

Id Cendoj: 28079230062008100062
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 814 / 2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de enero de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional, y bajo el número 814/2002, se tramita, a instancia de **REPSOL** BUTANO, S.A., representada por el

Procurador D. José Manuel Villasante García, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de

octubre de 2002 (expie. 527/01), sobre infracciones del *artículo 1 de la ley 16/1989, de Defensa de la Competencia*, y en el que

han intervenido como partes codemandadas:

- La Administración demandada que ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado.

- La Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo, representada por el Procurador D.

Antonio Rafael Rodríguez Muñoz.

- Hijos de Francisco Manzano, SL, Disgal-Vegal, SL, D. Aurelio, Gas Bierzo, SL, Hidifer, SL, Gas Lerma, SL, D.

Abelardo, Rey, SL, D. Luis Angel, Dña. Andrea, D. Rodolfo, D.

Imanol, Gas Barria, SL, Establecimiento Seijo, SL, Butaranda, SA, Sumigas, SA, R.R. Bustingorri, SL,

Herederos de Manuel Pérez Vega, SL, Aregas, SL, Comercial Torrents, SL, Establecimientos Sánchez, SL, D. Gonzalo, D. Daniel, D. Victor Manuel, D. Luis Alberto, D. Valentín, D. Pablo, D. Ildefonso, D. Ernesto, D. Carlos, D. Alejandro, D. Juan Pedro, D. Luis Antonio, Dña. Amanda, Martigás, SL, Comercial Prieto Valencia, SL, Pío Forneiro, SL, D. Luis María, Dña. Lidia, Industrial Promotora, SL, Hijos de Julián Trapero, SL, Mogugas, SL, Tedeja, SL, Crescente, SL, Feyjoma, SL y

D. Carlos Ramón, representados por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz.

La cuantía del recurso es 1.000.000 euros y 300.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de **REPSOL** BUTANO, S.A. interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia mediante escrito presentado el 9 de diciembre de 2002, y

la Sala, por providencia de fecha 13 de diciembre de 2002 acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

La representación procesal de la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo presentó escrito el 23 de diciembre de 2002, solicitando se le tuviera por personada, y la Sala por providencia de 7 de abril de 2003 la tuvo por personada en calidad de parte codemandada.

La representación procesal de Hijos de Francisco Manzano SL y las otras 47 personas físicas y jurídicas que antes se han citado, presentó escrito el 20 de octubre de 2003, solicitando se les tuviera por comparecidos y parte, y la Sala, en providencia de 12 de julio de 2004 la tuvo por personada en calidad de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente contestaron a la demanda las partes codemandadas.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y tras las conclusiones de las partes, se señaló para votación y fallo el día 17 de enero de 2008.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de octubre de 2002, que decía lo siguiente en su parte dispositiva:

Primero.- Declarar acreditada la comisión por parte de **Repsol** Butano S.A. de las siguientes conductas prohibidas:

1.- Infracción del *artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en el "Contrato de Agencia y prestación de servicios en la distribución de GLP envasados"*, del año 1995, por tratarse de un acuerdo de distribución exclusiva que contiene restricciones anticompetitivas no amparadas por el *Reglamento CEE 1983/1983 de la Comisión*, traspuesto al ordenamiento nacional por el *Real Decreto 157/1992*, por el que se desarrolla dicha Ley en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia;

2.- Infracción del *artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia*, por incluir en los contratos de franquicia de Servicio Oficial de **Repsol** Butano S.A. la prohibición expresa, recogida en el *artículo 5, apartado b), del Reglamento CEE 4087/1988 de la Comisión*, traspuesto al ordenamiento nacional por el citado *Real Decreto 157/1992*, al impedir al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador.

Segundo.- Intimar a **Repsol** Butano S.A. para que en el futuro se abstenga de realizar dichas prácticas prohibidas.

Tercero.- Imponer a **Repsol** Butano S.A., como autora de las conductas prohibidas, las multas de un millón doscientos mil euros, por la primera infracción, y de trescientos mil euros, por la segunda.

Cuarto.- Ordenar a dicha compañía la publicación en el plazo de dos meses, y a su costa, de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general de mayor difusión en el ámbito nacional. En caso de incumplimiento, se le impondrá una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en la publicación.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: 1) Nulidad del acto recurrido pues se imponen

sanciones a la sociedad recurrente por hechos distintos a los denunciados, 2) Nulidad de actuaciones por haberse cuestionado términos de contratos suscritos entre la empresa recurrente y terceros que no han sido llamados al procedimiento, 3) Caducidad del procedimiento, por haber excedido del plazo de 18 meses el tiempo transcurrido entre la incoación por el SDC del expediente sancionador y su recepción en el TDC, así como por haber excedido el SDC el plazo de 1 mes para realizar la información reservada, 4) indebida y errónea apreciación de riesgos en la actividad del agente, de la que se deriva una indebida y errónea aplicación del artículo 1.1 LDC y del Reglamento CEE 1983/1983, por no atribución al agente del riesgo de daño a la mercancía, ni el riesgo de daños causados por la mercancía, y al asumir la empresa recurrente el riesgo del precio, el riesgo económico y el coste financiero, correspondiendo también a la empresa recurrente la propiedad del producto hasta su entrega en el domicilio del usuario, sin existencia de inversiones específicas a cargo del agente, y 5) indebida y errónea aplicación del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 5. b) del Reglamento CE 4087/88, respecto del contrato de franquicia del servicio oficial.

