

Id Cendoj: 28079130032007100388
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 1907 / 2005
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO x
- x PROCEDIMIENTO SANCIONADOR x
- x SEGURIDAD JURÍDICA x
- x PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA x

Resumen:

Práctica restrictiva de la competencia por parte de Repsol Butano consistente en negar a las empresas instaladoras de gas información esencial sobre el mercado de revisiones obligatorias periódicas que, sin embargo, suministraba a las empresas franquiciadas de su servicio oficial. No existe inconveniente ni objeción legal para que los órganos administrativos de defensa de la competencia hagan uso de la información contenida en una denuncia para, por su propia autoridad, "convertir" el procedimiento en actuación de oficio, si los intereses generales lo demandan. La duración máxima del procedimiento sancionador se computa desde la iniciación formal del procedimiento hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia. Se excluye de este cómputo el tiempo que duró la información reservada previa a la incoación del procedimiento sancionador. La información reservada, siempre que no se desnaturalice, no queda sometida a un plazo determinado ni sujeta al instituto de la caducidad. Se considera que el servicio de revisiones periódicas obligatorias es un mercado delimitado respecto del mercado de puesta en funcionamiento de las instalaciones. En dicho mercado Repsol actúa indirectamente a través de sus servicios oficiales. La explotación abusiva de la situación de dominio se puede producir cuando una empresa que la ostenta sobre un mercado ascendente proyecta su poder sobre otro mercado en principio distinto pero conexo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil siete.

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 1907/2005 interpuesto por "REPSOL BUTANO, S.A.", representada por el Procurador D. José Manuel Villasante García, contra la sentencia dictada con fecha 7 de febrero de 2005 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 192/2002, sobre práctica restrictiva de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS INSTALADORAS DE GAS DE ÁMBITO NACIONAL ("ASEINGAS"), representada por la Procurador D^a. Beatriz González Rivero.

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 192/2002 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de marzo de 2002 que en el expediente número 513/01 acordó:

"1.- 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 a 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.

2.- Intimar a Repsol Butano, S.A. a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

3.- Imponer a Repsol Butano, S.A. como autora de esta conducta prohibida la multa de trescientos mil euros.

4.- 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 diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional.

En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en la publicación.

5.- Repsol Butano, S.A. justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado en los anteriores apartados segundo y cuarto".

Segundo.- En su escrito de demanda, de 13 de diciembre de 2002, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto y declarando no ser conforme a Derecho la resolución recurrida de 7 de marzo de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada en el expediente 513/01, 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 9 de diciembre de 2003, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

Cuarto.- "Tubogás, S.L." contestó a la demanda con fecha 12 de enero de 2004 y suplicó sentencia "en que se desestime las pretensiones de la parte actora, confirmando la resolución impugnada, y con expresa condena en costas".

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 16 de enero de 2004 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 7 de febrero de 2005, 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 7 de marzo de 2002, que declaramos ajustada a Derecho en los extremos examinados. Sin expresa imposición de costas".

Sexto.- Con fecha 29 de abril de 2005 "Repsol Butano, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1907/2005 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por "infracción por indebida aplicación del *art. 24* de la Constitución. Infracción por indebida aplicación del *art. 62.1.a) de la Ley 30/92*. Infracción por errónea interpretación y aplicación de los *arts. 70 y 71 de la Ley 30/92*, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Infracción por indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial que veda la indefensión en los procedimientos administrativos sancionadores, determinando la aplicación a los mismos de las garantías establecidas en el *art. 24* de la Constitución".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por "infracción por indebida aplicación del *artículo 24* de la Constitución, *art. 62.1.a) de la Ley 30/92*".

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por "infracción del *artículo 24* de la Constitución, *art. 62.1.a) Ley 30/92*. Vulneración por utilización de la pretendida información reservada previa para quebrantar los plazos máximos del procedimiento sancionador, descritos en el *artículo 56 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia*. Indefensión. Errónea interpretación y aplicación del *art. 56 LDC*".

Cuarto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por "infracción del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* ".

