

Id Cendoj: 28079130032007100363  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
 Sede: Madrid  
 Sección: 3  
 Nº de Recurso: 633 / 2005  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
 Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x CONTRATO DE SUMINISTROS x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY x
- x PROPORCIONALIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x LIBERTAD DE EMPRESA x

**Resumen:**

El pacto de una potestad de inspección ilimitada puede sin duda repercutir en la libertad de actuación de la empresa minorista al quedar sometida más allá de lo razonable -los aspectos relativos al abanderamiento- a la sociedad suministradora. El pacto de prohibición de otras actividades a los minoristas es una limitación de la libertad empresarial no relacionada con el objeto mismo de la relación contractual que debe considerarse como una restricción que redundará en perjuicio de la libertad para competir. La fijación por el mayorista del precio de reventa aunque no se haya aplicado es contraria a la competencia pues la sola celebración de contratos con cláusulas contrarias a la competencia tiene un efecto pernicioso sobre ésta, pues refuerza de manera ilegítima la posición empresarial de unas sociedades en detrimento de otras. Se incurre en una conducta prohibida cuando se establecen contratos de suministros por más de diez años a las estaciones de servicio y una renovación tácita. La sanción impuesta no se considera desproporcionada.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil siete.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 633/2005, interpuesto por DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS, S.A., representada por el Procurador D. Saturnino Estévez Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 23 de noviembre de 2.004 en el recurso contencioso-administrativo número 408/2.002, sobre falta de adaptación de determinados contratos de distribución de carburantes y lubricantes con minoristas comisionistas y revendedores de las Islas Canarias al *Reglamento CEE 1984/83* y al *Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, de exención por categorías (expte. 520/01 del Tribunal de Defensa de la Competencia; 1412/96 del Servicio de Defensa de la Competencia)*.

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y la FEDERACIÓN CANARIA DE DETALLISTAS DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL PETRÓLEO, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Victoria Pérez Mulet y Díez Picazo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 23 de noviembre de 2.004, desestimatoria del recurso promovido por Disa Red de Servicios Petrolíferos, S.A. contra la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 31 de mayo de 2.002 dictada en el expediente

520/01 de dicho órgano administrativo (1412/96 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por denuncia de la Federación Canaria de Detallistas de Productos Derivados del Petróleo contra Disa y otras empresas por la falta de adaptación de determinados contratos de distribución de carburantes y lubricantes, que mantenían con minoristas comisionistas y revendedores de las Islas Canarias, al *Reglamento CEE 1984/83* y al *Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero*, de exención por categorías. Dicha resolución declaraba que la luego demandante había incurrido en una conducta prohibida por el *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* y por el *artículo 81.1 .b)* del Tratado de la Unión Europea al incluir en los contratos de concesión exclusiva con los minoristas propietarios de las estaciones de servicio de las Islas Canarias varias cláusulas no permitidas por el *Reglamento CEE 1984/83* ni por el *Real Decreto 157/1992*, intimaba a la mencionada sociedad para que dejara inmediatamente sin efectos las cláusulas y adaptara los contratos a lo establecido en el *Reglamento CEE 2790/90*, y le imponía una multa de 300.000 euros.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 14 de enero de 2.005, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Disa Red de Servicios Petrolíferos, S.A. ha comparecido en forma en fecha 4 de marzo de 2.005, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del *artículo 1.1.e) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* ;
- 2º, por infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, aplicado indebidamente en relación con la prohibición de actividades no autorizadas por la compañía mayorista;
- 3º, por infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, aplicado indebidamente en relación con la imposición de una exclusiva de lubricantes;
- 4º, por infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, aplicado indebidamente en relación con la autorización al mayorista para fijar los precios de reventa;
- 5º, por infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, aplicado indebidamente en relación con la excesiva duración de los contratos;
- 6º, por aplicación indebida del *Reglamento CEE 1984/83* e inaplicación del *Reglamento CEE 2790/99* ;
- 7º, por infracción del *artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia*, del *artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, y de los *artículos 25 y 38 de la Constitución*;
- 8º, por infracción del *artículo 14 de la Constitución*, y
- 9º, por infracción del *artículo 25 de la Constitución*.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la recurrida, declarando no conformes a Derecho y nulas totalmente, o, subsidiariamente, anulando tanto la sentencia recurrida como la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia confirmada por ésta, dejándolas en cualquier caso sin efecto y ordenando a la Administración demandada la devolución de las cantidades pagadas como consecuencia de la sanción impuesta, más las costas del juicio, ordenando al Tribunal de Defensa de la Competencia la publicación a su costa de la sentencia estimatoria del recurso en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de un diario entre los cinco de mayor tirada nacional, y en las de información local de uno de los publicados en cada una de las dos provincias canarias. Mediante otrosí, solicita la celebración de vista pública.

El recurso ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 20 de septiembre de 2.006 .

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando la sentencia recurrida en cuanto declara conforme a Derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia

de 31 de mayo de 2.002 impugnada en autos, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Federación Canaria de Detallistas de Productos Derivados del Petróleo, cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte resolución por la que se desestime en su integridad el recurso formulado por la recurrente, con condena en costas y confirmando en todos sus extremos la resolución recurrida.

