vez más, debe insistirse en cual es la conducta infractora que sanciona el TDC. No es la negativa de suministro de los datos de los clientes a "todas y cada una de las empresas instaladoras", sino más precisamente la doble conducta consistente, de un lado, en negar a las empresas instaladoras de gas asociadas en ASEINGAS la información esencial sobre el mercado de las revisiones obligatorias y de otro lado y al mismo tiempo, transmitir esa misma información a sus empresas franquiciadas.*

*De manera que no es cierto que la única alternativa a su conducta fuera la remisión a todas y cada una de las empresas instaladoras de los datos de los clientes, porque también era una conducta posible no suministrar dichos datos a las empresas instaladoras franquiciadas en sus servicios oficiales, evitando de esta manera crear una distorsión de la competencia en el mercado de las revisiones.*

*En el mismo apartado de la demanda que ahora examinamos, mantiene el recurrente que no tiene la condición de elemento esencial la información que posee y suministra a las empresas franquiciadas en su servicio (y niega a otras empresas, no se olvide), pero la Sala no comparte esta opinión, sino que hace suyo el razonamiento al respecto efectuado por el TDC en la Resolución impugnada (F.J. 8º), ya que parece claro que disponer de la información precisa de la fecha en que un determinado usuario debe proceder a la revisión quinquenal de sus instalaciones de GLP es una ventaja sustancial frente al competidor que desconoce esa fecha."*

*Porque si bien es cierto que la recurrente pudo optar por no transmitir la información a ninguna empresa, una vez que la transmitió, como efectivamente quedó probado, la única forma de cesar en la conducta anticompetitiva es transmitir esa misma información a las empresas a las que se le denegó, ya que, de no facilitar dicha información, la situación de discriminación anticompetitiva persiste, ya que las empresas franquiciadas tienen dicha información, aún cuando no se encuentre actualizada, pero sin duda es posible la actualización de la información que se posee de forma más sencilla que la obtención de la misma.*

*[...] No podemos admitir que exista una vulneración de la prohibición de doble incriminación ni obstáculos legales para la ejecución en la forma prevista en la Resolución que enjuiciamos.*

*En primer lugar no existe vulneración del principio ne bis in idem, pues no se enjuicia ni sanciona nuevamente un mismo comportamiento, sino que se ejecuta en sus propios términos una Resolución previa, como hemos tenido ocasión de analizar.*

*En segundo lugar no existe obstáculo legal para la ejecución en la forma analizada puesto que la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 6 determina:*

*"1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.*

*2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6 de la presente Ley , o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado."*

*Existen por ello formas de facilitar la información sin vulnerar la Ley de Protección de Datos mediante la solicitud de la correspondiente autorización, sin olvidar la referencia al cumplimiento o mantenimiento del contrato, dado el régimen específico de las revisiones obligatorias. Por otra parte, la recurrente facilitó los datos a las franquiciadas vigente la Ley de Protección de Datos sin reparos sobre la legalidad de la actuación.&gt;&gt;*

**SEGUNDO.-** En el recurso de casación que nos ocupa, se hacen valer los motivos siguientes:

1º) Al amparo del Art. 88.1 c) de la LJCA : por infracción de las normas reguladoras de la sentencia por ausencia de motivación suficiente e incongruencia por no decidir la sentencia todas las cuestiones controvertidas en el proceso, o suscitar cuestiones no debatidas, todo ello con relación al art. 24 CE .

2º) Al amparo del Art. 88.1 d) LJCA : por infracción de los artículos 6 y 46.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación al principio de legalidad, proporcionalidad, infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad y del principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

3º) Al amparo del Art. 88.1 d) LJCA : por infracción del art. 102 y ss de la Ley 30/1992 LRJPAC

4º) Al amparo del Art. 88.1 d) LJCA : por infracción del art. 24 CE y 217 LEC en relación con los principios de valoración y carga de la prueba.

5º) Al amparo del Art. 88.1 d): por infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 , de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales.

