

Id. Cendoj: 28079230062009100434
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 10/11/2009
Nº de Recurso: 366/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diez de noviembre de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha

promovido Repsol Butano S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Manuel Villasante García, frente a la

Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de

la Competencia de fecha 10 de julio de 2007, relativa a ejecución de Resolución, siendo codemandada Asociación de Empresas

Instaladoras de Gas de Ámbito Nacional y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Repsol Butano S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Manuel Villasante García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de julio de 2007, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de 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.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, acordado y no proponiéndose, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día tres de noviembre de dos mil nueve.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de julio de 2007, por la que se acuerda ejecutar en sus propios términos la Resolución de 7 de marzo de 2002, dictada en el expediente 513/01.

SEGUNDO: La Resolución del TDC que se ejecuta, fue enjuiciada por esta Sala en nuestra sentencia de 7 de febrero de 2005, dictada en el recurso 192/2002 y confirmada por la del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2007, dictada en casación 1907/2005.

Para una mejor comprensión de la cuestión planteada hemos de señalar que la Resolución de 7 de marzo de 2002 establece en su parte dispositiva:

"PRIMERO.- Declarar acreditada la realización por parte de REPSOL BUTANO, S.A., de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en negar a las empresas instaladoras de gas asociadas en ASEINGAS la información esencial sobre el mercado de revisiones obligatorias periódicas que transmite a las empresas franquiciadas de SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO, competidoras en dicho mercado."

"SEGUNDO.- Intimar a REPSOL BUTANO S.A. a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro."

"TERCERO.- Imponer a REPSOL BUTANO S.A. como autora de esta conducta prohibida la multa de trescientos mil euros."

"CUARTO.- Ordenar a REPSOL BUTANO S.A. la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional."

El problema se plantea en relación al apartado segundo, sobre la abstención a realizar la conducta constitutiva de la infracción, consistente en negar a las empresas instaladoras asociadas en ASEINGAS la información esencial sobre el mercado de revisiones obligatorias periódicas que trasmite a las empresas franquiciadas.

De ello resulta una primera afirmación en la que parecen estar de acuerdo todas las partes, la conducta cuya abstención se impone consiste en denegar la información a las empresas asociadas en ASEINGAS, en los mismos términos en que se facilita a las

franquiadas. Los elementos de la conducta infractora son 1) la denegación de una información, y 2) que tal información es transmitida a determinadas empresas.

Veamos los hechos probados que ahora nos interesan y que fueron recogidos en nuestra sentencia antes citada:

"...3) Por tanto, por su condición de empresa suministradora/distribuidora, REPSOL BUTANO mantiene un censo de usuarios de GLP, en el que consta, entre otros, el dato de cuando debe procederse a la siguiente revisión periódica obligatoria por cada uno de los propietarios y usuarios de instalaciones de GLP.

4) El SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO es una franquicia en la que REPSOL BUTANO S.A. es el franquiciador, que pone a disposición de los franquiciados, empresas jurídicas independientes (388 empresas en 1999) que reciben el nombre de Servicios Oficiales de REPSOL BUTANO, un conjunto de procedimientos y sistemas diseñados para facilitar la práctica de la revisión periódica de las instalaciones de GLP de los usuarios. REPSOL BUTANO S.A. recibe de sus franquiciados, en concepto de canon, un porcentaje de la facturación de las revisiones que estos efectúan. Entre los años 1994 a 1999, REPSOL BUTANO percibió como ingresos por canon de franquicia de los SERVICIOS OFICIALES la cantidad de 310.111.582 pesetas, así como otros 225.558.657 pesetas por las ventas de materiales a sus franquiciados.

5) REPSOL BUTANO pone a disposición de las empresas franquiciadas en el SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO el censo de usuarios y los listados anuales de usuarios de la zona a los que corresponde revisar sus instalaciones en ese año.

6) Sin embargo, REPSOL BUTANO niega a otras empresas legalmente habilitadas para las revisiones periódicas, distintas a las integradas en el SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO, los datos de los usuarios que deben efectuar dichas revisiones periódicas de sus instalaciones receptoras de GLP. "

De ello resulta que existe una transmisión de información del censo de usuarios y los listados anuales de usuarios de la zona a los que corresponde revisar sus instalaciones en ese año, a las empresas franquiciadas, si bien esta información se deniega a otras empresas habilitadas para las revisiones. La conjunción de ambos elementos es lo que determinó, como hemos visto la comisión de la infracción y a tal conducta viene referida la intimación de abstención.

