

Id. Cendoj: 28079230062005100508
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 07/02/2005
Nº de Recurso: 192/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a siete de febrero de dos mil cinco.

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 192/2002, 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 7 de marzo de

2002 (expediente 513/01), sobre conducta restrictiva de la competencia, en el que la Administración

demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y han intervenido

como partes codemandadas TUBOGAS, S.L., representada por el Procurador D. José Antonio

Pérez Casado y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS INSTALADORAS DE GAS DE ÁMBITO NACIONAL (ASEINGAS), representada por la Procuradora Dña. Beatriz González Rivero.

La cuantía del mismo del presente recurso es de 300.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 23 de

marzo de 2002, y la Sala, por providencia de fecha 4 de abril de 2002, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Mediante escrito presentado el 30 de abril de 2002 compareció en autos TUBOGAS, SL, y por escrito de 4 de octubre de 2004, lo hizo ASEINGAS, teniendo la Sala por personadas a dicha empresas y asociación, en calidad de partes codemandadas respecto de los trámites no precluidos en el momento de su respectiva personación.

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 contestó a la demanda la parte codemandada personada a tiempo de realizar efectuar dicho tramite procesal.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 1 de febrero de 2005.

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 (TDC), de fecha 7 de marzo de 2002, cuya parte dispositiva tiene el siguiente contenido:

"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."

SEGUNDO.- La Sala tiene por acreditados los mismos hechos que el TDC declara probados y que aquí, en aras a la brevedad, se tienen por reproducidos.

Interesa, en todo caso, destacar lo siguiente:

1) La recurrente, REPSOL BUTANO, S.A. es un operador al por mayor de Gases Licuados del Petróleo (GLP) y empresa suministradora de GLP. Aunque en el mercado del suministro y distribución de GLP y en el ámbito de la Península existen otras empresas (CEPSA ELF GAS, PRIMAGAZ, SHELL GAS ESPAÑA, PETROGAL, BP OIL, TOTALGAZ ESPAÑA, DRAGON GAS, PRIM-AI DISTRIBUCION), la recurrente mantiene una cota cercana al 90% de dicho mercado (2.292.000 Tm. de gases licuados del petróleo -propano, butano- a 12.368.000 clientes, en 1999).

2) El RD 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la actividad de distribución de GLP, establece, en sus artículos 20, 21 y 22 lo siguiente:

a) Las empresas suministradoras de GLP (REPSOL BUTANO entre otras), antes de iniciar el suministro a una instalación receptora, deberá comprobar que la instalación dispone de la documentación técnica exigible en función de sus características específicas y efectuar las comprobaciones correspondientes.

b) Los titulares de un contrato de suministro, y en defecto de este los usuarios, están obligados a mantener en perfecto estado de conservación las instalaciones receptoras de GLP, usándolas adecuadamente y revisándolas periódicamente cada 5 años, utilizando para dicho fin los servicios de una empresa legalmente habilitada para ello.

c) Las empresas habilitadas que realicen esas revisiones periódicas tienen que expedir un certificado de la revisión efectuada, en tres ejemplares, uno para el usuario o propietario, otro para la propia empresa instaladora y el tercero se enviara a la empresa suministradora (REPSOL BUTANO entre otras).

d) Las empresas suministradoras han de llevar un censo de usuarios en el que constarán los datos de la instalación y los de los resultados de las revisiones periódicas.

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.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda:

a) Defectos de procedimiento: 1) la denuncia era manifiestamente defectuosa y el Servicio de Defensa de la Competencia utilizó indebidamente el cauce de subsanación de peticiones de la Ley 30/92, b) no se facilitó al recurrente la denuncia formulada, y c) caducidad del procedimiento.

b) En cuanto al fondo: 1) arbitraria delimitación del concepto de mercado, 2) falta de presencia de REPSOL del mercado de las empresas instaladoras, lo que implica la imposibilidad de abusar de un dominio que no se tiene, 3) vulneración del principio de seguridad legítima y confianza legítima, 4) vulneración del artículo 6 LDC al tipificarse con arreglo al mismo una actuación claramente generadora de competencia, 5) el conocimiento de información de los usuarios se deriva de una disposición legal y no del poder de mercado, 6) admisión de hechos no acreditados por los denunciante, 7) inexigibilidad de otra conducta, 8) ausencia de tipicidad en la actuación de la demandante, y 9) inaplicabilidad al presente supuesto de la doctrina de los mercados conexos.

