

Id Cendoj: 28079130032004100257
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 4333/1999
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

SANCIÓN PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMPETENCIA (Expte. 355/94 del Tribunal y 751/91 del Servicio): empresas vendedoras de fotocopiadoras. XEROX ESPAÑA Acuerdo fabricantes-distribuidores exclusivos (obligatorio contratar asistencia técnica); fabricante con cuota mercado no > 30%: - art. 1.1.e) y 5 LDC- RD 378/2003, de 28 de marzo, en materia de exenciones por categorías- aplicación art. 81.1.e) Tratado CE a acuerdos verticales sin posición de dominio; art. 81.3 Tratado CE- art. 2.1 y 3.1 Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión (22-12-1999) en relación con art. 81.1.e) Tratado CE

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil cuatro.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituido en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4.333/1.999, interpuesto por XEROX ESPAÑA, THE DOCUMENT COMPANY, S.A., representada por la Procuradora D^a Mercedes Marín Iribarren, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 14 de enero de 1.999 en el recurso contencioso-administrativo número 861/1.996, sobre imposición de sanción por prácticas restrictivas de la competencia en expediente contra empresas vendedoras de fotocopiadoras.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia de fecha 14 de enero de 1.999, desestimatoria del recurso promovido por **Rank Xerox** Española, S.A. (en denominación posterior Xerox España, The Document Company, S.A.) contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 1.996, dictada en el expediente de dicho organismo 355/94 (751/91 del Servicio de Defensa de la Competencia) seguido contra varias empresas vendedoras de fotocopiadoras, en la que, entre otros pronunciamientos, se declaraba a la actora responsable de una infracción del artículo 1.1.e) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, imponía a la misma la sanción de multa de 50 millones de pesetas, y ordenaba la publicación de la parte dispositiva de dicha resolución en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de información general, con circulación en todo el territorio del Estado, por parte de Olivetti España, S.A. y **Rank Xerox** Española, S.A., a quienes declaraba solidariamente responsables del cumplimiento de dicha obligación; asimismo, se comunicaban a los sancionados instrucciones para la ejecución de la resolución.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado por providencia de la Sala de instancia de fecha 9 de abril de 1.999, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Xerox España, The Document

Company, S.A., compareció en forma en fecha 26 de mayo de 1.999, mediante escrito interponiendo recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia,

- 2º, al amparo del mismo apartado que el anterior, igualmente por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989,

- 3º, que se ampara en el mismo apartado que los anteriores, por infracción del artículo 1.3 de la mencionada Ley 16/1989,

- 4º, igualmente basado en el apartado 1.d) del precepto procesal antes citado, por infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia ya referida,

- 5º, al amparo del apartado 1.c) de la norma jurisdiccional, por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, que recaería en incongruencia, y

- 6º, que se acoge como el anterior al apartado 1.c), por haberse infringido igualmente el principio de prohibición de incongruencia de la sentencia.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia casando y anulando la recurrida, y declarando no haber lugar a la declaración de existencia de práctica restrictiva de la competencia y a las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Además, solicitaba la celebración de vista.

El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 21 de julio de 2.000.

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 e imponga las costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de 19 de diciembre de 2.003 se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 18 de febrero de 2.004, dictándose en esa misma fecha providencia, con suspensión del señalamiento, en la que se acordó otorgar plazo a las partes a fin de que alegaran sobre las siguientes cuestiones:

"1. Sobre la eventual aplicación retroactiva al caso de autos del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, de desarrollo de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia y, en la medida en que a él se remite, del Reglamento (CE) nº 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,

2. En caso de considerarse aplicables al caso de autos las disposiciones referidas en el punto 1, si estiman conveniente plantear ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de conformidad con lo dispuesto en el art. 234 del Tratado CE, cuestión prejudicial sobre:

a) la aplicación de lo dispuesto en el artículo 81.1 e) a los acuerdos verticales sin posición de dominio.

b) La interpretación de los artículos 2.1 y 3.1 del Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1.999, en relación con el apartado 1.e) del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, con respecto a un acuerdo entre una empresa fabricante de fotocopiadoras y sus distribuidores exclusivos por el que éstos quedan obligados para poder perfeccionar el contrato de venta de las máquinas a obtener del usuario final la contratación del servicio de asistencia técnica con la empresa fabricante, cuando ésta no ostenta una cuota de mercado superior al 30%.

Asimismo la Sala acuerda oír al Ministerio Fiscal sobre el punto 2 de los expuestos anteriormente."