Quinto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por "infracción por indebida aplicación del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* ".

Sexto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por "infracción del principio de seguridad jurídica y confianza legítima contemplado en el *artículo 9.3 de la Constitución Española* y específicamente para la actuación de las Administraciones Públicas, en el *artículo 3.1 de la Ley 30/1992* , después de la reforma efectuada por la *Ley 4/1999, de 13 de enero* ".

Séptimo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por "infracción del *art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* ".

Séptimo.- La Asociación de Empresas Instaladoras de Gas de Ámbito Nacional "Aseingás" se opuso al recurso y suplicó su desestimación con expresa imposición de costas a la recurrente.

Octavo.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Noveno.- Por providencia de 2 de julio de 2007 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 18 de diciembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-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 7 de febrero de 2005, desestimó el recurso contencioso- administrativo interpuesto por "Repsol Butano, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de marzo de 2002 cuyo contenido ha sido transcrito en el primero de los antecedentes de hecho.

La Sala de instancia consideró conforme a Derecho la decisión administrativa mediante la cual, a su vez, se había sancionado a la empresa actora por la comisión 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* . La conducta, calificada como abuso de posición dominante, consistió en negar a las empresas instaladoras de gas asociadas a "Aseingás" información esencial sobre el mercado de revisiones obligatorias periódicas, información que sin embargo "Repsol Butano, S.A." transmitía a las empresas franquiciadas de Servicio Oficial Repsol Butano, competidoras de aquéllas en el citado mercado.

La conclusión final de la sentencia, resumida en su decimocuarto fundamento jurídico, fue la siguiente:

"En definitiva, la Sala considera que se dan los requisitos de la practica 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 [gases licuados del petróleo] 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."

Segundo.- En la sentencia impugnada se tienen por acreditados los mismos hechos que el Tribunal de Defensa de la Competencia declaró probados, de los que la Sala de instancia destaca los siguientes:

"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, Dragón Gas, Prim-Al Distribución), la recurrente mantiene una cuota 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 cuándo debe procederse a la siguiente revisión periódica obligatoria por cada uno de los propietarios y usuarios de instalaciones de GLP.

4) El Servicio 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."

Tercero.- Tras la exposición de estos hechos, la Sala de instancia sintetizó en el fundamento jurídico segundo de su sentencia las alegaciones de las partes enfrentadas y procedió a analizar sucesivamente las que había expresado la sociedad actora en su demanda. Como tales examinó (y rechazó) las siguientes, sobre cuya base dicha sociedad apoyaba su pretensión de nulidad del acto impugnado:

a) la denuncia era manifiestamente defectuosa y el Servicio de Defensa de la Competencia utilizó indebidamente el cauce de subsanación de peticiones de la *Ley 30/1992* ;

b) no se facilitó al recurrente la denuncia formulada;

c) caducidad del procedimiento;

d) arbitraria delimitación del concepto de mercado;

e) falta de presencia de "Repsol Butano, S.A." del mercado de las empresas instaladoras, lo que implica la imposibilidad de abusar de un dominio que no se tiene;

f) vulneración del principio de seguridad legítima y confianza legítima;

g) vulneración del *artículo 6 LDC* al tipificarse con arreglo al mismo una actuación claramente generadora de competencia;

h) el conocimiento de información de los usuarios se deriva de una disposición legal y no del poder de mercado;

i) admisión de hechos no acreditados por los denunciantes;

j) inexigibilidad de otra conducta;

k) ausencia de tipicidad en la actuación de la demandante; y

l) inaplicabilidad al presente supuesto de la doctrina de los mercados conexos.

Dado que los siete motivos de casación coinciden, en gran parte, con las correlativas consideraciones del tribunal de instancia para rechazar los alegatos de la demanda, transcribiremos éstas a medida que sea necesario para el análisis del recurso de casación.