El Abogado del Estado contesta que consta fehacientemente acreditado en el expediente que los Distribuidores de GLP unidos a **REPSOL** BUTANO asumen riesgos, entre ellos los riesgos financieros, pues el pago se efectúa por anticipado o en 7 días con aval, y también consta acreditado en los contratos de franquicia que **REPSOL** BUTANO prohíbe al franquiciado abastecerse de productos que no sean ofrecidos por el franquiciador aunque sean de una calidad similar.

Las demás partes codemandadas igualmente se oponen a la demanda y solicitan la confirmación de la Resolución del TDC impugnada.

TERCERO.- La primera de las alegaciones de la demanda considera que existe una *causa de nulidad del artículo 62.1.a) LRJPAC* en el acto recurrido, causante de indefensión, por haberse impuesto a la recurrente unas sanciones por hechos distintos a los denunciados.

El expediente sancionador se inició por denuncia de la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo, hoy presente en este recurso como parte codemandada, contra la actora **REPSOL** BUTANO, por prácticas prohibidas por la *ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)* y artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea, consistentes en acuerdos prohibidos de fijación de precios y condiciones comerciales y abuso de posición de dominio, y como resulta apreciable en la parte dispositiva de la Resolución impugnada, aunque el TDC no impuso una condena por todos los hechos denunciados, pues no hay sanción alguna por conductas de abuso de posición de dominio del artículo 6 LDC, si que existe un pronunciamiento condenatorio por apreciar que cláusulas de los contratos suscritos por la empresa recurrente con las empresas que forman parte de la Asociación denunciante eran contrarios al artículo 1 LDC, lo que constituyó el objeto de la denuncia, sin perjuicio de que no sea exigible un especial acierto en la descripción y en la calificación de los hechos que contengan las denuncias, así como por cláusulas de los contratos de franquicia igualmente contrarios al artículo 1 LDC, lo que también fue objeto de la denuncia.

A la vista del escrito de denuncia que dio origen a la actuación del SDC, cabe afirmar que en el mismo aparece una referencia concreta y clara a los hechos por los que, tras los correspondientes expedientes ante el SDC y TDC, resultó sancionada la parte actora. El escrito de denuncia (folios 1 a 57 del expediente del SDC), se refiere a dos tipos de contratos, concertados por **REPSOL** BUTANO con las empresas distribuidoras de GLP y con los Servicios Oficiales, y como luego veremos, la Resolución impugnada del TDC aprecia dos infracciones, una en cada uno de dichos contratos. Más específicamente y con mayor precisión todavía, la denuncia mantiene la tesis de que en atención a las cláusulas contenidas en los contratos denominados de agencia de distribución de GLP y en los contratos de franquicia de Servicios Oficiales, los mismos no pueden beneficiarse de las exenciones de los Reglamentos de exoneración de acuerdos de distribución exclusiva y de acuerdos de franquicia (Reglamentos 1983/83 y 4087/88), lo que constituye la cuestión central en la Resolución impugnada, y además, contiene el escrito de denuncia referencia precisa algunos hechos que posteriormente la Resolución impugnada consideró prácticas prohibidas, como las obligaciones que se imponían a los franquiciados en la estipulación 4ª de los contratos, letras h), k) y r), de ofertar productos y servicios de **REPSOL** BUTANO, consumir productos a RB y no utilizar una marca diferente de RB (folios 13 y 14 del expediente del SDC).

Sin perjuicio de no ser cierta, por tanto, la afirmación de la demanda de que la empresa recurrente resultó sancionada por hechos distintos a los denunciados, cabe añadir que no se deriva para la investigación que lleve a cabo el SDC ninguna limitación a los hechos que se describan en la denuncia y, desde luego, el artículo 36 LDC, que trata de las formas de iniciación del procedimiento, no establece ninguna clase de vinculación del SDC a lo denunciado, ni puede considerarse que la denuncia establezca un marco de investigación que el SDC no pueda sobrepasar, pues ni siquiera la denuncia tiene la condición

de requisito para el inicio del expediente sancionador, ya que de acuerdo con dicho precepto el procedimiento puede iniciarse a instancia de parte interesada y también de oficio por el SDC.

El *artículo 37.1 LDC* autoriza al SDC a la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, y en el mismo *precepto, en su apartado 2*, añade que los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hecho, que se notificará a los presuntos infractores.