QUINTO.- Por providencia de fecha 20 de junio de 2.007 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 27 de noviembre de 2.007, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

Disa Red de Servicios Petrolíferos, S.A. impugna en casación la Sentencia de 23 de noviembre de 2.004 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que rechazó su recurso contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31 de mayo de 2.005. Mediante dicha resolución, se sancionaba a la actora por haber incurrido en una conducta prohibida por el *artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia* y *81.1 .b) del Tratado de la Comunidad Europea*, al haber incluido en sus contratos con los minoristas propietarios de estaciones de servicio de las Islas Canarias varias cláusulas no permitidas por la legislación comunitaria y nacional (en particular, el *Reglamento CEE 1984/83* y el *Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero* , por el que se desarrolla la *Ley 16/1989, de 17 de julio* , en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia).

La resolución impugnada en el previo recurso contencioso administrativo queda recogida en el primer fundamento de derecho de la Sentencia que ahora se recurre:

"PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 31 de mayo de 2002 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 520/01 (DISARED) por el que acuerda :

"Primero.- "Declarar que la Compañía DISA Red de Servicios Petrolíferos S.A. ha incurrido en una conducta prohibida por el *Art. 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia*, y *81.1 .b) del Tratado de la Unión Europea* al incluir en los contratos de concesión exclusiva con los minoristas propietarios de las Estaciones de Servicio a las Islas Canarias, cuyos números se citan a continuación, las siguientes cláusulas no permitidas por el *Reglamento CEE 1984/83* ni por el *Real Decreto 157/92* de exención por categorías:

1ª La excesiva duración de los contratos 4,9,11,14,17, 19,20, 22, 28, 30, 33 y 35; y 7, 16, 18, 26, y 34, hasta el momento de su respectiva modificación;

2ª La exclusiva de venta de lubricantes de los contratos 1,3, 8, 14,211,28 y 29; y del contrato 7, hasta el momento de su renovación;

3ª La fijación del precio de reventa de los carburantes y lubricantes de los contratos 3, 4, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 17, 19, 21, 22, 27 y 30, así como 15 y 35 solo en cuanto a carburantes; y de los contratos 7, 10, 16 y 18 hasta su respectiva modificación.

4ª La capacidad reconocida a DISA Red de Servicios Petrolíferos S.A. para poder inspeccionar las Estaciones de Servicio de los minoristas 8 y 35 sin ningún límite;

5ª La prohibición de aquellas actividades industriales no autorizadas por la mencionada compañía mayorista en los contratos 8, 10, 11, 22, 26, 27, 28, 29 y 33; y 16 y 34, hasta su respectiva modificación.

6ª Intimar a dicha compañía para que deje inmediatamente sin efecto las cláusulas prohibidas que aún subsisten y que adapte todos sus contratos a lo establecido en el *Reglamento CEE 2790/99 de la Comisión de 29 de diciembre de 1999* .

7ª Imponer a DISA Red de Servicios Petrolíferos S.A. una multa de trescientos mil euros..

8ª Ordenar a dicha compañía la publicación en el plazo de dos meses, y a su costa, de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de uno de los diarios de información general entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional e igualmente en otro de las Islas Canarias e imponiendo en caso de incumplimiento, una multa coercitiva de mil euros por cada día de retraso en la publicación." (fundamento de derecho primero)

El recurso de casación se articula mediante nueve motivos, todos ellos acogidos al *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*. En los primeros cinco motivos se considera infringido el *artículo 1.1. de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 18 de julio)*, al haber ratificado la Sentencia recurrida las infracciones a que se refieren los apartados primero a quinto de la resolución sancionadora reproducida supra.

El sexto motivo se funda en la indebida aplicación indebida del *Reglamento CEE 1984/83 y correlativa inaplicación del 2790/99, posterior y más favorable*. En el séptimo motivo se denuncia la infracción del *artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia*, 131.3 de la *Ley 30/1992* y 25 y 38 de la Constitución, por vulneración del principio de proporcionalidad. Finalmente, en los motivos octavo y noveno se alega la infracción de los *artículos 14 y 25 de la Constitución*; del primero de ellos, por vulneración del principio de igualdad; del *artículo 25*, por conculcar el principio de legalidad sancionadora en su vertiente de taxatividad en la gradación de la sanción.

SEGUNDO.- Sobre los primeros cinco motivos, referidos a las cláusulas prohibidas incluidas en los contratos de suministro.

La Sala de instancia rechazó los argumentos de la actora en relación con la conducta por la que fue sancionada en los siguientes términos:

"CUARTO.- La actora alega, en relación con el cargo de la excesiva duración de los contratos que los distribuidores los firmaron voluntariamente y que sabiendo que había entrado en vigor el *Reglamento 1984/83* podían haberlo denunciado, cosa que no hicieron. Es más, alega, conociendo esta circunstancia, lo prorrogaron voluntariamente, y las cartas suscritas por los distribuidores señalando este extremo, exoneran a su juicio a DISA de toda responsabilidad. A juicio de la actora, el *Art. 12 del citado Reglamento* o el *Art. 5 del CE 2790/99* es la de "facultar" a los distribuidores a desvincularse de sus proveedores, no la de "obligarles" a desvincularse.

