

**Id. Cendoj:** 28079130032010100385  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 20/12/2010  
**Nº de Recurso:** 1654/2008  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

Defensa de la competencia. Sanción.

---

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1654/2008 interpuesto por "REPSOL BUTANO, S.A.", representada por el Procurador D. José Manuel Villasante García, contra la sentencia dictada con fecha 21 de enero de 2008 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 814/2002, sobre sanción en materia de defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GASES LICUADOS DEL PETRÓLEO, representada por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- "Repsol Butano, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 814/2002 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de octubre de 2002, recaída en el expediente 527/01, que acordó:

"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 practicas 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.- En su escrito de demanda, de 14 de mayo de 2003, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto y declarando no ser conforme a Derecho la resolución recurrida de 21 de octubre de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada en el expediente 527/01, la anule, disponiendo el archivo de lo actuado contra Repsol Butano, S.A.". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 2 de junio de 2004, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- La Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo procedió por escrito de 10 de noviembre de 2004 a la devolución del expediente.

Quinto.- "Hijos de Francisco Manzano, S.L.", "Disgal-Vegal, S.L.", D. Demetrio, D. Gabriel, "Gas Bierzo, S.L.", "Hidifer, S.L.", "Gas Lerma, S.L.", D. Leoncio, "Rey, S.L.", D. Romeo, D<sup>a</sup>. María Antonieta, D. Carlos Daniel, D. Alexander, "Gas Barria, S.L.", "Establecimiento Seijo, S.L.", "Butaranda, S.A.", "Sumigás, S.A.", "R.R. Bustingorri, S.L.", "Herederos de Manuel Pérez Vega, S.L.", "Aregás, S.L.", "Comercial Torrents, S.L.", "Establecimientos Sánchez, S.A.", D. Clemente, D. Fidel, D. Julián, D. Plácido, D. Jose Ignacio, D. Adolfo, D. Cecilio, D. Fabio, D. Jenaro, D. Porfirio, D. Jose Miguel, D. Abelardo, D.

Carmelo , D<sup>a</sup>. Inmaculada , "Martigás, S.L.", "Comercial Prieto Valencia, S.L.", "Pío Forneiro, S.L.", D. Florian , D<sup>a</sup>. Remedios , "Industrial Promotora, S.L.", "Hijos de Julián Trapero, S.L.", "Mogugás, S.L.", "Tedeja, S.L.", "Crescente, S.L.", "Feyjoma, S.L." y D. Leopoldo contestaron a la demanda el 17 de enero de 2005 y suplicaron sentencia "por la que se desestime el recurso formalizado por Repsol Butano, S.A. con todos los pronunciamientos inherentes a tal resolución".

Sexto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 19 de mayo de 2005 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, por providencia de 5 de junio de 2007 la Sala de instancia dio traslado a las partes para alegaciones sobre la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2006 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-217/05 .

Séptimo.- "Repsol Butano, S.A." evacuó dicho trámite con fecha 22 de junio de 2007.

Octavo.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 21 de enero de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: 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".

Noveno.- Con fecha 7 de julio de 2008 "Repsol Butano, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1654/2008 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , por "infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y 1 del Reglamento 1983/83 con relación a su aplicación a los contratos de agencia y prestación de servicios".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , por "infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del Reglamento 4087/1988 con relación a los contratos de franquicia".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , por "infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989 sobre proporcionalidad de la sanción impuesta".

Décimo.- La Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación.

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

Duodécimo.- Por providencia de 7 de octubre de 2010 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 7 de diciembre siguiente, en que ha tenido lugar.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 21 de enero de 2008, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Repsol Butano, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de octubre de 2002, los términos de cuya parte dispositiva han sido transcritos en el primer antecedente de hechos.

En síntesis, el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que "Repsol Butano, S.A." había incurrido en dos infracciones del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, una relativa a los contratos de "agencia y prestación de servicios en la distribución de GLP envasados" y otra a los contratos de franquicia suscritos con servicios de mantenimiento. Unos y otros contratos incluirían restricciones anticompetitivas no amparadas, respectivamente, por los Reglamentos CEE 1983/1983 de la Comisión y CEE 4087/1988 de la Comisión, reglamentos que había incorporado a nuestro ordenamiento el Real Decreto 157/1992 al desarrollar la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia.

