

Id Cendoj: 28079230062007100366
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 330 / 2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a trece de mayo de dos mil siete.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 330/2004, seguido a instancia de la mercantil " **Repsol** Butano, S.A." representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido, en calidad de codemandados, todos con asistencia letrada, la "Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo", representada por la Procuradora de los Tribunales

D^a. Raquel Gómez Sánchez e "Hijos de Francisco Manzano, S.L.", "Disgal-Vegal, S.L.", D. Ignacio , D. Bartolomé , "Gas Bierzo, S.L.", "Hidifer, S.L.", "Gas Lerma, S.L.",

D. Luis Miguel , "Rey, S.L.", D. Rodrigo , D^a. Ana María , D. Humberto , D. Benjamín , "Gas Barria, S.L.", "Establecimiento

Seijo, S.L.", "Butaranda, S.A.", "Sumigas, S.A.", "RR Bustingorri, S.L.", "Herederos de Manuel

Pérez Vega, S.L.", "Aregas, S.L.", "Comercial Torrents, S.L.", "Establecimientos Sánchez, S.A.",

D. Juan Alberto , D. Jose María , D. Leonardo , D. Felipe , D. Armando , D. Juan Carlos , D. Jose Antonio , D. Pedro , D. Imanol , D. Esteban , D. Benedicto , D. Pedro Francisco , D. Luis Antonio , D^a. María Antonieta , "Martigás, S.L.", "Comercial Prieto Valencia, S.L.", "Pío

Forneiro, S.L.", D. Jose Pablo , D^a. Consuelo , "Industrial Promotora, S.L.",

"Hijos de Julián Trapero, S.L.", "Mogugas, S.L.", "Tejeda, S.L.", "Crescente, S.L.", "Feyjoma, S.L.",

D. Jose Luis , representados por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Rafael

Rodríguez Muñoz.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia

(TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago

Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:- En fecha 21 de mayo de 2004, en el seno de un procedimiento, seguido a instancia de la recurrente en relación con determinado contrato de agencia y prestación de servicios en la comercialización de gas licuado de petróleo envasado con carga neta superior a 8 Kg., se dictó resolución por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, entre otras consideraciones, se dispone:

1º Denegar la autorización singular del contrato notificado, conforme a lo dispuesto en el *artículo 4 de la LDC* y teniendo en cuenta el artículo 3 de la misma, por no cumplir los requisitos necesarios para la exención, esencialmente por incorporar una cláusula de exclusividad.

2º Intimar a **Repsol** Butano, S.A. para que desista de las prácticas prohibidas, ya que si con posterioridad a la notificación desobedece la intimación podrá incurrir en las sanciones previstas en el *art. 10 de la LDC* .

3º El SDC deberá vigilar el cumplimiento de esta resolución.

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) La recurrente solicitó el 4 de diciembre de 2001 una autorización singular para la comercialización de gas licuado de petróleo envasado con carga neta superior a 8 Kg., al amparo de lo dispuesto en el *artículo 4 de la Ley 16/1989* , modificada por la *Ley 52/1999 de Defensa de la Competencia* .

2) El 5 de abril de 2002 el SDC emitió informe sobre el contrato presentado, concluyendo que podía ser autorizado con una serie de aclaraciones y modificaciones, singularmente limitando su duración a 3 años y suprimiendo la necesidad de que los agentes presten avales como fórmulas de garantía de no competencia.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda, se basó en las siguientes consideraciones:

1) Falta de motivación: alcanza a los dos pronunciamientos del TDC y al Auto de 24 de noviembre de 2003 . La resolución se limita a copiar los antecedentes del SDC sobre el mercado y concluye sin realizar ningún otro análisis que justifique la medida adoptada. No describe el contrato ni transcribe sus partes conflictivas, sin que pueda saberse qué se prohíbe, qué contiene el contrato que sea nocivo para la competencia y por qué se prohíbe. Lo mismo ocurre con el Auto que deniega la audiencia preliminar solicitada por la parte. Invoca el *art. 62 Ley 30/1992* .

2) La Resolución es de contenido imposible: se intima a la recurrente para que desista de las prácticas prohibidas sin previamente emitir una declaración de prohibición de unas prácticas determinadas.

3) Infracción del derecho de audiencia: el 5 de febrero de 2002 la recurrente solicitó al TDC que le concediese audiencia preliminar, en relación con la propuesta condicionada del SDC, lo que le fue denegado, sin motivación, por Auto de 24 de noviembre de 2003. Se reiteró la petición el 12 de abril 2004 y no se obtuvo respuesta. Invoca el RD 378/2003 (*art. 9.2*), subrayando que el TDC debió comunicarle su intención de denegar la autorización, especialmente a la vista de la posición del SDC (*art. 46.3 LDC*).

