

RESOLUCIÓN (Expte. 527/01, Repsol Butano)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 21 de octubre de 2002.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 527/01 (2122/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio y SDC) iniciado por denuncia de la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo (en adelante, la Asociación), contra Repsol Butano S.A. (en adelante, Repsol Butano) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea (TUE), consistentes en la existencia de acuerdos prohibidos (fijación de precios y condiciones comerciales) y abuso de posición de dominio en la imposición a los asociados de la denunciante de los Contratos de franquicia de Servicio Oficial Repsol Butano del año 1994 y del nuevo Modelo de Contrato de dicho Servicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente se inicia con la denuncia presentada en el Servicio el 24 de enero de 2000 por la Asociación contra Repsol Butano por supuestas conductas prohibidas por la LDC y por los artículos 81 y 82 TUE, consistentes en la existencia de acuerdos prohibidos (fijación de precios y de condiciones comerciales) y abuso de posición de dominio en la imposición a los asociados de la denunciante de los Contratos de franquicia de Servicio Oficial de 1994 y en el nuevo Modelo de contrato propuesto de dicho Servicio.

2. El SDC, tras llevar a cabo una información reservada y considerando los resultados de la misma, incoó con fecha 13 de abril de 2000 el presente expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC y por los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea, nombrando Instructora y Secretaria de Instrucción, siendo la primera, por necesidades del servicio, sustituida con fecha 4 de septiembre de 2001.
3. A la vista de la valoración hecha por la Instructora de las actuaciones practicadas y de las alegaciones formuladas por las partes, procedió aquélla a formular, a tenor de lo preceptuado en el artículo 37.1 de la LDC, el Pliego de Concreción de Hechos que llega a las siguientes conclusiones, no sólo por lo que se refiere a los contratos de franquicia, sino también a los de agencia distribuidora de GLP envasados:

Se ha acreditado a lo largo de la instrucción que los contratos de Agencia distribuidora de GLP de REPSOL BUTANO en vigor y que corresponden con el modelo de contrato tipo facilitado al SDC por la propia REPSOL BUTANO, son contrarios al artículo 1.1 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia, por tratarse de acuerdos de distribución exclusiva que contienen restricciones que van más allá de las amparadas por el Reglamento CEE nº 1983/83, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva traspuestos al ordenamiento nacional por el Real Decreto 157/92, y que no han sido notificados con el fin de obtener, en su caso, una exención individual. El acuerdo restrictivo es imputable a REPSOL BUTANO y a sus Agentes distribuidores, siendo REPSOL BUTANO responsable de la citada práctica.

Se ha acreditado que los contratos de franquicia de Servicio Oficial de REPSOL BUTANO caen en la prohibición expresa recogida en el artículo 5. apartado b) del Reglamento CEE nº 4087/88 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de franquicia traspuesto al ordenamiento nacional por el Real Decreto 157/92, al impedir al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador. El acuerdo restrictivo es imputable a REPSOL BUTANO y a sus Servicios Oficiales, siendo REPSOL BUTANO responsable de la citada práctica.

4. Una vez llevada a cabo la tramitación correspondiente, el Servicio mantiene en el Informe-Propuesta su valoración de los hechos tal y como fue expuesta en el PCH, es decir:

"Primero.- Que una vez admitido a trámite el expediente y tras el procedimiento previsto en la LDC, se declare la existencia de las siguientes conductas prohibidas:

1. La infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia en los contratos de Agencia distribuidora de GLP de REPSOL BUTANO, por tratarse de acuerdos de distribución exclusiva que contienen restricciones que van más allá de las amparadas por el Reglamento CEE nº 1983/83, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva traspuestos al ordenamiento nacional por el Real Decreto 157/92, y que no han sido notificados con el fin de obtener, en su caso, una exención individual. El acuerdo restrictivo es imputable a REPSOL BUTANO y a sus Agentes distribuidores, siendo REPSOL BUTANO responsable de la citada práctica.

2. La infracción del artículo 1.1. de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia en los contratos de franquicia de Servicio Oficial de REPSOL BUTANO por incluir la prohibición expresa recogida en el artículo 5. apartado b) del Reglamento CEE nº 4087/88 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de franquicia traspuesto al ordenamiento nacional por el Real Decreto 157/92, al impedir al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador. El acuerdo restrictivo es imputable a REPSOL BUTANO y a sus Servicios Oficiales, siendo REPSOL BUTANO responsable de la citada práctica.

Segundo.- Que se intime a REPSOL BUTANO S.A. para que en el futuro se abstengan de realizar estas prácticas prohibidas.

Tercero.- Que se ordene a REPSOL BUTANO S.A. la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el BOE y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional.

Cuarto.- Que se impongan las correspondientes sanciones económicas.

Quinto.- Que se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.

No obstante, ese Tribunal resolverá".

5. Mediante Providencia de 24 de octubre de 2001 el Tribunal admitió a trámite el expediente y acordó su puesta de manifiesto a los interesados

para que en el plazo legal pudieran solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que a su derecho convinieran.

6. Por Auto de 19 de abril de 2002 el Tribunal resolvió sobre las pruebas solicitadas por REPSOL BUTANO, único interesado que compareció en este trámite, acordando la devolución de los documentos correspondientes a las pruebas rechazadas y que, según lo dispuesto en el artículo 41 LDC, no procedía la celebración de Vista oral, debiendo finalizar el expediente mediante formulación de conclusiones escritas.
7. Con fecha 9 de mayo de 2002 REPSOL BUTANO y la ASOCIACIÓN presentaron sus escritos de valoración de prueba.
8. El 31 de mayo de 2002 tuvieron entrada en el Tribunal los escritos de conclusiones de las partes.
9. El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 2 de octubre de 2002, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
10. Son interesados:
 - Repsol Butano S.A.
 - Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los hechos siguientes:

1. Los gases licuados del petróleo (GLP) son los combustibles gaseosos procedentes del refinado por craqueo del petróleo, fundamentalmente, propano y butano, que constituyen la fracción más volátil. En España se comercializan canalizados, a granel y envasados en forma líquida en recipientes llamados bombonas y botellas.
2. La actividad suministradora de GLP envasados por los distribuidores se inicia a finales de los años 50 mediante la suscripción de unos contratos de comisión mercantil con la entonces BUTANO S.A., fundada en 1957 como empresa integrada en el Instituto Nacional de Industria, en una actuación de monopolio de oferta controlado por el Estado.

En 1986 el Grupo REPSOL absorbe a BUTANO S.A. manteniendo la actividad que esta última realizaba en la nueva entidad REPSOL BUTANO S.A., participada en un 99,999% por REPSOL S.A. y en un 0,001% por REPSOL PETRÓLEO S.A.

En la actualidad REPSOL BUTANO S.A. pertenece al Grupo Repsol-YPF, cuya matriz es Repsol-YPF S.A. que desarrolla sus actividades en distintas áreas de negocio.

REPSOL BUTANO mantuvo sucesivamente los contratos de distribución de los GLP envasados como contratos llamados de comisión mercantil que recogían las prestaciones accesorias a la distribución de servicios de inspección previa al suministro y periódica, y de asistencia técnica de las instalaciones.

La Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo es una asociación profesional constituida al amparo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical que en la fecha de la denuncia agrupaba a más del 95% de los empresarios dedicados a la distribución de GLP de la marca REPSOL BUTANO. Es un órgano de representación, gestión y defensa de los intereses comunes de sus asociados.

3. REPSOL BUTANO en el mercado de distribución de los GLP envasados.
- 3.1. El producto y sus precios.

REPSOL BUTANO no tiene producción propia de GLP. El producto para atender el mercado lo adquiere de las refinerías nacionales de REPSOL-YPF, CEPSA o BP y de la importación.

En los GLP envasados Repsol Butano tiene cinco tipos de productos-envases, según el uso y las características de la instalación de consumo, a los que corresponden los siguientes precios y puntos de venta:

Tipo de envase	Uso	Precio en ptas.	Punto de venta
Bombona de 12,5 Kg. de BUTANO	Cocción(cocinas/hornos); Agua(calentadores); Calefacción-(estufas móviles)	1.449 1.376	En Domicilio En Almacén
Bombona de 11 Kg. de PROPANO	Cocción(cocinas/hornos); Agua(calentadores); Calefacción-(estufas móviles) Aplicaciones industriales Otros.	1.211 1.275	En Almacén En Domicilio
Bombona de 35 Kg. de PROPANO	Cocción(cocinas/hornos); Agua(calentadores); Calefacción-(estufas móviles) Aplicaciones industriales Asfaltados, calefacciones, cocinas industriales,...	3.855 4.058	En Almacén En Domicilio
Bombona de 12 Kg. MEZCLA AUTOMOCIÓN	Carretillas elevadoras	1.243	En Almacén
Bombona de 6 Kg. de BUTANO	Doméstico Industrial Carretillas elevadoras	No estipulado, oscila entre 625 y 695 ptas.	En estaciones de Servicio REPSOL, CAMPSA o PETRONOR

3.2. La distribución.

La distribución se lleva a cabo mediante unos contratos llamados actualmente de Agencia y prestación de servicios en la distribución de GLP envasado . Los citados contratos están firmados por REPSOL BUTANO con empresas independientes las cuales reciben una comisión

por la venta de los GLP envasados y por la realización de determinados servicios de inspección y asistencia técnica de las instalaciones de GLP a los usuarios finales.

La venta al consumidor final la realiza la Agencia distribuidora mediante un contrato de suministro firmado por el consumidor con REPSOL BUTANO, previa comprobación, por parte de la Agencia distribuidora, del cumplimiento de los requisitos reglamentarios de documentación técnica y de la idoneidad de la instalación.