SEXTO.- En el plazo otorgado las partes y el Ministerio Fiscal han presentado sendos escritos, en los que, resumidamente, hacen las siguientes alegaciones:

La representación procesal de la entidad recurrente, Xerox España, The Document Company, S.A., expone que no entiende aplicable retroactivamente el Real Decreto 378/2.003 al contrato-tipo cuestionado, si bien señala que era ya doctrina jurisprudencial consolidada que sin posición de dominio en un determinado mercado (primario) no hay posible restricción anticompetitiva en el mercado de un segundo producto o servicio (secundario). Entiende que no cabría formular la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sugerida por la providencia por lo ya alegado y porque en el expediente se aplica derecho nacional. Considera también la parte actora que se plantean en este supuesto dos cuestiones previas: cuál es la fuente en sentido técnico-jurídico de la supuesta restricción de la competencia entre fabricante y distribuidor en relación con la asistencia técnica (que dicha parte entiende que configura una relación de mera mediación entre ambos), y si hay relación entre la prestación supuestamente impuesta al distribuidor (mediar en la contratación por el cliente de la asistencia técnica cuando ello sea necesario) y su actividad principal (promover la venta).

El Sr. Abogado del Estado manifiesta que resultaría improcedente la aplicación retroactiva del Real Decreto 378/2.003, puesto que ni el mismo la establece ni se aprecia motivo para que las disposiciones de dicha norma se apliquen a acuerdos y prácticas anteriores a su entrada en vigor; como consecuencia, no considera conveniente plantear al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea la cuestión prejudicial propuesta.

Por último, el Ministerio Fiscal expone que es requisito previo que se concluya la aplicabilidad de la normativa comunitaria a que se refería la providencia; si efectivamente así se hace, manifiesta que procedería plantear la cuestión de prejudicialidad si la Sala participa de la dificultad de interpretación del artículo 81.1.e) del Tratado Constitutivo (antiguo 85.1.e) -que encuentra su inclusión en el Derecho nacional en el artículo 1.1.e) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia-, entendiendo que los artículos 2.1 y 3.1 del Reglamento CE 2790/99, con los que el antes citado se relaciona, participan de la misma dificultad interpretativa.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 3 de junio de 2.004, se ha señalado de nuevo para la deliberación y fallo el día 9 del mismo mes, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Xerox España, S. A., interpone recurso de casación frente a la Sentencia dictada el 14 de enero de 1.999 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso que había formulado contra la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 1.996. Esta Resolución sancionaba a la actora y a otras empresas fabricantes de fotocopadoras por diversos acuerdos restrictivos de la competencia. En relación con **Rank Xerox**, la práctica por la que se le sancionaba consistía en haber incluido durante un período de tiempo una cláusula en los contratos suscritos con sus distribuidores exclusivos por los cuales se condicionaba la venta a éstos de las máquinas fotocopadoras a que el comprador final suscribiese un contrato de asistencia técnica con **Rank Xerox**, de tal forma que en ausencia de dicho contrato **Rank Xerox** podía negarse a entregar al distribuidor la máquina vendida por éste.

SEGUNDO.- En el recurso contencioso administrativo la empresa actora formulaba respecto al fondo fundamentalmente las siguientes alegaciones: la licitud de las cláusulas objetadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia por no estar comprendidas en el artículo 1.1.e) de la Ley de Defensa de la Competencia, que se refiere en exclusiva a acuerdos entre empresarios, y no entre empresarios y consumidores; que los acuerdos verticales entre empresarios sólo son sancionables si incurren en abuso de posición de dominio; y, finalmente, la falta de trascendencia de los hechos objeto de sanción y la falta de proporcionalidad de la sanción respecto a la entidad de los hechos sancionados.

La Sentencia que se impugna en el recurso de casación desestimó el recurso contencioso administrativo con los siguientes argumentos. En relación con la primera de las alegaciones reseñadas se decía:

"CUARTO.- La alegación de fondo versa acerca de la licitud de las cláusulas objetadas por falta de tipicidad. Su inclusión en el Art. 1.1.e) no es admisible, según la actora porque el Art. 1 LDC contempla acuerdos entre empresarios y no entre empresarios y consumidores o usuarios. El contrato de asistencia técnica cuya imposición al distribuidor constituye el objeto de la acusación, se establece, dice RXE, entre ella y el cliente final y no entre RXE y el distribuidor, que únicamente actúa como un mediador entre las partes, actividad por la que recibe una retribución. El distribuidor firma el contrato en nombre de RXE, quedando el mismo al margen del contrato de mantenimiento. Al contrato de distribución no le sería

aplicable el art. 1.1.e); y tampoco será aplicable al contrato de venta directa de RXE al usuario final, porque éste no es un empresario.