Cuarto.- En sus tres primeros motivos de casación "Repsol Butano, S.A." reitera la exposición de las supuestas infracciones del procedimiento administrativo que adujo ante la Sala de instancia como determinantes de nulidad del acuerdo recurrido "por conexión directa entre el *art. 62.1.a) de la Ley 30/92* y el derecho *constitucional proclamado en el art. 24* que conlleva la interdicción de la indefensión." Reconoce, en todo caso, que "aquéllas no se han producido en el marco del procedimiento judicial cuya sentencia impugnamos en casación, sino en el marco del procedimiento administrativo previo".

El primer motivo de casación viene fundado, como los sucesivos, al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*. En él se acumulan las censuras de infracción de preceptos constitucionales (el *artículo 24*) y legales (*artículos 62.1.a, 70 y 71 de la Ley 30/1992*) así como "de la doctrina jurisprudencial que veda la indefensión en los procedimientos administrativos sancionadores, determinando la aplicación a los mismos de las garantías establecidas en el *art. 24* de la Constitución".

Bajo esta rúbrica en realidad lo que se vuelve a criticar es que los órganos de defensa de la competencia "aprovecharan" la denuncia de una asociación de empresarios (que "Repsol Butano, S.A." califica de asociación "fantasma") para, instrumentalizándola, derivar hacia una actuación de oficio en la que se dio por probado un "inexistente perjuicio en un mercado conexo".

Las consideraciones formuladas al respecto por el Tribunal de instancia (fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida) fueron las siguientes:

"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."

Frente a estas acertadas consideraciones, las expuestas en el primer motivo casacional carecen de fuerza argumental. En realidad se reducen a dos: que se trata de un "peligroso precedente" y que con tal "instrumentalización" de la denuncia la Administración daría por sentado un inexistente perjuicio a los competidores. La primera objeción no afecta al núcleo de la tesis que la Sala desarrolla, esto es, a la posibilidad de que los órganos defensores de la competencia actúen de oficio al margen de, o a partir de, una denuncia, cualquiera que sea la suerte de esta última o incluso su abandono por los denunciantes. No existe inconveniente ni objeción legal para que los órganos administrativos de defensa de la competencia hagan uso de la información contenida en una denuncia para, por su propia autoridad, "convertir" el procedimiento en actuación de oficio, si los intereses generales lo demandan.

En cuanto a la segunda objeción, acreditar la existencia o inexistencia de perjuicios es algo que corresponderá finalmente a la propia Administración sea cual sea el origen (denuncia de parte o actuación de oficio) del procedimiento incoado al efecto. La apreciación de los eventuales perjuicios constituye una cuestión de fondo y no de procedimiento, por lo que carece de sentido argüirla en el seno de un motivo casacional en el que se imputan a la actuación administrativa vicios meramente formales.

Quinto.- En su segundo motivo casacional "Repsol Butano, S.A." afirma que la Sala de instancia ha infringido, por indebida aplicación, el *artículo 24* de la Constitución y el *artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992* porque en el procedimiento administrativo "se obtuvieron declaraciones y documentos bajo apercibimiento de sanción sin informar previa y preceptivamente del contenido de la denuncia".

Las consideraciones del Tribunal de instancia a este respecto (fundamento jurídico cuarto de la sentencia) fueron las siguientes:

"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."

El segundo motivo de casación no podrá ser estimado en la medida en que discrepa del relato de hechos que la Sala de instancia considera probados. Y si dicho tribunal afirma, como acabamos de transcribir, que desde un primer momento (es decir, en el curso mismo de la información reservada previa a la incoación del procedimiento) el Servicio de Defensa de la Competencia hizo saber a "Repsol Butano, S.A." "los elementos esenciales de la denuncia contra ella formulada", no puede la sociedad recurrente construir su motivo de casación sobre la realidad fáctica contraria, esto es, sobre la omisión de la puesta en conocimiento de la denuncia.