Las infracciones en el caso de los contratos de "agencia" derivaban de que incluían cláusulas restrictivas de la competencia en el seno de unas relaciones contractuales que atribuían a los "agentes" determinados riesgos comerciales, desvirtuando su naturaleza y transformándolos en contratos de distribución exclusiva, con lo que impedían la aplicación de la exención por categorías. Y en el caso de los contratos de franquicia la cláusulas anticompetitivas impedían al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador.

Segundo.- Tras rechazar otras causas de nulidad invocadas por "Repsol Butano, S.A." sobre las que ya no existe debate en casación, el tribunal de instancia abordó las cuestiones de fondo suscitadas en la demanda. Se refirió a los contratos de "agencia" en los fundamentos jurídicos octavo a undécimo de la sentencia, cuyo contenido es el que sigue:

"[...] 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.

[...] 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, S.A., 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.

[...] 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.

[...] 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.

Tercero.- En relación con los contratos de franquicia, las consideraciones de la Sala de instancia, expuestas en los fundamentos jurídicos decimosegundo a decimoquinto de la sentencia, fueron las siguientes:

"[...] 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.

[...] 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.

[...] 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.

[...] 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."

Cuarto.- En los "antecedentes de hecho" previos a la exposición de los tres motivos casacionales, "Repsol Butano, S.A." hace un resumen de éstos y una primera crítica de las conclusiones que la Sala de instancia obtuvo sobre la naturaleza de los contratos debatidos. En el epígrafe II de este mismo apartado nos pide que procedamos a la integración de determinados hechos supuestamente omitidos en la instancia, tal como autoriza el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional . Y concluye su desarrollo argumental analizando "algunas cuestiones sobre el mercado relevante": en concreto, examina la comercialización minorista de los gases licuados del petróleo envasados, las características básicas de la estructura de oferta y demanda de este mercado, los perfiles de los contratos de comercialización del gas licuado y el hecho (y las consecuencias) de que su precio sea objeto de regulación administrativa.

A) Centrados en la solicitud de integración de hechos, en realidad bajo esta pretensión "Repsol Butano, S.A." propugna que corrijamos la apreciación que la Sala de instancia ha hecho de las cláusulas contractuales controvertidas. A su juicio, el contenido tanto del contrato de suministro con los usuarios finales como de los contratos de seguros y asunción de riesgos suscritos por los distribuidores permitirían concluir en sentido contrario al reflejado en la sentencia. Conclusión que advenirían asimismo "el certificado de los agentes respecto al pago de la mercancía con posterioridad a la entrega" y el "oficio de la Federación Española de Empresas Distribuidoras GLP en relación con el contrato de franquicia". Añade igualmente "Repsol Butano, S.A." que existen determinados pronunciamientos jurisprudenciales "que han declarado la naturaleza de contrato de agencia" en estos supuestos e interesa que consideremos aquellas decisiones judiciales como hechos a integrar.

Ocurre, sin embargo, que la Sala de la Audiencia Nacional no ha excluido de su conocimiento todo el conjunto documental que obraba en el expediente administrativo y en los autos judiciales. Simplemente, ha analizado tanto el contrato denominado "de agencia y prestación de servicios" como el de franquicia para indagar cuál fuera su verdadera naturaleza, en el primer caso, y qué restricciones anticompetitivas se insertaban en ambos. Y la apreciación del conjunto de la prueba le ha conducido a unos resultados sobre la asunción de riesgos que, como acto seguido corroboraremos, bien pueden entenderse adecuados a Derecho, resultados que no desvirtúan los

"nuevos" hechos supuestamente omitidos.