En relación con el contrato 14 sostiene que por aplicación del *Reglamento 2790/99*, la inversión realizada alcanzó el 77% del total por lo que estaba justificada una duración superior a 5 años.

En relación con los contratos 26, 28 y 30 se trata de una prórroga tácita y por aplicación del *Reglamento 2790/99* a su juicio la prórroga tácita se considera una cláusula válida siempre que el proveedor no tenga ninguna posibilidad de impedir al minorista la terminación del contrato al final del periodo reglamentario.

Respecto de los contratos renovados por otros con duración no superior a diez años considera que no pueden tenerse en cuenta para sancionar, mientras el TDC estimó que únicamente para graduar la sanción.

En relación con el cargo de la exclusiva de lubricantes, considera de aplicación la regla de minimis dada la insignificancia de los volúmenes de carburantes suministrados por la actora en las diez estaciones de servicios a lo que debe sumarse que el *Reglamento 2.790/99* autoriza el pacto.

Respecto del cargo de fijación por la mayorista de los precios de venta al público recuerda las cartas que emitieron alguno de estos distribuidores manifestando que la actora nunca les fijó el precio de reventa.

El cuarto cargo, posibilidad de inspección de las estaciones no tiene cabida, a su juicio dentro del *Art. 1.1.e) LDC* que prohíbe subordinar el contrato a la aceptación por el minorista de la obligación de realizar prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto del contrato. Alega que esta cláusula no forma parte de la política comercial de la actora, y no fue ejercida por ella.

Por último en relación con el cargo de prohibición de otras actividades, recuerda una sentencia dictada por esta misma Sala y Sección el 3-XI-00, en recurso interpuesto contra Resolución del TDC de 8-XI-96.

El recurso finaliza sosteniendo la vigencia del *Reglamento 2.790/99* y finalmente se alega que la cuantía de la sanción es desproporcionada.

QUINTO-. Esta Sala debe recordar que la Sala primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de junio de 2000 se pronunció sobre el contrato de "concesión mercantil" cuyo objeto era la explotación de una gasolinera por un particular propiedad de la hoy actora o como dice el Alto Tribunal en el fundamento de derecho primero "la venta de carburantes, lubricantes y en definitiva la explotación de una gasolinera o estación de servicio". Fue la propia DISA S.A. la que justificó la falta de ejecución del contrato por ser nulo de pleno derecho al ser muchas de sus cláusulas contrarias al derecho comunitario, concretamente al *Art. 85 en relación con el Reglamento 1984/83 de 22 de junio*.

Tras examinar la legislación aplicable y los antecedentes jurisprudenciales del derecho comunitario, el Alto Tribunal concluye: el contrato litigioso ha de considerarse incurso en la prohibición porque sus cláusulas esenciales tienen por objeto impedir o restringir el juego de la competencia mediante la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y de unos precios controlados por este último. A continuación examina si está sometido al *Reglamento 1984/83*, concluye que lo está, pero cita las cláusulas del contrato contrarias al mismo: 1.- la extensión de la exclusividad a todos los productos de apoyo para automoción y con absoluta prohibición de toda otra concurrencia 2.- la reserva a la concedente para variar los precios de venta al público. 3.- la obligación del proveedor de expender al público única y exclusivamente los productos suministrados por la sociedad concedente a los precios establecidos oficialmente 4. la inclusión como cláusula de extinción del contrato de la venta de productos distintos de los expresamente autorizados "se trata en definitiva de cláusulas que el *Art. 12 del Reglamento* considera exorbitantes respecto de las permitidas según el *Art. 11*".

Las mismas conclusiones para los lubricantes, con especial referencia al control absoluto sobre la publicidad. El contrato es declarado nulo por su incompatibilidad con el derecho comunitario y con el *Art. 1.2 de la L.D.C.* con efectos de nulidad total "porque la supresión de las cláusulas contrarias al Derecho Comunitario alteraría por completo la economía del contrato" y "porque no es óbice a la declaración de nulidad del contrato litigioso el que tal nulidad fuera alegada en el proceso precisamente por la parte a quién favorecería la exclusividad".

Las conclusiones del T.D.C. compartidas por esta Sala son plenamente coherentes con la decisión del Tribunal Supremo: "los acuerdos de distribución exclusiva de carburantes constituyen, en principio, conductas incluidas en la prohibición del *artículo 1 LDC*, al restringir la libertad comercial de las partes, pero que, al facilitar la venta del producto, por las ventajosas condiciones económicas y financieras que conllevan a cambio de la exclusividad y estimular la competencia entre los productos de distintos fabricantes, pueden ser eximidos de la prohibición si cumplen las condiciones establecidas en el *Reglamento 1984/83* y concretamente en su *Título III* aplicable a los acuerdos de estaciones de servicio.