La vinculación que la sociedad recurrente quiere imponer al TDC en relación con los hechos denunciados, es exigible únicamente respecto de los hechos determinados en la fase de instrucción del procedimiento. Así resulta del *artículo 138.2 LRJPAC*, que establece el principio de que en la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del expediente, idea que se repite por el *artículo RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora*, cuyo *artículo 20.3* señala que en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

En este caso, el SDC, tanto en el Pliego de Concreción de Hechos como en su Informe-Propuesta contiene una descripción de hechos contrarios al *artículo 1.1 LDC*, por razón de cláusulas de los contratos de agencia distribuidora de gases licuados del petróleo (GLP) envasados y contratos de franquicia de Servicio Oficial, que son idénticos a aquellos contemplados por el TDC en su Resolución sancionadora.

No cabe hablar de indefensión, en su significado material, que implique una reducción o limitación de los derechos de defensa, pues **REPSOL BUTANO** fue oportunamente notificado del Pliego de Concreción de Hechos y del Informe Propuesta, en los que se contenía una referencia precisa y clara a los hechos por los que se seguía el procedimiento, y ha podido a lo largo del expediente, tanto ante el SDC como ante el TDC, hacer las alegaciones y proponer las pruebas que consideró oportunas a su derecho.

CUARTO.- Tampoco puede tener acogida la alegación de **REPSOL BUTANO** de nulidad por la falta de llamada al procedimiento de terceros. Es claro que en el Pliego de Concreción de Hechos y en el Informe-Propuesta del SDC, que es el escrito acusatorio propiamente dicho, se considera responsable de las infracciones únicamente a **REPSOL BUTANO**, por lo que ninguna actuación sancionadora se siguió contra los terceros cuya presencia considera necesaria la recurrente. En la demanda **REPSOL BUTANO** explica que su pretensión no es que se extienda la actuación sancionadora a dichos terceros, sino que los mismos sean oídos en el procedimiento por si la resolución que se dicta pudiera afectarles, si bien ya sabemos que la resolución que puso fin al procedimiento tan sólo impone sanciones a **REPSOL BUTANO** y, en último término, los terceros a que se refiere la demanda tienen personalidad jurídica propia y distinta de la sociedad recurrente, por lo son ellos quienes los legitimados para comparecer por si mismos en el expediente si se consideraban interesados o para alegar cualquier indefensión por su falta de llamada al expediente.

QUINTO.- En las alegaciones de la empresa recurrente a propósito de la caducidad se denuncia tanto el exceso por el SDC del tiempo máximo de 18 meses para tramitar el expediente, como la superación del plazo de 1 mes del que dispone para efectuar la información reservada.

Cuando la codemandada, la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo presentó la denuncia que encabeza el expediente, el 28 de febrero de 2000, estaba en vigor el *artículo 56 de la LDC*, en la redacción dada por el *artículo 100 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, que establecía que el plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador ante el SDC sería de dieciocho meses, a contar desde la incoación del mismo.

En este caso, el expediente se incoó por providencia de 14 de abril de 2000 (folios 463 y 464 del expediente), luego los 18 meses de límite máximo para la tramitación del expediente finalizaban el 14 de octubre de 2001. Pues bien, dicho plazo no fue sobrepasado, porque el Informe Propuesta final del expediente ante el SDC es de fecha de 11 de octubre de 2001, y ese mismo día 11 de octubre de 2001 fue el expediente remitido al TDC, según acredita el sello que diligencia la salida del expediente del SDC (folio 1 del expediente del TDC).

A efectos del cómputo del plazo de caducidad de 18 meses establecido para la tramitación del expediente ante el SDC, habrá de estar a las fechas de inicio y fin del cómputo que el *artículo 56 LDC* establece, que son la fecha de incoación del expediente y la fecha de remisión del expediente. Tales fechas fueron, en nuestro caso y como hemos dicho, las de 14 de abril de 2000 y 11 de octubre de 2001, sin que

puedan tomarse en cuenta fechas distintas a las fijadas en la ley, como hace la parte actora, que entiende que la fecha final del cómputo del plazo de caducidad no es la de remisión del expediente por el SDC, sino la de recepción del expediente por el TDC, que fue el 17 de octubre de 2001 (folio 1 del expediente del TDC). La Sala, por el contrario, considera que la fecha a tener en cuenta es la de remisión del expediente por el SDC, porque tal fecha es la que resulta del *artículo 56 LDC*, que claramente opta por la fecha de remisión del expediente por el SDC y no por la fecha de recepción por el TDC, al establecer que se procederá a declarar la caducidad "...transcurrido el plazo anterior...(esto es, el plazo de 18 meses)...sin que el Servicio hubiere remitido el expediente..."

SEXTO.- Sostiene la demanda que el *artículo 17 del Decreto 422/1970, de 5 de febrero*, por el que se aprueba el Reglamento del SDC, disponía un plazo máximo de 1 mes para realizar la información reservada. Tal argumento ya fue expuesto por la misma parte actora en el recurso 192/2002, seguido ante esta misma Sala y Sección, en el que recayó sentencia desestimatoria, de fecha 7 de febrero de 2005, en la que se exponían las razones de la Sala para considerar inaplicable el invocado plazo de 1 mes para la realización de la información reservada.