Algo análogo hay que afirmar respecto a la integración de los precedentes jurisprudenciales, difícilmente encajable en el supuesto del artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional . La Sala de instancia no los ignora (se refiere a ellos en el inicio del fundamento jurídico noveno de la sentencia) pero considera, por las razones que han sido transcritas, que debe prevalecer la apreciación sobre la naturaleza de los contratos derivada de la asunción de ciertos riesgos por el supuesto "agente", en relación con las normas comunitarias reguladoras de la exención por categorías.

B) Las afirmaciones que se vierten en este apartado del recurso sobre el mercado de comercialización de los gases licuados del petróleo envasados serían de todo punto pertinentes si la infracción imputada fuera el abuso de posición de dominio en aquel mercado. Cuando, por el contrario, la acusación lo es por prácticas restrictivas de la competencia en el seno de relaciones comerciales verticales, aquellas afirmaciones pierden parte (no toda) de su relevancia. De hecho, el tribunal de instancia advirtió con acierto en la parte final del fundamento jurídico octavo de su sentencia que la posición de "Repsol Butano, S.A." en el mercado podría ser ponderada para graduar la sanción.

Añadimos, por nuestra parte, que el resto de circunstancias puestas de relieve en este epígrafe por "Repsol Butano, S.A." (singularmente, el marco normativo de la comercialización de gases licuados del petróleo y la fijación administrativa de sus precios máximos) podrían igualmente afectar a la graduación de la multa si es que de ellas se pudiera inferir que las restricciones incluidas en los contratos de distribución no eran susceptibles de causar los mismos daños a la competencia que en el caso de un mercado abierto y sin precios regulados. Sobre ello podría haber versado el debate en la instancia si se hubiera argumentado sobre la proporcionalidad de la sanción pero lo cierto es que, como expondremos al analizar el tercer motivo de casación, la recurrente no lo planteó debidamente en aquel momento procesal.

Quinto.- Hemos de hacer aun una consideración preliminar sobre el fondo de la controversia. Planteado el litigio en la instancia (hasta la providencia de 5 de junio de 2007) en unos términos que contenían escasas referencias a la aplicación de disposiciones comunitarias, la Sala de la Audiencia Nacional acordó de oficio que las partes presentaran sus alegaciones sobre la incidencia que en el litigio pudiera tener la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2006 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto C-217/05 , Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio) en respuesta a la cuestión prejudicial promovida por esta Sala del Tribunal Supremo.

"Repsol Butano, S.A." presentó sus alegaciones para insistir en que los agentes distribuidores de gases licuados del petróleo envasado "no determinan de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque dependen completamente de Repsol Butano, ya que éste asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad de distribución de GLP envasado". Deducía de esta premisa que la prohibición establecida en el artículo 85, apartado 1 , del Tratado no era aplicable a las relaciones entre los agentes distribuidores y "Repsol Butano, S.A." Y asimismo afirmaba que "los criterios señalados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia dictada en la cuestión prejudicial C-217/05 , no afectan a la calificación jurídica

efectuado por el Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los contratos de franquicia de Servicio Oficial de "Repsol Butano, S.A."

Pues bien, la sentencia ahora impugnada funda el examen de la asunción de riesgos por parte de los distribuidores (en el caso de los contratos de "agencia") en el mismo análisis que por nuestra parte acometimos en la de 4 de mayo de 2007, al resolver el recurso de casación número 1870/2002, en cuyo seno planteamos el mencionado reenvío prejudicial. Y no deja de ser significativo que, pese a la analogía de circunstancias concurrentes entre el litigio zanjado por la sentencia de 4 de mayo de 2007 (distribución de carburantes) y el presente (distribución de gases licuados del petróleo envasados), resueltos a partir de similares coordenadas normativas, "Repsol Butano, S.A." no haga sino mínimas referencias a la doctrina sentada en nuestra sentencia de 4 de mayo de 2007 y a la del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006. Doctrina que, en este último caso, ha sido completada por la que contienen las sentencias del mismo Tribunal de 11 de septiembre de 2008 (asunto C-279/06, "Cepsa Estaciones de Servicio, S.A.") y de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), "Pedro IV Servicios, S.L.").