Por lo demás, el hecho de que antes de la comunicación de 22 de septiembre de 1999, el Servicio de Defensa de la Competencia requiriera de "Repsol Butano, S.A." la información que consta en el oficio correspondiente (de 4 de marzo de 1999) sobre el número de empresas de su red de Servicios Oficiales, la cuota de mercado de aquéllas y el tipo de vínculo existente entre dichas empresas y la propia "Repsol Butano, S.A.", dicho requerimiento, decimos, en ningún caso vulnera sus derechos de defensa. Se trata de

una mera diligencia inicial para disponer de datos generales a partir de los cuales el Servicio estaría en condiciones de incoar, o no, el expediente tras la recepción de la denuncia, como efectivamente ocurrió.

De hecho, la respuesta dada el 29 de marzo de 1999 por "Repsol Butano, S.A." (firmada por su Director de Asuntos Jurídicos) a esta solicitud de información reservada no sólo reconoce que en ella se "concretan los términos de la denuncia" sino que no opone objeción alguna a su envío, a la vez que "queda a disposición del Servicio para cualquier aclaración, duda o solicitud de nueva información que consideren contribuya a una mejor comprensión del tema".

Sexto.- En el tercer motivo casacional de nuevo se acumulan las censuras de infracción de preceptos constitucionales (el *artículo 24*) y legales (*artículo 62.1.a, de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 56 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia*). A juicio de "Repsol Butano, S.A.", la "utilización de la pretendida información reservada previa para quebrantar los plazos máximos del procedimiento sancionador, descritos en el *artículo 56 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia* " supone una infracción de este precepto.

Las consideraciones del Tribunal de instancia a este respecto (fundamento jurídico quinto de la sentencia) fueron las siguientes:

"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 pudo 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 2004\3174), que el *Reglamento del SDC de 1970* tan sólo configura plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un procedimiento sancionador, pero no contempla plazo alguno de caducidad."

La crítica a esta parte de la sentencia comienza invocando la dictada por esta Sala el 31 de marzo de 2004 en el recurso de casación número 8536/1999. A partir de su contenido y tras admitir que "formalmente se ha cubierto el plazo de dieciocho meses del *art. 56 de la LDC* entre el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador y la remisión del expediente al TDC", "Repsol Butano, S.A." denuncia, sin embargo, que "se ha utilizado deliberadamente la información reservada para realizar actuaciones instructoras, integrar la denuncia, subsanar reiteradamente esa denuncia, orientar la imputación del denunciante, reclamar documentación a esta parte [...]", lo que determinó que la duración del procedimiento ante el Servicio fuera "aproximadamente dos años y medio".

Es cierto que las actuaciones previas a la admisión de la denuncia tuvieron una duración (desde el 8 de octubre de 1998 al 22 de septiembre de 1999) que no resulta suficientemente justificada si sólo se examinan las actuaciones que constan en el expediente. De hecho, el propio Tribunal DC afirmaba en su resolución que "resulta deseable que el Servicio acorte, en lo posible, la información reservada que permite el artículo 36.2 ", aunque acto seguido añadía también que "es lo cierto que no existe límite temporal alguno en la Ley para realizarla".

No puede admitirse, sin embargo, que la duración de la fase preliminar a la incoación del expediente sea acumulable a los plazos máximos aplicables al procedimiento sancionador propiamente dicho, único sujeto a las exigencias de caducidad derivadas de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia . En la medida en que aquellas diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad.

En el caso de autos, frente a lo alegado por la recurrente, no se produjo dicha desnaturalización: ante la noticia de la posible existencia de una infracción, el Servicio abrió la información reservada requiriendo tanto a los denunciantes como a "Repsol Butano, S.A." determinados datos, y sólo cuando éstos presentaban indicios bastantes para justificarlo, optó por incoar el expediente sancionador. En el curso de la información reservada no se llevaron a cabo actuaciones que sólo en éste fueran posibles, por lo que la mayor o menor duración de la fase preliminar no lleva aparejada la caducidad del procedimiento ulterior.

