Id Cendoj: 28079130032006100312
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 5888 / 2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x PROCEDIMIENTO SANCIONADOR x
- x HIDROCARBUROS x

Resumen:

Sanción en materia de defensa de la competencia. Distribución exclusiva de productos petrolíferos. En primer lugar se rechaza que las reglas de minimis (las relativas a las infracciones anticompetitivas de escasa importancia) adoptadas por la Comisión Europea sean automáticamente trasladables al Derecho interno, pues no es así. En lo que se refiere a la obligación de compra en exclusiva de lubricantes y otros productos afines, se señala que dicho comportamiento anticompetetitivo es en sí mismo censurable y apto para restringir la competencia en parte del territorio nacional, tanto más cuando se produce en un mercado geográficamente limitado como el de la distribución minorista de carburantes de las Islas Canarias. Por otro lado, la circunstancia de que el precio fijado unilateralmente por el suministrador no sea el de los carburantes sino el de los "lubricantes y productos afines" que se distribuyen en las estaciones de servicio, no afecta en sí misma a la tipificación de la conducta restrictiva. Ésta se produce cuando se impide a los minoristas competir entre sí a la hora de fijar el precio de los productos que venden al público, ya se trate de los que principalmente expiden o de otros más o menos accesorios o afines. Finalmente, la circunstancia de que la Comisión Europea procediera al archivo del expediente mediante su remisión a las autoridades nacionales competentes, no impide que se mantenga el interés nacional en su represión.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Octubre de dos mil seis.

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 5888/2003 interpuesto por "TEXACO PETROLÍFERA, S.A.", representada por el Procurador D. Saturnino Estévez Rodríguez, contra la sentencia dictada con fecha 26 de febrero de 2003 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 817/2000, sobre defensa de la competencia en el ámbito de la distribución exclusiva de productos petrolíferos; es parte recurrida la FEDERACIÓN CANARIA DE DETALLISTAS DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL PETRÓLEO, representada por la Procurador Dª. Victoria Pérez- Mulet y Díez Picazo, y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Texaco Petrolífera, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 817/2000 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31 de julio de 2000 que acordó:

"Primero.- Declarar que la compañía mercantil Texaco Petrolífera, S.A. ha incurrido en una práctica prohibida por el *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* , al pactar con los minoristas cláusulas anticompetitivas no amparadas por el RD 157/1992, de exención por categorías, y no adaptar a éste los

contratos anteriores a su publicación.

Segundo.- Intimar a dicha Sociedad para que deje inmediatamente sin efectos las cláusulas prohibidas que aún subsisten.

Tercero.- Imponer a Texaco Petrolífera, S.A. una multa de cincuenta millones de pesetas.

Cuarto.- Ordenar a Texaco Petrolífera, S.A. la publicación en el plazo de dos meses de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de cada uno de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

Quinto.- Declarar no responsables a los demás imputados en este procedimiento".

Segundo.- En su escrito de demanda, de 10 de enero de 2001, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "estimando íntegramente este recurso, declarando no conforme a Derecho y nula completamente, o subsidiariamente anulando, dejando en cualquier caso sin efecto, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia a que se hizo referencia en el encabezamiento, ordenando a dicha Administración que devuelva a mi representada, si no lo hubiera hecho antes, la cantidad de 50 millones de pesetas a que asciende la sanción impuesta a mi representada, con sus intereses legales desde el momento en que mi representada hizo su pago, más las costas del juicio, ordenando igualmente al Tribunal la publicación a su costa de la sentencia estimatoria del recurso en el Boletín Oficial del Estado y en un Diario entre los cinco de mayor tirada nacional". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 25 de junio de 2001, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

Cuarto.- La Federación Canaria de Detallistas de Productos Derivados del Petróleo contestó a la demanda con fecha 6 de septiembre de 2001 y suplicó sentencia "en la que se desestime en su integridad el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución recurrida, por ser conforme a Derecho, todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 12 de septiembre de 2001 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Saturnino Estévez Rodríguez, en nombre y representación de Texaco Petrolífera, S.A., contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 2000, por ser la misma ajustada a Derecho".

Sexto.- Con fecha 5 de septiembre de 2003 "Texaco Petrolífera, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 5888/2003 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por aplicación indebida del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en adelante LDC* , y en especial de su apartado 1.b), por supuesta infracción consistente en la imposición de una exclusiva de lubricantes".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por aplicación indebida del *artículo 1 de la LDC, y en especial de su apartado 1,d*), por supuesta infracción consistente en prohibir a los minoristas hacer publicidad de productos de otras empresas".

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por aplicación indebida del mismo *artículo 1 de la LDC, y en especial de su apartado 1,d*), por supuesta infracción consistente en impedir a los minoristas instalar signos distintivos de otras empresas".

Cuarto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por aplicación indebida del mismo *artículo 1 de la LDC, y en especial de su apartado 1,a*), por supuesta infracción consistente en autorizar al mayorista a fijar los precios de reventa de lubricantes y productos afines".

Quinto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por aplicación indebida del *artículo 1*

de la LDC, y en especial de su apartado 1,b), por supuesta infracción consistente en prohibir a los minoristas la venta de productos de competidores".

Sexto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por aplicación indebida del *artículo 1 de la LDC, y en especial de su apartado 1,e*), por supuesta infracción consistente en pactar el derecho a realizar estudios de rentabilidad de una estación de servicio".

Séptimo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por aplicación indebida del *artículo 1 de la LDC, y en especial de su apartado 1,1,b*), así como por inaplicación del *artículo 10,5 de la misma LDC* ; por inaplicación del *artículo 9, 1 y 3, del Reglamento 17/62* del Consejo de la CEE; y por inaplicación del *artículo 3 de la Ley 30/92* ; por supuesta infracción consistente en establecer cláusulas de duración de los contratos superiores a diez años".

Octavo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por infracción "del *artículo 1 de la LDC, y especialmente de su apartado 1,e*), por supuesta infracción consistente en prohibir la admisión de tarjetas de crédito no expedidas por la compañía".

Noveno: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por aplicación indebida del *artículo 10,2 de la LDC* ".

Décimo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por inaplicación del *artículo 14 de la Constitución Española* , que proclama el principio de igualdad".