Sexto.- En el primer motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "Repsol Butano, S.A." denuncia la infracción "del artículo 1 de la Ley 16/1989 y el Reglamento 1983/83 con relación a su aplicación a los contratos de agencia y prestación de servicios".

El motivo se dirige, pues, contra el juicio de la Sala de instancia que refrenda la calificación hecha por el Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los contratos denominados de "agencia y prestación de servicios en la distribución de GLP envasados" del año 1995. En concreto, se impugna la calificación de dichos contratos por la Sala como acuerdos de distribución exclusiva que incluyen restricciones anticompetitivas no amparadas por el Reglamento (CEE) número 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva, ni, derivadamente, por el Real Decreto 157/1992, que desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia;

La base argumental del motivo es que la Sala habría cometido "un grave error de apreciación" sobre la naturaleza de estos contratos de agencia y prestación de servicios al calificarlos como de reventa y aplicarles las normas de defensa de la competencia. A juicio de la recurrente, tratándose de relaciones contractuales regidas por el principio de autonomía de la voluntad, no cabe calificarlos de reventa pues los agentes distribuidores actuaban por nombre y cuenta de "Repsol Butano, S.A." que era propietaria de la mercancía "siempre y en todo caso". Tanto la Sala como el Tribunal de Defensa de la Competencia habrían, por consiguiente, "[...] alterado la voluntad de las partes reinterpretando la literalidad de sus cláusulas".

Discrepa igualmente "Repsol Butano, S.A." de la apreciación del tribunal de instancia sobre los riesgos asumidos por los distribuidores en el seno de sus relaciones contractuales con el suministrador. El análisis de las cláusulas contractuales que ella misma hace le lleva a concluir que es "Repsol Butano, S.A." y no dichos distribuidores quien asume los riesgos que la Sala analiza, tanto si se trata del riesgo de daños sobre

la mercancía o de daños causados a terceros por la mercancía, como del riesgo económico y financiero. Y excluido que sean los distribuidores quienes asuman tales riesgos, no cabría sino ratificar que son meros agentes y no distribuidores independientes, lo que impediría la aplicación de las normas sobre defensa de la competencia y, en concreto, del Reglamento comunitario 1983/83

Séptimo.- El motivo no puede ser estimado. Como punto de partida hemos de reiterar, sin necesidad de transcribirlas en su integridad, las consideraciones que hicimos en los fundamentos jurídicos séptimo a decimoquinto de la sentencia de 4 de mayo de 2007, dictada en el recurso de casación número 1890/2002. El análisis de las normas nacionales y comunitarias que en ellas se desarrolló es igualmente aplicable al caso de autos, con la salvedad de que el reglamento comunitario ahora aplicable no es el número 1984/1983 sino el número 1983/1983. Lo cierto es que, respecto de este último, el planteamiento argumental del motivo ni siquiera llega a indicar con precisión cuál o cuáles de sus artículos habrían sido vulnerados por la Sala

Al igual que en aquel supuesto, no bastan tampoco en éste las alusiones al principio de autonomía de la voluntad para resolver el problema planteado. Se trata de decidir si es aplicable una exención por categorías a determinados acuerdos comerciales, decisión que en este caso ha de girar en gran parte sobre la asunción de riesgos por parte del distribuidor final de los gases licuados del petróleo. Sin duda las partes de un contrato pueden desenvolverse dentro de los amplios límites del artículo 1255 del Código Civil: lo que se trata es precisamente de decidir si el contrato así pactado, tras el examen de todas sus especificaciones, se inscribe dentro de un tipo negocial o de otro. A estos efectos tampoco podrán calificarse de decisivas determinadas referencias nominales (por ejemplo, la relativa a la actuación "por cuenta de") cuando el conjunto de los rasgos contractuales desvirtúe las conclusiones que de aquella mera referencia nominal pudieran extraerse.