Séptimo.- En los motivos de casación cuarto, quinto y séptimo se denuncia la supuesta vulneración del mismo precepto legal, esto es, del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia . Bien sea por considerar arbitraria la delimitación del mercado relevante que el Tribunal de Defensa de la Competencia hace y la Sala admite (motivo cuarto), bien porque en dicho mercado "Repsol Butano, S.A." afirma no tener posición de dominio (motivo quinto) o bien porque rechaza que su "supuesta negativa" a proporcionar información a empresas competidoras con las integrantes de su "servicio oficial" suponga abuso de posición de dominio, la tesis de la parte recurrente es que en la sentencia se ha infringido el referido artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Analizaremos por su orden los tres motivos de fondo. En cuanto a la delimitación del mercado relevante, la Sala de instancia se pronunció en estos términos (fundamento jurídico sexto de la sentencia):

"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 sí, 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 reprochable, 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."

Frente a la afirmado por la recurrente, la delimitación del mercado que el tribunal de instancia considera correcta no es "arbitraria o irrazonable" sino del todo acertada. Sea cual sea el espectro de actividades que abarcan las empresas instaladoras, no cabe duda de que compiten en un segmento del mercado suficientemente caracterizado (y de no poca importancia económica) como es el de las revisiones de las instalaciones de gases licuados del petróleo.

Los clientes de dichas empresas podrán sin duda, como afirma la recurrente, cambiar sus instalaciones (normalmente domésticas) por otras de gas o de electricidad, pero mientras exista en España un número muy elevado de usuarios de gases licuados del petróleo que utilicen esta modalidad de energía y que, por obligación legal, han revisar periódicamente las instalaciones de dichos gases, la demanda regular del servicio de revisiones determina la existencia de un mercado de producto sin posibilidad de ser sustituida.

En dicho mercado de producto de revisiones periódicas obligatorias (no se discute que el ámbito geográfico es el del territorio español en su conjunto) intervienen como agentes, al margen del proveedor con posición de dominio en el mercado ascendente del suministro de gas, las empresas franquiciadas por la recurrente bajo la denominación de "Servicios Oficiales Repsol" y otras empresas independientes.

Octavo.- En lo que se refiere a la intervención de "Repsol Butano, S.A." en el mercado así delimitado, cuestión sobre la cual versará el siguiente motivo de casación, la Sala de instancia se pronunció en los siguientes términos (fundamento jurídico 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 Petróleo 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".

"Repsol Butano, S.A." aduce, sin embargo, en su quinto motivo de casación, que "ni tiene posición en este mercado, ni tiene posición de dominio, ni tiene posibilidad de interferir abusando de una supuesta posición de dominio, en un mercado pretendidamente conexo muy superior en extensión a lo que marca su propia modalidad de suministro".

De nuevo la recurrente parte de una premisa contradictoria con la declaración de hechos probados de la sentencia. En ésta se expresa claramente -ya lo había afirmado anteriormente el Tribunal de Defensa de la Competencia- no sólo que "Repsol Butano, S.A." interviene en el mercado de revisiones antes citado sino que obtiene de él importantes beneficios económicos. La circunstancia de que su intervención en aquel mercado se instrumente a través de empresas franquiciadas a las que la recurrente presta su propio signo distintivo, además de otras facilidades y servicios, no le hace "ajeno" al referido mercado, antes al contrario. Es un hecho probado, insistimos, que "Repsol Butano, S.A." actúa en el mercado de las revisiones

periódicas de las instalaciones de gases licuados del petróleo, en los términos ya referidos, y que su actuación en él no deja de ser tal por el hecho de que lo sea a título de franquiciador de una red de empresas que actúan en calidad de "servicio oficial" de la propia "Repsol Butano, S.A.". Dicha actuación queda además corroborada, si fuera preciso, por el factor significativo de que ella misma obtiene una parte de los ingresos totales de dicho mercado en concepto de canon de franquicia,

Aunque "Repsol Butano, S.A." no "haga revisiones, ni sea empresa instaladora de gas, ni tenga esa actividad entre las que legalmente desarrolla", como afirma en este motivo casacional, interviene en el citado mercado a través de su denominado "Servicio Oficial", en las condiciones anteriormente expuestas, por lo que sus afirmaciones a este respecto no pueden ser estimadas.