Undécimo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por inaplicación del *artículo 25 de la Constitución, en relación con el 38 de la misma ley* fundamental, y del *artículo 131 de la Ley 30/92* ".

Decimosegundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por inaplicación del *artículo 1 del R.D. 157/92* , en relación con el *artículo 2 y el 13 del Reglamento CE nº 2790/99* de la Comisión Europea."

Séptimo.- La Federación Canaria de Detallistas de Productos Derivados del Petróleo presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación "confirmando en todos sus extremos la resolución recurrida".

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

Noveno.- Con fecha 23 de septiembre de 2005 "Texaco Petrolífera, S.A." reiteró la solicitud de vista pública que había hecho en su escrito de interposición.

Décimo.- Dado traslado al Abogado del Estado, presentó sus alegaciones por escrito de 21 de octubre de 2005 y suplicó a la Sala "declare no haber lugar a la celebración de vista pública que ha solicitado la parte recurrente".

Undécimo.- Por providencia de 8 de noviembre de 2005 la Sala acordó: "de conformidad con lo dispuesto en el *art. 94.3 de la LJCA* , no habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista y no estimándola necesaria la Sala, no ha lugar a su celebración, quedando los autos pendientes de señalamiento".

Decimosegundo.- La recurrente presentó escrito con fecha 5 de septiembre de 2006 en el que alegó que el Anteproyecto de nueva Ley de Defensa de la Competencia "confirma que [...] el régimen sancionador de la Ley actualmente vigente, a cuyo amparo se impuso por el TDC la sanción objeto de este recurso, es inconstitucional".

Decimotercero.- Por providencia de 31 de marzo de 2006 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 26 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 26 de febrero de 2003 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Texaco Petrolífera, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31 de julio de 2000, recaída en el expediente sancionador 468/1999.

El Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que la empresa recurrente había incurrido en una práctica prohibida por el *artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio* , de Defensa de la Competencia, al pactar con los distribuidores minoristas de carburantes cláusulas anticompetitivas no amparadas por el *Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero* , que desarrolla la citada *Ley 16\1989* en materia de exenciones por categorías.

La Sala de instancia confirmó la resolución administrativa declarando ajustada a derecho la sanción impuesta (multa de cincuenta millones de pesetas) tras considerar que había quedado demostrada la realización de las prácticas restrictivas de la competencia.

Segundo.- La Sala de instancia expuso en el fundamento jurídico primero de la sentencia los "hechos originadores del expediente " en los siguientes términos:

"Con fecha 22 de Enero de 1993, tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia presentada por la Federación Canaria de Productos Derivados del Petróleo contra las compañías mercantiles Texaco Petrolífera, S.A. Mobil Oil, S.A. Shell España, S.A. y Esso Española, S.A. imputando a todas ellas la práctica de conductas atentatorias a la libre competencia, por la falta de adecuación de ciertos contratos de distribución al *Reglamento CEE 1984/83 y al Real Decreto 157/1992* , de exenciones por categorías.

El Servicio de Defensa de la Competencia admitió a trámite la denuncia e incoó expediente sancionador, mediante Acuerdo de 24 de Febrero de 1993. Dicho expediente, que se siguió inicialmente contra todas las compañías denunciadas, fue desglosado en otros tantos expedientes individuales por cada una de éstas.

En el pliego de concreción de Hechos de 16 de Abril de 1998 elaborado por el S.D.C. se recogieron los siguientes cargos:

'Primer Cargo

La obligación de compra en exclusiva de lubricantes y otros productos afines marca TEXACO impuesta a los minoristas, contenida en los contratos 1,2,3,5,6,25 y 27 constituye, a juicio del instructor, una conducta prohibida por el *Art. 1.1 b) de la Ley 16/1989 de 17 de Julio* (B.O.E. del 18) de Defensa de la Competencia (LDC).

Segundo Cargo

La cláusula de los contratos 1,2,3,5,6,25 y 27 que obliga al titular de la estación de servicio a no hacer publicidad de los productos entregados por empresas terceras y la cláusula de los contratos 7 a 13,15,20 a 24 y 26 que prohibe al minorista instalar signos distintivos de otras compañías distintas de TEXACO constituye, a juicio del Instructor una conducta prohibida por el *Art. 1.1 d) de la Ley 16/1989* ya citada.

Tercer Cargo

La fijación por el suministrador del precio de reventa de los lubricantes y otros productos afines contenida, al igual que la obligación para el revendedor de prestar los servicios inherentes a la explotación de la industria objeto del contrato a los precios y tarifas que marque TEXACO, contenidas en los contratos 1,2,3, y 25, constituye, a juicio del instructor, una conducta prohibida por el *Art. 1.1. a) de la Ley de Defensa de la Competencia.*

Cuarto Cargo

La obligación para el minorista de no vender ningún producto de la competencia salvo los que no fabrique TEXACO (contratos 1 a 6 y 25) y le sean autorizados por éste constituyen a juicio del Instructor, una conducta prohibida por el *Art. 1.1.b) de la Ley 16/1989.*

Quinto Cargo

La capacidad reconocida a TEXACO para poder inspeccionar la estación de servicio del minorista hasta el punto de poder realizar estudios de la rentabilidad del mismo tan a menudo como lo considere pertinente, incluida en el contrato 25 constituye, a juicio del Instructor, una conducta prohibida por el *Art. 1.1.e) de la Ley de Defensa de la Competencia* , que no goza de la exención prevista por el *Reglamento CEE 1984/83* puesto que el *Art. 11d*) del mismo permite únicamente al proveedor inspeccionar las instalaciones de depósito o de distribución de productos petrolíferos que sean de su propiedad.

Sexto Cargo

El *Reglamento 1984/83* indica en su *Art. 12* que el *Art. 10* (referido a la no aplicación del *Art. 85.1* a determinados acuerdos de compra en exclusiva de productos petrolíferos), no será aplicable cuando 'c) el acuerdo se celebre por una duración indeterminada o por más de diez años', salvo que exista un acuerdo entre el proveedor y el revendedor por el cual el primero ceda la estación de servicio al segundo (arrendamiento, usufructo...). Los acuerdos por tiempo superior a diez años vulneran el *Art. 1.1.b) LDC.*

Séptimo Cargo

La obligación del minorista de no admitir otras tarjetas de crédito distintas de las expedidas por TEXACO contenida en el contrato 14 constituye, a juicio del Instructor, una conducta prohibida por el *Art. 1.1.e) de la LDC* y no incluida entre las permitidas por el *Reglamento CEE 1984/8* 3'."