El Abogado del Estado contesta que: 1) la denuncia es uno de los medios de iniciación del procedimiento ante el SDC y el artículo 36 LDC permite su formulación con enorme amplitud, 2) el SDC al iniciar su información reservada informó suficientemente a la recurrente, 3) no existe caducidad del procedimiento, 4) el mercado de revisión de instalaciones de gas está correctamente delimitado, 5) la falta de presencia directa en el mercado de las revisiones no impide que pueda llevarse a cabo en él una conducta anticompetitiva a través de la doctrina de los mercados conexos, que está plenamente asentada en el derecho comunitario, y 6) no cabe invocar el principio de confianza legítima en base a una resolución anterior del TDC radicalmente diferente a la que aquí se enjuicia.

TERCERO.- El artículo 36 de la ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) señala que el procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas se inicia por el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), bien de oficio, bien a instancia de parte interesada. El mismo precepto regula de una manera muy amplia la denuncia de las conductas prohibidas por la LDC, que es pública y puede formularse por cualquier persona, interesada o no, con unos mínimos requisitos, tales como la identificación del denunciante y denunciado, hechos de los que se deriva la existencia de la infracción e intereses legítimos del denunciante a efectos de ser considerado interesado si llega a iniciarse el procedimiento sancionador.

Lo decisivo, además, es que la denuncia no concede un derecho al denunciante a la tramitación del expediente sancionador, sino que este se inicia por decisión del SDC, que puede proceder a la instrucción de una información reservada que permite actuaciones, como dice el artículo 36.3 LDC, "...incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas..."

Por tanto, a partir de la presentación de una denuncia por cualquier persona, o incluso, por la simple noticia de una posible infracción, el SDC puede proceder a realizar una información reservada, en la que puede ampliar los datos disponibles y recabar otros nuevos, tanto del denunciante como del denunciado y, en general, de cualesquiera empresas implicadas.

Desde esta perspectiva, poco importa que la denuncia tenga defectos formales y que el denunciante los subsane o no. Esto afectará, en todo caso, a la admisión del denunciante en el expediente como interesado, pero no a la propia iniciación del expediente para la investigación de los hechos, que como hemos comentado puede ser decidida por el SDC de oficio. Por tal razón, aún en la hipótesis de la existencia de defectos en la denuncia, no constituyen un acto nulo de pleno derecho del artículo 62.1.a), como se alega en la demanda, las solicitudes del SDC al denunciante para la ampliación de nuevos datos, y en general para la realización de una información reservada, porque se trata de una actuación obligatoria para la Administración a partir de la noticia de una posible infracción de la LDC.

CUARTO.- Sostiene la demanda la existencia de indefensión porque cuando el SDC, en el marco de su actuación reservada, reclamó información a REPSOL BUTANO, no le dio traslado de la denuncia.

Se está refiriendo la parte actora al escrito del SDC de 4 de marzo de 1999 (folios 68 y 69 del expediente), en el que se le pedía que aportara determinados datos e información relacionada con los hechos denunciados. Es cierto que dicho escrito no fue acompañado del escrito de denuncia, pero también lo es que en su primer párrafo se hacía saber a la parte actora la existencia de la denuncia, su fecha, la identificación del denunciante, y un resumen de los hechos denunciados y preceptos de la LDC supuestamente infringidos.

Es cierta y sobradamente conocida la traslación a los procedimientos administrativos sancionadores de las garantías del artículo 24 CE, que sean compatibles con su naturaleza, entre las que se encuentra el derecho a ser informado de la acusación. Pero en este caso no se aprecia violación de este derecho, porque el SDC al realizar su información reservada y solicitar datos y determinada información a la empresa denunciada, le hizo saber los elementos esenciales de la denuncia contra ella formulada, y desde la misma admisión a trámite de la denuncia e incoación del procedimiento sancionador, acordada en providencia de 22 de septiembre de 1999, se le dio traslado de la denuncia al denunciado (folios 75 y 76 del expediente), y pudo tomar vista de todo lo actuado.