**TERCERO.-** A efectos de resolver el presente recurso de casación, conviene traer a colación los hechos que subyacen al proceso en la instancia en que ha recaído la

sentencia objeto de aquél, y que son los que indicamos a continuación:

Con fecha 7 de marzo del 2002, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia dictó Resolución en el expediente sancionador 513/2001, por la que se sanciona con una multa de trescientos mil euros a Repsol Butano SA. como autora de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia , consistente en negar a las empresas instaladoras de gas asociadas en "Aseingas" la información esencial sobre el mercado de revisiones obligatorias periódicas que transmite a las empresas franquiciadas del Servicio Oficial Repsol Butano, competidoras en dicho mercado, y acordaba intimar a Repsol Butano a fin de que se abstuviera de realizar dicha conducta en el futuro, ordenándole a la publicación de lo acordado. Dicha resolución preveía que en caso de incumplimiento se le impondría una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en la publicación, debiendo justificar ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado.

El día 23 de marzo del 2002 Repsol Butano SA. interpuso contra la anterior resolución recurso contencioso administrativo que con el número 192/2002 se tramitó ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional , que concluyó con la sentencia dictada el día 7 de febrero del 2005 , por la que se confirma dicha resolución desestimando el mencionado recurso.

El Servicio de Defensa de la Competencia, mediante Acuerdo de 18 de octubre de 2004, manifestó, en referencia a la vigilancia de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de marzo del 2002, que Repsol Butano había dado cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Defensa de la Competencia, no habiendo lugar a las distintas quejas que ha venido recibiendo de distintos instaladores asociados a "Aseingas", en reclamación del envío de los repetidos listados.

En virtud de la Resolución de 10 de julio de 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia examina si la Resolución de 7 de marzo de 2002 y la Sentencia de 7 de febrero de 2005 han sido cumplidas total y fielmente por la entidad condenada, en los términos y condiciones acordados. Dicha Resolución declara que la entidad recurrente no había cumplido la Resolución de 7 de Marzo de 2002, y ordena que hiciera entrega a "ASEINGAS y cualesquiera otros terceros con interés legítimo en el mercado de revisión de las instalaciones el listado de clientes usuarios de dichas instalaciones, a semejanza e identidad a como lo ha hecho con sus franquiciadas."

Impugnada la resolución precedente, se dicta Sentencia el 10 de noviembre de 2009 por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, en el recurso número 366/2007 , en cuya virtud, desestimando el recurso interpuesto, confirma la resolución por hallarla ajustada a Derecho, Sentencia que a su vez a sido objeto del presente recurso de casación.

**CUARTO.-** Como hemos indicado, en el primer motivo de casación, formulado al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional , se imputa a la Sala de instancia los defectos de incongruencia omisiva y falta de motivación de su sentencia. A juicio de la recurrente, el Tribunal no ha dado respuesta a buena parte de las cuestiones suscitadas en la demanda (que coinciden, en lo sustancial, con las que ellos mismos tratarán de introducir en el segundo motivo de este recurso) y la sentencia no expresa de modo adecuado ni suficiente las razones que conducen al fallo.

En particular, denuncia la parte recurrente que la sentencia de instancia no valora ni

responde a la pretensión de anulación planteada en la demanda sobre la base de que el Tribunal de Defensa de la Competencia ignoró la apreciación del Servicio de Defensa de la Competencia durante casi tres años y que el acto administrativo impugnado no se basó en hechos nuevos o en la modificación de circunstancias relevantes que justificaran un cambio de postura; así mismo en su opinión, tampoco contesta la Sala de la Audiencia Nacional a la cuestión relativa al contenido concreto de la intimación de cese o abstención de la conducta a futuro que contenía la Resolución de 7 de marzo de 2002. Por último, sostiene que la sentencia incluye nuevos hechos resolviendo de esta forma sobre cuestiones diferentes a las suscitadas, como son la supuesta persistencia de una discriminación anticompetitiva si no se atendiera a la Resolución de 10 de julio de 2007 y la disponibilidad por las empresas franquiciadas de la información que dicha parte debe entregar a "Aseingas". Adicionalmente, añade que la sentencia incumple el requisito de contener una motivación razonable y suficiente como exige el art. 24.1 CE. Todavía más, es preciso distinguir, entre una orden de cesación de la infracción y la imposición de condiciones u obligaciones al sancionado como hacen las normas a las que hemos hecho referencia.