A lo largo del (insuficiente) desarrollo argumental del quinto motivo no se abordan los problemas conceptuales relativos a la "doctrina jurisprudencial de los mercados conexos" sobre cuya base el Tribunal de Defensa de la Competencia había dado respuesta a las alegaciones de la expedientada, en términos que ulteriormente corroboraría sustancialmente la Sala de instancia al hablar de los "mercados relacionados".

El órgano administrativo había tomado como premisa, en efecto, que "si bien el abuso de posición dominante requiere como elementos característicos, la posición de dominio en un mercado y la explotación abusiva de esta última [...], 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". Presupuesto a partir del cual, tras el análisis de diversas sentencias del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, llegaba a la conclusión de que el abuso de posición dominante en un mercado determinado puede constituir una infracción del referido *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* en virtud de los efectos que produce en otro mercado conexo, vecino o relacionado.

No hay, repetimos, en el recurso de casación una crítica fundada a esta doctrina, con lo que se viene a admitir, de modo implícito, la posibilidad teórica de que se produzca la explotación abusiva de la situación de dominio (a veces con finalidades de exclusión de competidores) cuando una empresa que la ostenta sobre un mercado ascendente (A) proyecta su poder sobre otro mercado en principio distinto (B) que, sin embargo, presenta vínculos estrechos con el mercado A, por ejemplo al ser "descendente" de él.

Una modalidad característica de esta conducta puede ser la que origina efectos restrictivos en el mercado conexo (B) mediante la negativa que la empresa dominante en el mercado (A) opone a las empresas competidoras con sus filiales en el referido mercado (B) negándoles el acceso bien a facilidades esenciales bien a recursos imprescindibles o bien a informaciones relevantes, a fin de favorecer los intereses de sus propias filiales en el mercado conexo (B). Sobre esta base conceptual se ha construido, en realidad, tanto la decisión administrativa como la sentencia que la ha refrendado (en la que se califica de "información esencial" a la negada por "Repsol Butano, S.A."), y lo cierto es que no resulta debidamente controvertida en el presente motivo casacional.

Noveno.- En el séptimo motivo de casación se discute que la "supuesta negativa de información" imputada a "Repsol Butano, S.A." tenga, en este caso, el carácter de abuso de la posición de dominio.

La Sala de instancia, en los fundamentos jurídicos noveno y décimo de la sentencia impugnada, se pronunció al respecto en los siguientes términos:

"[...] 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.

[...] 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 las revisiones periódicas 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."

Frente a estas razonadas consideraciones el desarrollo argumental del séptimo motivo de casación reitera parte de las alegaciones expuestas en otros como son las relativas a la falta de presencia de "Repsol Butano, S.A." en el mercado relevante, a la inviabilidad de aplicar la doctrina de los mercados conexos o a la falta de concurrencia del elemento de culpabilidad en su actuación porque tenía como objetivo la seguridad de las instalaciones. Continúa su exposición mezclando cuestiones de una cierta heterogeneidad (la mayor o menor representatividad de la asociación denunciante, el beneficio que para los intereses generales supone la existencia del censo de revisiones obligadas, las cuestiones relativas a la protección de datos), que han sido resueltas por el tribunal de instancia en términos no desvirtuados por la exposición del motivo, para finalizar con cuatro conclusiones:

A) Que "Repsol Butano, S.A." "tiene una posición significativa en el mercado de suministro de GLP, desde luego, muy inferior a la que menciona la sentencia, que, en todo caso, debemos entender se remite al año 1998 en el que se formuló la denuncia". Dado que éste no es el mercado en el que directamente se produce el abuso sancionado, la conclusión es irrelevante.

B) Que "tiene acceso a información en relación con la realización de revisiones de instalaciones de sus clientes que ni es esencial por cuanto sólo el 5% de las revisiones se realizan en la fecha marcada (que es el único dato significativo del que se puede disponer) y por cuanto las propias empresas instaladoras pueden tener el censo de todas las revisiones que realizan al ser destinatarias, por establecerlo así la normativa, de otra de las copias del documento resultante de la revisión."