La Sala considera que debe distinguir entre los siguientes aspectos, en primer lugar el art. 1 LDC regula relaciones interempresariales por lo que no se aplica a las ventas directas a los usuarios que pueda hacer RXE, regulada por sus "condiciones generales de venta". Los usuarios finales están protegidos por una legislación específica, como es la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios, que prohíbe específicamente, como contraria al justo equilibrio de las prestaciones, la obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados (Art. 10.1.c) 12). Pero es aplicable aquella norma cuando la actora impone a cada distribuidor la condición de que al transmitir una de sus máquinas de reprografía exija la aceptación por el cliente del contrato de asistencia técnica con RXE, de modo que una venta sin tal aceptación autoriza a la actora a no entregar la máquina y a resolver la venta al distribuidor que ve así limitada su libertad de vender sólo la fotocopidora sin otras prestaciones. En segundo lugar, la L.D.C., no excluye que su art. 1 nº 1 e) pueda aplicarse a los acuerdos verticales que infringen dicho apartado cuando el vendedor exige añadir a la prestación principal, que es objeto del contrato, otras prestaciones no necesarias al distribuidor, que se ve obligado a aceptarlas, si quiere la prestación principal con independencia de que el vendedor tenga o no una posición de dominio en el mercado. Por lo tanto concurre una restricción de la libertad del distribuidor que justifica la aplicación del art. 1.1.e) de la LDC en este caso, a juicio de la Sala, teniendo en cuenta los referidos aspectos del litigio.

QUINTO.- El TDC considera que las alegaciones de la actora respecto de la relación entre la venta de la máquina y su mantenimiento, son ciertas en la medida en que la asistencia postventa se ofrezca opcionalmente al comprador; pero no justifican la unificación de ambas prestaciones, haciendo de la contratación del servicio condición necesaria para la venta de fotocopidora. El Art. 1.1.e) debe interpretarse en el sentido de que las prestaciones suplementarias que pueden unirse al objeto del contrato de compraventa de la máquina serán todas aquellas necesarias o convenientes, atendiendo a su naturaleza y a los usos de comercio, para que se alcance la finalidad que persigue el contrato, esto es, transmitir al adquirente la propiedad de una máquina en condiciones adecuadas de funcionamiento. A partir de este momento el adquirente ha de tener libertad de contratar o no, y con quien quiera, el aseguramiento para el futuro de la eventuales incidencias que puedan afectar al funcionamiento posterior de la máquina acudiendo para ello al mercado de los servicios de reparación. Esta vinculación es la que prohíbe el art. 1.1.e), no siendo aplicables al caso otras resoluciones del TDC, que invoca la actora, por ejemplo la de 10 de julio de 1.990 porque contempla la prestación de dos servicios complementarios y simultáneos, y no la venta de una máquina y su posterior asistencia. Concurriendo en definitiva la infracción del art. 1.1.e) de la LDC también con arreglo a este razonamiento, que la Sala considera correcto jurídicamente, no habiendo sido desvirtuado de contrario." (fundamentos de derecho cuarto y quinto)

Respecto a la exigencia de abuso de posición de dominio para que la conducta objetada resultase sancionable la Sala de instancia dijo:

"La actora argumenta que las prestaciones vinculadas precisan del requisito de abuso de posición de dominio, para ser sancionables y puede darse también como acuerdo horizontal entre empresarios para incluir en sus ofertas una misma prestación vinculada; pero no cabe como acuerdo vertical entre comprador y vendedor si no hay posición de dominio, porque el adquirente es libre de no aceptar y de recurrir a los competidores. El empresario oferente puede configurar sus ofertas como tenga por conveniente y será el mercado el que las aceptará o rechazará, valorando las diversas prestaciones que las integran. Y además alega que una cláusula muy similar a la objetada se contenía en los contratos que presentó la actora a la Comisión Europea y a las autoridades británicas de la competencia sin que pusieran objeciones.

Ahora bien dicho alegato no es aceptable por la Sala ,teniendo en cuenta que existen dos mercados, el primario de productos manufacturados, como puede ser una fotocopidora, y el secundario de servicios, como es el de postventa, que no sólo alcanza el período de garantía, sino también posteriormente, el de reparación y reposición de piezas, en el que la conducta enjuiciada de la actora interfiere privándole de la libre competencia, siendo evidente que no es necesario el presupuesto de abuso de una posición de dominio en el mercado para que se produzca la imposición a los concesionarios de las cláusulas cuestionadas, y buena prueba de ello es que así ha ocurrido en el presente caso. Y esta realidad no puede ser enervada mediante la invocación de términos comparativos, como la alegada tolerancia en otros ámbitos administrativos a los que la LDC no es aplicable y cuya identidad no ha sido acreditada respecto del caso actual." (fundamento de derecho sexto)

Y, finalmente, respecto a la trascendencia de los hechos y la proporcionalidad de la sanción se decía en la Sentencia impugnada:

"En la demanda se puntualiza con documentos adjuntos a la misma sobre concesionarios, que del total de distribuidores, por ejemplo en el año 1.994, que son 63 en España, 16 son concesionarios mediante el contrato-tipo cuestionado. El volumen de negocio canalizado por éstos en 1.995 no consta a la Sala; pero el porcentaje correspondiente a dichos concesionarios es del 25% sobre el total de distribuidores.