Decíamos en la citada sentencia que el *Decreto 422/1970* ha quedado derogado en este punto por la LDC, que establece un completo sistema de plazos para el procedimiento sancionador, en cada una de sus dos fases, que determinan su duración máxima y fechas de cómputo, con los que el citado Decreto resulta incompatible.

Y a mayor abundamiento, tampoco podría prosperar una caducidad basada en la superación por la información reservada del plazo máximo previsto por el *artículo 17 del Decreto 422/1970*, porque el Tribunal Supremo ha dicho en sentencia de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004\3174), que el *Reglamento del SDC de 1970* tan sólo configura plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un procedimiento sancionador, pero no contempla plazo alguno de caducidad.

Tal doctrina jurisprudencial ha sido mantenida posteriormente de forma reiterada, y así el Tribunal Supremo ha dicho, en sentencias de 4 de abril de 2006 (RJ 2006\3023), 18 de mayo de 2006 (RJ 2006\3169), 18 de octubre de 2006 (RJ 2006\6641) y 26 de junio de 2007 (RJ 2007\3924) que hasta la introducción del *artículo 56 de la LDC* por la *Ley 66/1997*, no había ninguna previsión específica de un plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en la materia cuya extralimitación supusiera la caducidad del expediente, y que ni en la propia LDC, ni en los Reglamentos de funcionamiento del propio Tribunal (*Decreto 538/1965, de 4 de marzo*) o del Servicio de Defensa de la Competencia (*Decreto 422/1970, de 5 de febrero*) se contempla plazo alguno de caducidad, sino tan sólo plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un expediente sancionador; de las tres normas citadas, tan sólo el *Decreto 422/1970* contempla un plazo global de seis meses para la instrucción del expediente por parte del Servicio (*artículo 26.1*), pero tampoco lo configura como un plazo de caducidad.

SEPTIMO.- Examinamos seguidamente las alegaciones de la empresa recurrente relativas al fondo del asunto, en relación con las dos infracciones imputadas por la Resolución impugnada. Se sancionaron dos prácticas contrarias al *artículo 1.1 LDC*, una de ellas apreciada en el ámbito de los contratos entre **REPSOL BUTANO** y las agencias distribuidoras de GLP, y la segunda en los contratos de franquicia de Servicio Oficial de **REPSOL BUTANO** para la prestación de servicios de asistencia técnica y revisiones periódicas.

En la actividad de distribución de GLP en España la recurrente **REPSOL BUTANO** ocupa una posición de singular importancia, con una cuota de mercado en el año 1999 del 95%, según el informe 5/2000 de 29 de marzo, de la Comisión Nacional de la Energía, lo que suponía 12 millones de clientes y 39 millones de botellas.

La parte recurrente se ha referido en sus alegaciones a las circunstancias de la existencia de otras empresas en el mercado de la distribución de GLP y del descenso de su cuota de mercado del 95% en 1999 al 85% en 2003, como resulta del certificado de la Asociación Española de Operadores de Gases Licuados del Petróleo, de 14 de julio de 2005, aportado a la pieza de prueba de la parte recurrente en estos autos, si bien tales circunstancias no se consideran por la Sala que supongan ningún obstáculo para la calificación de los hechos declarados probados como las prácticas prohibidas por el *artículo 1 LDC* que luego comentaremos, pues las mismas no exigen para su apreciación del requisito de un determinado y especial poder de mercado, sin perjuicio de que esa posición en el mercado deba ser ponderada en la graduación de la sanción. En suma, no constituye un requisito de las infracciones del *artículo 1 LDC* apreciadas en la Resolución impugnada la existencia de una determinada cuota de mercado, e incluso existe una declaración expresa del SDC en el Pliego de Cargos (apartados 168 a 174, folios 2186 y 2187), que afirma que no es procedente la imputación de infracción del *artículo 6 LDC* (abuso de posición

dominante) a **REPSOL BUTANO** en el mercado de la distribución de los GLP envasados.

OCTAVO.- El desacuerdo entre las partes aparece en la calificación de la relación entre **REPSOL BUTANO** y las aproximadamente 850 empresas distribuidoras de GLP con las que tenía concertados unos contratos formalizados en su gran mayoría en 1995, denominados contratos de Agencia y prestación de servicios en la distribución.

En síntesis, se discute si la relación entre **REPSOL BUTANO** y las Agencias de distribución de GLP envasado está o no sujeta al *artículo 1 LDC y Reglamento CEE 1983/83*, es decir, si los acuerdos entre la empresa recurrente y las empresas distribuidoras de GLP constituyen o no un acuerdo vertical entre empresas que se encuentren en planos diferentes del proceso de producción y comercialización.

Para el SDC y TDC los referidos contratos desplazan determinados riesgos a las empresas distribuidoras, como son los riesgos de daños sobre mercancía y daños causados por la mercancía, riesgo económico y coste financiero, que impiden la calificación de dichas empresas distribuidoras como agentes de **REPSOL BUTANO**, al tiempo que ésta última niega la existencia de cualquier desplazamiento o atribución de riesgos a sus agentes.