La imputación carece de fundamento y el motivo debe rechazarse.

La Sala de instancia da razón suficiente de la causa que le lleva a declarar conforme a derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia objeto de impugnación. El razonamiento de la Sala es impecable al abordar de forma explícita las cuestiones planteadas en el proceso y en este sentido la sentencia impugnada indica que la intimación de cese en la conducta infractora constituye un imperativo dirigido a restablecer la libre competencia, y así resulta de sus términos literales, cuando dice: "el restablecimiento del orden jurídico perturbado no solo exige la cesación de la conducta que la originó, sino también la aplicación de los medios necesarios para restablecer la libre competencia que ha sido perturbada por dicha conducta", de modo que no es posible sostener el *déficit* de motivación ni la incongruencia de la sentencia de referencia en tanto resuelve y se pronuncia de forma suficiente y expresa sobre el contenido concreto de las alegaciones sustanciales deducidas por la entidad recurrente, dirigidas a combatir el pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia en orden al cese de la conducta prohibida así como sobre las consecuencias de la intimación.

Las consideraciones de la sentencia constituyen, pues, un razonamiento coherente y congruente con las alegaciones deducidas por la recurrente que resulta además suficientemente motivado, sin necesidad de otros añadidos, para hacer saber al demandante los fundamentos justificativos del fallo desestimatorio.

Por lo demás, frente a lo afirmado en este motivo de casación, la Sala de instancia no deja de tener en cuenta el conjunto de alegaciones de la demanda, lo que excluye la tacha de incongruencia por omisión. Simplemente se limita a expresar, también con acierto, como después analizaremos, que ninguna de ellas es viable. Así considera de forma razonable que la resolución debatida resulta coherente con lo anteriormente acordado y se pronuncia de forma expresa sobre el contenido concreto de la intimación de cese de la conducta contenida en la precedente resolución de 2002, ello con independencia de la apreciación del Servicio de Defensa de la Competencia y de la inexistencia de hechos nuevos, cuestiones que son claramente rechazadas por la Sala. Al igual carece de fundamento la afirmación de que en la Sentencia se resuelve sobre cuestiones diferentes a las suscitadas como es la persistencia de discriminación anticompetitiva y la disponibilidad por las empresas franquiciadas de la información de la que no dispone "Aseingas". Con toda razón puede afirmar que se trata de cuestiones



que se han suscitado en el debate que se constriñe precisamente al análisis de las consecuencias de la intimación de cese de la infracción y la conducta u obligación que deriva para la recurrente en la entrega de la información de referencia.

En todo caso, repetimos, no hay incongruencia por omisión cuando el Tribunal de instancia responde a las alegaciones sustanciales de la demanda, a las que de modo expreso se refiere, ni tampoco falta de motivación cuando expone de forma suficiente las razones jurídicas que utiliza para llegar a su conclusión desestimatoria. Finalmente, las cuestiones tratadas por la Sala no resultan ajenas a lo que propiamente había que decidir, refiriéndose a hechos y cuestiones incluidas en la controversia suscitada, como el contenido y alcance de la obligación de cese de la conducta prohibida, sobre las que las partes han formulado las correspondientes alegaciones.