Ahora bien, según correctamente puntualiza el TDC en la resolución recurrida la imposición del contrato de asistencia que sería una infracción situada en zona gris, de gravedad relativa, que no tiene la trascendencia de un abuso de posición dominante o de un acuerdo entre empresarios sobre precios o reparto de mercado. Así pues, la infracción no reviste, por su naturaleza, la máxima gravedad; pero su alcance se extiende tanto a quien se impone, como a los operadores en el mercado del mantenimiento, que no pueden acceder a las máquinas RXE. El mercado afectado ha sido todo el nacional; y desde el punto de vista del producto tanto el de las máquinas fotocopiadoras como el de sus reparaciones, no consta el volumen total de negocio en ambos mercados en el año 1.995, pero sí consta, para este ejercicio, la cifra total de ventas de RXE, que fue de 22.743.867.855 pesetas; de las cuales 10.552.810.739 corresponden a venta de fotocopiadoras y 9.697.442.838 a asistencia técnica. Y tampoco consta qué cuota de mercado representan las anteriores ventas de RXE: pues los últimos datos se refieren sólo a la venta de fotocopiadoras en los años 1990 y 1991, en los que RXE tenía el 8,5% y el 7,8% respectivamente, según el Informe del SDC.

La práctica restrictiva enjuiciada se ha venido realizando desde 1984, en que se comenzaron a firmar estos contratos, hasta 1995, en que se sustituyeron por el último modelo en el que la cláusula ha desaparecido, y la Ley 16/1989 no debe aplicarse a conductas anteriores a ella por lo tanto el tiempo en que ha venido realizando la práctica se extiende desde Agosto de 1.989 hasta 1995, por tratarse de una infracción administrativa continuada, en que no cabe apreciar la reiteración porque RXE no había sido condenada por la misma conducta. Y ponderando todas estas circunstancias se estima adecuada una sanción de 50 millones de pesetas, por el TDC, con arreglo al art. 10 de la L.D.C.

Entendiendo la Sala que no resultan dichos datos desvirtuados de contrario, y por lo tanto su ponderación indica que el porcentaje de tales concesionarios representa la incidencia en el mercado nacional de este canal de distribución, por lo que la gravedad de la infracción del art. 1º 1ª letra e) de la Ley 16/89, en este caso es relativa teniendo en cuenta que el canal de distribución cuestionado puede comprender el 25% de la red, que integra la venta y la asistencia técnica, vinculadas por las cláusulas litigiosas, y corresponde en 1.995 a éste un volumen de 5.685.966.964 ptas., cuyo 10% son 568.596.696 ptas., que representan el tope máximo de la sanción imponible, según el art. 10º 1 de la L.D.C.; y por lo tanto resulta proporcionada la cuantía de la multa impuesta atendiendo al necesario juicio de equidad que la Sala ha de realizar ponderando los intereses jurídicos en conflicto, puesto que el grado inferior correspondiente a la multa mínima se encuentra comprendido hasta el tope del primer tercio de dicho importe, es decir 189.532.232 ptas., por lo tanto, la Sala considera ajustado a Derecho, una vez aplicado el principio de proporcionalidad en materia sancionadora, la multa impuesta por la resolución recurrida a la actora, teniendo en cuenta la doctrina al efecto de la Sala 3º, Sección 3º del Tribunal Supremo, contenida en sus sentencias de 16 y 25 de Febrero de 1.998, (Rs-1.593 y 1.832), al estar incluida su cuantía dentro del grado mínimo imponible, en este caso." (fundamento de derecho séptimo)

TERCERO.- El recurso de casación se articula en seis motivos, de los que los cuatro primeros se formulan al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por la supuesta infracción de diversas normas del ordenamiento jurídico, y los dos restantes acogidos al apartado 1.c) del indicado precepto legal, alegándose en ellos que la Sentencia impugnada incurre en incongruencia.

En el primer motivo de casación, la parte actora aduce la infracción del artículo 1 de la referida Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Se arguye en este motivo que dicho precepto sanciona exclusivamente determinados acuerdos entre empresas, pero en modo alguno los comportamientos unilaterales, aunque pudieran éstos tener efectos anticompetitivos; por el contrario, para que un comportamiento unilateral resulte sancionable en defensa de la competencia se requiere de forma inexcusable que constituya un abuso de posición dominante y sólo sería perseguible, en consecuencia, en aplicación del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. En definitiva, entiende la empresa **Rank Xerox** que "desde el punto de vista del derecho de la competencia, una empresa que no tenga posición dominante puede organizar la comercialización de sus bienes y servicios en la forma que estime oportuno siempre que sea unilateralmente, esto es, sin ponerse de acuerdo con nadie, competidor o no".

Concluye la empresa actora que esa es precisamente su propia situación, por cuanto por un lado no tiene una posición dominante en el mercado de las fotocopiadoras en España, y por otro lado su política de prestar ella misma el mantenimiento en exclusiva es una decisión unilateral que no surge del contrato de

concesión con los distribuidores sino que es una "condición general previa y anteriormente establecida con carácter general de forma unilateral por Xerox".