Tercero.- Tras sintetizar en el fundamento jurídico segundo de la sentencia algunos de los argumentos de la demanda (los relativos a la tipificación de las infracciones) el tribunal de instancia hizo en el tercero y en el cuarto las siguientes consideraciones que le llevaron a desestimar en su integridad el recurso contencioso-administrativo:

"[...] Queda documentalmente acreditado que la actora, que opera como distribuidora al por mayor en las Islas Canarias, de carburantes, lubricantes y otros productos afines, tenía suscritos contratos con minoristas, algunos con anterioridad a 1992 y otros de 1993 a 1995. La existencia de tales contratos en cuanto documentalmente acreditados, no es controvertida, al igual que tampoco resulta controvertido que los minoristas eran propietarios de estaciones de servicios y que los contratos eran de préstamo de equipo, abanderamiento y suministro.

[...] Es sabido y así lo recoge la Resolución impugnada, que de acuerdo con el *Reglamento 1984/83 de la Comisión Europea y el R.D. 157/92* , los contratos de distribución exclusiva de mayoristas distribuidores de carburantes y demás productos derivados del petróleo con las estaciones de servicio para su reventa, son acuerdos que estando en principio prohibidos por vulnerar el *Art. 1 de la LDC* , pueden estar exentos de dicha prohibición si cumplen los requisitos reglamentarios.

No cabe aceptar las argumentaciones ya expuestas de la actora, que en algunos casos pretende exonerarse de responsabilidad, señalando que la prohibición sólo se encontraba en un contrato y no en todos, lo que excluiría su voluntad, o bien cuando argumenta que aún cuando el contrato contenía una prohibición, se había dado otras instrucciones distintas, pretendiendo que se interprete la prohibición de forma diferente a lo que claramente se desprende de su tenor -como sería la relativa a la publicidad o a la fijación de los precios de venta-.

El que con posterioridad al Pliego de Concreción de Hechos de 16 de Abril de 1998 se firmaran nuevos contratos, suprimiendo las cláusulas censurables, podrá ser tenida en cuenta a la hora de imponer la sanción, pero no excluye considerar que las prácticas eran prohibidas en el momento en que se cometieron.

La obligación de compra en exclusiva de lubricantes y otros productos afines, o la prohibición al minorista de vender productos de la competencia, constituyen conductas prohibidas por el *Art. 1.1.b) LDC* y exceden los límites de la autorización concedida por el Reglamento comunitario que, en su *Art. 11.b*) impide prohibir al minorista la utilización de productos lubricantes y afines, si no es para utilizarlos en un equipo propiedad del mayorista o financiado por el mismo.

Las prohibiciones de publicidad infringen el *Art. 1.1.d) LDC y no se encuentran amparadas por el Reglamento CEE 1984/83* , que impide restringir la publicidad de productos no suministrados por el mayorista, dentro o fuera de la estación de servicio, más allá de lo que represente proporcionalmente la venta de los productos de que se trate, en el volumen de negocios total de la estación.

Se comparte también por la Sala, la posición de la Resolución impugnada respecto a la duración máxima de los contratos que el Reglamento comunitario fija en diez años. Las cláusulas de aquéllos que lo fijan en términos más amplios, así como las cartas de adaptación enviadas por TEXACO a los minoristas, no respetan las condiciones de la exención ya que la adición del tiempo ya transcurrido de vigencia de un contrato de diez años que se establecen en las referidas adaptaciones, implica una superior duración del contrato, que no puede ser asimilada a la que resultaría de la celebración de uno nuevo. La actora reconoce que hay cinco o seis contratos no reconducidos por la vía del 'addendum' y no puede considerarse 'despreciable' como ella señala y aún cuando se aceptaran sus tesis, que hubiera dos contratos, el de las Canteras y el de Teguisse, que no se hubieran renovado.

De todo lo expuesto, y toda vez que la Resolución impugnada considera que se ha cometido una única infracción continuada, debe asumirse la argumentación expuesta en la misma, pues las consideraciones formuladas por la recurrente, algunas tan pintorescas como la relativa al 'exceso de celo del ejecutivo, que suscribió el contrato', no excluyen la realización de las conductas perfectamente detalladas que lesionan el *Art. 1 de la LDC por incumplimiento del R.D. 157/1992* , en relación con el *Reglamento CEE 1984/83*

[...] El *Art. 5 del nuevo Reglamento 2790/99* de la Comisión Europea señala que, los contratos que incluyan acuerdos verticales, como los que nos ocupan, podrán contener 'cualquier cláusula, directa o indirecta de no competencia, siempre que su duración no sea indefinida, ni exceda de cinco años, con la condición de que la cuota de mercado del proveedor o la del comprador en el caso de obligaciones de suministro exclusivo no exceda del 30% del mercado de referencia'. Con base a ello y en cuanto norma más favorable entiende la recurrente que esa debería ser el *Reglamento aplicable y no el Reglamento CEE 1984/83* , sin embargo y aún cuando a efectos teóricos, pudiera admitirse esa aplicación genérica retroactiva, lo cierto es que el precitado *Art. 5, exige que la cláusula* de no competencia no exceda de cinco años, lo que desde luego, no ocurre en los contratos aquí contemplados, razón por la cual debe desestimarse el recurso interpuesto, sin que quepa examinarse por esta Sala, en el ámbito de este recurso, posibles actuaciones del TDC en relación a otras Compañías."

Cuarto.- El recurso de casación contienen hasta doce motivos cuya exposición resulta ser en gran parte "excesiva, reiterativa y hasta obsesiva", por emplear los términos con que la propia sociedad recurrente los autocalifica (el Abogado del Estado añade que algunas de las expresiones empleadas en ellos son inapropiadas e inaceptables dentro de un debate procesal). Antes de analizarlos será conveniente que hagamos tres precisiones relevantes.

La primera es que no se ha imputado a la Sala de instancia insuficiencia de motivación o incongruencia omisiva o por defecto. Al prescindir de dicha censura la recurrente, en buena lógica, admite que dicho tribunal contestó a las cuestiones suscitadas en la demanda con carácter relevante y, a contrario sensu, que no tenían tal carácter aquellas otras alegaciones de la instancia no tratadas o aludidas, ni siquiera de modo implícito, en la sentencia.