TERCERO: Veamos ahora los razonamientos contenidos en la sentencia sobre estas cuestiones.

En el fundamento jurídico noveno podemos leer:

"Tal alegación no puede prosperar, porque parte de la idea equivocada de que el TDC sanciona la comunicación sobre la obligatoriedad de la revisión periódica, efectuada por REPSOL BUTANO a los propietarios y usuarios de las instalaciones de GLP para las que ese año finalice el plazo de 5 años desde la anterior revisión. Pero tal comunicación, que resulta obligatoria para REPSOL BUTANO de acuerdo con el artículo 22.2 del RD 1085/92, ya citado, no es la conducta que se ha sancionado por el TDC, ni siquiera por su referencia a la posibilidad de que la revisión sea efectuada por las empresas franquiciadas en REPSOL BUTANO SERVICIOS OFICIALES. Por tanto, todas las referencias de la demanda a la oportunidad de dicha

comunicación y a los beneficios de creación de mercado que resultan de ella -y lógicamente, del RD 1085/92 que la impone a las empresas suministradoras- son útiles para conocer de una forma global toda la intervención de la recurrente en el mercado de las revisiones, pero no tienen trascendencia a la hora de valorar la conducta infractora, que como se dice no tiene nada que ver con la comunicación a los propietarios y usuarios, impuesta por el artículo 22.2 del RD 1085/92, sino que consiste, como se verá más adelante siguiendo el orden de la demanda, en la negativa por REPSOL a suministrar la información esencial sobre el mercado de las revisiones periódicas a empresas ajenas a sus servicios oficiales al tiempo que facilita dicha información a las empresas franquiciadas en sus servicios oficiales."

En el fundamento jurídico décimo leemos:

"REPSOL BUTANO tiene conocimiento de los datos de los usuarios y de sus instalaciones por disposición reglamentaria. En efecto, el artículo 20 del RD 1085/92 establece la obligación de las empresas suministradoras, previas al inicio del suministro, de comprobar que la instalación reúne los requisitos que el propio RD expresa, y el artículo 21 añade que las empresas suministradoras de GLP llevarán un censo de los usuarios en que harán constar los datos de la instalación y los de las revisiones periódicas, estos últimos de obligatoria remisión a la empresa suministradora por disposición del artículo 22.2 RD 1085/92. Por tanto, los preceptos señalados habilitan a REPSOL BUTANO a llevar un censo en el que conste, entre otros datos, las fechas en que los propietarios y usuarios a quienes suministra GLP han de efectuar la revisión quinquenal de sus instalaciones.

En contra de lo que se afirma en la demanda, el artículo 6 LDC no tiene limitada su aplicación a los supuestos en los que la conducta en cuestión se deriva del poder económico de la empresa dominante, sino es también de aplicación cuando tiene su origen en disposiciones legislativas o reglamentarias, que crean una posición de ventaja de la que abusa la empresa dominante. En este caso no se discute que las disposiciones reglamentarias obligan a REPSOL BUTANO a llevar un censo de usuarios a quienes suministra GLP, que le proporciona un conocimiento exhaustivo de las fechas en que han de realizar la revisión periódica de sus instalaciones, ni -esto es obvio- es merecedora de reproche alguno la llevanza de dicho censo, sino que lo que constituye la infracción es el abuso de dicha ventaja, por REPSOL BUTANO proporcionando tal información a las empresas franquiciadas en sus servicios oficiales y negándola a las empresas competidoras en el mercado de las revisiones periódicas."

CUARTO: Pues bien, dicho lo anterior entraremos en el análisis de la legalidad de la Resolución impugnada.

En primer lugar no se está revisando un acto administrativo previo ni la ejecución del mismo va más allá de sus pronunciamientos. Efectivamente, la recurrente parte de la base de que la entrega de la información impuesta por la Resolución recurrida supone una revisión de la resolución que se ejecuta ya que en sus pronunciamientos no existe obligación de suministro de información.

Ahora bien, decíamos que la infracción consiste en una doble conducta, la entrega de información a determinadas empresas y la denegación de su entrega a otras. Pues bien, la abstención de persistencia en la conducta infractora a que obliga el pronunciamiento tercero antes transcrito, requiere el restablecimiento del orden jurídico perturbado, no sólo respecto de la cesación de la conducta sino también la aplicación

de los medios necesarios para reestablecer la libre competencia que ha sido perturbada por la conducta. Y este punto hemos de señalar el acierto de la defensa de la Administración al señalar la necesidad de cesación en la vulneración de la libre competencia como parte integrante del pronunciamiento que se ejecuta.