**QUINTO.** - Como segundo motivo impugnatorio se plantea la infracción de los artículos 6 y 46.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación al principio de legalidad, proporcionalidad, infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad y del principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Mantiene Repsol Butano que la violación del artículo 46 de la mencionada Ley de Defensa de la Competencia se produce desde el momento en que la sentencia de instancia desestima el recurso mediante el reconocimiento de una obligación general impuesta inherente a la declaración de infracción: "el restablecimiento del orden del orden jurídico perturbado, no sólo respecto de la cesación de la conducta sino también la aplicación de los medios necesarios para restablecer la libre competencia que ha sido perturbada por la conducta", y dicha obligación de restablecimiento del orden jurídico. Se considera que de la satisfacción de los intereses de "Aseingas", la cual debe tener acceso a la información para garantizar el restablecimiento de la libre competencia, entiende el recurrente que la sentencia yerra al considerar que la declaración de una infracción implica automáticamente la existencia de una obligación como la que se pretende imponer. Entiende la parte recurrente que el artículo 46 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia distingue entre las declaraciones (apartado primero) y la facultad de establecer condiciones adicionales (apartado segundo), cuestión que se ha trasladado de idéntica forma a la nueva Ley 15/2007 de 3 de julio ( artículo 53), y al ámbito comunitario - artículos 4, 5 y 7 del Reglamento 1/2003 - que distingue entre la "constatación" de la infracción y la facultad de ordenar su cese o imponer condiciones de diversa naturaleza. Así, entiende la entidad recurrente que es preciso distinguir entre una orden de cesación de la infracción y la imposición de condiciones u obligaciones al imputado, de modo que la sentencia yerra gravemente al considerar que la declaración de una infracción implica automáticamente la existencia de una obligación como la que se le pretende imponer.

Pues bien, constituye el núcleo de la imputación efectuada, objeto de sanción, el que toda la información esencial sobre el mercado de las revisiones periódicas es proporcionada por Repsol Butano, S.A. a las empresas franquiciadas integradas en su "servicio oficial", y el hecho de su simultánea negativa de suministro de información a las empresas competidoras en el mercado de las revisiones periódicas.

Así pues, se produce la conducta restrictiva de la competencia con abuso de la posición de dominio por la discriminación en el trato "informativo" a unas y a otras empresas, las integradas en el servicio oficial y las que no lo estén, siempre en beneficio de sus propias franquiciadas.

Tanto la decisión administrativa originaria como la sentencia que la refrendó en el año 2007, califican de "información esencial" a la negada por Repsol Butano, S.A., al originar efectos restrictivos en el mercado conexo mediante la negativa de la empresa dominante en dicho mercado del acceso a informaciones relevantes, a fin de favorecer los intereses de sus propias filiales.

La propia sentencia impugnada diferencia en la infracción una doble conducta: el suministro de la información a determinadas empresas y la denegación de su entrega a otras. Y al respecto indica:

*&lt;&lt; ...la abstención de persistencia en la conducta infractora a que obliga, requiere el restablecimiento del orden jurídico perturbado, no sólo respecto de la cesación de la conducta sino también la aplicación de los medios necesarios para reestablecer la libre competencia que ha sido perturbada por la conducta. Y este punto hemos de señalar el acierto de la defensa de la Administración al señalar la necesidad de cesación en la vulneración de la libre competencia como parte integrante del pronunciamiento que se ejecuta.*

*[...] Porque si bien es cierto que la recurrente pudo optar por no transmitir la información a ninguna empresa, una vez que la transmitió, como efectivamente quedó probado, la única forma de cesar en la conducta anticompetitiva es transmitir esa misma información a las empresas a las que se le denegó, ya que, de no facilitar dicha información, la situación de discriminación anticompetitiva persiste, ya que las empresas franquiciadas tienen dicha información, aún cuando no se encuentre actualizada, pero sin duda es posible la actualización de la información que se pose de forma más sencilla que la obtención de la misma&gt;&gt; .*

Esta Sala entiende que efectivamente, cuando Repsol Butano decide transmitir a ciertas entidades el censo y los listados anuales de los usuarios sujetos a revisión, la entrega de esa misma información relevante al resto de las entidades afectadas constituye una condición necesaria para restablecer la libre competencia del mercado que ha sido perturbada, lo cual no constituye una obligación autónoma como sostiene la entidad recurrente, sino que es consecuencia inmediata de la obligación de cese de la discriminación en el suministro de la información que impone y deriva de la resolución, y asume la sentencia firme confirmatoria de la resolución administrativa originaria dictada el año 2002, y el medio necesario para ejecutarla, a fin de evitar la consumación de una conducta discriminatoria y abusiva, cuyo resultado es en definitiva, el que se ha querido evitar por la Administración.