4. Los Contratos de Agencia Distribuidora de REPSOL BUTANO.

Según REPSOL BUTANO, en febrero de 2000 disponía de 847 Agencias distribuidoras (folio 255).

Los contratos de distribución, llamados de Agencia y prestación de servicios en la distribución (folio 1.953 y siguientes), se formalizaron en su inmensa mayoría a lo largo del año 1995. Su contenido resulta de la adaptación de los anteriores contratos de 1991, llamados Contratos de distribución de gas envasado (folio 97), a la Ley 12/92, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia, y al Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo, aprobado por el Real Decreto 1085/92 (folio 255).

Según REPSOL BUTANO, los anteriores contratos firmados en 1991 tuvieron una duración, en su mayoría, de cuatro años y, en relación a las modificaciones necesarias por adaptación a la Ley 12/92, indicó lo siguiente (folios 1.907 y 1.908):

"- A efectos organizativos, la Ley establecía una presunción de dependencia, cuando el agente no pudiera organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios. Era necesario en consecuencia destacar la independencia empresarial y laboral del Agente.

- La actuación por medio de subagentes requería autorización expresa del empresario, tema no tratado en el contrato anterior que se incorpora.

- La conclusión de los contratos en nombre del empresario exigía atribución expresa de esta facultad.

- La exclusividad no era elemento básico del contrato de agencia, por lo que debía pactarse expresamente.

- Las limitaciones contractuales a la competencia se mantenían en los límites del contrato existente (dos años), si bien solo afectaban a la zona geográfica conferida y al tipo de actividad contratada, circunstancias a añadir al contrato. Se exige en todo caso, autorización expresa para ejercer actividades concurrentes o competitivas por cuenta propia del agente o por cuenta de terceros.

- Debían incorporarse los supuestos de extinción sin preaviso, así como adaptar el contrato a la normativa de indemnización por clientela (previsión del sistema de valoración y cuantía) e indemnizaciones por daños y perjuicios así como los supuestos en que no proceden unas y otras.

- Se ampliaba el plazo contractual a 8 años, habida cuenta de la conversión de los contratos en indefinidos, prevista en el artículo 24.2 de la Ley, lo que aconsejaba un mayor plazo. □

En cuanto a la afectación del Contrato por el Reglamento de distribución, las modificaciones se centrarían en lo siguiente (folio 1.908):

"- Se suprime del cometido de la Agencia el servicio de asistencia técnica (como actuación de la agencia por cuenta de la empresa suministradora), si bien se mantiene lógicamente la obligación de atender las reclamaciones relacionadas con el suministro o los productos entregados.

- Se suprimen las referencias al mandato relativo a las inspecciones periódicas de las instalaciones, que habían desaparecido en la regulación vigente.

- Se modifica en base a la experiencia, el sistema de calidad de servicio y el régimen de infracciones contractuales.

- Se introducen obligaciones relacionadas con facilitar la realización, información y mantenimiento del censo de usuarios. □

Por otra parte, las diferencias en el objeto de los contratos de 1991 y 1995 son:

En el texto del contrato de 1991 (folio 98), en la estipulación 1. Objeto, dice:

□ REPSOL BUTANO, S.A. encomienda a la Agencia Distribuidora, en régimen de COMISIÓN MERCANTIL, en nombre y por cuenta de REPSOL BUTANO S.A.:

a) la venta y distribución de los gases butano y/o propano y sus mezclas, que REPSOL BUTANO S.A. comercializa envasados en botellas de hasta 35 kg de carga neta, para su utilización en usos domésticos, comerciales, industriales y/o agrícolas.

b) la venta de equipos, elementos y aparatos, que comercializa REPSOL BUTANO, S.A.

c) la realización de servicios de Asistencia Técnica, a los clientes de REPSOL BUTANO, S.A.□

El contrato de 1995 (folio 193), en la estipulación Primera. Objeto, dice:

□ REPSOL BUTANO, S.A., encomienda a la Agencia Distribuidora, en nombre y por cuenta de REPSOL BUTANO, S.A.:

a) La captación de nuevos clientes de GLP envasado, el mantenimiento de los existentes a la fecha de este contrato y la formalización en su nombre de los oportunos contratos.

b) La venta y distribución de los gases butano y/o propano y sus mezclas, que REPSOL BUTANO, S.A. comercializa envasados en botellas de hasta 35 kg de carga neta, para su utilización en usos domésticos, comerciales, industriales y/o agrícolas.

c) la venta de equipos, elementos y aparatos que, vinculados a la prestación del suministro, comercializa REPSOL BUTANO, S.A.

Por lo tanto, se suprime del cometido de la Agencia el servicio de asistencia técnica por cuenta de la empresa suministradora.

Por otra parte, en el contrato de 1991, en II. Actividades relacionadas con el mercado. Segunda, nº 8 (folios 99 y 100), se especifica lo siguiente:

□ Atender con la debida diligencia y prontitud las solicitudes que reciba de los clientes, relacionadas con averías y/o fugas de gas, adoptando las medidas oportunas..□ Y en el mismo apartado, en el nº 12: □ Inspeccionar periódicamente las instalaciones de los clientes, dentro de los plazos, y con el contenido y alcance que se fije en cada momento en las normas oficiales vigentes para la empresa suministradora, y teniendo en cuenta además las formalidades que, en su caso, REPSOL BUTANO, S.A. establece.□ Ambos apartados desaparecen en los contratos de 1995 quedando una obligación de asistencia técnica en Cuarta nº11 (folio 366) en los siguientes términos: □ Atender a las reclamaciones relacionadas con

el suministro o los productos entregados al cliente, especialmente en los casos que pueda producirse algún tipo de riesgo□.

En el contrato de 1995, Cuarta, nº 3 (folio 365), se indica como obligación de la Agencia: □ *la inspección antes de iniciar los suministros de gas a un nuevo cliente, de la instalación correspondiente, practicando las operaciones prescritas reglamentariamente en nombre y por cuenta de la Empresa suministradora y recabando los certificados y demás documentos exigibles por la empresa suministradora de acuerdo con la normativa vigente.*□

Es decir, los contratos de 1995 mantienen la obligación del Agente de atender las reclamaciones relacionadas con el suministro o los productos entregados y las actividades de inspección de la instalación antes de llevar a cabo el suministro de gas a un nuevo cliente.

En cuanto a la denuncia de la ASOCIACIÓN de que el establecimiento de los contratos de franquicia de Servicio Oficial de REPSOL BUTANO de 1994 supuso la separación arbitraria de los servicios de revisión, inspección y asistencia técnica que las Agencias distribuidoras venían prestando, en virtud del Contrato de Distribución de 1991, REPSOL BUTANO justifica la inexistencia de vinculación entre sus Contratos de Agencia y sus Contratos de Servicio Oficial, indicando que los primeros recogían la obligación reglamentaria de la empresa suministradora de prestar esos servicios de inspección y asistencia técnica, según lo establecido en la normativa, en concreto, en el art. 27.5.4 del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles, Decreto 2913/1973. Pero, añade que, con la aprobación del nuevo Reglamento de distribución RD 1085/92, desapareció la obligación de la empresa suministradora de realizar inspecciones periódicas.

Concepto distinto del de inspecciones periódicas, en cuanto a lo establecido en el Reglamento, son las revisiones periódicas las cuales nunca han sido obligación reglamentaria de la empresa suministradora; de hecho, en el artículo 22 del RD 1085/1992 se establece como obligación de los titulares del contrato de suministro una revisión periódica cada cinco años, □ *utilizando para dicho fin los servicios de una empresa legalmente habilitada que expedirá la certificación acreditativa*□. Es decir, la citada obligación recae en el consumidor, no en la empresa suministradora.

En su escrito de 18 de mayo de 2000, REPSOL BUTANO declaró que: □ *nunca la revisión de instalaciones receptoras de GLP, que como obligación del usuario han establecido las disposiciones normativas de aplicación, ha estado incluida como obligación de la Agencia Distribuidora*

en los sucesivos contratos (folio 478) lo que resulta acreditado ya que los contratos de 1991 no se refieren a revisiones periódicas sino a inspecciones periódicas.

A pregunta del Servicio (folios 1.460 y 1.461), la ASOCIACIÓN indicó que se realizaron actuaciones denominadas *Inspecciones Técnicas Domiciliarias*. Y, en cuanto al número de notificaciones de revisión, señaló que no le resulta posible conocerlas, pero que hasta 1995 eran las Agencias distribuidoras las que revisaban todas las instalaciones con una media del 25% de las instalaciones de sus clientes por año, de modo que cada cuatro años se cubrían todas las instalaciones por lo que no queda acreditado que las Agencias distribuidoras realizaran revisiones periódicas, tal y como se contempla en el art.22 del RD 1085/1992.

A petición del Servicio, REPSOL BUTANO suministró dos cuadros con el número de cartas enviadas a los clientes comunicando el vencimiento de la revisión periódica en los años 1993 a 2000, así como del número de revisiones realizadas de instalaciones de sus clientes (folios 1.889 y 1.890 confidenciales). Asimismo, indicó que las notificaciones sobre el vencimiento de la revisión periódica *las lleva a cabo REPSOL BUTANO, en ningún caso las Agencias Distribuidoras* (folio 1.884).

Así pues, las citadas revisiones periódicas, tal y como son configuradas en el artículo 22 del Real Decreto 1085/1992, no estaban recogidas explícitamente en los contratos de distribución de GLP de 1991 y no se ha acreditado documentalmente que tales revisiones se hayan llevado a cabo por los distribuidores firmantes de los contratos de distribución de GLP envasados de REPSOL BUTANO.