QUINTO.- La demanda considera infringido el artículo 56 LDC que fija el plazo máximo de duración del procedimiento sancionador en el SDC, aunque la propia demanda admite que el SDC remitió al TDC en expediente dentro del plazo previsto legalmente.

El artículo 56 LDC, en la redacción dada por el artículo 100 de la ley 66/97, estableció en 18 meses la duración máxima del procedimiento sancionador en la fase ante el SDC, y dicho precepto también indica que dicho plazo se contará desde la iniciación formal del procedimiento hasta la remisión del expediente al TDC. Tal plazo, como reconoce la actora, no fue incumplido.

La alegación de la actora consiste en que desde la presentación de la denuncia hasta la incoación del procedimiento sancionador han transcurrido 11 meses, por lo que las actuaciones del SDC duraron 29 meses en realidad, lo que excede en forma abusiva la

voluntad del legislador.

En realidad, lo que no permite el legislador es el cómputo que efectúa la recurrente, pues se ha visto que el artículo 56 LDC con claridad señala que el plazo del procedimiento ante el SDC se cuenta desde la incoación del expediente sancionador, lo que obviamente excluye del cómputo el tiempo de la información reservada.

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, y que tal precepto no puede considerarse afectado por la Disposición Derogatoria de la ley 16/89, pues dicha Disposición se refiere únicamente a las normas anteriores en lo que no se opongan a la propia ley 16/89.

Sin embargo, la Sala considera 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 2004174), 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.

SEXTO.- La primera alegación de la demanda en cuanto al fondo consiste en negar la existencia de un mercado de revisiones periódicas de instalaciones de GLP, tal y como es delimitado por el SDC.

El SDC, en su Informe-Propuesta, de 21 de marzo de 2001 (folios 346 a 369 del expediente), señala que dentro de la actividad de GLP existen 3 mercados de producto: a) el suministro/distribución de GLP, b) la realización de las instalaciones, y c) la revisión de las instalaciones.

Se trata de 3 mercados de producto distintos, de imposible sustitución entre si, por lo que la delimitación del mercado de producto se estima correcta, sin que sea necesario insistir en que el producto que ahora nos interesa, la revisión de las instalaciones de GLP, no puede sustituirse ni por el suministro del gas ni por la realización y puesta en funcionamiento de la instalación.

El demandante considera arbitraria la delimitación porque desde el punto de vista de los oferentes, las empresas instaladoras pueden realizar también revisiones, y también las empresas que prestan servicios en relación con las instalaciones y revisiones de gas natural pueden actuar en las instalaciones domésticas de GLP. Todo ello es verdad, dependiendo de la habilitación que la Administración haya concedido a las empresas. Pero lo relevante es que para definir un mercado, la sustitución en la demanda aparece como primer criterio decisivo, y lo cierto es que los usuarios de GLP no pueden sustituir la revisión de sus instalaciones por el suministro ni por la realización de una nueva instalación, con independencia de la mayor o menor extensión de la habilitación administrativa que tengan las empresas que presten dicho servicio. Por tanto, consideramos razonable y correcta la apreciación del SDC sobre la existencia de un mercado de producto constituido por las revisiones periódicas de las instalaciones de GLP, en el que están presentes los propietarios y usuarios de esas

instalaciones y las empresas habilitadas para realizar las revisiones periódicas, cualquiera que sea la extensión de su habilitación administrativa. .

La argumentación del demandante sobre la delimitación del mercado descansa en la idea de que, a menor extensión del mercado delimitado, mayor posibilidad habrá de apreciar una conducta reprobable, lo que efectivamente sucede en la hipótesis más frecuente de aplicación del artículo 6 LDC, cuando una empresa tiene una posición de dominio en un determinado mercado y abusa de ella en ese mercado, pero dicha consecuencia de una delimitación excesivamente rigurosa del mercado no se produce en los casos, como el presente, de delimitación de un mercado relacionado o secundario, en los que la infracción del artículo 6 LDC se imputa por prácticas de una empresa dominante en un mercado por razón de sus efectos en otro mercado relacionado, cuestión de la que se tratará más adelante, siguiendo el orden de las alegaciones de la demanda.