En la articulación de su defensa, la recurrente parece olvidar que ha sido declarada autora responsable de "una conducta prohibida por el *Art. 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia*, y 81.1 .b) del Tratado de la Unión Europea al incluir en los contratos de concesión exclusiva con los minoristas propietarios de las Estaciones de Servicio a las Islas Canarias, cuyos números se citan a continuación, las siguientes cláusulas no permitidas por el *Reglamento CEE 1984/83* ni por el *Real Decreto 157/92* de exención por categorías:"

En consecuencia, es irrelevante la "aceptación voluntaria" por los distribuidores, las variaciones en la duración máxima que en algunos casos alcanzan a periodos que la actora considera no son "tan excesivos". El conjunto de los contratos y la suma de las cláusulas son constitutivos de una conducta prohibida, y esta Sala se remite expresamente a los razonamientos que la resolución impugnada recoge en sus fundamentos jurídicos 8, 9 y 10 que no han sido desvirtuados por la recurrente.

Respecto a la cláusula de prohibición de otras actividades, la sentencia de esta Sala citada por la recurrente analizaba una cláusula del siguiente tenor literal: ". El Sr. ... no podrá llevar a cabo en la estación ninguna otra actividad, a no ser con autorización previa, expresa y escrita de T..." y en la propia sentencia se advertía que la cautela que se establece es que si bien la cláusula en si no es contraria a la *Ley 16/89* si puede serlo si la empresa recurrente efectúa una interpretación irrazonable de la misma, persigue con su aplicación objetivos ajenos a los fines para los que se estipuló o concurre a posteriori en el mercado que se condiciona con la limitación en cuestión. La propia redacción de las cláusulas litigiosas, sumada al conjunto de las otras condiciones impuestas a los distribuidores pone de manifiesto que su inclusión en el contrato persigue fines distintos de "preservar su imagen que podría verse afectada si en la estación de servicio se instalaran determinadas actividades, lícitas o ilícitas, y no pretende alterar el libre desenvolvimiento del

mercado" que son los únicos que según aquella sentencia justificarían su mantenimiento en los contratos." (fundamentos de derecho cuarto y quinto)

Antes de hacer un examen separado de cada uno de los motivos, referidos como se ha dicho a las cláusulas prohibidas contenidas en los contratos por los que se sancionó a la sociedad recurrente, conviene hacer alguna precisión previa.

En primer lugar, que un asunto semejante al presente, referido a la sanción impuesta a la sociedad Texaco por la comisión de la misma conducta prohibida por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, fue resuelto por esta Sala mediante Sentencia de 10 de octubre de 2.006 (RC 5.888/2.003), existiendo una coincidencia substancial en los argumentos expuestos en gran parte de los motivos en uno y otro caso por las sociedades sancionadas. Nos referiremos por ello, en más de una ocasión, a esta previa decisión de esta Sala.

En segundo lugar, debemos señalar que al igual que sucedía en el supuesto resuelto en dicha Sentencia de 10 de octubre de 2.006, la sociedad recurrente dedica su argumentación en estos cinco motivos, no tanto a negar la conducta por la que fue sancionada (la celebración de contratos con cláusulas no permitidas), cuanto a subrayar la escasa relevancia de la infracción, negando la presencia o la efectiva aplicación de algunas de tales cláusulas en varios de los contratos. En cuanto a esta alegación y para evitar su reiteración en el examen de cada uno de los motivos, reproducimos a continuación lo que dijimos en la referida Sentencia.

"Quinto.- Los seis motivos de casación iniciales, todos ellos al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, se deducen "por aplicación indebida del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*". Según ya hemos expuesto, su desarrollo argumental es confesadamente reiterativo.

La mayoría de ellos plantean como cuestiones comunes dos que debemos despejar. La primera se refiere a la "escasa importancia" de las conductas perseguidas, cuestión sobre la cual, a su vez, confluyen dos factores, uno de hecho y otro jurídico. Desde el punto de vista de los hechos, las alegaciones vertidas en los diferentes motivos -que tratan de reducir el porcentaje de contratos con cláusulas prohibidas hasta cifras distintas de las admitidas por el tribunal de instancia cuando aceptó las fijadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia- no pueden tener acogida favorable en el seno de un recurso como el de casación en el que no es dado cuestionar ya las apreciaciones de hecho de la instancia.

En cuanto al tratamiento jurídico de las infracciones anticompetitivas de "escasa importancia", la parte recurrente incurre en el error de considerar que las reglas de minimis adoptadas por la Comisión Europea en relación con el *artículo 81* del Tratado CEE son automáticamente trasladables al derecho interno, lo que no es así. En relación con unas alegaciones análogas (hechas en el recurso de casación número 8536/1999, relativo asimismo a prácticas restrictivas de la competencia) dijimos en nuestra sentencia de 31 de marzo de 2004 lo siguiente:

"[...] Con respecto a la alegación de las sucesivas Comunicaciones de la Comisión sobre acuerdos de menor importancia no contemplados en el *apartado 1 del artículo 85 (ahora 81)* del Tratado de la Comunidad, de las que la aplicable al supuesto presente por razones temporales sería la de 3 de septiembre de 1986, hay que tener en cuenta que la misma no excluye la actuación sancionadora de las autoridades nacionales (punto I.6) como tampoco lo hace la Comunicación de 9 de diciembre de 1997 que la sustituyó, y hoy vigente (punto I.7). Y, en este mismo sentido, el *apartado 3 del artículo 1 de la Ley española* (introducido por el *Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio*) que también se alega, en modo alguno contiene una exención perentoria de conductas prohibidas en función de su relevancia, sino que autoriza a los órganos de defensa de la competencia a no perseguir («podrán decidir no perseguir», dice el precepto) las conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. En este caso no lo han considerado así los órganos de defensa de la competencia al decidir incoar expediente y luego sancionar la conducta en cuestión mediante resoluciones motivadas, y no puede por tanto achacarse a la Sentencia impugnada la infracción del citado precepto."

La segunda cuestión común a gran parte de los seis primeros motivos es la relativa a la conducta ulterior de la empresa sancionada que, repetidamente, se refiere a la situación de los contratos no en los momentos en que se cometió la infracción sino en fechas posteriores, bien sea "cuando el TDC dictó su resolución" o incluso después de ésta. Tal circunstancia, como acertadamente sostuvo la Sala de instancia, podrá tener más o menos incidencia en el momento de imponer la sanción pero no en el de tipificar las conductas cometidas en su día, cualesquiera que hubieran sido las circunstancias ulteriores en el tiempo. Y como quiera que los siete primeros motivos combaten la tipificación de las infracciones, y no la imposición de las sanciones, las referencias a los hechos ulteriores que en ellos se contienen -esto es a los cambios

ulteriores habidos en las relaciones de la recurrente con los distribuidores- son inapropiadas a tal efecto." (fundamento de derecho quinto)

Debemos pues, en aplicación del mismo criterio, rechazar los argumentos tendentes a resaltar la escasa relevancia de las conductas sancionadas, cuya virtualidad se habría de producir, en su caso, en el ámbito de la gradación de la sanción.

En tercer lugar, debe resaltarse que la conducta sancionada no es propiamente la inclusión de una u otra cláusula en o algunos de los contratos examinados, sino una conducta continuada consistente en la celebración de un número considerable de contratos (señalados de forma concreta y determinada por la resolución sancionadora) durante un largo período de tiempo con la inclusión de diversas cláusulas no autorizadas por la normativa nacional y comunitaria. Quiere decirse con ello que la argumentación de la parte consistente en minimizar la relevancia jurídica o fáctica de las distintas cláusulas tiene una trascendencia relativa -al margen de lo ya reseñado sobre el criterio de minimis-, puesto que aun en el supuesto de que hubiera que excluir algún contrato de la conducta infractora, ello no afecta al núcleo esencial de la misma, sin perjuicio de que ello pudiera repercutir en lo que respecta a la proporcionalidad de la sanción.

Por último, ha de recordarse igualmente que el *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* prohíbe no ya sólo aquellas conductas que efectivamente hayan tenido efectos contrarios a la competencia, sino asimismo las que puedan tener dicho efecto, lo que priva también de peso a gran parte de los esfuerzos argumentativos de la recurrente, encaminados sobre todo a minimizar la relevancia efectiva de la conducta sancionada sobre la competencia en el sector.

TERCERO.- Sobre el primer motivo, relativo al cargo consistente en pactar una potestad de inspección ilimitada.

Afirma la sociedad actora que se trata de una imputación "absurda" que nada tiene que ver con la defensa de la competencia, sino que se trataría de una cláusula que se correspondería perfectamente con un pacto de abanderamiento. Señala, además, la escasa relevancia de la conducta, referida tan sólo a dos contratos.

Limitándonos ya al primer argumento y con independencia de su discutible terminología, es preciso señalar que efectivamente un pacto de abanderamiento puede conllevar legítimamente la atribución de una cierta capacidad revisora a la sociedad suministradora de carburante, en lo que respecta a aquellos aspectos que tengan que ver con dicho pacto. Sin embargo, lo que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha entendido sancionable en este caso es el carácter ilimitado de la potestad inspectora atribuida a la recurrente, pues semejante facultad puede sin duda repercutir en la libertad de actuación de la empresa minorista al quedar sometida más allá de lo razonable -los aspectos relativos al abanderamiento- a la sociedad suministradora. Y, por último, pese a lo que aduce la recurrente, la atribución de dicha facultad inspectora puede ser calificada propiamente como una prestación, que en este caso consiste en el otorgamiento a la otra parte de una capacidad que no existiría en caso contrario, por lo que dicho pacto sin duda puede quedar comprendido en la prohibición contenida en el *artículo 1.1e) de la Ley de Defensa de la Competencia* de "subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tales contratos", como sucede en el caso de autos al atribuirse tal capacidad de forma ilimitada.

La confirmación de la regularidad de esta infracción por parte de la Sentencia de instancia no vulnera pues el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*.