Respecto de quién realizaba los servicios de asistencia técnica a los usuarios de GLP en nombre de la empresa suministradora (folios 1.434, pregunta nº 3 y folio 1.437, pregunta nº 8), REPSOL BUTANO indicó que cumple la citada obligación: *a través del S.A.C. (Servicio de Atención al Cliente), integrado en su estructura y que como central de llamadas, recoge con carácter de servicio permanente los avisos de averías u otras incidencias que nuestros clientes quieran comunicar a REPSOL BUTANO, S.A. Al margen de este servicio directo permanente, en caso de notificación de averías al S.A.C., éste se pone en contacto, para su reparación, con empresas contratadas a tal efecto.* (folios 1.884 y 1.885).

Por su parte, la ASOCIACIÓN indicó que la obligación reglamentaria recae en REPSOL BUTANO, que es la empresa suministradora, y añadió que: *las Agencias Distribuidoras, como agentes de REPSOL, no tendrían la obligación de contar con este servicio. Pero al haberlo realizado por*

encargo contractual durante muchos años de dicho servicio (1960-1995), se ha incorporado a la tradición de responsabilidad comercial. Por eso es por lo que las propias empresas distribuidoras han ido obteniendo capacidad legal independiente para realizar las revisiones o reparaciones periódicas en las instalaciones receptoras de GLP envasados, a través de la obtención de la titulación requerida por las autoridades de industria denominados Organismo Territorial Competente-OTC- que no es otro que el de empresa instaladora. □ (folios 1.459 y 1.460).

En conclusión, los contratos, tanto de 1991 como los posteriores de 1995, recogen la obligación de prestar asistencia técnica por parte de las Agencias distribuidoras, al menos según lo estipulado en los contratos de 1995 en Cuarta nº 11 (folio 366): *□Atender a las reclamaciones relacionadas con el suministro o los productos entregados al cliente, especialmente en los casos que pueda producirse algún tipo de riesgo□*, aunque, a partir de la aparición de los Servicios Oficiales de REPSOL BUTANO, son éstos los que, avisados por el llamado S.A.C., prestan el servicio de asistencia técnica.

El sistema de retribuciones de los contratos de los años 1991 y 1995 era similar. Los pagos o comisiones al distribuidor se establecían con una revisión anual que pactaban representantes de la ASOCIACIÓN y de REPSOL BUTANO (folio 20). El sistema se recogía en el Anexo IV del contrato. Por ejemplo, los datos relativos de un contrato 1995 son (folio 1.020):

Comisión base:

UD-125/UD-110/K120.....	205,89 ptas./botella
UI-350	460,90 ptas./botella
AM-120	76,50 ptas./botella

Prima por calidad del servicio

para botellas domésticas de 15,40 ptas./botella

Otras comisiones:

De venta de materiales:

Reguladores.....	326 ptas./unidad
Abrazaderas.....	11,34 ptas./juego
Tubo flexible.....	1.712 ptas./rollo

Prestación de servicios:

Primera visita	1.164 ptas.
Segunda visita	864 ptas.
Renovación de pólizas.....	240,00 ptas.

El 17 de junio de 1997 representantes de REPSOL BUTANO y de la ASOCIACIÓN denunciante suscribieron un documento para modificar el régimen de retribuciones vigente (folios 21 y 217 a 219).

En definitiva, la modificación consistió en que se redujeron las comisiones base con excepción de la de AM, se suprimieron las primas por calidad del servicio, se establecía una retribución variable (que se fija cada año, por REPSOL BUTANO en función de los resultados obtenidos por el distribuidor el año anterior) y una fórmula de revisión automática que eliminó la negociación de las revisiones anuales mantenida hasta la fecha (folios 21 y 22).

De este documento resultó una adenda de 18 de febrero de 1998 que, aplicada a cada uno de los contratos firmados en 1995, modificaba el sistema de retribuciones, cambiando el Anexo IV del contrato por un nuevo Anexo IV bis, estableciendo así un procedimiento de retribución variable (datos contrato 1998: folios 1.025 a 1.030) consistente en lo siguiente:

Comisión base:

UD-125/UD-110/K120.....	170,10 ptas./botella
UI-350	434,03 ptas./botella
AM-120	79,17 ptas./botella

Retribución variable: (variable en función de los resultados de cada Agencia y período. Se le puede aplicar la fórmula de revisión y es variable en función de los resultados que obtenga la Agencia) que para este contrato se establece en 61,70 ptas para botellas UD-125, UD-110, UI-350 y K120.

Fórmula de revisión:

$$C = C_0 (0,05 + 0,7 \text{ IMS} + 0,15 \text{ IPC} + 0,10 \text{ IPG})$$

Siendo,

C = Comisión revisada

C₀ = Comisión inicial del periodo considerado

IMS = Incremento de la masa salarial

IPC = Índice de precios al consumo

IPG = Incremento medio del precio del gasóleo en estaciones de servicio REPSOL.

Los datos del IMS, IPC e IPG que deben considerarse serán los correspondientes al periodo 1 de julio a 30 de junio precedente a la revisión (folio 1.026).

Aunque el documento para modificar el régimen de retribución, de junio de 1997, fue firmado por la ASOCIACIÓN, ésta declaró al Servicio que el acuerdo se firmó por representantes elegidos en unas elecciones declaradas nulas y que, tras la subsanación de las mismas, quedó clara la postura contraria de la ASOCIACIÓN al citado documento (folio 1.476).

El resultado práctico de la modificación del sistema de retribución se observa en el Informe presentado por la ASOCIACIÓN ante el Servicio sobre el estudio de las retribuciones de sus asociados (folios 1.781 a 1.881), donde se declara que las subidas percibidas resultaron ser inferiores a las que teóricamente debían haberse obtenido en aplicación del sistema de retribución variable establecido por REPSOL BUTANO.

Por otro lado, la ASOCIACIÓN, en su respuesta a la solicitud de información del SDC, indicó que la evolución del precio máximo fijado administrativamente (y aplicado por REPSOL BUTANO) no guarda relación con la variación del montante medio de las comisiones percibidas por los distribuidores (folios 1.477 y 1.478).

Por su parte, REPSOL BUTANO indicó, en respuesta a la solicitud de información del SDC (folio 1.896 pto. 16), que el sistema de retribución a partir de 1997, con excepción del incremento nulo de 1997, *resultó beneficioso en general para la red, ya que la aplicación de la fórmula de revisión ha evitado posibles efectos negativos de posteriores congelaciones de los precios, como la que tuvo lugar durante un año por razón del R.D.L. 15/99, de 1 de octubre*.

En conclusión, a partir de 1998 el sistema de retribuciones establecido por REPSOL BUTANO con la firma de representantes de la ASOCIACIÓN (aunque luego fueron impugnados como tales), supuso la revisión automática de las comisiones, eliminó la revisión conjunta por las partes y produjo hasta ahora una disminución de las retribuciones, no coincidente, por otra parte, con la evolución de los precios de los GLP envasados, aunque evitó posibles efectos negativos por la congelación de precios en 1999.

5. Los contratos de Servicio Oficial de Repsol Butano.

En 1994 Repsol Butano estableció un nuevo tipo de contrato llamado de Servicio Oficial REPSOL BUTANO S.A., como acuerdos de franquicia relativos a la prestación de servicios de asistencia técnica y revisiones periódicas, en cuyo clausulado en relación al objeto del contrato

establecen: *□..la prestación de servicios de revisión de instalaciones receptoras de GLP..□* (folio 109).

La razón dada por Repsol Butano para el establecimiento de este tipo de contrato obedeció a *□la necesidad de facilitar al cliente un sistema sencillo para cumplir su obligación reglamentaria de revisión periódica de su instalación□*(folio 1.909).

Repsol Butano declaró ante el SDC en su escrito de 13 de marzo de 2000 (folio 256) lo siguiente: *□cuando se empezaron a formalizar este tipo de contratos, se llegó a suscribir algo más de 400 contratos, que firmaron, además de otros instaladores, las Agencias Distribuidoras de REPSOL BUTANO que tenían la titulación suficiente y así lo deseaban.□*

Extinguidos los anteriores contratos de Servicio Oficial, REPSOL BUTANO declaró al SDC que en la actualidad están en fase de formalización los nuevos contratos, que prevén que sean entre 140 y 150 en todo el territorio nacional. Los suscriptores de los nuevos contratos son Agencias Distribuidoras solas o agrupadas que reúnan los requisitos necesarios para la prestación del servicio y que hayan manifestado su voluntad en ese sentido. El nuevo modelo de contrato se recoge en el expediente en los folios 1.925 a 1.952 y se inicia la firma de los mismos el 1 de enero de 2000 (folio 1.909).

En cuanto a que los contratos de Servicio Oficial suponen una separación de los servicios recogidos en el contrato de distribución de Comisión mercantil de 1991, el SDC considera que el extremo queda suficientemente acreditado en el apartado 4 de los Hechos Probados, relativo a los contratos de Agencia distribuidora. Cabe destacar al respecto que en el expediente se recoge una carta de la ASOCIACIÓN dirigida al Director de envasado de REPSOL BUTANO (folios 140 y 141) en la cual, al hilo de comunicar la problemática de los Servicios Oficiales en su funcionamiento, se insiste al representante de REPSOL BUTANO que separe de forma absoluta la Red de distribuidores y los Servicios Oficiales (punto 5i de la carta).