SÉPTIMO.- Afirma la demanda que REPSOL BUTANO no está presente en el mercado de la instalación y puesta en funcionamiento de las instalaciones, por lo que es un error la afirmación del SDC, confirmada por el TDC, de que la demandante interviene indirectamente en ese mercado.

Estamos ante una defectuosa interpretación de la recurrente. Lo que afirma el SDC en su Informe- Propuesta (folio 347 del expediente) es que REPSOL BUTANO no actúa en el mercado de realización y puesta en funcionamiento de las instalaciones. Y tras un punto y seguido, añade el SDC que, en cambio, interviene indirectamente en el mercado de las revisiones, a través de sus SERVICIOS OFICIALES. Es decir, tras delimitar el SDC como mercados distintos el de la puesta en funcionamiento de instalaciones y el de revisión de las mismas, afirma que la demandante no actúa en el primero, pero si lo hace indirectamente en el segundo.

Ya se ha visto que el mercado que ahora nos interesa es el de la revisión periódica de las instalaciones de GLP, y en dicho mercado es claro que actúa REPSOL PETROLEO indirectamente, a través de las empresas franquiciadas en el SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO, en el que se integran alrededor de 400 empresas con personalidad jurídica propia (388 empresas en 1999), que son las que intervienen directamente en dicho mercado, efectuando las revisiones periódicas, de las REPSOL BUTANO percibe, en concepto de canon, un porcentaje de su facturación por la realización de las revisiones, que le supuso unos ingresos totales por canon de franquicia de 310.111.582 pesetas, así como otros 225.558.657 pesetas por las ventas de materiales a sus franquiciados, durante los años 1994 a 1999.

OCTAVO.- Entiende la demanda vulnerado el principio de seguridad jurídica y confianza legítima porque la sanción se refiere a hechos iguales a los examinados por el TDC en otro expediente (284/97), en el que acordó el archivo.

El principio de confianza legítima, derivado del de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, es un principio inspirador de la actuación administrativa, reconocido hoy por el artículo 3.1 de la ley 30/1992, después de la reforma efectuada por la ley 4/99, de 13 de enero. Según la Exposición de Motivos de la ley 4/99, se protege la garantía legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente.

Este principio es de frecuente aplicación en el derecho comunitario de defensa de la competencia, en el que los Tribunales vienen exigiendo, como presupuesto para su

aplicación, así en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003 (asunto T-224/2000, TJCE 2003 06) y 23 de octubre de 2003 (asunto T-65/98, TJCE 200363), así como en las STJCE que allí se citan, que la Administración haya dado al particular que lo invoca "garantías concretas" que fundadamente le hacen concebir esperanzas fundadas.

Por su parte, el Tribunal Supremo también ha acogido el principio de confianza legítima en el ámbito de la defensa de la competencia, y en sentencias de 28 de julio de 1997 (RJ 1997890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000047) indica que su admisión debe basarse en "signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes".

En este caso no existen "esas garantía concretas" o esos "signos externos suficientemente concluyentes" producidos por la Administración. No existe ninguna autorización concreta o recomendación expresa por parte de la Administración para la realización de la conducta sancionada, sino únicamente el precedente de una resolución administrativa, dictada en un procedimiento sancionador distinto al que ahora nos ocupa, que llega a conclusiones diferentes.

Además de lo anterior, ni siquiera el procedimiento sancionador que se cita como precedente y el se encuentra en el origen de este recurso se refieren a los mismos hechos. En la Resolución de 21/7/98, recaída en el expediente 284/1997, el TDC desestimó un recurso contra un Acuerdo de archivo del SDC, y la lectura de dicha Resolución demuestra que el motivo principal del recurso consistió en que la utilización por REPSOL BUTANO de la expresión "Servicios Oficiales" induce a confusión a los consumidores, que pueden confundir la citada expresión con un servicio del Estado. Esta cuestión, que ni siquiera sería infracción del artículo 6 LDC, sino del artículo 7 LDC, no tiene nada que ver con los hechos que sanciona la Resolución que ahora examinamos.