4) La autorización fue concedida mediante silencio administrativo: invoca el *art. 42.2 Ley 30/1992* en relación con el *art. 4 LDC* y recuerda que el TDC no se opuso a la ejecución provisional del acuerdo. Niega que exista una laguna legal en la LDC, pues el legislador no ha pretendido eliminar todo plazo en la resolución de concesión o denegación de la autorización, sino que ha preferido no indicar el plazo, aunque deja resuelta la situación de conflicto.

5) Infracción de los Reglamentos 2790/1999 y 1/2003:

a) En relación al *Reglamento 2790/1999* : la justificación de que la exención se centra precisamente

en la dispensa de determinados requisitos exigidos por el Reglamento, por lo que no puede denegarse por incumplir el mismo. La exclusividad en si misma no es motivo de denegación.

b) En cuanto al *Reglamento 1/2003 (art. 3.1 y 2)*: por inaplicación del *art. 81 del TUE*, ya que debe justificarse la incidencia del acuerdo notificado ante los Estados miembros y, además, aceptando implícitamente la normativa comunitaria, no aplica el *art. 81.1 CE junto con el 1 LDC*. Se declara prohibida una conducta bajo el *art. 1 LDC que sería autorizada bajo el 81.3 CE* lo que infringe el *art. 3.2 Reglamento 1/2003*.

6) Infracción del *artículo 47 de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos* y aplicación errónea del *artículo 2 LDC*: el verdadero objeto de discusión es si a la vista de los objetivos perseguidos por la *Ley 34/1998* resulta imprescindible o indispensable (no obligatoria) la inclusión en los contratos de una obligación de exclusiva, sin que a estos efectos tenga nada que ver la calificación de agencia o no que se de bajo la LDC o que dicha Ley no obligue a dicha exclusiva. Es lógico concluir que la obligación de suministro en exclusiva es imprescindible para la consecución del suministro domiciliario. El legislador no quiso imponer una obligación general de suministro domiciliario de este producto a todos los suministradores de GLP, pero quiso asegurar que existiera en todo el territorio nacional, combinando el fomento de la iniciativa empresarial con las necesidades reales. Ese suministro sólo es posible si se le garantiza a la recurrente el mantenimiento de economías de escala y alcance derivadas de una red agentes exclusivos en un marco de fijación de precios máximos de venta por la Administración. La exclusividad que el acto impugnado elimina, responde al interés público cifrado en garantizar el servicio a domicilio que la recurrente, sin exclusividad, no puede garantizar. No es cierto que para la obtención de la exención (*art. 2 LDC*) tengan que cumplirse las condiciones exigidas por la ley, ya que las conductas objeto de autorización son aquellas que conforme a la Ley pueden ser autorizadas.

7) Infracción del *art. 3 de la LDC y 81.3 TUE*. En todo caso el acuerdo merecía una exención singular: no se ha realizado el análisis exigido por el *art. 3.1 LDC* para la concesión o denegación de la exención singular. El acuerdo es eficiente y mejora la distribución de bienes y servicios (informe de NERA). Las restricciones son indispensables y el TDC debería determinar si las eficiencias son específicas del acuerdo o si no hay otra manera económicamente viable o menos restrictiva de alcanzarla. La recurrente no tiene que demostrar que las eficiencias se darían exclusivamente con la aplicación de los elementos del acuerdo sujetos a examen. Es erróneo el planteamiento del TDC que analiza la cuota de mercado de la recurrente y en su función determina si la cláusula limita o no la competencia, ya que la parte sólo debe demostrar por qué las alternativas aparentemente menos restrictivas son menos eficaces, pero no está obligada a pronunciarse sobre alternativas teóricas de acuerdo con el planteamiento de la Comisión Europea que, también señala que, las restricciones deben analizarse en el contexto económico que se dan teniendo en cuenta la estructura del mercado, extremos no verificados al no haberle dado audiencia a la recurrente. Por otra parte, la restricción beneficia a los consumidores y subraya que la competencia diseña sus redes con los mismos elementos que la recurrente pretende utilizar en su red de agencias en exclusiva. Finalmente, el Acuerdo no elimina la competencia sin que el TDC analice este extremo.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

1) Supuestos defectos de forma:

a) Ante la alegada falta de motivación de la resolución del TDC alegó que la motivación del acto era suficiente y que en ningún caso se causó indefensión determinante de la nulidad radical del acto. En el acto se cita la normativa aplicada, con referencia a las concretas circunstancias del caso, ofreciendo cifras y datos concretos. Se citan también antecedentes del propio TDC en apoyo de la resolución recurrida.

b) Sobre la violación del derecho de audiencia de la recurrente: subraya que el *art. 43 de la LDC* es sólo aplicable a los procedimientos sancionadores y en el presente caso no ha existido calificación petitoria de sanción de tipo alguno. No existió indefensión real y se desarrolló un debate amplio en el que la posibilidad de que se denegara la propuesta de servicio era un dato previsible para la recurrente, atendidas las alegaciones de las partes.

c) En cuanto a la concesión de la autorización por silencio positivo: invoca el *art. 4.4 de la LDC* que establece una regla especial respecto del *art. 43.2 de la Ley 30/1992*. La falta de respuesta en plazo en el sistema de la LDC sólo autoriza a una ejecución provisional de un acto inicialmente prohibido cuya aplicación se sujeta a un procedimiento de dispensa, situación distinta a la prevista en el *art. 43.2 de la Ley*

30/1992. Por otra parte, existen elementos de discrecionalidad técnica que deben ser apreciados por la Administración y que lo hacen incompatible con la figura del silencio positivo. Finalmente, invoca el Derecho comunitario y recuerda que en dicho ordenamiento no es posible conceder este tipo de autorizaciones por silencio positivo.