A partir de lo considerado no podemos sino concluir que la aducida vulneración del principio de legalidad y proporcionalidad carece de fundamento, toda vez que, como la propia parte recurrente reconoce, constituye una facultad de la Administración, que deberá aplicarse de forma razonada y proporcional a la infracción cometida, la imposición de condiciones u obligaciones como consecuencia de la declaración de la existencia de una infracción, sin necesidad de una declaración diferente e independiente, como en el presente caso ha acontecido. Efectivamente, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia -confirmada por la Audiencia Nacional, a través de la sentencia que es hoy objeto de casación-, considera que Repsol Butano, SA. no ha dado cumplimiento al mandato que se le hiciera "en orden a proporcionar idéntica y la misma información a ASEINGAS que venía haciendo a sus franquiciadas de su Servicio Oficial" en el mercado conexo de la revisión de instalaciones, y otorga a aquella entidad un plazo a fin de que proporcionara "Aseingas" y cualesquiera otros terceros con interés legítimo en el mercado de revisión de las instalaciones del listado

de clientes usuarios, intimación que resulta proporcionada y se ajusta perfectamente a la Ley de Defensa de la Competencia (cuyo artículo 9º dispone que: "quienes realicen actos de los descritos en los artículos 1 , 6 y 7 podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en los mismos y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos"), al contenido de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de marzo de 2002 y al de la sentencia de esa misma Sala confirmada en casación.

Por tanto, una vez que se acuerda la cesación de la conducta sancionada, ha de dejarse sin efecto con todas sus consecuencias, de modo que se restablezca la libre competencia que se ha visto quebrantada al facilitar la entidad recurrente la documentación de referencia a sus empresas franquiciadas, a las que se ha situado en una posición privilegiada en el mercado.

Finalmente, hemos de abordar las alegaciones de la parte recurrente relativas a que la sentencia consagra una manifiesta arbitrariedad del Tribunal de Defensa de la Competencia, que contradice la confianza legítima de dicha entidad en que se había cumplido con la Resolución sin objeción alguna de la Administración. Ya en su día la parte recurrente denunció la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad, de seguridad jurídica y confianza legítima, alegaciones que fueron rechazadas por la Sala de instancia y confirmadas en casación.

*&lt;&lt; El principio de confianza legítima, derivado del de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE , es un principio inspirador de la actuación administrativa, reconocido hoy por el artículo 3.1 de la ley 30/1992 , después de la reforma efectuada por la ley 4/99, de 13 de enero. Según la Exposición de Motivos de la ley 4/99, se protege la garantía legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente.*

*Este principio es de frecuente aplicación en el derecho comunitario de defensa de la competencia, en el que los Tribunales vienen exigiendo, como presupuesto para su aplicación, así en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003 (asunto T-224/2000, TJCE 200306 ) y 23 de octubre de 2003 (asunto T-65/98 , TJCE 200363 ), así como en las STJCE que allí se citan, que la Administración haya dado al particular que lo invoca 'garantías concretas' que fundadamente le hacen concebir esperanzas fundadas.*

*Por su parte, este Tribunal también ha acogido el principio de confianza legítima en el ámbito de la defensa de la competencia, y en sentencias de 28 de julio de 1997 (RJ 1997890 ) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000047) hemos indicado que su admisión debe basarse en 'signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes' .&gt;&gt;*