Recordábamos en la sentencia de 4 de mayo de 2007 cómo era tradicional doctrina de esta Sala (y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo) la restricción en el control casacional de las apreciaciones de instancia sobre la interpretación de los contratos. Tales apreciaciones han de respetarse, en principio, aun cuando es posible llegar a conclusiones distintas de las de instancia cuando o bien no se han analizado todas las cláusulas relevantes o bien la aplicación de los conceptos o categorías jurídicas incurra en algún error de derecho susceptible de ser corregido. En el caso que nos ocupa, la interpretación de la categoría jurídica comunitaria finalmente hecha por el Tribunal de Justicia en las sentencias antes transcritas respecto de los perfiles del contrato de agencia, a la luz de la asunción de riesgos, pone de relieve que la Sala de instancia no ha incurrido en error, antes al contrario, ha acertado al calificar en los términos ya dichos las relaciones contractuales controvertidas.

De esta premisa derivará el acierto también en la conclusión. Pues si la naturaleza del contrato, pese a la denominación de agencia, es más bien la de reventa a cargo de un comerciante independiente, que asume sus propios riesgos por imposición del vendedor y que no actúa como agente o mero instrumento del principal, el contrato es en realidad un acuerdo vertical de distribución exclusiva que "Repsol Butano, S.A." pacta con los revendedores. Y dado que en su seno se insertan condiciones anticompetitivas excluyentes de la exención prevista en el

Reglamento 1983/1983

(como son las cláusulas de no competencia durante dos años y la reserva de la operadora del derecho de arrendar las instalaciones del distribuidor por ese mismo período tras el cese de las relaciones contractuales) el contrato en sí no puede beneficiarse de la citada exención.

Octavo.- Las alegaciones de "Repsol Butano, S.A." sobre la asunción de riesgos por parte de los distribuidores finales no pueden prosperar una vez que la conclusión obtenida por la Sala de instancia tras el examen exhaustivo de las cláusulas contractuales debatidas se revela conforme con su verdadero significado. Por mucha insistencia que la recurrente ponga en su desarrollo expositivo, la interpretación que el tribunal hace de aquellas cláusulas en absoluto desvirtúa su significado, que no es otro sino atribuir una parte de riesgos comerciales o financieros no insignificantes al distribuidor, a quien "Repsol Butano, S.A." entrega los gases licuados del petróleo para el ulterior suministro a los clientes finales.

No será necesario a estos efectos reiterar las consideraciones, antes transcritas, de la sentencia de instancia. Las hacemos nuestras pues, en efecto, la asunción de riesgos que inequívocamente se trasluce en las cláusulas contractuales objeto de análisis por la Sala de la Audiencia Nacional es suficiente para obtener la ya referida conclusión sobre la verdadera naturaleza del contrato de distribución. Dicha conclusión no resulta enervada por el hecho de que haya habido pronunciamientos jurisdiccionales que, desde otras perspectivas, hayan afirmado o excluido las responsabilidades de algunas de las partes del contrato en relación con ciertos daños causados o hayan confirmado que se trataba de contratos de agencia. Por lo demás, de dichos pronunciamientos sólo los de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo permitirían poner en cuestión el juicio de otros tribunales sobre la naturaleza de los mismos contratos que aquella Sala hubiera finalmente declarado por sí misma. Y ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo citadas, vista su fecha, se puede referir a los contratos del año 1995 que están en la base de este litigio.

Noveno.- Sentado lo anterior, la siguiente línea argumental de "Repsol Butano, S.A." es que incluso si la relación contractual no fuera de agencia genuina, "ello no permite en modo alguno llevar a cabo una aplicación de las normas de competencia como la contenida en la sentencia de instancia" pues "no basta con considerar que una determinada estipulación no esté cubierta por un Reglamento de exención para declarar la existencia de una infracción de todo un contrato". A su juicio ello supone "una grave distorsión del sistema normativo español y comunitario de defensa de la competencia, en el cual no se puede presumir el carácter prohibido, en base al artículo 1 de la LDC (o 81.1 del Tratado CE) de ningún acuerdo [...] sólo por el hecho de que una parte del mismo no entre dentro del ámbito de exención regulado por un Reglamento de exención por categorías".