En el Modelo de contrato de franquicia de Servicio Oficial, la cláusula cuarta, Obligaciones del Franquiciado, indica en su apartado k) (folio 1.929): *□Proveer, consumir y comercializar únicamente los productos referenciados por REPSOL BUTANO S.A.,adquiridos a REPSOL BUTANO, S.A. y que cumplan las especificaciones mínimas establecidas por el FRANQUICIADOR. En caso de que no exista homologación por parte de REPSOL BUTANO, S.A. para un producto, será necesario que éste cumpla la normativa legal y las especificaciones mínimas*

establecidas□, estipulación que es análoga a la existente en el contrato de 1994 por lo que no es necesario repetirla.

Por otra parte, el Modelo recoge en la cláusula decimotercera del contrato, "Causas de Resolución", apartado m) párrafo 3ı (folio 1.936), lo siguiente:
□ *Igualmente tendrá la calificación de falta grave, el incumplimiento del sistema operativo..., así como la obligación de adquirir según los casos, los productos distribuidos por REPSOL BUTANO S.A., o por proveedores homologados incumpliendo las especificaciones mínimas de calidad establecidas por el FRANQUICIADOR para esos productos.* □ Estipulación análoga existe también en el contrato del año 1994.

En respuesta al Servicio, REPSOL BUTANO manifestó (folio 1.882): □ *En las revisiones periódicas a las que se refiere el contrato de franquicia y dependiendo del estado de la instalación, puede ser necesario o no utilizar o sustituir determinados elementos. No hay inspecciones periódicas (suprimidas a partir del reglamento de 1992). Y en otro tipo de actuaciones (revisiones no reglamentarias, atención de averías...), el tipo de elementos a utilizar estará en función de la necesidad requerida en cada momento.*

- a) Los productos de normal o más frecuente utilización son los relacionados, tubos flexibles o rígidos, abrazaderas y reguladores.*
- b) Ninguno de esos productos son fabricados por REPSOL BUTANO S.A., que los adquiere en el mercado a proveedores homologados.*
- c) Los productos reseñados y homologados pueden ser comercializados por las Agencias.*

El anexo VII (folios 1.949 y 1.950) del modelo contrato de franquicia de Servicio Oficial recoge los precios máximos y los precios de venta de los siguientes materiales:

Regulador REPSOL BUTANO-30 PB
Regulador K-50
Regulador K112
Regulador Salida Libre
Regulador Presión Regulable
Tubo de nitrilo
Abrazaderas

El SDC ha podido comprobar que los distintos elementos que forman parte de esta relación y otros, como los tubos flexibles o rígidos que se utilizan en las instalaciones para consumo de GLP envasados, aparecen descritos con sus exigencias de homologación (cumplimiento de las normas UNE) en el Apéndice titulado □ *Instalaciones de gas en locales destinados a usos domésticos colectivos o comerciales*□, que recoge las Instrucciones

Técnicas Complementarias (ITC) del Reglamento de instalaciones de gas en locales destinados a usos domésticos, colectivos o comerciales, según el Real Decreto 1853/1993, de 22 de octubre. Es decir, se trata de productos con especificaciones técnicas públicas que, como indica la Asociación, pueden ser suministrados por diversos fabricantes.

6. Los Servicios Oficiales Repsol Butano en el mercado de las revisiones periódicas.

El mercado de prestación de servicios de revisión periódica y asistencia técnica de instalaciones para el uso de GLP envasados es el "mercado de producto" en el que se llevan a cabo los contratos de franquicia de Servicio Oficial de REPSOL BUTANO. En este mercado actúa cualquier instalador autorizado oficialmente por la Administración Central o por las Comunidades Autónomas que tenga en su haber las titulaciones establecidas administrativamente para la prestación de esos servicios. Su dimensión geográfica es todo el territorio nacional.

El citado mercado resulta ser dependiente del mercado de suministro de GLP envasados, al ser este producto el que crea el mercado secundario de prestación de servicios a las instalaciones consumidoras del mismo. Así, la propia REPSOL BUTANO, en el texto de su modelo de contrato de franquicia de Servicio Oficial, en el expositivo primero (folio 1.926), indica que los servicios a los que hace referencia son en relación al artículo 22 del Reglamento que regula la actividad de distribución y también la de las revisiones periódicas, que establece la obligación por parte del consumidor de revisar cada cinco años la instalación receptora por una empresa debidamente acreditada que extenderá un certificado acreditativo de la revisión.

Es decir, por exigencia reglamentaria, el suministrador de GLP conoce si se ha realizado la revisión periódica de la instalación de sus clientes, así como la fecha de realización de la misma y tiene el deber de notificar a sus clientes el vencimiento de la revisión.

El SDC se interesó sobre las cuotas de mercado de los distintos operadores en el mercado de los servicios de revisión e instalación. En su respuesta, REPSOL BUTANO manifestó la imposibilidad de disponer de esa información, ya que las citadas actividades pueden ser realizadas por cualquier instalador autorizado administrativamente para ello. No obstante, indicó que *"los únicos datos conocidos, y siempre referidos a instalaciones de clientes de REPSOL BUTANO, son las revisiones periódicas reglamentarias, por cuanto los clientes deben remitir a REPSOL BUTANO, S.A. uno de los ejemplares del Certificado de revisión emitido. Y*

aún en este caso, la información de que se dispone es incompleta en la medida en que muchos de estos certificados no son remitidos, especialmente cuando el resultado de la revisión arroja defectos. □

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Los hechos que se declaran probados en esta Resolución aparecen acreditados mediante prueba directa, al haber sido aportados al expediente los contratos correspondientes y reconocidos como ciertos por las partes interesadas. Las discrepancias que se discuten no son pues fácticas, sino de valoración.
2. La cuestión fundamental que el Tribunal debe analizar en este expediente es la de si son acertadas en Derecho las propuestas con las que concluye el Servicio su Informe -ratificándose en las acusaciones del Pliego de Concreción de Hechos (PCH)- que, transcritas literalmente en el AH 4, consisten en que el Tribunal declare la existencia de sendas infracciones del art. 1.1 LDC en los contratos de agencia para la distribución de GLP envasados de Repsol Butano y en los contratos de franquicia con sus servicios oficiales. Los primeros, por tratarse de acuerdos de distribución exclusiva que contienen restricciones no amparadas por el Reglamento CEE 1983/83 y los segundos, por incluir la prohibición recogida en el artículo 5, apartado b) del Reglamento CEE 4087/88, de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 81.3 del TUE a determinadas categorías de acuerdos de franquicia, al impedir al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador. El Servicio considera que los acuerdos restrictivos son imputables, en el primer caso, a Repsol Butano y a sus agentes distribuidores y, en el segundo caso, a Repsol Butano y a sus servicios oficiales, siendo en ambos casos Repsol Butano la única responsable de las citadas prácticas, dada la desproporción entre el poder contractual de las partes que da a los contratos un claro elemento de adhesión al ser siempre Repsol Butano quien los propone.
3. La clave de la cuestión que hay que resolver, en cuanto a la primera imputación, se reduce a determinar la naturaleza jurídica del contrato de distribución del año 1995 porque, si se concluye que no es un verdadero contrato de agencia, sino de reventa, y no gozara en este caso de la exención del Reglamento CEE 1983/1983 (reproducida en el artículo 1.a) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías), supondría un acuerdo restrictivo de la competencia comprendido en la infracción del artículo 1

LDC, pues el acuerdo no fue notificado ni se solicitó una autorización singular hasta que el Servicio concluyó la instrucción del expediente.

El Servicio ha realizado este análisis siguiendo la consolidada doctrina del Tribunal en cuanto a los contratos de compra y de distribución exclusivas, especialmente, de los operadores mayoristas de carburantes con comisionistas y revendedores. Asimismo, estudió la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato a la vista de la reciente Resolución de 11 de julio de 2001, del expediente 490/00, Repsol, procedimiento que, tanto por la amplitud de los contratos comprendidos como por el sistema seguido en el estudio de su clausulado, el Tribunal entiende que resulta muy apropiado al presente caso.

Pues bien, para centrar la cuestión debatida, conviene recordar que dicha Resolución comienza el estudio del concepto de contrato de agencia recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 12 y 24 de julio de 2000 y 4 de octubre de 1999 en las que señala:

*□ Se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo □ el empresario □, la venta o compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario, señalando como características del contrato de agencia, las siguientes: 1) es un contrato de duración en cuanto que origina una relación jurídica entre las partes que exige permanencia o estabilidad; 2) la actividad que ha de desarrollar el agente **es la promoción de contratos** por cuenta ajena, pudiendo también concluirlos siempre por cuenta y nombre ajeno; 3) el agente ha de efectuar su actividad (un hacer) siempre por cuenta del empresario, por ello, **el agente no ha de asumir el riesgo de las operaciones que ha promovido o concluido por cuenta ajena**; 4) el agente es considerado como un □ intermediario □ independiente, lo que implica que su labor profesional de intermediación se organiza conforme a criterios propios; 5) el contrato de agencia es un contrato bilateral y oneroso en cuanto que la actividad del agente ha de ser remunerada por el empresario; 6) es un contrato de carácter consensual y 7) se rige por normas que tienen carácter imperativo, a no ser que en sus preceptos se disponga expresamente otra cosa, que se trasluce en el propósito de una protección al agente frente al empresario, al considerarse al agente como contratante. más débil □ (negrita del Tribunal).*

Es decir, los contratos de comisión y de agencia son contratos de "resultado", dado que la obligación de pago depende de la ejecución de la comisión, el agente siempre ha de actuar por cuenta del empresario, sin

asumir ningún riesgo, y que se rigen por normas imperativas que tratan de proteger al agente.