La segunda precisión es que en el escrito de casación no se nos ha pedido que integremos los hechos omitidos por el tribunal de instancia. Como es bien sabido, en virtud del *artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional* , la parte puede interesar de esta Sala que integre en los hechos admitidos como probados por el tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico. La recurrente, sin embargo, no ha hecho uso de esta posibilidad, pese a lo cual introduce en su escrito de recurso hechos a los que ninguna referencia hace la sentencia de instancia.

La tercera precisión es que gran parte del escrito de recurso, precisamente a causa de su inadecuada sistemática (dicho escrito es, además, en gran parte repetición de la demanda y aun de escritos anteriores presentados en el curso del procedimiento administrativo sancionador) consistente en impugnar por separado cada uno de los siete "cargos" que en aquel procedimiento se hicieron, contiene alegaciones y consideraciones sobre conductas que no fueron objeto de análisis singularizado o individualizado por el tribunal de instancia.

La lectura de la sentencia cuyos fundamentos jurídicos hemos transcrito revela que la Sala de instancia apreció una sola "infracción continuada" pero no acometió el examen separado de todos y cada uno de los "cargos", como se hacía en la demanda y se reitera en casación. El tribunal de instancia se refirió tan sólo de modo específico en el fundamento jurídico tercero de su sentencia a "la obligación de compra en exclusiva de lubricantes y otros productos afines", a la "prohibición de vender productos de la competencia"

y a las "prohibiciones de publicidad". Hizo además otras consideraciones sobre el número de los contratos, su duración y el régimen normativo transitorio a las que después nos referiremos.

Siendo ello así (y, repetimos, ante la falta de motivos de casación basados en el *artículo 88.1.c de la Ley Jurisdiccional*), hemos de deducir que, fuera cual fuera el juicio sobre el resto de cláusulas no analizadas y sus correspondientes "cargos", para desestimar el recurso bastaba, a juicio del tribunal de instancia, considerar que las sí examinadas suponían, de suyo, prácticas restrictivas de la competencia que justifican suficientemente la decisión administrativa.

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.

Sexto.- A partir de estas premisas el primer motivo de casación debe ser rechazado. La infracción correspondiente al primer cargo, esto es, la obligación de compra en exclusiva de lubricantes y otros productos afines, fue debidamente apreciada por el tribunal de instancia.

La crítica de la recurrente no se basa tanto en que dicha imposición deje de constituir una conducta que impida, restrinja o falsee la competencia, ni en que los perfiles singulares de la exclusiva inserta en los contratos de suministro de productos petrolíferos objeto del litigio los hicieran acreedores a la exención por categorías prevista en el *Real Decreto 157/1992* o en el *Reglamento (CEE) 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983* , relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 85* del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, o en el *Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de*

diciembre de 1999 , relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE* a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, normas unas y otras que no se invocan ahora como infringidas.

La censura, decimos, se basa tan sólo en que se trata de conductas de escasa importancia, insertas en "sólo dos, o siete" de los contratos, lo que no puede ser admitido como argumento para impedir la aplicación del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* . El comportamiento anticompetitivo antes descrito es en sí mismo censurable y apto para restringir la competencia en parte del territorio nacional, tanto más cuando se produce en un mercado geográficamente limitado como el de la distribución minorista de carburantes de las Islas Canarias, en el que la empresa reconocía tener una cuota del 14 por ciento (aun cuando ya hemos dicho que esta cifra, de suyo, es relevante de modo especial para el enjuiciamiento de las conductas restrictivas que implican un abuso de la posición de dominio).

Ha de tenerse en cuenta, que la represión de las conductas restrictivas que abocan a la exclusión de los competidores -para cuya apreciación por la Sala de instancia como "infracción continuada" deben unirse, en este caso, al cargo primero los demás que ella misma analiza- responde al objetivo de fomentar el interés público en que haya competencia en el mercado y facilitar la entrada de competidores en el sector. Se trata, pues, de infracciones graves por sí mismas que sólo en la medida en que cumplan con los requisitos para ser autorizadas -singularmente o por acogerse a un reglamento por categorías- estarán exentas de sanción.

Por lo demás, nos remitimos a lo expuesto en la sentencia de 31 de marzo de 2004 , antes citada. respecto de la posibilidad de sancionar incluso conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

Séptimo.- En el segundo motivo de casación se censura de nuevo la aplicación indebida del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* (en especial de su apartado 1, letra d), en relación con la parte primera del segundo de los "cargos" imputados, parte relativa a la prohibición "a los minoristas de hacer publicidad de productos de otras empresas".

En el desarrollo del motivo Texaco reitera, según sus propias palabras, "[...] la misma argumentación del motivo anterior, pues la cláusula controvertida sólo se encontraba, al iniciarse el expediente, en los mismos siete contratos en que se encontraba la allí analizada". Nos remitimos, por tanto, a lo dicho en relación con el primer motivo.

Octavo.- En similares términos se plantea el tercer motivo, correspondiente a la otra parte del segundo "cargo" imputado: a juicio de la recurrente la cláusula inserta en los contratos que impedía a los minoristas instalar signos distintivos de otras empresas no restringe la competencia y no puede ser sancionada a *título del artículo 1 de la Ley 16/1989.*

El desarrollo argumental del motivo incurre en una cierta confusión. Por un lado se refiere a los Reglamentos (CEE) 1984/83 y *(CE) 2790/1999* , pero lo cierto es que no aduce expresamente, en cuanto motivo casacional, la indebida interpretación o aplicación de éstos. Por otro lado, reconoce que dichos reglamentos (más, en concreto, sus "disposiciones especiales aplicables a los acuerdos de estaciones de servicio") contienen normas sobre qué tipo de restricciones publicitarias, entre otras, son inadmisibles en los correspondientes acuerdos, pero acto seguido parece sostener que los contratos suscritos por "Texaco Petrolífera, S.A." y los minoristas no se incluían en el marco de aquellos reglamentos comunitarios, pues ambos "regulan el contrato de suministro pero no el de abanderamiento" de estaciones de servicio.