Ocurre, sin embargo, que esta línea argumental, ni siquiera utilizada en la demanda de instancia, no tiene debidamente en cuenta que los acuerdos de distribución exclusiva regulados por el Reglamento 1983/83 que incluyan cláusulas restrictivas de la competencia como las que constan en los contratos objeto de este litigio -es decir, cláusulas que van más allá de las permitidas en su artículo 2- no pueden beneficiarse de la exención en aquélla reconocida. Y la exención se instaure precisamente para los supuestos en que tales acuerdos cumplan las condiciones del apartado 3 del (antiguo) artículo 85 del Tratado, concretadas y desarrolladas en aquel Reglamento

El Reglamento (CEE) número 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva, lo que hace precisamente es declarar inaplicable el apartado 1 del artículo 85 de dicho Tratado a los acuerdos en los que una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ésta determinados productos para su reventa. De no ser por la exención -que, repetimos, no se admite cuando el contrato incluye determinadas cláusulas restrictivas- la "inaplicación" del artículo 85.1 del Tratado desaparece y entra en juego la prohibición general de las conductas anticompetitivas en cuyo concepto se incluyen de principio los referidos acuerdos que imponen a los proveedores restricciones de competencia como las aquí examinadas.

La cita que en el primer motivo se hace a la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales, publicada en el Diario Oficial C 291 de 13 de octubre de 2000, no altera cuanto se deja dicho. Por un lado, las citadas directrices no son normas jurídicas susceptibles de ser infringidas, sino meros criterios interpretativos de la institución comunitaria para realizar su propia evaluación de los acuerdos verticales con arreglo a las normas de competencia de la Unión Europea. Por otro lado, la propia Comisión insiste en que los criterios expuestos en sus Directrices no pueden aplicarse mecánicamente, sino teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Y en el de autos, por todo lo dicho, el análisis de los contratos objeto de controversia permite deducir la conclusión que antes ha quedado expuesta.

Décimo.- Añade finalmente "Repsol Butano, S.A." que, en todo caso, no quedaría excluida "la posible aplicación de una exención individual", pero lo cierto es que en la fecha a la que se refieren los hechos objeto de sanción ella misma no había instado del Tribunal de Defensa de la Competencia la autorización singular, a diferencia de lo que posteriormente haría. En nuestra reciente sentencia de 6 de julio de 2010 (recurso 5570/2007) casamos la de la Audiencia Nacional allí impugnada y anulamos la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de mayo de 2004 que, a su vez, rechazó una solicitud de autorización singular, instada por "Repsol Butano, S.A." al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 16/1989, para un contrato de agencia y prestación de servicios en la comercialización de gas licuado del petróleo envasado.

En un escenario temporal posterior a los contratos de autos (ya bajo la vigencia de la nueva Ley 34/1998, de Hidrocarburos) consideramos en la sentencia de 6 de julio de 2010 que, salvadas las condiciones que el Servicio de Defensa de la Competencia había propuesto para suprimir determinadas restricciones excesivas, podía haber sido autorizable una modalidad de contrato de distribución en exclusiva auspiciada por "Repsol Butano, S.A." en cuya virtud se firmaran pactos de suministro en exclusiva entre operadores y comercializadores, cuando estos últimos fueran "agentes a comisión integrados en las redes de distribución de los primeros". En el caso de autos, por el contrario, ni hubo solicitud de autorización singular ni los contratos objeto de análisis podían calificarse de agencia, por lo que difícilmente es acogible la tesis de la recurrente a este respecto.

Undécimo.- El segundo motivo de casación se deduce también al amparo del

artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y se denuncia en él la "infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del Reglamento 4087/1988 con relación a los contratos de franquicia". De nuevo "Repsol Butano, S.A." no precisa en qué precepto singular del reglamento comunitario basa el motivo casacional. Dado que la imputación por la que fue sancionada es que aquellos contratos impedían al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador, conducta expresamente prohibida por el artículo 5, apartado b), del Reglamento CEE 4087/1988 de la Comisión (y derivadamente, por el citado Real Decreto 157/1992), debe entenderse que aduce la vulneración del referido artículo, a la que se uniría la del artículo 3.1, que contempla determinadas excepciones a la prohibición.