Efectivamente, debemos recordar que la infracción consiste en la discriminación que se produce en relación a determinadas empresas al no suministrar una información que se ha suministrado a otras, por tanto la orden de cesación de la conducta infractora viene referida precisamente a esa situación de discriminación, o dicho de otro modo, la intimación de cesar en la conducta infractora viene referida a la situación en la cual unas empresas han recibido una información de la que otras carecen. No podemos por ello aceptar los razonamientos de la actora en orden a que esa obligación de entrega de información debió imponerse de forma autónoma, de conformidad con el artículo 46.2 de la LDC, pues es inevitable, dada la infracción declarada, que la orden de cesación de la conducta incluya la cesación de la situación de discriminación producida.

Y a ello no es obstáculo el contenido del fundamento jurídico duodécimo de nuestra sentencia al señalar:

"Alega la recurrente que no existe alternativa ajustada a derecho que le permita otro modo de proceder, esto es, no le era exigible otra conducta, porque la remisión a todas y cada una de las empresas instaladoras de los datos de los clientes no resulta admisible ni ajustada a derecho.

Pero, una vez más, debe insistirse en cual es la conducta infractora que sanciona el TDC. No es la negativa de suministro de los datos de los clientes a "todas y cada una de las empresas instaladoras", sino más precisamente la doble conducta consistente, de un lado, en negar a las empresas instaladoras de gas asociadas en ASEINGAS la información esencial sobre el mercado de las revisiones obligatorias y de otro lado y al mismo tiempo, transmitir esa misma información a sus empresas franquiciadas.

De manera que no es cierto que la única alternativa a su conducta fuera la remisión a todas y cada una de las empresas instaladoras de los datos de los clientes, porque también era una conducta posible no suministrar dichos datos a las empresas instaladoras franquiciadas en sus servicios oficiales, evitando de esta manera crear una distorsión de la competencia en el mercado de las revisiones.

En el mismo apartado de la demanda que ahora examinamos, mantiene el recurrente que no tiene la condición de elemento esencial la información que posee y suministra a las empresas franquiciadas en su servicio (y niega a otras empresas, no se olvide), pero la Sala no comparte esta opinión, sino que hace suyo el razonamiento al respecto efectuado por el TDC en la Resolución impugnada (F.J. 8º), ya que parece claro que disponer de la información precisa de la fecha en que un determinado usuario debe proceder a la revisión quinquenal de sus instalaciones de GLP es una ventaja sustancial frente al competidor que desconoce esa fecha."

Porque si bien es cierto que la recurrente pudo optar por no transmitir la información a ninguna empresa, una vez que la transmitió, como efectivamente quedó probado, la única forma de cesar en la conducta anticompetitiva es transmitir esa misma información a las empresas a las que se le denegó, ya que, de no facilitar dicha información, la situación de discriminación anticompetitiva persiste, ya que las empresas franquiciadas tienen dicha información, aún cuando no se encuentre

actualizada, pero sin duda es posible la actualización de la información que se pose de forma más sencilla que la obtención de la misma.

QUINTO: No podemos admitir que exista una vulneración de la prohibición de doble incriminación ni obstáculos legales para la ejecución en la forma prevista en la Resolución que enjuiciamos.

En primer lugar no existe vulneración del principio ne bis in idem, pues no se enjuicia ni sanciona nuevamente un mismo comportamiento, sino que se ejecuta en sus propios términos una Resolución previa, como hemos tenido ocasión de analizar.

En segundo lugar no existe obstáculo legal para la ejecución en la forma analizada puesto que la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 6 determina:

"1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6 de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado."

Existen por ello formas de facilitar la información sin vulnerar la Ley de Protección de Datos mediante la solicitud de la correspondiente autorización, sin olvidar la referencia al cumplimiento o mantenimiento del contrato, dado el régimen específico de las revisiones obligatorias. Por otra parte, la recurrente facilitó los datos a las franquiciadas vigente la Ley de Protección de Datos sin reparos sobre la legalidad de la actuación.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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 Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Repsol Butano S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o José Manuel Villasante García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de julio de 2007, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la

Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.