La alegación que acabamos de reproducir es contradictoria con buena parte del planteamiento de otros motivos del recurso casacional, basados precisamente en que no se aplicaron correctamente a los contratos de "Texaco Petrolífera, S.A." los Reglamentos CEE 1984/83 y *CE 2790/1999* . En esa misma línea las afirmaciones de dicha compañía cuando afirma que las cláusulas contractuales sobre los signos distintivos "nada tienen que ver" con los contratos de suministro y con las restricciones publicitarias en ellos insertas no pueden ser compartidas.

Lo cierto es que todo este desarrollo argumental resulta ser, por lo que se refiere a la sentencia impugnada, ajeno al contenido de ésta, pues la Sala de instancia aludió tan sólo de modo específico a las cláusulas relativas a las "prohibiciones de publicidad" y no a la otra parte del cargo objeto de este motivo, que "Texaco Petrolífera, S.A." reputa ajena a las restricciones publicitarias. Las consideraciones expuestas al final del fundamento jurídico tercero de esta sentencia sobre la ausencia de análisis de algunas de las infracciones singulares, no combatida por el cauce del *artículo 88.1.c de la Ley Jurisdiccional* , conducen a la desestimación del motivo.

Noveno.- En el cuarto motivo de casación, correspondiente al tercer "cargo" imputado (esto es, a la infracción consistente en la fijación por el suministrador del precio de reventa de los lubricantes y otros productos afines), sostiene la recurrente que la Sala vuelve a aplicar indebidamente el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* , y en especial su apartado 1, letra a).

De nuevo, la censura no se traduce en el análisis jurídico de la restricción de la competencia inserta en las cláusulas que suprimían la libertad del minorista de fijar los precios finales de venta, sino en la mayor o menor extensión de esta conducta, calificada por la recurrente como "episodio cuantitativa y cualitativamente insignificante." Ulteriormente reconocerá incluso que se trata de una conducta prohibida por el *Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999,* relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE* a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, cuya aplicación retroactiva solicita.

El motivo, enfocado desde dicha perspectiva, ha de ser rechazado. En cuanto al componente "cuantitativo", esto es, al número de contratos afectados, nos remitimos a lo ya expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes. Y en cuanto al componente cualitativo la circunstancia de que el precio cuya fijación se trata no sea el de los carburantes sino el de los "lubricantes y productos afines" que se distribuyen en las estaciones de servicio, tal circunstancia, decimos, no afecta en sí misma a la tipificación de la conducta restrictiva. Ésta se produce cuando se impide a los minoristas competir entre sí a la hora de fijar el precio de los productos que venden al público, ya se trate de los que principalmente expiden o de otros más o menos accesorios o afines.

Décimo.- En el quinto motivo de casación, correspondiente al cuarto cargo imputado (prohibición al minorista de vender productos de las empresas competidoras de "Texaco Petrolífera, S.A." coincidentes con los que ésta fabrica), la alegación en que se basa prescinde, una vez más, de analizar el componente de suyo anticompetitivo de la cláusula y se limita a repetir sus argumentos sobre el escaso número de contratos en que se incluía dicha prohibición. La argumentación ha de ser rechazada por las razones que hemos expuesto en los fundamentos jurídicos que preceden a éste.

Se extiende, a continuación, la recurrente en otras consideraciones sobre el mayor o menor número de los productos que singulares podrían verse afectados por dicha prohibición, afirmando que sólo comercializa carburantes, lubricantes y productos afines, por lo que la cláusula en cuestión sería "absolutamente inane". Lo cierto es que sobre este hecho no se pronuncia la Sala de instancia ni tenemos elementos de juicio para aceptarlo en casación.

Undécimo.- El sexto motivo de casación corresponde al quinto cargo (cláusula relativa al derecho de "Texaco Petrolífera, S.A." a "inspeccionar la estación de servicio del minorista hasta el punto de poder realizar estudios de la rentabilidad del mismo tan a menudo como lo considere pertinente") y sobre él, según ya hemos expuesto, nada dijo en concreto el tribunal de instancia. Procede, en consecuencia, repetir respecto de este motivo las mismas consideraciones que expusimos en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia sobre el correlativo allí examinado.

Por lo demás, en el desarrollo argumental del motivo (que se remite a lo dicho en la demanda), aunque insiste la recurrente en que tal cláusula "nada tiene que ver con la competencia", no combate propiamente el núcleo de la imputación, esto es, la afirmación del Tribunal de Defensa de la Competencia de que este tipo de cláusulas no gozan "de la exención prevista por el *Reglamento CEE 1984/83* , puesto que el *Art. 11d*) del mismo permite únicamente al proveedor inspeccionar las instalaciones de depósito o de distribución de productos petrolíferos que sean de su propiedad" .

Decimosegundo.- Análogas consideraciones debemos hacer en cuanto al octavo motivo de casación, que anteponemos al análisis del séptimo por razones de sistemática. La Sala de instancia tampoco analizó de modo específico la infracción a la que se refiere el último de los "cargos" imputados, esto es, la relativa a las cláusulas en las que se prohibía al minorista admitir otras tarjetas de crédito distintas de las expedidas por "Texaco Petrolífera, S.A." (si bien, al rechazar en general todos los argumentos de la demanda no dejó de calificar de "pintoresco" el empleado por la recurrente al respecto, a saber, que se había tratado de un "exceso de celo del ejecutivo que suscribió el contrato").

El Tribunal de Defensa de la Competencia había entendido que esta restricción no figuraba entre las permitidas por el *Reglamento CEE 1984/83* y en realidad esta imputación singular tampoco es combatida con otros argumentos que no sean los de la escasa importancia de la conducta. Por las mismas consideraciones expuestas respecto del motivo de casación precedente, el actual debe ser también rechazado.

Decimotercero.- El séptimo motivo de casación corresponde al sexto "cargo" imputado (por error material la recurrente lo denomina en el escrito de interposición del recurso "quinto cargo"). El Tribunal de Defensa de la Competencia había considerado que determinados acuerdos de compra en exclusiva de productos petrolíferos suscritos por "Texaco Petrolífera, S.A." no podían beneficiarse de la exención por categorías prevista en el *Reglamento comunitario 1984/83* al haberse celebrado por una duración indeterminada o por más de diez años, por lo que aquella compañía había incurrido en la conducta anticompetitiva sancionable. La Sala de instancia corroboró esta conclusión en los términos que anteriormente hemos transcrito (fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia).