REPSOL BUTANO niega que las empresas distribuidoras asuman riesgos en relación con la mercancía, e incluso niega la misma existencia de los seguros que dichas empresas están obligadas a concertar. Para la Sala, sin embargo, la asunción por las empresas distribuidoras de riesgos en relación con la mercancía resulta evidente de los mismos contratos de Agencia y prestación de servicios en la distribución de GLP envasado que obran en el expediente (folios 191 a 203 y 1953 a 1959 del expediente del SDC).

En la *cláusula decimosegunda, apartado 1*, de tales contratos, se expresa que la Agencia Distribuidora "...será siempre responsable..." ante **REPSOL BUTANO**, "...y ante terceros..." por "...los daños directos e indirectos..." que se pudieran causar tanto por consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones como "...por el ejercicio de su normal actividad..." Es claro que, en virtud de esta *cláusula, las Agencias Distribuidoras están asumiendo "...siempre...(y)...ante terceros ..."* una responsabilidad por daños directos e indirectos que no se limita a los casos en los que intervenga culpa o negligencia, sino que se extiende también a los casos en que los daños se produzcan dentro del ejercicio de la normal actividad, lo que constituye un supuesto de responsabilidad objetiva por daños, con independencia de la intervención o no de culpa en el agente.

En garantía de tales responsabilidades la *cláusula decimosegunda, apartado 2*, prevé que las Agencias Distribuidoras concierten por su cuenta los seguros a que ahora nos referiremos, que incluirán el pacto expreso de que no se ejercitará acción alguna de repetición contra **REPSOL BUTANO**.

La responsabilidad desplazada a las Agencias Distribuidoras en virtud de los contratos que examinamos se extiende tanto a los daños causados a las mercancías como a los daños causados por las mercancías.

A la primera responsabilidad se refiere la *cláusula decimosegunda, apartado 1, en relación con el apartado 2 letra b)*, que obliga a las Agencias Distribuidoras a concertar un seguro de daños "...por toda clase de riesgos, incluso catastróficos...", de todos los materiales y efectos propiedad de **REPSOL BUTANO** y que haya recibido de esta sociedad la Agencia Distribuidora. Para la Sala los daños que cubre este seguro que las Agencias Distribuidoras están obligadas a concertar son tanto los que puedan ocasionarse a los envases propiedad de **REPSOL BUTANO** como sobre todos los materiales y efectos que las Agencias hayan recibido de **REPSOL BUTANO**, lo que en una interpretación razonable comprende también los daños sobre el gas, sin que la Sala comparta la interpretación que efectúa la parte recurrente, que excluye el gas porque entiende que es una mercancía o producto, que no puede incluirse en la expresión materiales y efectos, porque tal exclusión es contraria al adjetivo "todos" empleado en la cláusula contractual y porque, en todo caso, la oscuridad en la redacción de la cláusula no puede favorecer a la parte que haya ocasionado la oscuridad, de acuerdo con la *regla del artículo 1288 del Código Civil*.

La anterior conclusión queda corroborada por la póliza colectiva de seguro que obra en la pieza de prueba de la codemandada Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo, en la que se hace constar expresamente que el interés asegurado comprende, entre otros extremos, las "...existencias de gas butano y propano, contenidas en botellas...",

Igualmente las Agencias Distribuidoras asumen la responsabilidad por los daños causados por el gas tanto en los almacenes de la Agencia como en la fase de reparto del producto, según resulta con toda

claridad y sin posibilidad de interpretación distinta de la *cláusula decimosegunda, apartados 1 y 2 .d)* de los contratos de Agencia.

NOVENO.- La empresa recurrente mantiene que no se traslada el riesgo a las Agencias, sino que el mismo es asumido por **REPSOL BUTANO**, como acreditan los numerosos pronunciamientos judiciales que aporta a autos.

Al respecto, obra en la pieza de prueba de **REPSOL BUTANO** un certificado de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., de 2 de agosto de 2005, sobre indemnizaciones pagadas entre enero de 2000 y octubre de 2002, por siniestros vinculados al uso del GLP envasado, en virtud de pólizas de seguro concertadas con **REPSOL BUTANO, SA.**, si bien tales indemnizaciones y no obstante la poca claridad sobre tal aspecto del certificado, se refieren "...al uso..." del GLP, por lo que entiende la Sala que tal certificación hace mención de indemnizaciones satisfechas por la recurrente como consecuencia de incendios, explosiones, fugas y otro tipo de accidentes en viviendas y locales de usuarios de GLP, y no incluye accidentes en el ámbito de la distribución que ahora contemplamos. Además, lo determinante para la Sala no es la declaración de los Tribunales sobre quien sean responsable de los daños de un accidente, sino los pactos establecidos sobre tal extremo entre **REPSOL BUTANO** y las alrededor de 850 empresas distribuidoras de GLP, en los modelos de contratos suscritos entre ellos que ya se ha dicho que, con toda claridad, establecen que las empresas distribuidoras serán siempre responsables ante **REPSOL** y terceros, de los daños directos e indirectos que puedan causar tanto por consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones como por el ejercicio normal de su actividad, estando obligadas dichas empresas distribuidoras a concertar contratos de seguros que cubran toda clase de riesgos, incluso catastróficos, de todos los materiales y efectos recibidos de **REPSOL BUTANO** y los daños causados por el gas tanto en los almacenes de la Agencia como en la fase de reparto del producto, incluyéndose además un pacto expreso de no ejercicio de acción de repetición contra **REPSOL BUTANO**.