Pues bien, no podemos aceptar la pretendida vulneración a aquellos principios, puesto que el informe del Servicio de Defensa de la Competencia carece de eficacia vinculante, lo cual permite al Tribunal resolver con libertad de criterio sobre las cuestiones que en el mismo se plantean, y cuyo contenido no se constituye de hechos objetivos, sino de juicios de valor sobre la adecuación y la regularidad en el cumplimiento de la Resolución de 7 de marzo de 2002 por parte de la entidad recurrente. Por consiguiente, nada impide que el Tribunal de Defensa de la Competencia, pese al informe de 18 de octubre de 2004 del Director General del Servicio de Defensa de la Competencia, se aparte de dicho criterio y estime que la conducta enjuiciada contraviene la resolución y sentencia firme precedentemente

indicadas, en el bien entendido de que por la entidad Repsol Butano no se había dado cumplimiento al mandato que le hiciera el Tribunal de Defensa de la Competencia en orden a "proporcionar idéntica y la misma información a ASEINGAS que venía haciendo a sus franquiciadas de su Servicio Oficial", y se le requiriera para que se transmitiera a dicha entidad así como a cualesquiera otros terceros con interés legítimo en el mercado de revisión de las instalaciones, el listado de clientes usuarios de las mismas.

**SEXTO.** - En relación con el tercer motivo impugnatorio planteado al amparo del artículo 88.1d) de la Ley Jurisdiccional , por infracción del art. 102 y ss. de la Ley 30/1992 LRJPAC, procede igualmente adelantar su rechazo. Precisamente porque el Servicio de Defensa de la Competencia no propuso al Tribunal de Defensa de la Competencia la modificación de la orden de cesación contenida en la Resolución de 7 de Marzo de 2002, es por lo que la parte recurrente entiende que el Tribunal de Defensa de la Competencia debió proceder a la revisión del acto conforme al artículos 102 y siguientes de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , antes de dictar la resolución de la que deriva el recurso en la instancia.

Sin embargo, tal y como expusimos en el fundamento de derecho anterior, la eficacia y el alcance que hemos de otorgar al informe del Servicio de Defensa de la Competencia impide considerar que nos hallemos ante la revisión de un acto administrativo anterior, a la sazón, el dictado en el año 2002 por ese mismo Tribunal de Defensa de la Competencia, sino ante la ejecución del mismo en sus justos términos, como así avala la propia sentencia impugnada. Por tanto, debemos rechazar que la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 2007 constituya una revisión de la anterior de 2002, porque sanciona el incumplimiento de la intimación contenida en ella, lo que la parte recurrente considera que es una interpretación indebida de esta última resolución.

**SEPTIMO.** - Por último, se plantea como motivo de impugnación, al amparo del artículo 88.1d) de la Ley Jurisdiccional , la infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 , de 13 de diciembre, de Protección de Datos.

Entiende la parte recurrente que la obligación de suministro de información que impone el Tribunal de Defensa de la Competencia afecta a datos relativos a la identidad y domicilio de los clientes usuarios de las instalaciones de gas en toda España, y en tanto poseen la naturaleza de datos personales, el artículo 11.1 de la LOPD exige que conste el consentimiento expreso del interesado.

En este orden de consideraciones, debemos convenir con la Sala de instancia que resulta incoherente que Repsol Butano S.A. denuncie la vulneración de la Ley de Protección de Datos en el cumplimiento de la obligación que le ha sido impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el suministro de los datos mencionados a las empresas de la competencia, y sin embargo no haya advertido ninguna dificultad al transferir dichos datos a sus entidades franquiciadas. No obstante, esta Sala entiende que efectivamente no existe obstáculo legal para la objeción expuesta, habida cuenta de que el artículo 6 de la Ley 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales , habilita fórmulas para facilitar la información solicitando la oportuna autorización de los usuarios, quienes se hallan sometidos al régimen de revisiones periódicas y han de facilitar el cumplimiento de éstas.

**OCTAVO.-** En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional , procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del presente recurso.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a las partes contrarias la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima de tres mil euros a cada una de ellas.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

## **FALLAMOS**

**Primero** .- Declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación número 6991/2009 interpuesto por el Procurador Sr. Villasante García en nombre y representación de REPSOL BUTANO, S.A. contra la Sentencia de 10 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional dictada en el recurso 366/2007 .

**Segundo** .- Imponiendo a la parte recurrente las costas procesales con la limitación anteriormente indicada.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, 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.-Rubricado.- **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.