Siguiendo al Tribunal en la Resolución 490/00, el Servicio analizó los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria, según concurrieran o no determinados tipos de riesgo para el agente, y también por el Derecho español en cuanto al elemento decisivo adicional de que, si el contrato atribuye explícitamente la propiedad de la mercancía al distribuidor, no puede calificarse el contrato como de comisión. Seguidamente, tras comprobar, incluso, el criterio de las Directrices de la Comisión Europea relativas a las relaciones verticales -que no es procedente porque no estaban en vigor cuando sucedieron los hechos, como el propio Servicio indicó tras ser traídas a colación por la imputada- llegó a la firme convicción de que no se trataba de un auténtico contrato de agencia por atribuir al distribuidor los mencionados riesgos comerciales y financieros, por corresponderle la propiedad del GLP y por realizar las inversiones para desarrollar la actividad.

Por ello, el Servicio señaló que no se trata de un auténtico contrato de agencia y que, acercándose más a la figura de contrato de reventa o de revendedor independiente, era de aplicación el Derecho de la competencia, por lo que debía analizarse según la prohibición del artículo 1 LDC, al constituir acuerdos verticales de distribución exclusiva entre el operador de GLP envasado y las empresas independientes, llamadas agencias distribuidoras.

Tras esta conclusión del Servicio de que el contrato constituye un acuerdo vertical de distribución exclusiva, regulado en el Reglamento 1983/83 de la Comisión, correspondía examinar su aplicación para comprobar si cumplía el contrato cuestionado las condiciones previstas en dicha norma de exención por categorías, la infracción del artículo 81.1 TUE y 1 LDC.

Concretamente, el Servicio señala la existencia de las siguientes restricciones: limitación territorial de ventas del distribuidor, que puede ser modificada sin indemnización por Repsol Butano quien se reserva la posibilidad de realizar en la zona ventas activas; prohibición al distribuidor de ventas activas fuera del territorio, que es motivo de resolución del contrato; la compra exclusiva a Repsol Butano -aunque no aparece mencionada de forma explícita-; la exclusividad de la actividad o pacto de no competencia con Repsol Butano salvo que ésta lo autorice; el compromiso de no competencia durante dos años una vez finalizado el contrato (cláusula decimotercera); e incluso que, finalizado el contrato, Repsol Butano se reserva el derecho de arrendar las instalaciones del agente por un máximo de dos años (cláusula decimoquinta).

Como determinadas restricciones a la competencia están permitidas por el artículo 2 del citado Reglamento, si se incluye alguna otra que no lo está entonces la totalidad del acuerdo excedería del marco eximido y dadas las dos últimas restricciones incluidas en el contrato (compromiso de no competir durante dos años y reserva del derecho de arrendar las instalaciones por un máximo de dos años), para el Servicio no es de aplicación la exención del acuerdo por el Reglamento 1983/83, constituyendo una infracción del artículo 1.1 LDC, por no haberse notificado ni solicitado una autorización individual hasta una vez concluida la instrucción de este expediente, según lo dispuesto en la propia LDC y en el Real Decreto 157/1992, que la desarrolla en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia.

4. Frente a estas imputaciones y por lo que se refiere al primer cargo, Repsol Butano ha alegado básicamente lo siguiente, según consta en el escrito de conclusiones presentado ante el Tribunal el día 31 de mayo de 2002:
 - 4.1. El Contrato de Agencia y prestación de servicios suscrito por Repsol Butano y sus Agencias se ajusta estrictamente a la normativa mercantil del Contrato de Agencia y a la normativa específica del sector.
 - 4.2. La naturaleza jurídica de esta relación es la de un "genuino" contrato de Agencia desde el punto de vista del Derecho de la competencia, que cumple las condiciones que para ello señalan las normas específicas y, de modo singular, las Directrices sobre restricciones verticales a la competencia, en sus párrafos 12 a 20.
 - 4.3. Que, en consecuencia y de acuerdo con los párrafos 13 y 23 de la norma citada, no le es aplicable el artículo 1 de la LDC o el Reglamento CEE 1983/83, por cuanto el citado contrato de agencia no constituye un "acuerdo vertical" (que implica reventa del producto) entre empresas que se encuentran en planos distintos del proceso de producción y comercialización, sino que no existe más que una única posición, la de Repsol Butano como "empresa suministradora" (en la terminología del Reglamento de 1992), o "comercializador" (en la terminología de la vigente Ley de Hidrocarburos) que mantiene una relación directa, de vendedor, con los usuarios con los que contrata.
 - 4.4. Que en la hipótesis de que, a pesar de las alegaciones fundamentadas de Repsol Butano, se estimara que el contrato, aun no siendo de reventa, debía incluirse en el ámbito de aplicación del art. 1 LDC, sería de aplicación la exención del Reglamento 1983/83 CEE, (aun cuando no

hubiera sido solicitada por las razones que se explican) ya que la cláusula de no competencia por dos años posteriores a la resolución del contrato, además de no haber sido aplicada, no ha tenido efectos anticompetitivos.

En definitiva, alega también Repsol Butano la buena fe y la doctrina del error invencible por creer que tenía amparo legal para incluir la cláusula de no competencia por dos años a la extinción del contrato, en virtud de lo dispuesto en la Ley 12/1992, del contrato de Agencia, en relación con el artículo 2 LDC. También entiende que se justifica la confianza legítima al no haber analizado el Servicio en ocho años el contrato de Agencia tras haber declarado el Tribunal en 1992 que no era un contrato de agencia puro.

En todo caso, Repsol Butano, tras el envío del Informe-Propuesta al Tribunal por parte del Servicio y ante la inseguridad jurídica que generaron sus conclusiones en la red, ha notificado a éste un nuevo contrato, también llamado de agencia, que emplearía para la distribución de GLP envasado y que, según manifiesta, "tiene una naturaleza sustancialmente idéntica al analizado en el presente expediente" (sin incluir la cláusula de no competencia ex post), habiéndolo firmado ya cerca de 600 agencias, contrato que para el Servicio, añade, merece una autorización singular.

Por su parte, la Asociación denunciante, en el escrito de conclusiones presentado ante el Tribunal el mismo día 31 de mayo de 2002, asume plenamente el contenido del Pliego de Concreción de Hechos presentado por el Servicio en lo referente a ambas imputaciones, pero añadiendo que se producen también prácticas abusivas de la posición de dominio de la operadora, cuya gravedad se acentúa por la situación de dependencia económica en la que se encuentran las empresas distribuidoras respecto de Repsol Butano.

5. En primer lugar, el Tribunal coincide plenamente con el análisis efectuado por el Servicio para valorar la naturaleza jurídica del contrato por cumplirse en este caso la esencia de los presupuestos que el propio Tribunal había señalado para valorar la autenticidad de los contratos de agencia y de comisión desde el Derecho de la competencia y por las siguientes razones en particular:
 - a) La claridad de la redacción de la cláusula decimosegunda del contrato, "Garantías, Seguros y Aavales", no deja dudas acerca de la responsabilidad por daños del distribuidor. Así, el apartado 1 de la misma establece literalmente (folio 1.958):

"La Agencia Distribuidora será siempre responsable ante REPSOL BUTANO S.A. y ante terceros por los daños directos o indirectos que se pudieran causar tanto por consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones como por el ejercicio de su normal actividad."

Es decir, el distribuidor responde ante Repsol Butano y ante terceros por los daños directos e indirectos que pueda causar en el ejercicio de su actividad, concretándose en los apartados siguientes de dicha cláusula los seguros que deberá concertar para cubrir las correspondientes responsabilidades, así como que la imputada fijará, "con carácter de mínimo", el montante de los mismos e, incluso, la revisión anual de los límites de las coberturas. En efecto, la cláusula 12 y, entre otros, sus apartados 2, 2.d), 2.e) y 3 establecen, respectivamente:

"2. La Agencia Distribuidora se compromete a concertar por su cuenta y mantener en pleno vigor, con Entidad Aseguradora de reconocida solvencia, los seguros que seguidamente se relacionan, en cuyos contratos se pactará que no se ejercitará acción de repetición alguna contra REPSOL BUTANO S.A.

d) De responsabilidad civil por los daños causados por el producto - gas-, tanto en los almacenes de la Agencia Distribuidora, como en la fase de reparto del producto.

e) De responsabilidad civil general frente a terceros que cubra los daños materiales y personales en que pudiera incurrir la Agencia Distribuidora y su personal en la ejecución de las actividades y obligaciones derivadas del presente contrato, así como por incumplimiento del mismo.

3. Antes del comienzo de la actividad, la Agencia Distribuidora suscribirá las correspondientes pólizas de seguro y entregará a REPSOL BUTANO S.A. certificado de los Aseguradores que acredite la constitución y vigencia de estos seguros. El montante económico o cobertura de estos seguros será fijado por REPSOL BUTANO S.A., con carácter de mínimo, libremente ampliable por la Agencia Distribuidora reservándose aquélla la facultad de revisar anualmente los límites de las coberturas, cuya cuantía inicial figura en el Anexo V al presente contrato."

Por lo tanto, es el distribuidor el que se responsabiliza directamente del producto desde que llega a su almacén (riesgo de daño a la mercancía) y de los riesgos relacionados con el desarrollo de la

actividad, incluido el daño que pueda causar el producto, como recoge el apartado 2.d).