Asimismo afirma la actora que los actos contrarios a la competencia requieren de forma inexcusable que haya concertación. Por ello no puede haber vulneración del derecho de la competencia cuando una de las partes no goza de autonomía en la comercialización de un producto, abundando en su posición de que la conducta por la que se le ha sancionado no es consecuencia de un acuerdo entre **Rank Xerox** y sus distribuidores, sino de una actuación impuesta unilateralmente por la propia **Rank Xerox**. En apoyo de esta posición la actora acude al Derecho Comunitario y cita la Comunicación de la Comisión Europea de 24 de diciembre de 1.962 y las Sentencias del Tribunal de Justicia Grundig/Consten, de 13 de julio de 1.966 y, sobre todo, Suiker Unie, de 16 de diciembre de 1.975.

Finalmente concluye su argumentación defendiendo que la actuación de los concesionarios al requerir a los usuarios finales la contratación del servicio técnico con **Rank Xerox** es ajena a la relación de concesión y constituye una labor de mediación adicional a aquélla respecto a la que resulta irrelevante que se encuentre recogida en el mismo documento que recoge la relación concesional.

CUARTO.- Para decidir sobre este motivo, es necesario en primer lugar despejar algunas cuestiones planteadas por la recurrente, con especial incidencia en el derecho comunitario. Como hemos visto su argumentación tiene una doble vertiente: en su opinión la exigencia de la firma del contrato de asistencia técnica por parte del cliente final no es consecuencia de un acuerdo entre **Rank Xerox** y sus distribuidores, sino de una decisión unilateral de **Rank Xerox**; y, en segundo lugar, dicho comportamiento unilateral no es contrario al derecho de la competencia por no producirse desde una posición dominante en el mercado relevante. A ello añade que la exigencia de que los distribuidores exijan al comprador final la firma del contrato de asistencia técnica con **Rank Xerox** es consecuencia de un acuerdo de mediación -lo que resulta parcialmente contradictorio con lo anterior- distinto al de venta de las máquinas por parte de los distribuidores.

En cuanto a la primera cuestión, no tiene razón la recurrente al tratar de separar su relación comercial general con los concesionarios o distribuidores exclusivos de lo que **Rank Xerox** considera un acuerdo adicional de mediación por el que los distribuidores deben obtener del cliente final que contraten el servicio técnico con la empresa fabricante.

En efecto, no se ha sancionado a **Rank Xerox** por adoptar una política de atender en exclusiva el servicio técnico de sus máquinas, lo que podría dar lugar a políticas de comercialización de sus fotocopiadoras muy diversas. Se le ha impuesto una sanción por el hecho de que, como plasmación de dicha decisión, acuerde con sus distribuidores exclusivos la obligación de éstos de obtener el contrato de asistencia con **Rank Xerox** por parte de los compradores finales. Este acuerdo ligado a la venta de las fotocopiadoras a sus distribuidores es el que es objeto de sanción, y como tal acuerdo es una concertación entre dos partes independientes, por mucho que no ocupen una posición equilibrada o igualitaria. No es posible aceptar que dicho acuerdo sea un contrato de mediación distinto a la compraventa de las máquinas por cuanto ambos forman parte del marco de relaciones comerciales entre **Rank Xerox** y sus distribuidores y ha quedado acreditado que ambos están vinculados de tal forma que sin la firma del contrato de asistencia por el comprador final, **Rank Xerox** puede negarse a servir las máquinas al distribuidor. Desde el punto de vista del derecho de la competencia (artículo 1.1.e de la Ley de Defensa de la Competencia y 81.1.e del Tratado de la Comunidad Europea), es indiferente la calificación jurídica que pudiera darse a esa labor de mediación: lo que está excluido por el derecho de la competencia es precisamente la vinculación entre la compraventa de las máquinas entre fabricante y distribuidores y una obligación ajena a dicha compraventa, como es ese compromiso de "mediación culminada con éxito" por parte de los distribuidores. Y dicha vinculación se produce por la voluntad de ambas partes al suscribir el contrato de distribución entre **Rank Xerox** y los distribuidores, el cual constituye un acuerdo o concertación entre ambas partes, aunque pueda admitirse que no ostentan una posición equilibrada y que, de alguna manera, existe una cierta imposición de **Rank Xerox** a sus distribuidores (so riesgo de no acceder a dicho contrato de distribución).

Dicho acuerdo implica, tal como ha afirmado tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia, un acuerdo comprendido en el apartado 1.e) del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, puesto que subordina la celebración de unos determinados contratos (la compraventa de las máquinas entre **Rank Xerox** y sus distribuidores), a la "aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos". Y, en efecto, la exigencia de esa labor de mediación exitosa que se impone al distribuidor y que éste asume, de obtener del usuario final el contrato de asistencia técnica para **Rank Xerox**, debe calificarse como una prestación no necesaria para el contrato de compraventa anterior, como lo prueba el hecho de que el

mercado de la asistencia técnica es distinto y casi de la misma relevancia económica que el primero. Es un mercado, en efecto, en el que hay otros sujetos económicos cuya labor es la simple asistencia técnica y a quienes les afecta directamente este tipo de concierto entre fabricantes y distribuidores exclusivos, puesto que les priva de la posibilidad de prestar dicho servicio a los usuarios que se han visto compelidos a suscribir el contrato de asistencia técnica con el fabricante, ya que en caso contrario no podían adquirir la máquina de su elección porque dicho fabricante no se la proporcionaría al distribuidor.