En el séptimo motivo casacional varía ya la relación de normas supuestamente vulneradas por la Sala. En efecto, junto a la referencia continuada a la "aplicación indebida del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* " (en especial de su apartado 1,1,b) sostiene la recurrente que el tribunal de instancia ha incurrido en "inaplicación del *artículo 10,5 de la misma Ley* "; en "inaplicación del *artículo 9, 1 y 3, del Reglamento 17/62* del Consejo de la CEE"; y en "inaplicación del *artículo 3 de la Ley 30/92* ; por supuesta infracción consistente en establecer cláusulas de duración de los contratos superiores a diez años".

Toda la base argumental del motivo descansa, sin embargo, en un hecho y en un documento a los que no se refiere el tribunal de instancia. Afirma la recurrente que "[...] como acreditamos en el expediente, esos cinco contratos habían sido prorrogados en junio de 1992, por diez años más, por medio de unos documentos que la propia Comisión Europea, a través de su Dirección General de la Competencia (DG IV) había calificado como 'addendum', en plural 'addenda', y a los que dicha Dirección General había otorgado expresamente su conformidad, en una 'comfort letter', o 'carta de archivo', que es la forma en que la Comisión termina de manera informal los expedientes [...]." A partir de esta premisa concluye que "las autoridades nacionales no pueden sancionar una conducta que ya fue expresamente autorizada por otra Administración Pública, como es la Comisión Europea, indudablemente competente para esta cuestión como dispone el *artículo 9.1 del Reglamento 17/62* del Consejo."

La recurrente critica que ni el Tribunal de Defensa de la Competencia ni la Audiencia Nacional "mencionen siquiera la conformidad de la Comisión a la prórroga de estos contratos [...] cuando ésta es obviamente una cuestión fundamental en el expediente". Pero si ello es así, lo procedente hubiera sido censurar la supuesta incongruencia omisiva de la sentencia de instancia que no da respuesta a un alegato clave de la demanda.

El motivo de casación, pues, en cuanto parte de hechos omitidos en la sentencia de instancia (sin que respecto de ellos se haya solicitado su integración) y de documentos a los que dicha sentencia no se refiere, está llamado al fracaso por la vía del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional.*

Añadiremos sin embargo, sólo a mayor abundamiento, que la lectura que la recurrente hace del documento emitido por la Comisión Europea el 8 de febrero de 1993 (folio 52 del expediente administrativo) no es adecuada. En él la Comisión:

A) Recuerda que, sobre la base del *artículo 19.1 del Reglamento 17/62* del Consejo, consideró inicialmente que los acuerdos firmados por "Texaco Petrolífera, S.A." con los titulares de estaciones de servicio radicadas en las Islas Canarias imponían al revendedor restricciones no permitidas por el *Reglamento 1984/83, de 22 de julio de 1983* , a saber, una duración superior a los 10 años, la exclusividad del suministro y publicidad de lubricantes y productos afines y la fijación de los precios de venta de estos productos "por su compañía".

Afirmaba la Comisión que, siendo las Islas Canarias un mercado relevante desde el punto de vista del Derecho Comunitario de la Competencia, los acuerdos en cuestión no resultaban compatibles con el *artículo 85.1* del Tratado "ya que afectaban el comercio entre los Estados miembros al impedir que los demás operadores, ya presentes en el mercado o potenciales, pudieran acceder en su caso a los puntos de venta concernidos por dichos acuerdos."

B) Siguiendo una práctica usual, la Comisión abrió un periodo de negociaciones con "Texaco Petrolífera, S.A.", en el curso del cual esta compañía eliminó de sus contratos las cláusulas relativas a la exclusividad de lubricantes y a la fijación de precios y adaptó "la duración de los mismos por medio de addenda, a partir de cuya firma se prorrogaba el plazo de vigencia de los contratos en diez años."

C) La Comisión, tras analizar con cierta precisión las condiciones que el *Reglamento (CEE) 1984/83* establece para que la exención prevista en el *artículo 85.3* del Tratado sea aplicable a la categoría de los acuerdos de estaciones de servicio, ratificó en su carta de 8 de febrero de 2003 que las cláusulas que

imponían al revendedor la obligación de no utilizar en su estación de servicio lubricantes o productos petrolíferos afines de terceras empresas eran contrarias al *artículo 11.c) del Reglamento* citado, como lo eran asimismo las que prohibían la publicidad de productos de empresas terceras comercializados en las estaciones (afirmaciones éstas que, por lo demás, la recurrente silencia cuando analiza los correspondientes "cargos" de la decisión nacional sancionatoria, no obstante afirmar que esta última no puede separarse de la de archivo comunitaria).

D) En relación, específicamente, con "la adaptación que, por medio de addenda, "Texaco Petrolífera, S.A." ha realizado de sus acuerdos de estaciones de servicio en las Islas Canarias", la Comisión afirma que "se podría concluir que los citados addenda no se ajustan en rigor a las normas antes indicadas, por cuanto, habiendo sido suscritos después del plazo de adaptación previsto por el *Reglamento 1984/83* , reconducen los contratos pre-existentes por otros diez años, haciendo que la duración de los mismos supere el máximo permitido."

Cierto es que, acto seguido, la Comisión se refiere a las vicisitudes de unos contratos (los suscritos por la mayor parte de los titulares de estaciones de servicio) y otros (los correspondientes a los propietarios de estaciones de servicio que se negaron a suscribir las addenda propuestas), de todo lo cual infiere que la restricción al acceso de nuevos operadores al mercado que, en cualquier caso, suponen los acuerdos de estaciones de servicio de duración excesiva se ve "relativizada" a los efectos del "interés comunitario", lo que lleva a la institución comunitaria al "archivo del presente caso mediante su remisión a las autoridades nacionales competentes".

La remisión no descarta, pues, antes al contrario, ni la continuación del expediente en la instancia nacional ni la posibilidad de que, a diferencia de la "relativa" ausencia de "interés comunitario" en la persecución de la práctica restrictiva, se mantenga el interés "nacional" en su represión. Y si ciertamente el *artículo 1.b) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero* , vincula la conformidad de los acuerdos de estaciones de servicio a su compatibilidad con el Reglamento comunitario antes citado, la componente temporal de los referidos acuerdos superaba el máximo permitido, como la propia Comisión reconocía y la Sala de instancia finalmente resolvió.