CUARTO.- Sobre el motivo segundo, relativo al cargo consistente en pactar la prohibición de otras actividades a los minoristas.

También en este caso considera la actora que se trata de una cláusula que nada tiene que ver con la competencia, puesto que en su opinión, la limitación de actividad no supone restricción de la misma. Asimismo -y de nuevo con un estilo poco adecuado para un recurso de casación ante el Tribunal Supremo-, achaca a la Audiencia haber resuelto este punto en contradicción con lo decidido en un asunto semejante en una sentencia anterior de 3 de noviembre de 2.000. La Sala juzgadora se refiere expresamente a esta cláusula en los términos reproducidos supra.

En cuanto a lo primero, ha de reiterarse lo dicho respecto a la anterior infracción en el sentido de que una limitación de la libertad empresarial del minorista no relacionada con el objeto mismo de la relación

contractual es una restricción que redundaría en perjuicio de la libertad para competir y, por tanto, es una conducta prohibida por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, en varios de sus apartados, como contraria a la competencia. En el presente supuesto, la conducta se considera incluida en dicho precepto tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia como por la Audiencia Nacional al tratarse de una limitación de actividades genérica e ilimitada.

En cuanto al precedente que alega la recurrente, ésta no acredita la igualdad de condiciones en ambos supuestos y, en cualquier caso, nada impide a la Sala juzgadora rectificar su criterio, con la debida justificación; por lo demás, no se aduce en este motivo una infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley, sino del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*.

QUINTO.- Sobre el tercer motivo, relativo al cargo consistente en las exclusivas de venta de lubricantes.

El motivo debe ser rechazado por las razones vistas en el fundamento segundo. La parte se limita a señalar la escasa relevancia de la conducta (sólo estaban afectados diez contratos y con una exigua cuota de mercado de la venta de lubricantes en las empresas afectadas) y que varios minoristas habían dejado sin efecto dicha cláusula.

SEXTO.- Sobre el motivo cuarto, relativo al cargo consistente en la fijación por el mayorista del precio de reventa.

Al igual que en el caso anterior, la queja debe desestimarse. La alegación de la parte se circunscribe a asegurar que ha acreditado que la cláusula no se aplicaba y que los precios fijados por los minoristas eran diferentes. Debe reiterarse que la infracción por la que se le ha sancionado a la sociedad recurrente es la celebración de contratos con cláusulas contrarias a la competencia, como una conducta que puede perjudicar a la competencia y sin que la misma requiera de manera inexcusable que dicho perjuicio se haya producido de manera efectiva. Debe tenerse presente, por otra parte, que la sola celebración de contratos con cláusulas contrarias a la competencia tiene un efecto pernicioso sobre ésta, pues refuerza de manera ilegítima la posición empresarial de unas sociedades en detrimento de otras (en este caso, del mayorista sobre los minoristas), incluso en el caso de que dichas cláusulas no lleguen a hacerse efectivas.

A este respecto puede recordarse que la propia Disa impugnó uno de los contratos afectados en este procedimiento por incluir cláusulas contrarias al derecho comunitario. Considera sin embargo, según afirma en el motivo quinto que examinamos a continuación, que tal conducta no es contradictoria con la posición mantenida en estos autos porque no se podría extrapolar la doctrina sobre la validez de unas cláusulas a un proceso como el presente, en el que se dilucida si tales cláusulas se han llevado realmente a la práctica. Pues bien, ha de subrayarse que lo contrario es justamente lo acertado, y que el precedente que recuerda la Sala en el fundamento de derecho quinto de la Sentencia impugnada es perfectamente pertinente para el caso de autos. En efecto, precisamente porque las cláusulas en cuestión son contrarias al derecho comunitario de la competencia fue declarado nulo el contrato que impugnó la propia Disa y por ello mismo -por celebrar contratos con cláusulas no autorizadas, con independencia del grado de efectiva aplicación de las mismas- ha sido sancionada por el órgano regulador de la competencia.

SÉPTIMO.- Sobre el motivo quinto, relativo al cargo relativo a la excesiva duración de los contratos.

La recurrente Disa alega que los contratos fueron voluntariamente prorrogados por los minoristas tras el primer período de diez años autorizado por el *Reglamento comunitario 1984/83*, y que sólo son seis los contratos afectados. Considera que tal prórroga voluntaria es perfectamente regular, así como el que sea tácita, puesto que el minorista siempre puede denunciarla.

La Sala rechaza expresamente los argumentos de la actora en el fundamento quinto, subrayando la irrelevancia de la aceptación voluntaria de la duración de los contratos. Por lo demás y como se señala también en la Sentencia recurrida, la parte no ha desvirtuado los datos proporcionados por la resolución recurrida, que acepta expresamente -sin que esta Sala pueda revisar los hechos declarados probados en la instancia-, y de ellos se deriva que varios contratos superaban el plazo admitido de los diez años.