QUINTO.- Como hemos avanzado, la conducta descrita se incardina también en el apartado 1.e) del actual artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea y, en consecuencia, la sanción por un acuerdo como el que **Rank Xerox** impone en sus contratos con sus distribuidores exclusivos no es contraria, en principio, al derecho comunitario. Está fuera de toda duda, en efecto, que los acuerdos verticales son susceptibles de constituir acuerdos contrarios al derecho de la competencia comunitaria y como tales, de ser comprendidos en alguno de los apartados del citado precepto. Frente a lo que afirma la recurrente, ni la Circular de la Comisión de 24 de diciembre de 1.962 ni la Sentencia "Suiker Unie" de 16 de diciembre de 1.975 pueden interpretarse en otro sentido: antes bien, de ellas precisamente se deduce lo contrario de lo que pretende la empresa **Rank Xerox**.

Sin necesidad de extenderse sobre este punto, lo que se dice en la citada Circular, que versaba sobre los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales es que, por encima de la calificación jurídica que se le dé a dicha relación, los acuerdos entre una empresa y tales agentes no estarían comprendidos en el artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea cuando el agente no pueda ser calificado como comerciante independiente por no asumir riesgo alguno en la transacción y operar exclusivamente por cuenta y riesgo de la otra empresa. Y, consiguientemente, en el apartado II afirma de manera clara que "contrariamente a cuanto acontece con los contratos suscritos con agentes comerciales, tal como son considerados en esta Comunicación, no se puede afirmar que el apartado 1 del artículo 85 no sea aplicable a los contratos de representación exclusiva suscritos con comerciantes independientes".

En el mismo sentido, la Sentencia "Suiker Unie", en lo que aquí importa, ratificaba que entre comerciantes independientes puede haber acuerdos verticales subsumibles bajo el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, aunque su objeto se centra sobre todo en determinadas cuestiones relativas al abuso de posición dominante.

Así pues, no se deduce ni de la Circular ni de la Sentencia alegadas que sea un requisito imprescindible para que dichos comportamientos resulten sancionables el que se parta de una posición de dominio en el mercado: precisamente ambos textos se refieren a la posibilidad de acuerdos verticales entre comerciantes independientes comprendidos bajo el artículo 85 (ahora 81), no del 86 (ahora 82).

Por consiguiente, en la medida en que en el caso de autos la relación se da entre la empresa fabricante y distribuidores que actúan por su propia cuenta y riesgo -esto es, lo que la mencionada circular considera como "comerciantes independientes"-, los acuerdos entre ellos pueden quedar comprendidos, en su caso, bajo el alcance del citado artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea.

SEXTO.- Tampoco puede decirse, como sostiene la actora, que la conducta sancionada no se pueda reputar como un acuerdo por tratarse de un comportamiento unilateral de **Rank Xerox**. Como ya hemos visto, dicha posibilidad hay que excluirla desde el momento en que se trata del contrato que une a **Rank Xerox** con sus distribuidores y que en todo momento estos asumen dicha exigencia. A este respecto, puede mencionarse la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de 6 de enero de 2.004 (asunto BAI/Bayer), en la que se discute tal posibilidad respecto a la relación entre empresas farmacéuticas (Bayer España y Bayer Francia) y los mayoristas distribuidores. En efecto, una de las cuestiones que se examinan en ella es determinar en qué supuestos puede hablarse de comportamiento unilateral y cuando existe, por el contrario, concordancia de voluntades en relaciones verticales en las que siempre hay un cierto grado de desequilibrio en la posición y, por tanto, de relativa imposición de una parte de la relación comercial sobre la otra. Mediante el examen del supuesto visto en el propio caso BAI/Bayer -en el que el Tribunal rechaza que hubiera concierto entre las partes- y en los de otras sentencias anteriores, queda claro que en el caso de autos sí puede hablarse de concordancia de voluntades o acuerdo. Así, el Tribunal ha entendido que por el hecho de incluir en las facturas que una empresa farmacéutica multinacional enviaba a sus mayoristas la mención "exportación prohibida", podía afirmarse que, en el marco de las relaciones comerciales que la empresa mantenía con dichos clientes mayoristas, existía acuerdo entre las partes para no exportar (Sentencia de 11 de enero de 1.990, Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión); en otro supuesto el comportamiento de los clientes denotaba la aquiescencia de los mismos respecto a una política consistente en impedir determinadas exportaciones incluso sin existencia de ninguna estipulación escrita (Sentencia de 8 de febrero de 1.990, Tipp-Ex/Comisión); también pueden citarse a este respecto las Sentencias de 25 de octubre de 1.983 (AEG/Comisión) y de 12 de julio de 1.979 (Ford/Comisión).