DÉCIMO.- También considera el SDC en el Pliego de Cargos y el TDC en la Resolución impugnada que las Agencias Distribuidoras asumen el riesgo comercial.

En los contratos de Agencia y prestación de servicios la *cláusula quinta, apartado 4*, establece que la aceptación por la Agencia Distribuidora en sus almacenes de las mercancías, envases y/o materiales sin reserva formal en contra, implica la renuncia a cualquier reclamación ulterior en relación con la cantidad y buen estado visible de lo suministrado.

Añade la *cláusula quinta, apartado 5*, que la Agencia Distribuidora anticipará a **REPSOL BUTANO**, con el medio de pago que esta indique, el importe del gas y de los materiales en el momento de solicitarlos, según el precio del venta al público, del que se deducirán las comisiones que correspondan a aquélla. Y de acuerdo con la *cláusula novena, apartado 3.c)*, la falta de pago de los importes de los suministros por la Agencia Distribuidora es considerado un incumplimiento que autoriza a **REPSOL BUTANO** a considerar resuelto el contrato. No obstante lo expresado en el contrato sobre el pago anticipado del importe del gas por las Agencias Distribuidoras, debe puntualizarse que tal pago se realiza como norma general en los siete días siguientes al del suministro a la Agencia Distribuidora, excepto en determinados casos en los que se exige el desembolso en metálico y por adelantado, como resulta admitido por la propia Asociación denunciante en información facilitada al SDC (folio 1467 del expediente).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de examinar en la sentencia de 4 de mayo de 2007 (RJ 2007/2097) las cuestiones relativas a la asunción del riesgo, y en particular la asunción del riesgo comercial, en unos contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión, similares los contratos de Agencia y prestación de servicios concertados por la recurrente, contando además dicha sentencia con un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la *C. E., de fecha 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05)*, sobre una cuestión prejudicial planteada por el propio T.S.

A la vista de la cláusula contractual que prevé el pago anticipado por la Agencia Distribuidora del gas al precio de venta al público, con el único descuento de su comisión, y de la práctica generalizada de pago en los siete días naturales desde el suministro, no exenta de excepciones de pago por anticipado, la Sala considera de plena aplicación a este caso de los razonamientos siguientes contenidos en la STS citada:

En primer lugar, el suministrador factura al titular de la estación de servicio todos los litros de combustible entregados a ésta, que podrán no coincidir con las ventas a los consumidores finales realizadas a posteriori, y el pago se hará incondicionalmente en el plazo de nueve días contados desde la entrega. Esto es, con independencia de que el producto se venda o no (y aunque fuera cierto que en una buena parte de los casos se vende dentro de un período inferior a nueve días) el titular de la estación de servicio

ha de pagar la mercancía entregada asumiendo el riesgo comercial correspondiente a la diferencia entre las cantidades suministradas y las efectivamente vendidas a los clientes. Si dicha diferencia, repetimos, corre a cargo del titular de la estación de servicio en todo caso, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes, y no necesariamente se venderá todo el producto en el plazo de nueve días, la aplicación de los criterios sentados por el Tribunal de Justicia en los apartados 57 y 58 de su sentencia conducen a la conclusión de que aquél soporta el riesgo comercial de la operación.

Ha de tenerse en cuenta que el impago de un solo pedido entregado (esto es, con independencia de que el titular de la estación de servicio haya revendido o no al público consumidor el combustible suministrado) legitima a Cepsa no sólo para suspender la entrega de otros nuevos sino también para someter los futuros suministros a su pago adelantado. No se trata, pues, de una obligación de pago que dependa del buen fin de las "gestiones" del agente o de que éste haya recibido, en todo caso, el precio satisfecho por el consumidor final.

Estimamos que en los pactos establecidos en los contratos de Agencia y prestación de servicios se produce una situación igual a la descrita en la STS citada, pues **REPSOL BUTANO** suministra GLP a las empresas distribuidoras, cuyo pago se efectúa por estas de forma anticipada, según está previsto en los contratos, o en un plazo máximo de 7 días naturales, de forma incondicional, esto es, con independencia de que el producto se venga o no, y el impago de un pedido es considerado un incumplimiento que autoriza a **REPSOL BUTANO** a resolver el contrato, por lo que entendemos que las empresas distribuidoras asumen el riesgo comercial correspondiente a la diferencia entre las cantidades suministradas y las efectivamente vendidas.