Tal afirmación no consigue desvirtuar el hecho objeto de sanción, esto es, que sólo la actora tiene toda la información, que ésta es sin duda relevante para las empresas afectadas (cada una de las cuales sólo cuenta con sus propios y fragmentados datos) y que "Repsol Butano, S.A." la proporciona a las empresas franquiciadas integradas en su "servicio oficial" a la vez que se la niega a las empresas competidoras en el mercado de las revisiones periódicas, conducta ésta que constituye el núcleo de la imputación efectuada.

C) Que "Repsol Butano no utiliza esa información, habiéndose limitado en los momentos de puesta en servicio de su red de franquicias a ofertar a sus clientes la práctica de la revisión como elemento esencial de cara a solventar la situación de gravísimo incumplimiento de los usuarios". De nuevo se trata de desviar la atención a las relaciones Repsol-usuarios y no a las relaciones de "Repsol Butano, S.A." con las empresas franquiciadas y las independientes, en el seno de las cuales se produce la conducta de explotación abusiva de la posición de dominio por la discriminación en el trato "informativo" a unas y a otras, siempre en beneficio de sus propias franquiciadas.

D) En fin, que "no hay una sola prueba que demuestre [...] que la actuación desarrollada cause un

daño efectivo a la competencia", afirmación que, además de suponer una revisión de hechos no admisible en casación, desconoce los efectos inherentes a toda restricción de la competencia como la aquí examinada. Aun cuando "no existan datos en el expediente que permitan su cuantificación" -como admitió el Tribunal de Defensa de la Competencia- es claro que el daño a la competencia se produce por sí mismo cuando la empresa dominante abusa de su situación privilegiada en detrimento de otras. No obsta a ello la circunstancia invocada por la recurrente, a saber, que tuvo lugar un "incremento en la prestación de servicios como consecuencia de la actuación de esta Compañía" porque, insistimos, lo relevante desde el punto de vista ahora analizado es si, incluso dentro de aquel incremento general del mercado de revisiones periódicas, la conducta de "Repsol Butano, S.A." en relación con las empresas distintas de sus franquiciadas suponía la explotación abusiva de la posición de dominio de la que disfrutaba.

Décimo.- En su motivo casacional sexto (último de los que analizamos) "Repsol Butano, S.A." imputa al tribunal de instancia la "infracción del principio de seguridad jurídica y confianza legítima contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución Española y específicamente para la actuación de las Administraciones Públicas, en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, después de la reforma efectuada por la Ley 4/1999, de 13 de enero".

Afirma la recurrente que la lectura de la resolución del expediente 287/97 habría hecho nacer en ella "la legítima convicción de estar actuando ajustadamente" dado que en él se había analizado la "conducta de Repsol Butano en relación con sus Servicios Oficiales, con las revisiones, con el envío del mailing a los clientes, en suma, la actuación de Repsol Butano respecto de las revisiones de gas".

La Sala rechazó las alegaciones de la demandante sobre este punto en el fundamento jurídico octavo de la sentencia, con estas consideraciones:

"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\206) y 23 de octubre de 2003 (asunto T-65/98, TJCE 2003\363), 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 1997\6890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\7047) 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 no 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."

Frente a estas consideraciones del tribunal de instancia, las correlativas del motivo de casación sexto son del todo insuficientes. La recurrente se ve obligada a admitir que la resolución del expediente 287/97 se basó en "argumentos distintos" aunque, a su juicio, ello "no sirve para desvirtuar la fundada convicción y seguridad jurídica derivada de un pronunciamiento administrativo que, en esencia, analizó los mismos hechos que aquí se discuten". Tal afirmación no se corresponde, pura y simplemente, con el contenido del citado expediente pues en él, como acertadamente subraya la Sala de instancia, las circunstancias de hecho y los mercados analizados eran distintos de los que fueron objeto del procedimiento sancionador objeto de las presentes actuaciones.

Undécimo.- Procede, en suma, la desestimación del recurso 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 1907/2005, interpuesto por "Repsol Butano, S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005 recaída en el recurso número 192 de 2002. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-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.