Debe también ponerse de relieve que, como señala el Tribunal de Defensa de la Competencia, la excepción de admitir diez años de duración para los contratos de suministro a las estaciones de servicios debe interpretarse de forma restrictiva, lo que hace cuestionable la práctica de las renovaciones automáticas. De hecho, el *Reglamento comunitario 2790/99* cuya aplicación reclama la actora en el motivo sexto que examinamos a continuación, ha reducido la duración admisible de las cláusulas de no

competencia a cinco años -a salvo de alguna excepción- y trata a las prórrogas tácitas como contratos de duración indefinida, como por lo demás ya había interpretado la jurisprudencia comunitaria.

En definitiva, no cabe duda de que la actora incurrió en la conducta prohibida al celebrar contratos de duración superior a la permitida y prever la renovación tácita en varios supuestos, por lo que la Sala de instancia no ha infringido el *precepto artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*.

OCTAVO.- Sobre el motivo sexto, relativo a la invocación de la norma sancionadora más favorable.

En el motivo sexto la sociedad mercantil Disa sostiene que se ha aplicado indebidamente el reiteradamente citado *reglamento comunitario 1984/83, inaplicando en cambio el 2798/99, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1.999*, relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 81* del Tratado de la Comunidad Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Indica que debe aplicarse retroactivamente este último Reglamento en tanto que norma sancionadora más favorable, ya que ha dejado sin efecto la mayoría de las infracciones tipificadas en el *Reglamento 1984/83*. Considera que no es correcta la interpretación que condiciona su aplicabilidad a una duración de los contratos inferior a cinco años, bien porque en el momento de entrada en vigor del referido *Reglamento 2798/99* les restaba una duración inferior a dicho plazo, bien porque al entrar en vigor este reglamento todos los contratos en vigor verían restringida su duración a dichos cinco años.

Debe señalarse que la actora planteó esta cuestión en el apartado sexto de su demanda, sin que la Sentencia recurrida -aunque recoge la alegación de la parte- haya dado respuesta a la misma. Ya esto supone que no puede prosperar el motivo, puesto que no se puede combatir un error de derecho de la Sala juzgadora que no ha cometido por no haber examinado una determinada pretensión. La actora debía haber combatido la omisión mediante un motivo acogido al *apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*, denunciado una incongruencia omisiva por parte de la Sala de instancia.

Ello dicho, no hay inconveniente en añadir que el motivo no podría prosperar en ningún caso. Tiene razón la actora en cuanto a la aplicabilidad, en principio, del nuevo reglamento, en tanto que norma sancionadora más favorable, en la medida en que efectivamente prescinde de algunas de las prohibiciones de cláusulas que antes operaban en esta categoría de acuerdos exceptuados de la aplicabilidad del *artículo 81* del Tratado de la Comunidad Europea. Sin embargo, ello resulta irrelevante porque la conducta sancionada queda igualmente calificada como conducta prohibida bajo el nuevo reglamento.

En efecto, el nuevo *reglamento excluye la aplicación de la exención respecto del artículo 81* del Tratado de la Comunidad Europea prevista en su *artículo 2* (la exención por categorías que afecta a los contratos entre suministradores de carburantes y minoristas o estaciones de servicio es la contemplada en el apartado 1) a "cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años" (artículo 5.a). Por otra parte, también excluye la exención respecto de cualquier acuerdo vertical que, directa o indirectamente tengan por objeto la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que pueda hacer recomendaciones de precios máximos (*artículo 4 .a*). Así las cosas, los contratos afectados en su práctica totalidad quedan también excluidos de la exención por categorías bajo el nuevo reglamento, puesto que todas las cláusulas de no competencia examinadas tienen duración superior a los cinco años y porque muchos de ellos contienen restricciones ilegítimas respecto a la fijación de precios.

Por último, la argumentación de la parte respecto de la duración de los contratos que suscribió no puede prosperar, como ya indicamos en nuestra Sentencia de 10 de octubre de 2.006 (fundamento de derecho decimoséptimo), puesto que una cosa es los efectos de derecho transitorio que el nuevo reglamento pueda tener sobre la duración de los contratos vivos en el momento de su entrada en vigor, y otra la duración de los mismos pactada en su momento contra legem, conducta prohibida por la que se le ha sancionado a la recurrente.

NOVENO.- Sobre el motivo séptimo, relativo al principio de proporcionalidad.

La Sala de instancia rechazó la queja de vulneración del principio de proporcionalidad con las siguientes razones:

"SEXTO.- El *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* ha previsto la imposición de multas y la previsión de su cuantía se realiza mediante la alusión a un tope máximo de 900.000 euros "cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

En el párrafo 2 se establece que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia y la reiteración de las conductas prohibidas.

El acto administrativo de imposición de una sanción ha de ser motivado, pero la motivación puede ser implícita, siempre que permita a los interesados conocer las razones por las que se adoptaron las medidas controvertidas y al órgano jurisdiccional competente disponer de los elementos suficientes para ejercer su control. Como ha recordado nuestro Tribunal Supremo, la motivación ha de ser suficiente, es decir, aún cuando fuera breve o sucinta, ha de contener en todo caso, la razón esencial de decidir, en lo dispuesto en el acto administrativo, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión, el cuando, como y porqué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada posible defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el *art. 106* de la Constitución.