Es verdad que en ese expediente 284/97, en el recurso ante el TDC la denunciante, que era una asociación de empresarios catalanes denominada FERCA, introdujo una cuestión que puede guardar relación con los hechos objeto del presente recurso, pero debe decirse que tampoco tal cuestión es principal del recurso en el expediente 284/1997 se planteó en iguales términos que posteriormente en la Resolución del TDC impugnada en este recurso. Para empezar, los mercados eran diferentes, pues en el expediente 284/97 el mercado afectado, desde el punto de vista geográfico, se limitaba a Cataluña, mientras que ahora se extiende a toda la Península, y además, entonces únicamente se tomó en consideración como mercado de producto el de las revisiones de las instalaciones de gas, donde antes y ahora REPSOL BUTANO interviene a través de sus servicios oficiales, pero no tiene una posición dominante, por lo que es imposible una práctica abusiva de una posición que no se tiene, mientras que ahora se contemplan dos mercados, el de suministro/distribución de gas, en el que REPSOL BUTANO sí tiene una posición de dominio y, por ello, es posible una práctica abusiva, y el mercado relacionado de las revisiones periódicas de las instalaciones. Finalmente, ahora se sanciona la negativa de REPSOL BUTANO de suministrar la información oficial sobre el mercado de las revisiones periódicas a otras empresas ajenas a sus servicios oficiales, como declara el primer dispositivo de la parte dispositiva de la Resolución del TDC impugnada, y dicha negativa ni resultó probada en el expediente 284/97, ni fue siquiera examinada por la Resolución del TDC de 21/7/98, de forma que no puede sostenerse que exista una "garantía concreta" o un "signo externo suficientemente concluyente" de parte de la Administración que permita fundadamente pensar que la negativa de suministro es una conducta legítima

desde el punto de vista de la competencia.

NOVENO.- La demanda considera una vulneración del artículo 6 LDC la tipificación con arreglo al mismo de una conducta que lejos de perturbar la libre competencia en todo o en parte produce un efecto claramente generador de la libre competencia.

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.

DÉCIMO.- 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 suministradores, 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.

DÉCIMOPRIMERO.- Discute el recurrente los hechos probados en el extremo relativo a la negativa al suministro por REPSOL BUTANO a las empresas instaladoras de la

información sobre las revisiones de las instalaciones, porque considera que tal narración fáctica se basa en una única carta, remitida por la Asociación de empresas instaladoras ASEINGAS, cuyo respaldo asociativo - al margen de TUBOGAS, empresa denunciante en el expediente del SDC- pone en cuestión.

El respaldo asociativo de ASEINGAS no es decisivo para afirmar si se produjo o no la negativa a ASEINGAS del suministro de información. En todo caso, la Comunidad de Madrid informó a la Sala, en escrito de 23 de marzo de 2004, que ASEINGAS es una asociación de empresas instaladoras de gas de ámbito nacional, fundada en el año 1996, que según la información de que dispone agrupa a un total de 28 empresas.

Para la Sala la existencia de dicha negativa es un hecho probado que está suficientemente acreditado en el expediente. No se llega a dicha conclusión únicamente por la existencia de una carta dirigida por correo certificado con acuse de recibo a REPSOL BUTANO en febrero de 1997 - anterior por tanto a la incoación del expediente y a la misma presentación de la denuncia- por la Asociación de empresas instaladoras ASEINGAS (folios 238 a 241 del expediente), sino que la negativa es incluso de un hecho admitido por la propia denunciada, que en escrito que tuvo entrada en el SDC el 6 de junio de 2000 (folios 230 y 231) admite que: 1) los datos del censo son "exclusivamente" utilizados por REPSOL BUTANO y las empresas contractualmente ligadas a la misma y 2) que efectivamente han tenido solicitudes para la entrega del censo, si bien la cifra de dichas solicitudes no ha sido elevada ni representativa.

DÉCIMOSEGUNDO.- 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.

DÉCIMOTERCERO.- Mantiene el recurrente la ausencia de tipicidad en su conducta e indebida aplicación del artículo 6 LDC, pues el TDC ha extendido el tipo sancionador a

conductas que no son susceptibles de integración en el mismo al aplicar conclusiones propias de la posición que REPSOL BUTANO ostenta en el mercado del suministro del GLP envasado a un mercado diferenciado de aquél. Seguidamente, defiende la recurrente la inaplicabilidad a este caso de la doctrina jurisprudencial de los mercados conexos.