Decimocuarto.- A partir del motivo de casación noveno (en el que censura la aplicación indebida del *artículo 10,2 de la Ley de Defensa de la Competencia*) la recurrente aborda las cuestiones relativas no ya a la tipicidad de las conductas sancionadas sino a la sanción en sí misma considerada.

Sostiene, a estos efectos, que "en caso de haberse impuesto alguna sanción a Texaco", debería ser "tan insignificante como la importancia que en el peor de los casos pudiera atribuirse a las supuestas infracciones", cuyo alcance trata de minimizar. Y critica la utilización de los criterios fijados en el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989* para determinar la cuantía de las sanciones que en este caso hace no ya la Sala de instancia -que ni se refiere expresamente a dicho precepto ni analiza pormenorizadamente los factores de agravación o cuantificación de la multa- sino el Tribunal de Defensa de la Competencia

Lo cierto es que en ninguno de los ocho fundamentos jurídicos de la demanda (a los que se refiere, sintetizándolos, el segundo de la sentencia de instancia) planteó la recurrente las cuestiones que ahora suscita en casación sobre la aplicación del citado *artículo 10.2 de la Ley 16/1989* (precepto sobre cuya abstracta adecuación a las normas constitucionales reguladoras de la potestad sancionadora ya nos hemos pronunciado en anteriores sentencias, por más que su redacción sea susceptible de mejoras), lo que explica el silencio de la Sala de instancia al respecto. Tan sólo en la "conclusión" novena se refería a la "desproporción" de la sanción impuesta sobre la máxima imponible, a la vista de la cuota (0,5) del mercado nacional que ostentaba, y sobre esta desproporción versa precisamente el undécimo de los motivos casacionales.

Siendo ello así, resulta difícil dar respuesta en el seno de un recurso de casación a alegaciones supuestamente críticas de la sentencia cuando, en realidad, no lo son del contenido de ésta sino del acto administrativo antecedente, como si de un recurso de apelación se tratara. Recordaremos, en todo caso, que la sanción se impuso dentro del grado inferior de los posibles y que, en términos generales, la multa máxima de 150.000.000 pesetas incluso puede ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en los supuestos de particular gravedad. En este caso dicho Tribunal manejó como criterio base el de la gravedad o importancia de la infracción, dado el alcance de la restricción de la competencia, admitiendo como circunstancia agravante la relativa a la duración de los contratos y como atenuante las modificaciones contractuales operadas con posterioridad, si bien con los matices que acto seguido se dirán respecto a su falta de adaptación íntegra "a las directrices del *Real Decreto 157/1992* ".

Decimoquinto.- En su décimo motivo de casación sostiene la recurrente que la Sala de instancia no aplica en su sentencia el *artículo 14 de la Constitución Española* y que, de haberlo hecho, procedería su exculpación en los mismos términos en que lo había sido otra u otras de las empresas expedientadas ("Mobil Oil", por un lado, y "Cepsa" y "Repsol", por otro).

El tribunal de instancia, como ya hemos recogido, se limitó a consignar en su sentencia sobre este punto que no cabía "examinar por esta Sala, en el ámbito de este recurso, posibles actuaciones del TDC en relación a otras Compañías." Por lo que no entró en el fondo de las alegaciones correspondientes de la demanda, esto es, en el contraste o comparación entre la parte de la decisión administrativa referente a "Texaco Petrolífera, S.A." y la referente a los demás operadores, sin que este modo de proceder haya sido impugnado, en cuanto tal "exclusión" del conocimiento de la Sala sentenciadora, como incongruente por defecto.

Ello no obstante, a lo largo del motivo décimo de casación la recurrente (tras afirmar que "la Audiencia" se negó a "considerar el expediente de Mobil Oil") reitera los argumentos aducidos contra el contenido de la decisión administrativa en cuanto justificaba el trato dado a "Texaco Petrolífera, S.A." por contraste con "Mobil Oil", como si la Sala de instancia se hubiera pronunciado en cuanto al fondo tras analizar la dualidad de situaciones jurídicas a la que se refería el Tribunal de Defensa de la Competencia en el noveno de los fundamentos jurídicos de su resolución.

En él el referido Tribunal decía lo siguiente:

"Finalmente, debe destacarse la circunstancia de que en otros expedientes derivados de la misma denuncia que dio origen a éste, como el seguido contra la compañía Mobil Oil, S.A., en los que se examinaban conductas similares a las que son objeto de este expediente, este Tribunal se limitó a declarar la comisión de las conductas prohibidas y a intimar a la compañía responsable para que cesase en ellas, pero sin imponer sanción pecuniaria alguna. La imposición de multa en el presente expediente no se debe a un cambio de criterio del Tribunal ni, desde luego, a un trato discriminatorio entre una y otra compañía, sino a razones de tipo objetivo que hacen diferentes uno y otro supuesto a pesar de su origen común. En efecto, en la Resolución que se dictó en el expediente 399/97, Mobil, se declaró probado que la compañía imputada procedió a adaptar íntegramente sus contratos de distribución exclusiva a las directrices del RD 157/1992, mediante una declaración general que sometía todas sus cláusulas a la conformidad con el mismo, mientras que en el presente expediente, Texaco se limitó a suprimir de sus contratos la cláusula por la que se reservaba la facultad de fijación de precios de determinados productos y a limitar su duración a diez años, a contar desde la fecha de la comunicación. De esta manera, mientras que en el primer expediente la compañía imputada cumplió íntegramente con los requisitos del RD 157/1992 desde su entrada en vigor, la imputada en este procedimiento sólo lo hizo parcialmente y además de forma incorrecta, como queda más arriba expresado, lo que justifica sobradamente la diferencia entre las consecuencias que deban atribuirse a una y a otra conducta."

La crítica que la recurrente expone en este motivo trata de sostener que Mobil Oil también actuó incorrectamente y no habría adaptado debidamente sus contratos, en contra de lo afirmado finalmente por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el pasaje antes transcrito. Afirmación que, si pudiéramos aceptarla a efectos dialécticos, conduciría todo lo más a la conclusión de que aquella empresa también debió ser sancionada, pero no a que "Texaco Petrolífera, S.A." debiera dejar de serlo.