DÉCIMOPRIMERO.- La asunción de los riesgos a que nos hemos referido avala la conclusión del SDC y TDC de que los contratos de Agencia y prestación de servicios en la distribución de GLP envasado están sujetos al *artículo 1 LDC* y son acuerdos de distribución exclusiva, regulados en el *Reglamento 1983/83 de la Comisión, incorporado a la normativa nacional por RD 157/1992, de 21 de febrero*, que desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

El *Reglamento 1983/83* autoriza una serie de restricciones que cabe imponer al distribuidor, como las incluidas en los contratos de Agencia que examinamos de compra exclusiva a **REPSOL BUTANO** de los productos objeto del contrato para suministro a los clientes, prohibición de ventas activas fuera de la demarcación señalada, y exclusividad o no competencia (Cláusulas primera 1.b), novena 3.b) y decimotercera 1, respectivamente). No obstante, es claro que si los contratos de Agencia establecen restricciones distintas de las autorizadas por el *Reglamento 1983/83*, dichos contratos habrán rebasado el marco de la exención, sin perjuicio de la consecuencia prevista en la Comunicación de 22 de junio de 1983 (84/C 101/02, Diario Oficial C 355, de 30/12/1983), de considerar que la totalidad del acuerdo rebasa el marco de la exención.

Así, los contratos de Agencia incluyen en su *cláusula decimotercera, apartado 2*, un compromiso de no competencia durante los dos años siguientes a la finalización del contrato, lo que se refuerza con la opción que se reserva **REPSOL BUTANO** en la *cláusula decimoquinta* de alquilar todos o cualquiera de los almacenes de la empresa distribuidora durante los dos años siguientes a la finalización del contrato.

Tales pactos no están previstos en el *Reglamento 1983/83*, e impiden la aplicación de la exención que el Reglamento autoriza, por lo que la Sala considera conforme a derecho la apreciación por el TDC en la Resolución impugnada relativa a la primera de las infracciones del *artículo 1.1 LDC*, al declarar que los contratos de Agencia y prestación de servicios en la distribución de GLP envasado del año 1995 son acuerdos de distribución exclusiva que contienen restricciones anticompetitivas no amparadas por el *Reglamento CEE 1983/83 de la Comisión, traspuesto al ordenamiento nacional por el RD 157/1992*.

DÉCILOSEGUNDO.- **REPSOL BUTANO**, según resulta de sus escritos de 13 de marzo de 2000 (folios 255 y 256 del expediente del SDC), y de 10 de julio de 2001 (folios 1903 a 1912 del expediente del SDC), formalizó en 1994 y 1995 alrededor de 400 contratos de franquicia, para la realización de la revisión periódica de instalaciones de GLP, con instaladores y con Agencias Distribuidoras que tuvieran la titulación necesaria, si bien extinguidos los iniciales contratos, la recurrente procedió a formalizar nuevos contratos con el mismo objeto a partir de enero del año 2000, de los que prevé suscribir alrededor de 140 a 150 en sustitución de los anteriores y en todo el territorio nacional, obrando copia de dichos contratos en el expediente (folios 261 a 275 y 1925 a 1939),

Como se ha dicho, el contrato de franquicia tiene por objeto las revisiones periódicas de las

instalaciones de GLP, cuya realización exige el *artículo 22 de RD 1085/1992, de 11 de septiembre*, por el que se aprobó el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo, a los titulares del contrato de suministro y, en su defecto, a los usuarios.

En tales contratos se incluye entre las obligaciones del franquiciado, de acuerdo con la *cláusula cuarta*, letra k), la siguiente:

...proveer, consumir y comercializar únicamente los productos referenciados por **REPSOL BUTANO**, adquiridos a **REPSOL BUTANO** o a proveedores homologados por **REPSOL BUTANO** y que cumplan las especificaciones mínimas establecidas por el franquiciador.

Por su parte, la *cláusula decimotercera*, letra m) califica como falta grave del franquiciado, que faculta a **REPSOL BUTANO** para la resolución del contrato con ejecución de las garantías:

el incumplimiento...de la obligación de adquirir, según los casos, los productos distribuidos por **REPSOL BUTANO**, o por proveedores homologados, incumpliendo las especificaciones mínimas de calidad establecidas por el franquiciador para estos productos.