- b) El riesgo económico también recae sobre el distribuidor porque realiza una serie de significativas inversiones específicas en la actividad. Además, este riesgo se agudiza, no sólo por la exigencia contractual de la limitación territorial de las ventas del distribuidor (cláusula tercera, Demarcación), sino porque esta cláusula prevé que la zona de actuación puede ser modificada sin que ello dé lugar a indemnización alguna. Incluso la denunciada se reserva el derecho de ejercer directamente cualquiera de las actividades en el ámbito de actuación del distribuidor, con el evidente riesgo añadido para éste de sus inversiones específicas en la actividad. Pero es más, el distribuidor se obliga a no competir durante el período de dos años desde la finalización del contrato (cláusula 13), comprometiéndose también a arrendar entonces a Repsol Butano todos o cualquiera de sus almacenes, a opción de ésta, por dicho plazo (cláusula 14, en folio 1.958, vuelta).
- c) En cuanto a la propiedad de la mercancía, como presupuesto clarificador de la autenticidad o no del contrato de agencia, el Tribunal entiende que no cabe duda de que le corresponde al distribuidor desde que la acepta en su almacén hasta que la vende al usuario. Así se refleja en el contrato, que ya en el último párrafo del apartado 4 de la cláusula 5 establece:

"La aceptación por la Agencia Distribuidora en sus almacenes de las mercancías, envases y/o materiales sin reserva formal en contra, implica la renuncia a cualquier reclamación ulterior en relación con la cantidad y buen estado visible de lo suministrado."

La misma apreciación cabe hacer de lo dispuesto en la cláusula 5 en relación con el pago del gas y con el devengo de la comisión del distribuidor antes de su venta al usuario pues el GLP se paga con independencia de que se venda, mientras que los contratos de agencia o de comisión son contratos "de resultado", como se señalaba en el FJ 3. En efecto, en dicha cláusula 5 se especifica que el distribuidor *"anticipará a Repsol Butano con el medio de pago que ésta indique el importe del gas y de los materiales en el momento de solicitarlos"*, lo que se modificó según Adenda de 1997 a un plazo de siete días que, sin embargo, al cambiarse también entonces la cuantía del aval, mantuvo la asunción del coste financiero por parte del distribuidor. Por lo tanto, no se sostiene que éste actúe por cuenta ajena pues no se trata de un contrato de

depósito, sino realmente de la compra de un producto, a diferencia de lo que sucede con los contenedores y envases con válvulas para los que la cláusula quinta obliga a constituir una fianza por cada ejemplar depositado. En este mismo sentido, la cláusula sexta, Propiedad, dice qué elementos son de Repsol Butano y las fianzas que se establecen por su cesión, sin que se recoja nada respecto del gas, que constituye la esencia del contrato, lo que es significativo y congruente con que no es un contrato de comisión o de agencia.

En definitiva, la actividad fundamental del distribuidor es la de comprar y vender, que es la propia del comerciante, a diferencia de la función del agente que no es por sí mismo ni comprador ni vendedor, tal y como ya indicaba la Comunicación de la Comisión, de 24 de diciembre de 1962, relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales.

Esta misma Comunicación señalaba que, para no incurrir en la prohibición del entonces artículo 85.1 del Tratado, era indispensable que el contratante calificado como agente comercial lo fuera efectivamente por su propia función y no ejerciera una actividad de comerciante independiente, así como interpretaba cuál es el criterio determinante para distinguir al agente comercial del comerciante independiente, haciéndolo en los siguientes términos:

"La Comisión considera como criterio determinante para distinguir al agente comercial del comerciante independiente, el acuerdo expreso o tácito, relativo a la asunción de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución del contrato. La Comisión no liga pues su apreciación a la calificación. Con excepción de la garantía usual dada para el cumplimiento del contrato, el agente comercial no debe, por su función, asumir riesgo alguno proveniente de la transacción. Si los asumiera, su función se aproximaría económicamente a la del comerciante independiente, y debería por tanto ser tratado como tal en relación con la legislación en materia de competencia. En esas condiciones, los contratos de representación exclusiva deberán ser considerados como acuerdos suscritos con comerciantes independientes".

En consecuencia, el Tribunal considera pertinente y plenamente acertado el análisis sobre la naturaleza jurídica del contrato realizado por el Servicio en el PCH y confirmado en su Informe-Propuesta porque, si bien podría tener la denominación y alguna apariencia del contrato de agencia, la función del distribuidor se aproxima más a la de reventa del comerciante

independiente por las condiciones y la asunción de riesgos que le impone el proveedor, que a las de un agente como mero instrumento del principal, con lo que tales contratos no estarían excluidos de la prohibición del artículo 1 LDC al consistir en acuerdos verticales de distribución exclusiva con distribuidores revendedores.

En segundo lugar, el Tribunal también considera acertado el examen que realiza el Servicio (recogido en el FJ 3) de que el contrato no cumple las condiciones exigidas por el Reglamento 1983/1983 para que concurriera la exención del artículo 1 LDC, porque incluye la cláusula de no competencia durante dos años y la reserva de la operadora del derecho de arrendar las instalaciones del distribuidor por un máximo también de dos años, dado que sólo deben admitirse las tasadas restricciones de los apartados 1 y 2 del artículo 2 y que, si se asumen otras obligaciones restrictivas de la competencia, la totalidad del acuerdo rebasaría el marco de la exención (según la Comunicación de la Comisión 84/C101/02, de 22 de junio de 1983).

Pues bien, con ser ello suficiente para concluir que es correcta la calificación jurídica de infracción del artículo 1.1 LDC por no ser entonces aplicable la exención por categoría del Reglamento 1983/1983, el Tribunal debe añadir que el contrato comprende una dudosa utilización de pactos de exclusividad y de otras restricciones y condiciones del proveedor que debilitan al revendedor sin justificación y que en modo alguno cabe admitir en la aplicación de dicho Reglamento, según la consolidada doctrina de este Tribunal sobre los contratos de distribución exclusiva, la manifestación de la Comisión Europea en el Considerando undécimo del citado Reglamento que señala que *"es conveniente excluir de la exención por categoría los acuerdos sobre productos que los usuarios sólo puedan obtener dirigiéndose al concesionario exclusivo"*, y la del Tribunal de Justicia, entre otras, en su Sentencia Delimitis, de 28 de febrero de 1991, al declarar que no se pueden excluir de forma general los acuerdos de agencia de la aplicación del Derecho de la competencia porque el uso de esta figura contractual puede tender a eludirlo.

Pero es más, la existencia de la propia extensa red de distribuidores podría constituir una barrera de acceso a la actividad en una situación de mercado realmente de monopolio, precisamente una vez que la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, ha establecido la liberalización de la comercialización minorista de los GLP envasados. Asimismo, el contrato de distribución cuestionado, en estas condiciones de dominio absoluto, puede suponer, como soporte del mismo, un medio eficaz de cerrar un mercado mediante acuerdos que facilitan la integración vertical, pero que debería abrirse porque imponen a los distribuidores obligaciones tendentes

a rebajar la intensidad de competir con otros revendedores y a limitar su capacidad de negociación con el propio proveedor, cuando no existe competencia inter-marca alguna que pudiera pretender su justificación.

6. Alega Repsol Butano, en primer lugar (ver tal como las resume en el FJ 4), que el contrato que se discute se ajusta estrictamente a la normativa mercantil del contrato de agencia y a la normativa específica del sector.

El Tribunal ha de rechazar esta alegación en el mismo sentido con que ya lo hiciera el Servicio -ante quien primero se presentó- en su Informe-Propuesta (folios 2.192 y 2.193) de que en el PCH no hubo pronunciamiento sobre dicha afirmación, porque -según debe reiterar el Tribunal- el análisis que corresponde realizar no es ése sino el del Derecho comunitario de la competencia, con sus normas específicas, la propia LDC, que en ellas se inspira, y la interpretación que los Tribunales competentes han venido adoptando.

A continuación, alega la imputada que *"la naturaleza jurídica del contrato en cuestión es la de un genuino contrato de agencia desde el punto de análisis del Derecho de la competencia"*, que cumple las condiciones señaladas por la normativa y, concretamente, las Directrices sobre restricciones verticales, en sus párrafos 12 a 20.

El Tribunal tampoco puede aceptar esta alegación, primero, porque no cabe tener en cuenta tales Directrices ya que no estaban vigentes ni habían sido publicadas con anterioridad a los hechos de este expediente y, en definitiva, porque su análisis no cambia en nada los argumentos expuestos en esta Resolución, especialmente, en el FJ 5 que llevan a determinar que la naturaleza del contrato es más la propia del distribuidor revendedor que la del auténtico agente instrumental, por corresponderle a aquél la propiedad del producto, los costes y riesgos de las existencias, las pérdidas de la mercancía, la responsabilidad por daños a terceros sin actuación negligente y, finalmente, la realización de inversiones específicas destinadas al mercado.

En tercer lugar y de acuerdo con lo señalado en los párrafos 13 y 23 de las Directrices, alega la imputada que el contrato de agencia no constituye un acuerdo vertical, sino que no existe más que una única posición, la de Repsol Butano como suministradora (término del Reglamento de 1992) o comercializadora (término de la Ley de Hidrocarburos), que mantiene una relación directa, de vendedor, con los usuarios con los que contrata.

El Tribunal no puede compartir la alegación por consistir en la insistencia de la imputada tanto en referirse a las Directrices como en su intento de

justificar la conducta, que debería centrarse nada más que en la naturaleza de la función que ha de ejercer el distribuidor, en la que no puede asumir ningún riesgo, y no en normas -que no cambian la esencia de la cuestión ni amparan la práctica porque su objeto es muy distinto- o en el contrato de suministro que tampoco resulta determinante para la evaluación de los acuerdos de agencia y no es objeto de examen.

La cuarta alegación de la imputada consiste en que en la hipótesis de que el Tribunal estimara aplicable el artículo 1 LDC se considerara que el contrato quedaba eximido por el Reglamento 1983/1983, ya que la cláusula de no competencia no fue aplicada y no ha tenido efectos anticompetitivos.