En cuanto a las sanciones impuestas a "Repsol" y "Cepsa", resultan ajenas al expediente sancionador del que dimanan estas actuaciones, fueron impuestas en otros después de que se dictara la resolución administrativa impugnada en este proceso y a ellas no se refirió la recurrente en su demanda sino en el escrito de conclusiones. Se trata, por lo demás, de sanciones que fueron impuestas por hechos y respecto a ámbitos distintos de los que son objeto de este recurso.

Si a todo ello se une lo ya expuesto respecto del carácter impugnatorio del motivo décimo, dirigido en realidad más contra el acto de base que contra la sentencia de instancia renuente a entrar en el fondo de la comparación propuesta, se impone su desestimación.

Decimosexto.- En el undécimo de los motivos de casación se censura la indebida aplicación de los *artículos 25 y 38 de la Constitución* así como del *artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre* , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Bajo esta cobertura, sin embargo, lo único que se critica es la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, tanto desde el punto de vista relativo (esto es, por comparación a otras empresas, con lo que se reitera el contenido del motivo precedente) como en términos absolutos.

El motivo está construido sobre unas bases teóricas que poco tienen que ver con su conclusión impugnatoria. Parte la recurrente de la sentencia *constitucional 66/1995* para, tras relacionar en abstracto el principio de proporcionalidad de la respuesta sancionadora con la libertad de empresa, sostener que "una sanción más moderada habría conseguido el mismo resultado" de "coercer a la compañía para que hiciera todo aquello que el TDC la intimase".

El planteamiento no tiene suficientemente en cuenta que la razón de ser de las sanciones impuestas en esta materia no es la de asegurar el cumplimiento futuro de las intimaciones hechas por los órganos de defensa de la competencia sino el de reprimir actuaciones pasadas de las personas físicas o jurídicas que hayan incurrido en prácticas contrarias a ésta. El Legislador ha dispuesto mediante la *Ley 16/1989* en qué términos dichas conductas merecen una sanción económica y cuál ha de ser el importe máximo de ésta, calibrado en cada caso a tenor de los criterios plasmados en el *artículo 10* : si se respetan dichos criterios -y sobre ello versaba el motivo de casación correspondiente- la sanción es conforme a derecho.

Justamente en este punto es donde la recurrente prescinde de examinar por qué la aplicación al caso de autos de dichos criterios, o de los más generales recogidos en el *artículo 131 de la citada Ley 30/1992* , se revela disconforme a derecho. Al margen de las referencias a la capacidad "disuasoria" contra las empresas y a la función de apoyo "innecesario" a las intimaciones (argumentos ambos no aceptables a los efectos que pretenden), no existe propiamente en este motivo una argumentación fundada para sostener que la sanción dictada, que lo fue con arreglo a las pautas normativas del *artículo 10 de la Ley 16/1989* , no fue proporcional a la conducta infractora. El motivo undécimo, pues, ha de ser rechazado.

Decimoséptimo.- En el último de los motivos de casación se censura la "inaplicación del *artículo 1 del R.D. 157/92* , en relación con el *artículo 2 y el 13 del Reglamento CE nº 2790/99* de la Comisión Europea."

Propugna la recurrente la aplicación retroactiva in melius del *Reglamento citado, al que (tras su publicación como norma que sustituye al precedente Reglamento comunitario 1984/83* , vigente hasta el 31 de diciembre de 1999) debe entenderse que remitía desde esta última fecha el hoy también derogado *Real Decreto 157/1992* . A su juicio, la aplicación del nuevo reglamento comunitario obligaría a exonerar a "Texaco Petrolífera, S.A." de la sanción impuesta.

El motivo no puede ser estimado. En primer lugar, la propia recurrente reconoce que alguno de los cargos que se formularon contra ella (en concreto, el de fijar los precios de reventa de los lubricantes) "se sigue considerando infracción en el nuevo reglamento", si bien trata de minimizar este hecho invocando una vez más la regla de minimis en el sentido equivocado que ya hemos dicho.

En segundo lugar, y sobre todo, el argumento base del motivo (que "todos los contratos que incluyan restricciones a la competencia tienen su duración limitada, forzosamente, a cinco años, aunque lo previsto en principio fuera una duración superior [...]; con lo cual, si ningún contrato puede durar más de cinco años desde esa fecha, carece de sentido la objeción que la Audiencia invocó para seguir considerando infracciones lo que con arreglo al nuevo reglamento no lo era") confunde el plano de la realidad con el plano de la norma.

La Sala de instancia consideró que, de hecho, los contratos suscritos por "Texaco Petrolífera, S.A." excedían de los cinco años, esto es, de la duración máxima permitida en la norma comunitaria para otorgar la exención por categorías: en cuanto aseveración relativa a unas determinadas cláusulas contractuales, tal afirmación no es revisable en casación. Hemos dicho reiteradamente que la interpretación del alcance de un contrato singular suscrito entre las partes, y de los negocios jurídicos en general que unas y otras acuerden, corresponde a los tribunales de instancia y no a los de casación. Debe prevalecer en esta sede la apreciación que aquéllos hagan, pues son los órganos jurisdiccionales a quienes compete la función propia de interpretar los contratos "salvo en los supuestos excepcionales de que dicha interpretación contravenga manifiestamente la legalidad o resulte errónea, disparatada, arbitraria, contraria al buen sentido, pugne abiertamente con realidades suficientemente probadas o contenga conclusiones erróneas decisivas, sean irracionales o incluso adolezcan de una desproporcionalidad no encajable en un normal raciocinio", según recordamos en las recientes sentencias de 10 de mayo de 2004 y 18 de enero de 2005.

Siendo ello así, el argumento base del motivo último debe ser rechazado y, con él, el recurso de casación en su integridad. Si el tribunal de instancia aprecia que los contratos incluían cláusulas que excedían de la duración máxima antes dicha (esto es, la fijada en el Reglamento comunitario) no puede argüirse en contra que la norma fija una duración máxima para los contratos. Precisamente por no atenerse, en este punto, a la citada norma, resulta inaplicable en el caso de autos la exención por categorías, exención que el Reglamento dispensa a determinadas conductas restrictivas de la competencia para

aquellas relaciones que sí se atienen a él.

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

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 5888/2003, interpuesto por "Texaco Petrolífera, S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2003 recaída en el recurso número 817 de 2000. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Francisco Trujillo.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.