Frente a tales precedentes sobre el criterio con que el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de acuerdo del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, no cabe ninguna duda de que queda comprendido en el mismo el supuesto de autos, en el que hay una expresa estipulación escrita que vincula al contrato principal una prestación que es asumida por ambas partes en el contrato que regula sus relaciones comerciales.

Así pues, al llegar a la conclusión de que en el presente supuesto ha habido acuerdo en el sentido del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, queda ya rechazada la argumentación de la actora, que sostenía que al no haber tal acuerdo, el derecho comunitario excluía que pudiese sancionarse una decisión unilateral de **Rank Xerox**, al no ostentar una posición de dominio en el mercado.

SÉPTIMO.- Rechazadas con las consideraciones anteriores las alegaciones de la parte actora, es preciso sin embargo examinar la regulación de las exenciones por categorías en conexión con lo planteado en este motivo tanto sobre la cuestión de la posición dominante, como con la alegación de la irrelevancia de la conducta sancionada.

En efecto, el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia -siguiendo lo previsto en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea-, permite autorizar determinados acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas, o categorías de los mismos, que en principio quedarían comprendidos entre los prohibidos en el artículo 1, cuando contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que además (apartado 1) cumplan determinados requisitos que se enumeran en el propio precepto, o bien (apartado 2) cuando se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público y tengan determinados objetivos señalados expresamente en el precepto o bien porque "atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia".

De acuerdo con lo anterior, el artículo 5.1 contempla la posibilidad de lo que denomina "exenciones por categorías", autorizando al Gobierno a autorizar, mediante Reglamentos de exención, las categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas previstas en el artículo 3.1, cuando:

"a) Participen dos o más empresas e impongan restricciones en la distribución y/o suministro de determinados bienes o servicios para su venta o reventa, o en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial o intelectual, o de conocimientos secretos industriales o comerciales, o

b) Tengan únicamente por objeto la elaboración y aplicación uniforme de normas o tipos, o la especialización en la fabricación de determinados productos, o la investigación y el desarrollo en común, o

c) Tengan por objeto o efecto aumentar la racionalidad y competitividad de las empresas, especialmente de las pequeñas y medianas."

En desarrollo de esta previsión se dictó el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, que establecía diversas exenciones por categorías, recogiendo entre ellas las ya previstas en derecho comunitario. En efecto, en derecho comunitario se había aprobado el Reglamento nº 19/65/CEE, del Consejo, de 2 de marzo de 1.965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas, así como otros Reglamentos posteriores de alcance más específico -entre otros, el 1983/83 y el 1984/83-.

Pues bien, mientras que el mencionado Real Decreto 157/1992 contemplaba excepciones muy circunscritas en su ámbito -que se enumeraban en su artículo 1-, el Real Decreto 378/2003 que lo ha derogado contiene previsiones de alcance más general y que pueden afectar al presente litigio. En efecto el artículo 2.1 del mismo dice lo siguiente

"Acuerdos verticales. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedan autorizados los acuerdos en que participen dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios, en la medida en que tales acuerdos afecten únicamente al mercado nacional y siempre que cumplan las disposiciones establecidas en:

a) El Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, o en aquellos

reglamentos comunitarios que le sustituyan.

b) El Reglamento (CE) núm. 1400/20002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, o en aquellos reglamentos comunitarios que le sustituyan."

A su vez, el Reglamento 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1.999, estipula en sus artículos 2.1 y 3.1:

"Artículo 2

1. Con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará a los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios ("acuerdos verticales").

Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado ("restricciones verticales")."

"Artículo 3

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a condición de que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30% del mercado de referencia en el que venda los bienes o servicios contractuales."

A la vista de tales previsiones, hemos de plantearnos la aplicabilidad de esta normativa española y comunitaria posterior a los hechos al supuesto enjuiciado y, en consecuencia, si la misma supondría la imposibilidad de imponer a **Rank Xerox** la sanción de la que trae causa este proceso.

En primer lugar, parece claro que se trata de normas más favorables que las existentes con anterioridad en relación con el alcance del artículo 1 de la Ley española de Defensa de la Competencia y del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea. En este sentido, de ser subsumible el supuesto de hecho en los preceptos antes reproducidos, ambas disposiciones deberían ser aplicadas retroactivamente en cuanto normas sancionadoras más favorables, lo que determinaría la nulidad de la sanción impuesta y, en consecuencia y por lo que al recurso de casación respecta, su necesaria estimación. En efecto, aunque no sean disposiciones sancionadoras en sentido propio, sí coadyuvan a delimitar el supuesto de hecho que integra la conducta prohibida, al excluir la posibilidad de sanción en determinadas circunstancias.