El Tribunal tampoco puede aceptar esta alegación porque las conductas prohibidas no exigen ser aplicadas o un número determinado de repeticiones para afectar a su calificación, sino que es el propio acuerdo anticompetitivo lo que constituye el ilícito administrativo sin necesidad de que se produzca resultado alguno, y el amparo en la exención por el Reglamento 1983/1983 no permite vulnerar sus requisitos, que han de interpretarse siempre restrictivamente en este tipo de normas.

En cuanto a las alegadas buena fe y error invencible de la imputada, en virtud de lo dispuesto en la Ley 12/1992, del contrato de Agencia, en relación con el artículo 2 LDC, el Tribunal no puede aceptarlas porque no es posible en modo alguno ampararse en una norma que tiene un objeto distinto y eludir con una apariencia de legalidad la prohibición sobradamente conocida del artículo 1.1 LDC, según tiene el Tribunal consolidadamente establecido.

Asimismo, el Tribunal ha de rechazar la invocación de la doctrina de la confianza legítima debido a que el Servicio no investigara el contrato en ocho años tras la Resolución del Tribunal de 17 de marzo de 1992 porque, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, este principio no puede invocarse para mantener situaciones contrarias al ordenamiento jurídico en el ámbito del Derecho público (Sentencia de 1 de febrero de 1999) ni puede concebirse este caso como equiparable a la reacción del juez frente a la actuación irregular de la Administración que sorprendiera la confianza del destinatario por un cambio sorpresivo en supuestos de intervención económica (Sentencia de 16 de diciembre de 1999 del Tribunal de Justicia). En efecto, el hecho de que las Autoridades de defensa de la competencia no investiguen de oficio los mercados con la frecuencia deseada no puede servir de amparo para la realización de conductas restrictivas ni cabe imaginar cambio sorpresivo. Máxime cuando, precisamente, el Tribunal señaló en la mencionada Resolución de 17 de

marzo de 1992, que trataba de imputaciones de abuso de posición de dominio, lo siguiente: *"El Tribunal entiende que la relación jurídica que liga a Repsol Butano S.A. con sus distribuidores no es calificable como un contrato de pura comisión"*.

Por todo ello, el Tribunal ha de concluir el análisis de este primer cargo declarando la existencia de una infracción del artículo 1.1 LDC en el "Contrato de Agencia y prestación de servicios en la distribución de GLP envasado", del año 1995, por tratarse de un acuerdo de distribución exclusiva que contiene restricciones no amparadas por el Reglamento CEE 1983/1983, traspuesto al ordenamiento nacional por el Real Decreto 157/1992, acuerdo que no ha sido notificado con el fin de obtener una autorización singular, siendo responsable de la conducta Repsol Butano.

7. Corresponde ahora resolver la segunda imputación hecha por el Servicio consistente en que el Tribunal declare otra infracción del artículo 1.1 LDC, esta vez en los contratos de franquicia de Servicio Oficial de Repsol Butano por incluir la prohibición del artículo 5.b) del Reglamento CEE 4087/1988 de la Comisión, al impedir al franquiciado abastecerse de productos equivalentes a los ofrecidos por el franquiciador, imputación que se recoge literalmente en el AH 4 de esta Resolución y que se hace tanto a Repsol Butano como a sus Servicios Oficiales, considerando responsable de la citada práctica a Repsol Butano.

La Asociación denunciante había manifestado, como núcleo de la denuncia, lo siguiente:

- El abuso por incumplimiento de la duración del contrato de 1994 y su separación del contrato de distribución;
- El empleo de la técnica de la franquicia no se justifica puesto que Repsol Butano carece de un auténtico saber hacer propio que pueda ceder al franquiciado;
- Las numerosas obligaciones impuestas al franquiciado implican diversas prácticas prohibidas por la normativa sobre exención por categorías del Contrato de Franquicia (Reglamento CEE 4087/88 de la Comisión): imposición de precios, prohibición de suministro de servicios a usuarios por razón de su residencia, cláusulas de aprovisionamiento exclusivo/obligatorio de piezas de recambio y accesorios, etc...;
- Abuso de las retribuciones exigidas por el franquiciador al franquiciado.

El Real Decreto 1085/1992, por el que se aprueba el Reglamento de la actividad de distribución de GLP, dispone en su artículo 22 que los titulares de contrato de suministro y los usuarios están obligados a mantener en perfecto estado de conservación las instalaciones receptoras de GLP, así como a revisarlas cada cinco años, utilizando para dicho fin los servicios de una empresa legalmente habilitada para ello que extenderá, tras efectuar la revisión, un certificado acreditativo de la misma.

El Servicio Oficial Repsol Butano S.A. es una franquicia en la que la empresa imputada es el franquiciador, que pone a disposición de los franquiciados un conjunto de procedimientos y sistemas diseñados para facilitar la práctica de la revisión periódica de las instalaciones de GLP envasados de los usuarios. El contrato del año 1994 lo firmaron más de 400 instaladores y distribuidores con titulación suficiente y el nuevo Modelo de contrato lo han hecho o se prevé que lo hagan entre 140 y 150 -que siguen llamándose Servicio Oficial Repsol Butano- encontrándose todavía en fase de formalización, pues se inició su firma el 1 de enero de 2000. Repsol Butano recibe de sus franquiciados un porcentaje de la facturación de las revisiones que éstos efectúan.

El mercado de producto en el que se llevan a cabo estos contratos es el de la prestación de los servicios de revisión periódica y asistencia técnica de instalaciones para el uso de GLP envasados. Su dimensión geográfica es la de todo el territorio nacional y constituye un mercado secundario del mercado principal de suministro de GLP envasados.

Pues bien, en el modelo de contrato de franquicia de Servicio Oficial, la cláusula cuarta, "Obligaciones del franquiciado", indica en su apartado k):
 Proveer, consumir y comercializar únicamente los productos referenciados por REPSOL BUTANO S.A., adquiridos a REPSOL BUTANO, S.A. y que cumplan las especificaciones mínimas establecidas por el FRANQUICIADOR. En caso de que no exista homologación por parte de REPSOL BUTANO, S.A. para un producto, será necesario que éste cumpla la normativa legal y las especificaciones mínimas establecidas. (subrayado del Tribunal). Estipulación que es análoga a la existente en el contrato de 1994 por lo que es innecesario repetirla.

Por otra parte, el mencionado modelo recoge en la cláusula decimotercera, "Causas de resolución del contrato", apartado m), párrafo 3º lo siguiente:
 Igualmente tendrá la calificación de falta grave, el incumplimiento del sistema operativo..., así como el de la obligación de adquirir, según los casos, los productos distribuidos por REPSOL BUTANO S.A., o por proveedores homologados incumpliendo las especificaciones mínimas de

calidad establecidas por el FRANQUICIADOR para esos productos. □
Estipulación también análoga a la establecida en el contrato de 1994.

El Tribunal considera que el Servicio ha podido comprobar en su investigación fáctica que los distintos elementos usados en las revisiones, inspecciones y asistencia técnica, además de otros, como los tubos flexibles o rígidos que se utilizan en las instalaciones para consumo de GLP envasados, aparecen descritos con sus exigencias de homologación (cumplimiento de las normas UNE) en el Apéndice titulado □ Instalaciones de gas en locales destinados a usos domésticos colectivos o comerciales □, que recoge las Instrucciones Técnicas Complementarias (ITC) del Reglamento de instalaciones de gas en locales destinados a usos domésticos, colectivos o comerciales, según lo dispuesto en el Real Decreto 1853/1993, de 22 de octubre de 1993. Es decir, se trata de productos con especificaciones técnicas públicas que pueden ser suministrados por diversos fabricantes (Hecho Probado en el apartado 5).

Por ello, el Tribunal considera acertada la conclusión a la que llegó el Servicio de que si bien Repsol Butano puede exigir en favor del prestigio de su marca de Servicio Oficial que los accesorios o elementos utilizados por sus franquiciados en la prestación del servicio objeto de contrato tengan unas garantías en cuanto a que cumplan las especificaciones técnicas establecidas, sin embargo no se pueda reforzar esa lícita exigencia conminando a los franquiciados con la rescisión del contrato si los productos utilizados no son los distribuidos por Repsol Butano o por proveedores homologados porque ello puede disuadirles de utilizar los de la competencia.

En consecuencia, resultando evidentes los hechos y su valoración, el Tribunal coincide con la calificación jurídica hecha por el Servicio de que, por incluir las dos citadas cláusulas, los contratos de franquicia de Servicio Oficial incurren en la prohibición expresa del artículo 5.b) del Reglamento 4087/88 por impedir al franquiciado, conminándole con la rescisión del contrato, abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador, lo que supone infracción del artículo 1.1 LDC porque en este caso no cabe aplicar la exención por categorías.

8. Sin embargo, la obligación del franquiciado de notificar al franquiciador los precios de la disposición del servicio y de la hora de trabajo, entre otros, así como la posibilidad de rescindir el contrato por parte del franquiciador por la aplicación de precios abusivos que suponga un control del franquiciador sobre los precios que efectivamente aplica el franquiciado, no la calificó el Servicio como una fijación de precios de las prohibidas por la legislación de competencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el

Reglamento 2790/99, artículo 4, así como la conocida jurisprudencia comunitaria y las Resoluciones del TDC y dado que puede suponer un beneficio para el usuario. En consecuencia, el Servicio no formuló acusación al respecto, como tampoco lo hizo en relación con la infracción denunciada de abuso de posición de dominio.