Como es conocido, el abuso de posición dominante requiere como elementos característicos, la posición de dominio en un mercado y la explotación abusiva de esta última. De hecho, ni el artículo 6 LDC, ni el artículo 82 TCE exigen que esa explotación abusiva se produzca en el mismo mercado en el que la empresa en cuestión tiene la posición de dominio.

La doctrina de los mercados conexos en el abuso de posición dominante ha sido admitida por el TJCE, como resulta no sólo de las sentencias que cita la Resolución del TDC impugnada, sino también el propio recurrente en su demanda. No se trata tanto de "una construcción" del TJCE, como afirma la demanda, sino de la doctrina jurisprudencial nacida en aplicación del artículo 82 TCE, que ha perfilado los elementos de la infracción en aspectos tan relevantes como la delimitación del mercado de referencia, los criterios para apreciar la posición de dominio o el concepto mismo de abuso.

En suma, no hay ninguna duda que un abuso de posición dominante en un mercado puede constituir una infracción del artículo 6 LDC en virtud de los efectos que produce en otro mercado relacionado. O en palabras del TPI, sentencia de 17 de diciembre de 2003 (asunto T-219, apartado 127), "un abuso de posición dominante cometido en el mercado sectorial dominado pero cuyos efectos se dejan sentir en un mercado distinto donde la empresa de que se trata no ocupa una posición de dominante puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 82 siempre que dicho mercado distinto está suficientemente relacionado con el primero."

La demanda contiene otras alegaciones en relación con la inaplicabilidad de la doctrina de los mercados conexos. Así, sostiene que REPSOL BUTANO no tiene intervención ni cuota alguna en el mercado de las revisiones periódicas de instalaciones de GLP. Este tema ya se trató anteriormente (F.J.7º), en el que manteníamos la corrección de la apreciación del SDC y TDC de que REPSOL BUTANO si interviene indirectamente en el mercado de las revisiones, a través de sus Servicios Oficiales, que engloba a alrededor de 400 empresas (388 en 1999).

No parece necesario extenderse en la mayor o menor cuota en el mercado relacionado de las revisiones que ocupan las empresas franquiciadas en los SERVICIOS OFICIALES REPSOL BUTANO, porque se trata de un elemento innecesario para la existencia de la infracción. Es suficiente con constatar que REPSOL BUTANO, percibe un canon de las empresas franquiciadas, que le supuso unos ingresos totales por canon de franquicia de 310.111.582 pesetas, así como otros 225.558.657 pesetas por las ventas de materiales a sus franquiciados, durante los años 1994 a 1999, lo que demuestra la existencia de un interés directo en el mercado de las revisiones, con independencia de la importancia que tengan dichas cifras en el volumen total de negocios de la empresa demandante.

DECIMOCUARTO.- En definitiva, la Sala considera que se dan los requisitos de la práctica anticompetitiva de abuso de posición de dominio del artículo 6 LDC porque:
1) REPSOL BUTANO tiene posición de dominio en el mercado del suministro/distribución de GLP en el territorio peninsular, en el que mantiene una

cuota del 90%, mientras que otros 8 suministradores distribuyen el 10% restante, sin que ninguno de ellos alcance el 4%, 2) en virtud de esa posición y de las disposiciones reglamentarias del sector, REPSOL BUTANO tiene acceso a información esencial sobre las revisiones periódicas de las instalaciones, 3) REPSOL BUTANO utiliza dicha información esencial cediéndola a las empresas franquiciadas en su Servicio Oficial, al tiempo que niega el suministro de la información a otras empresas habilitadas que actúan en el mercado de las revisiones de las instalaciones, 4) esa práctica causa un daño efectivo a la competencia en el mercado relacionado de las revisiones de instalaciones de GLP pues coloca a unos competidores en situación de desventaja frente a las empresas franquiciadas en los Servicios Oficiales.

DECIMOQUINTO.- 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 7 de marzo 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.