"Repsol Butano, S.A." discrepa una vez más de la sentencia de instancia en cuanto a la interpretación de las cláusulas recogidas en los contratos de franquicia celebrados con terceras empresas para la revisión de las instalaciones de los usuarios finales. Pero la lectura de los fundamentos jurídicos decimosegundo a decimoquinto de la sentencia permite fácilmente deducir que las condiciones contractuales en ellos transcritas tenían el contenido restrictivo que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia apreciaron, conclusión a la que se llega sin dificultad hermenéutica alguna.

No se traba, pues, de una "supuesta" prohibición para el franquiciado de adquirir o utilizar productos distintos de los suministrados por "Repsol Butano, S.A.", como esta empresa sostiene en casación, sino de una prohibición real y existente, que condicionaba la ulterior elección del franquiciado a la voluntad unilateral del franquiciador, todo ello en relación con productos que tenían un régimen objetivo de comercialización, esto es, estaban sujetos a especificaciones objetivas de calidad. Esta última circunstancia impide, como acertadamente sostiene el tribunal de instancia, aplicar la salvedad contenida en el artículo 3.1 del Reglamento CEE 4087/88.

El argumento adicional de "Repsol Butano, S.A.", en el sentido de que nunca llegó a aplicar de facto la "amenaza" de rescisión del contrato de franquicia prevista para cuando el franquiciado vulnerara la prohibición antedicha, lo único que pondría de manifiesto es que la restricción de la competencia tuvo el éxito con ella pretendido.

Duodécimo. - En el tercer y último motivo de casación, asimismo al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se denuncia la "infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989 sobre proporcionalidad de la sanción impuesta".

Como bien destacan el Abogado del Estado y el de la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo (codemandada y ahora correcurrida) el motivo introduce una cuestión nueva no suscitada en la instancia, sobre la que el tribunal sentenciador, de modo congruente, no se pronunció pues ante él no había sido presentada por la demandante, lo que hace inadmisibles su planteamiento casacional.

En efecto, pese a que la resolución administrativa incluía un apartado específico destinado a exponer los criterios en cuya virtud se habían graduado las sanciones impuestas, sobre ello nada se alegó en la demanda. El Tribunal de Defensa de la Competencia había tomado en consideración la gravedad de las infracciones y su larga

duración así como el designio de "Repsol Butano, S.A." de mantener "mediante practicas ilegales, la condición de monopolista que anteriormente la Ley le otorgaba". Calificó como muy graves ambas conductas anticompetitivas destacando que afectaban a la totalidad del mercado peninsular español y habían conseguido que "todavía en la actualidad no exista competencia en el mercado de la distribución de GLP envasado en España". Subrayó asimismo la dimensión de los mercados afectados y el volumen de ventas de gases licuados del petróleo envasados a cargo de "Repsol Butano, S.A.". Circunstancias todas ellas que determinaron las cuantías de las dos multas (un millón doscientos mil euros, por la primera infracción, y otra de trescientos mil euros, por la segunda).

Dado que, repetimos, no hubo alegación ni debate procesal en la instancia sobre estos criterios pormenorizados de graduación de las sanciones, o sobre cualquier otro de los referidos en el artículo el artículo 10 de la Ley 16/1989 para apreciar su proporcionalidad, la Sala de la Audiencia Nacional instancia no se pronunció al respecto ante la ausencia de alegaciones de la demandante. Siendo ello así, mal podríamos casar la sentencia de instancia por apreciar en este punto, por vez primera, infracciones de normas que ante ella no fueron planteadas y a las que no se refiere la propia sentencia impugnada en casación.

Decimotercero.- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

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

## **FALLAMOS**

No ha lugar al recurso de casación número 1654/2008 interpuesto por "Repsol Butano, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 21 de enero de 2008 en el recurso número 814 de 2002 . Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.