9. Repsol Butano alega en el escrito de conclusiones que, dado su interés en controlar también los accesorios de las instalaciones por ser factor determinante de la seguridad de las mismas y que el Reglamento de franquicia permite dicho control, si el Tribunal no lo estimara así, no se le debería reprochar por el pasado sino exigir para el futuro.

El Tribunal ha de rechazar esta alegación por un motivo doble. En primer lugar, porque el artículo 5.b) del Reglamento 4078/1988 prohíbe expresamente la citada práctica de impedir al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador que, al corresponder a una cláusula de las llamadas negras, resulta del todo inadmisibles en los acuerdos de franquicia. Y, en segundo lugar, porque todavía es más inadmisibles como repetición de una conducta prohibida análoga que ya fue declarada por el Tribunal mediante la Resolución firme de 17 de marzo de 1992, en el expediente 272/90, al desestimar el recurso de súplica relativo a la Resolución de la Sección Segunda que propuso al Consejo de Ministros -y éste aprobó con fecha 30 de abril del mismo año- la imposición de una multa a Repsol Butano por abuso de posición de dominio, al obligar al distribuidor a vender en exclusiva los aparatos, equipos y elementos para la utilización del gas.

Repsol Butano alega también literalmente lo siguiente:

"A este respecto, debemos recordar que el Reglamento (CEE) 4087/88 permite en su artículo 2.e que el franquiciador imponga la obligación del franquiciado de no fabricar, vender o utilizar en el mercado de la prestación de servicios determinadas piezas de recambio o accesorios de los productos, competidores con los productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia. Cuando el objeto de la franquicia sea vender o utilizar a la vez en el marco de la prestación de servicios, determinados productos y piezas de recambio o accesorios de aquéllos, esta obligación no podrá imponerse en lo que respecta a las piezas de recambio o accesorios. Esta disposición es plenamente aplicable al contrato de franquicia ya que en el marco de las revisiones periódicas no pueden considerarse piezas de recambio o accesorios, sino productos utilizados para la prestación del servicio, dado el objeto del servicio (la realización de revisiones periódicas) y los plazos de

caducidad de estos elementos, con lo que la supuesta limitación estaría amparada por el Reglamento.

Por otra parte, el artículo 3.1.a del Reglamento considera como obligación admisible vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, exclusivamente productos que cumplan las especificaciones mínimas objetivas de calidad establecidas por el franquiciador, y el artículo 3.1.c incluye asimismo como admisible la de vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos fabricados exclusivamente por el franquiciador o por terceros designados por éste, cuando resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia.

Elemento común que en ambos casos permite la excepción, es que se establezcan las limitaciones en la medida en que sea necesario para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador o para mantener la identidad común y la reputación de la red franquiciada.

De nuevo esta disposición ampara la cláusula cuestionada. Ello es debido a que Repsol Butano no fabrica los productos de la franquicia, y que adicionalmente, no se impone la obligación de comprar estos productos a Repsol Butano o a terceros, sino que se admite la compra de cualquier proveedor, siempre que se cumpla una de varias condiciones: o que hayan sido homologados por Repsol Butano, o que el producto cumpla las especificaciones mínimas establecidas. Por otra parte, estas condiciones efectivamente son necesarias para mantener una identidad común y la reputación de la red franquiciada, ya que cualquier accidente derivado de un fallo en la seguridad de los elementos suministrados tendría consecuencias muy negativas para la imagen de los Servicios Oficiales de Repsol Butano en su labor de revisión periódica de instalaciones."

El Tribunal tampoco puede aceptar esta alegación, en lo referente al primer párrafo, por las siguientes razones: en primer lugar, porque la cita literal que hace la imputada del artículo 2.e) del Reglamento 4087/1988 es muy diferente del texto auténtico que, al declarar exentas, entre otras, las siguientes restricciones de la competencia, dice textualmente:

"e) la obligación del franquiciado de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los

productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia. Cuando el objeto de la franquicia sea vender o utilizar a la vez, en el marco de la prestación de servicios, determinados productos y piezas de recambio o accesorios de aquéllos, esta obligación no podrá imponerse en lo que respecta a las piezas de recambio o accesorios"; en segundo lugar, porque la imputada parece que quiere decir que en el marco de las revisiones periódicas no pueden considerarse "piezas de recambio o accesorios", sino "productos" utilizados para la prestación del servicio, dado el objeto de ésta, lo que resulta difícil de creer tanto porque es evidente que siempre se realiza la reposición de las piezas gastadas y caducadas, como porque, según consta como manifestado por Repsol Butano en el folio 1.882 relativo al Hecho Probado 5, los elementos o productos más utilizados son, precisamente, los tubos flexibles o rígidos, las abrazaderas y los reguladores; y, en tercer lugar, en todo caso, como termina señalando dicho apartado, porque la obligación no podrá imponerse en lo que respecta a las piezas de recambio o accesorios, que es en lo que se basa la imputación.

Por último, en los tres últimos párrafos alega dicha empresa que el citado Reglamento ampara la cláusula por ella cuestionada del artículo 5.b) en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1.a) y c) del Reglamento, siempre que las limitaciones se establezcan en la medida necesaria para la protección de los derechos de propiedad del franquiciador o para mantener la identidad y la reputación de la red franquiciada.

Pues bien, tampoco cabe aceptar esta alegación por tratar las normas alegadas nada más que de excepciones o salvedades que por la propia naturaleza de los derechos de propiedad no corresponden a las más generales que son, precisamente, a las que se refiere el presente caso y que están clara y expresamente prohibidas por lo dispuesto en el citado artículo 5.b) del Reglamento 4087/1988, cuya aplicación queda así indudablemente confirmada.

10. Por todo ello, el Tribunal considera que debe declarar la existencia de una conducta que infringe el artículo 1.1 LDC en los contratos de franquicia de Servicio Oficial Repsol Butano por incluir la prohibición expresa recogida en el artículo 5.b) del Reglamento CE 4087/1988 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 81.3 TUE a determinadas categorías de acuerdos de franquicia, traspuesto por el Real Decreto 157/1992, al impedir al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador, conducta de la que es responsable Repsol Butano.

11. El Tribunal entiende que la única responsable de ambas infracciones es, efectivamente, la empresa Repsol Butano por haber redactado y suscrito los contratos conteniendo las cláusulas anticompetitivas, que son objeto de este expediente, con la intención de obtener un beneficio o ventaja. Así, el contrato de distribución refuerza la posición del monopolista en el mercado facilitando su integración vertical y dificultando el acceso de competidores y los de franquicia de Servicio Oficial impiden la competencia intermarca en el mercado de los productos correspondientes, cerrándolo a otros fabricantes.
12. Las sanciones que puede imponer el Tribunal se regulan en la sección segunda del Capítulo I, del Título I, LDC, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras. En cuanto a las primeras, el art. 9 establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal para que cesen en las mismas y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

En lo referente a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC, en relación con el art. 46.2 de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros, en el art. 1. Asimismo, determina que el Tribunal podrá imponer multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. Según dicho art. 10, la cuantía de la sanción se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta una serie de factores. En este último sentido, según reiterada jurisprudencia, la multa debe graduarse en función de las circunstancias de la infracción y de su gravedad, que deberá efectuarse tomando en consideración, en particular, la naturaleza de las restricciones ocasionadas a la competencia.

En el presente caso, para graduar las sanciones ha de tenerse en cuenta, como punto de partida, la gravedad de las infracciones y la larga duración de las mismas (año 1995, en el caso del primer contrato y 1994, en el del segundo), por pretender la imputada que perdure, mediante prácticas ilegales, la condición de monopolista que anteriormente la Ley le otorgaba. En efecto, han de calificarse como muy graves ambas conductas consistentes en eludir la prohibición de los acuerdos anticompetitivos del artículo 1 LDC, tratando de ampararse bien en una apariencia de legalidad o en una norma reglamentaria de exención por categorías y, al propio tiempo, vulnerar los requisitos de la exención mediante la adopción de acuerdos y cláusulas contractuales anticompetitivas que, afectando a la totalidad del mercado peninsular español, tienen consecuencias

determinantes en que todavía en la actualidad no exista competencia en el mercado de la distribución de GLP envasado en España.

Teniendo en cuenta dichos criterios y circunstancias, que se han producido efectos notables, así como la definición y dimensión de los mercados afectados, que el volumen de ventas de Repsol Butano de GLP envasados fue, en el año 2000, 800 millones de euros, correspondiendo a la actividad de distribución aproximadamente un 15%, el Tribunal estima adecuado imponer una multa de un millón doscientos mil euros, por la primera infracción, y otra de trescientos mil euros, por la segunda.

13. Por último, el Tribunal considera que, por razones de ejemplaridad, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LDC, debe ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general, de máxima circulación nacional, a costa de Repsol Butano e imponer, en caso de incumplimiento, una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en la publicación.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría,

RESUELVE

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

- 1.- Infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en el "Contrato de Agencia y prestación de servicios en la distribución de GLP envasados", del año 1995, por tratarse de un acuerdo de distribución exclusiva que contiene restricciones anticompetitivas no amparadas por el Reglamento CEE 1983/1983 de la Comisión, traspuesto al ordenamiento nacional por el Real Decreto 157/1992, por el que se desarrolla dicha Ley en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia;
- 2.- Infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por incluir en los contratos de franquicia de Servicio Oficial de Repsol Butano S.A. la prohibición expresa, recogida en el artículo 5, apartado b), del Reglamento CEE 4087/1988 de la

Comisión, traspuesto al ordenamiento nacional por el citado Real Decreto 157/1992, al impedir al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador.

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

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

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

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en la vía administrativa y que contra la misma no cabe recurso alguno en tal vía, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.