La cuestión se reconduce pues a si el supuesto de hecho queda abarcado por esta nueva categoría de acuerdos eximidos del alcance de los citados artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del 81 del Tratado de la Comunidad Europea delimitada por el artículo 2.1 del Real Decreto 38/2003 y, dada la remisión prevista en la letra a) del citado precepto, por los artículos 2.1 y 3.1 del Reglamento 2790/1999.

Pues bien, ambas disposiciones comprenden el supuesto que examinamos, por cuanto la cláusula por la que se sancionó a **Rank Xerox** -que, según hemos visto, constituye un acuerdo en los términos del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 81 del Tratado de la Comunidad Europea- se refiere a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender bienes o servicios y afecta sólo al territorio nacional (artículo 2.1 del Real Decreto 38/2003).

A su vez podemos comprobar que la conducta sancionada cumple asimismo con las previsiones de los artículos 2.1 y 3.1 del Reglamento Comunitario 2790/1999, de la Comisión. En efecto, del fundamento de derecho séptimo de la Sentencia impugnada se deduce con toda claridad que no se ha acreditado que **Rank Xerox** posea una cuota de mercado que siquiera se aproxime a la del 30% que contempla el referido Reglamento comunitario. Los datos parciales que la Sentencia de instancia considera probados y de los que debemos partir, relativos al período en el que se incurrió en la práctica sancionada (entre 1.989 y 1.995) reflejan una cuota de mercado en cuanto a la venta de fotocopadoras del 8,5 y 7,8% en 1.990 y 1.991 respectivamente. Ello implica necesariamente que la cuota de mercado en cuanto a los servicios técnicos sobre sus propias máquinas tampoco podía alcanzar en modo alguno el referido porcentaje el 30%.

El Reglamento comunitario establece por debajo de esa frontera una presunción de que los acuerdos verticales conducen a la mejora de la eficacia económica de una cadena de producción o distribución

(parágrafo 6 del preámbulo), por lo que resulta aplicable la exención contenida en los artículos 2 y 3 del Reglamento. Por otra parte y para concluir, no resultan de aplicación las excepciones que el propio Reglamento contempla para excluir la exención, por lo que la misma ha de ser aplicada al supuesto de autos.

OCTAVO.- Tenemos pues, como síntesis de todo lo expuesto, que la conducta sancionada estaba incluida en el momento en que ocurrieron los hechos en los comportamientos prohibidos por la legislación española que resultaba de aplicación, el artículo 1.1.e de la Ley de Defensa de la Competencia, sin que la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia resultase tampoco excluida en virtud de la normativa comunitaria en la materia. En consecuencia, la Sentencia impugnada, dictada con anterioridad tanto al Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, como al Reglamento 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre, no podría ser considerada contraria a derecho por las razones esgrimidas por la parte actora en el motivo primero del recurso de casación que, tomado en sus propios términos, habría de ser rechazado.

Sin embargo, nos encontramos en el ámbito del derecho sancionador y pese a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que se encuentra limitado a la revisión de la correcta interpretación del derecho, resulta vinculante la exigencia constitucional de preceptiva aplicación de las disposiciones sancionadoras favorables derivada de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, que rige también en el orden administrativo sancionador según reiterada jurisprudencia constitucional tanto del Tribunal Constitucional como de este Tribunal (véase sobre la aplicación de dicho principio a las sanciones administrativas, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2.003 -recurso de casación 5.721/1.998-). Pues bien, habida cuenta que el citado Reglamento de desarrollo de la Ley de Defensa de la Competencia, con su remisión al referido Reglamento comunitario, exime a la conducta sancionada de ser comprendida entre los comportamientos prohibidos por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia -como la empresa actora sostenía en este primer motivo de casación, aunque con referencia al derecho aplicable con anterioridad-, es preciso estimar el motivo y anular la Sentencia recurrida por no resultar sancionable la conducta de la empresa **Rank Xerox**, como consecuencia de la aplicación retroactiva de la referida normativa.

NOVENO.- La estimación del motivo primero hace innecesario el examen de los restantes motivos y, juzgando ya como Sala de instancia, debemos estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte actora por las mismas razones ya expuestas de aplicación retroactiva de disposiciones sancionadoras favorables. Debemos, en consecuencia, anular la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 1.996 en tanto que sanciona a **Rank Xerox** Española, S.A., por prácticas restrictivas de la competencia en los términos en que se hizo referencia en los antecedentes de hecho.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 139 en sus apartados 1 y 2, la estimación del recurso hace improcedente imponer las costas tanto de la instancia como de la casación.

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

1. Que HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por Xerox España, The Document Company, S.A. contra la Sentencia de 14 de enero de 1.999 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 861/1.996, la cual casamos y anulamos.

2. Que ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo y anulamos la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 1.996 en los puntos 5, 6 y 7 de su parte dispositiva, en tanto que sanciona a la actora por prácticas restrictivas de la competencia.

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 PUBLICACION.- 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 constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.