En las revisiones periódicas a las que se refieren los contratos de franquicia se utilizan y/o sustituyen determinados elementos, como los tubos, flexibles o rígidos, las abrazaderas y los reguladores. **REPSOL BUTANO** no fabrica ninguno de estos productos, sino que los adquiere en el mercado a proveedores homologados, según reconoce la propia recurrente en escrito de 22 de junio de 2001 (expediente del SDC, folios 1882 a 1885). Dichos productos pueden ser suministrados igualmente por diversos fabricantes, pues se trata de productos con especificaciones técnicas públicas, descritas en el Apéndice de Instrucciones Técnicas Complementarias del RD 1853/1993, de 22 de octubre, que aprobó el Reglamento de instalaciones de gas en locales destinados a usos domésticos, colectivos o comerciales

DÉCIMOTERCERO.- El *Reglamento CEE 4087/88 (LCEur 1988/1748)*, establece una exención de la aplicación del artículo 85.1 del Tratado de la Unión Europea a los contratos de franquicia que contengan algunas de las restricciones de la competencia que se enumeran en el *artículo 2*, si bien el *artículo 5 del Reglamento* contiene una lista de restricciones a la competencia que impiden que se aplique la exención, entre las que figura la siguiente (letra b):

b) sin perjuicio de lo dispuesto en la *letra e) del artículo 2*, y en la *letra b) del apartado 1*, del *artículo 3*, se impida al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador

Las dos salvedades a que se refiere el precepto son las siguientes:

- *Artículo 2*, letra e): La exención prevista en el *artículo 1* se aplicará a la obligación del franquiciado de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia. Cuando el objeto de la franquicia sea vender o utilizar a la vez en el marco de la prestación de servicios, determinados productos y piezas de recambio o accesorios de aquéllos, esta obligación no podrá imponerse en los que respecta a las piezas de recambio o accesorios.

- *Artículo 3.1 .b)*: La exención del *artículo 1* se aplicará sin perjuicio de la siguiente obligación, impuesta al franquiciado, en la medida en que sean necesaria para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador: vender, o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos fabricados exclusivamente por el franquiciador o por terceros designados por éste, cuando resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia.

DECIMOCUARTO.- **REPSOL BUTANO** alega, en relación con la infracción apreciada en sus contratos de franquicia, que concurre una causa de nulidad al considerar el TDC el Acuerdo imputable a **REPSOL BUTANO** y a sus Servicios Oficiales, sin que estos Servicios Oficiales hayan sido parte en el procedimiento, que en ningún caso ha prohibido a los Servicios Oficiales abastecerse de productos de calidad equivalente y que concurren las salvedades descritas en los *artículos 2, letra e) y 3.1, letra a) del Reglamento 4087/88*.

Ya hemos tratado anteriormente (Fundamento Jurídico Cuarto) de la falta de llamamiento al expediente, bien como interesados, bien como imputados como parece pretender **REPSOL BUTANO**, de

los terceros con los que contrató la distribución de GLP o la realización de las revisiones periódicas, considerando la Sala que únicamente a estos terceros corresponde alegar cualquier indefensión o perjuicio.

Además, el TDC ha explicado suficientemente en la Resolución impugnada las razones por las que consideró únicamente responsable de la infracción a **REPSOL BUTANO**, ya que es dicha empresa quien ha redactado los contratos que contienen las cláusulas anticompetitivas, con la intención de obtener un beneficio o ventaja, y teniendo en cuenta además la desproporción de poder contractual entre **REPSOL BUTANO** y las empresas instaladoras habilitadas que suscribieron los contratos de franquicia, los cuales participan de las características de los contratos de adhesión, al ser siempre **REPSOL BUTANO** quien los propone.

DECIMOQUINTO.- No puede compartirse la interpretación que efectúa la empresa recurrente de los contratos de franquicia, pues resulta claro y evidente, a la vista de la *cláusula cuarta*, letra k) antes transcrita, que se impone al franquiciado la obligación de no proveer, consumir ni comercializar productos distintos a los referenciados por **REPSOL BUTANO**, adquiridos a **REPSOL BUTANO** o a proveedores homologados por **REPSOL BUTANO**, que cumplan determinadas especificaciones mínimas establecidas por el franquiciador. Tal es el texto contractual, que no deja resquicio alguno a la interpretación contraria de que el franquiciado pueda comercializar o suministrar en las revisiones periódicas productos adquiridos a proveedores distintos, aunque sean de una calidad equivalente a la de los productos suministrados por **REPSOL BUTANO**.

La Sala igualmente comparte las apreciaciones de la Resolución impugnada, que considera que las salvedades incluidas en el *artículo 5.b) del Reglamento 4087/88*, antes transcritas, no son de aplicación, por lo que la *cláusula cuarta*, letra k) contiene una restricción de la competencia que impide la exención que otorga el *Reglamento 4087/1988. No son de aplicación las salvedades contempladas en los artículos 2*, letra e) y 3.1, letra a) del Reglamento por cuanto los tubos, abrazaderas y reguladores deben considerarse piezas de recambio o accesorios, ya que en las revisiones quinquenales dichas piezas se reponen o sustituyen cuando están gastadas o caducadas y porque no resulta impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad por la naturaleza de los productos, sino que tales especificaciones se recogen en el RD 1853/1993, y tales productos, piezas de recambio y accesorios pueden ser suministrados por diversos fabricantes, con una calidad equivalente a la de los productos suministrados por **REPSOL BUTANO**.

Por las razones anteriores la Sala considera que procede la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

DECIMOSEXTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **REPSOL BUTANO**, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de octubre de 2002, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE M^º DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-