En este caso, la resolución impugnada recoge la afectación del interés público, la gravedad de la infracción, la larga duración de la misma, el ampararse en una norma de exención por categorías y al tiempo vulnerar los requisitos de la exención, la circunstancia de que DISARED es el principal mayorista que opera en las Islas Canarias, que tiene una amplia red de gasolineras de su propiedad, y se incluye el dato favorable de que por las especiales características del mercado canario las posibilidades reales de competencia entre los distintos operadores son mayores y los efectos en la competencia de las restricciones impuestas menos relevantes, lo que a juicio de esta Sala constituye una motivación suficiente.

Como ya ha recordado esta Sala en anteriores ocasiones, la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*. Vistos los antecedentes expuestos por el Acuerdo del TDC se justifica el importe de la sanción, a la vista de las circunstancias económicas del hecho por el que se impone sanción." (fundamento de derecho sexto)

La sociedad actora considera que la Sentencia conculca los *artículos 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 131.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, así como el principio *constitucional de proporcionalidad ex artículo 25 en relación con el 38* de la Constitución. La parte no acompaña, sin embargo, a la mera afirmación de que la sanción es desproporcionada y discriminatoria en relación con otros mayoristas, ninguna argumentación ni análisis de la supuesta desproporción. Frente a tal afirmación, tanto la resolución administrativa como la Sentencia recurrida -que asume los criterios de valoración expuestos en aquella- justifican la proporcionalidad de la sanción respecto la entidad de la infracción en términos que esta Sala considera razonables y no arbitrarios, lo que descarta la procedencia de su revisión. Así, se ha tenido en cuenta la entidad y trascendencia práctica de las cláusulas no autorizadas, recogiendo aquí el reiterado argumento de minimis esgrimido por la actora y al que ya hemos hecho referencia. El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO.- Sobre el motivo octavo, relativo al principio de igualdad.

Considera la sociedad recurrente que el Tribunal de Defensa de la Competencia y, consiguientemente la Sala de instancia, han vulnerado el principio de igualdad consagrado en el *artículo 14* de la Constitución debido a que la sanción que se le ha impuesto es desproporcionada en relación con las correspondientes a mayoristas con una cuota de mercado muy superior como Repsol y Cepsa. Sin embargo, las multas impuestas en los expedientes respectivos a dichas empresas por el mismo tipo de infracción fueron muy superiores, como la propia actora indica y pese a que a ésta no le parezca suficiente la diferencia. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la recurrente ocupa en el mercado territorial afectado de Canarias una posición de gran relevancia - según la documentación aportada por ella misma prácticamente de un 30%-. Y, en último extremo, la argumentación ofrecida por la parte se limita a mencionar el criterio de cuota de mercado junto con afirmaciones genéricas sobre la desigualdad supuestamente sufrida, sin efectuar un examen detenido y preciso de los diversos términos de comparación posibles entre los distintos supuestos que justifiquen de manera sólida su imputación. En consecuencia, el motivo ha de ser igualmente rechazado.

UNDÉCIMO.- Sobre el motivo undécimo, referido al principio de legalidad *ex artículo 25* de la Constitución.

Entiende la actora que la indeterminación del *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* que sólo menciona los criterios a tener en cuenta para la graduación de la sanción, pero sin precisar que sanciones pueden imponerse a cada infracción y sin que los *artículos 1.6, y 4.2 de la propia Ley* gradúen las infracciones que tipifique, contradice la doctrina del Tribunal Constitucional que exige la taxatividad de las sanciones, frente a la gradación o calificación ad hoc de las mismas. En consecuencia, estima que la sanción impuesta en aplicación del *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* ha conculcado el principio de legalidad penal recogido en el *artículo 25* de la Constitución.

Siendo cierta en términos generales la premisa de la doctrina constitucional que aduce la sociedad actora, esta Sala no considera que el sistema sancionador de la Ley de Defensa de la Competencia sea contrario a la misma. Por un lado se trata de una materia en la que el casuismo de las circunstancias concurrentes es extremadamente elevado, lo que hace comprensible que el legislador haya optado por otorgar al órgano regulador una amplia capacidad de determinación de la multa correspondiente. Por otro, los criterios de modulación de la cuantía de la multa que establece el *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* son lo suficientemente detallados como para hablar de indeterminación de la graduación de la sanción de multa contraria al *artículo 25* de la Constitución. En consecuencia, dicha regulación no le suscita a esta Sala duda de constitucionalidad alguna que pudiera llevar al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho precepto, que sería el corolario -no expresado como tal- del razonamiento de la parte. Así pues, el motivo debe ser desestimado.

DUODÉCIMO.- Conclusión y costas.

Al no prosperar ninguno de los motivos formulados procede desestimar el recurso de casación. En aplicación de lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción*, se imponen las costas a la parte que ha sostenido el recurso.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Disa Red de Servicios Petrolíferos, S.A. contra la sentencia de 23 de noviembre de 2.004 dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 408/2.002 . Se imponen las costas a la parte recurrente.

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 .-Fernando Ledesma Bartret.-Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez- Cruzat.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-