2) En cuanto al fondo del asunto se remitió a las consideraciones de la resolución impugnada destacando la naturaleza de resolución discrecional del acto impugnado y la imposibilidad de que los Tribunales sustituyan el contenido material de este tipo de actos.

CUARTO: Por la Procurador de los Tribunales D^a. Raquel Gómez Sánchez, en la representación que ostenta, se solicitó la desestimación de la demanda con arreglo a los siguientes argumentos:

1) Sobre las alegaciones de forma:

a) Invoca la STS de 9 de junio de 2004, de la que se desprende que la motivación de la resolución es suficiente. El TDC fundamenta cada una de sus decisiones y la recurrente no acreditó que reunía los requisitos para acceder a la exención solicitada.

b) Respecto a que la resolución es de contenido imposible: la intimación realizada a **Repsol** para que se abstuviera de seguir realizando la conducta objeto de petición de exención se ajusta al *art. 4.3 LDC y 14 RD 157/1992*. Los propios actos de la recurrente evidencia que conoce el alcance "prácticas prohibidas a que se refiere las orden de intimación (cese de ejecución de los contratos, escrito al TDC de 21 de julio de 2004) y sus efectos se despliegan desde la notificación de la primera resolución. Cita como aplicable el *art. 4.4 LDC*.

c) Sobre la concesión de la autorización mediante silencio administrativo: invoca el *art. 4.4 de la LDC* y concluye que se trata de una norma que contiene una regla especial y recuerda que el SDC ya declaró que el contrato era anticompetitivo por lo que carece de lógica su pretendida autorización por silencio administrativo.

2) Respecto del fondo del asunto:

a) Sobre la infracción de Reglamentos: señala que la cuota de **Repsol** supera el 30% a que se refiere el *Reglamento 2790/1999*, lo que conlleva una presunción en contra de la práctica propuesta al no deducirse de la misma la existencia de ventajas para los usuarios.

b) Sobre la infracción del *art. 47 de la Ley de Hidrocarburos* y aplicación errónea del *art. 2 de la LDC*: la LH no obliga al reparto domiciliario y proclama que la comercialización del gas licuado del petróleo debe hacerse libremente, con prohibición de los pactos de suministro en exclusiva, con la excepción de los agentes a comisión, para lo que les impone la carga del reparto domiciliario una vez se ha eliminado su obligación. La Ley de Hidrocarburos no obliga a los pactos de suministro en exclusiva entre operadores y comercializadores, por lo que no puede invocarse este precepto.

QUINTO:- Por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en la representación que ostenta, se solicitó la desestimación de la demanda, remitiéndose a las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado.

SEXTO: Practicada la prueba declarada pertinente se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEPTIMO: Señalado el día 17 de mayo de 2007 para la votación y fallo, ésta se pospuso para el 10 de julio siguiente, fecha en la ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal prevista al efecto.

OCTAVO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El objeto de este proceso recae en la determinación del ajuste legal de la resolución impugnada (Acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, TDC) que denegó la autorización singular de un contrato notificado por la recurrente a las autoridades de la Competencia, conforme a lo dispuesto en los *artículos 3 y 4 de la LDC*. El contrato tenía por objeto la comercialización de gas licuado de petróleo envasado con carga neta superior a 8 Kg. y la denegación de la exención se fundó

en no cumplir los contratos los requisitos necesarios para la exención, esencialmente por incorporar una cláusula de exclusividad.

SEGUNDO: En relación a la primera de las cuestiones planteadas, debemos mostrar nuestra disconformidad con el planteamiento de la recurrente, pues la resolución cuenta con motivación suficiente para cumplir con las exigencias y finalidades derivadas del *artículo 54 de la Ley 30/1992*. Por otra parte, no puede olvidarse la jurisprudencia constitucional a este respecto que, si bien, se refiere a la motivación de las resoluciones judiciales, también puede ser aplicada a este tipo de actos administrativos en los que su motivación resulta legalmente exigida. Así la STC 116/1998 destaca que el requisito más relevante en orden a la valoración de la motivación de una resolución no radica en el uso o no de fórmulas más o menos generales o estereotipadas, sino en la delimitación prevista que se realice de los hechos objeto de enjuiciamiento, pues en la medida en que el órgano decisorio haya tenido en cuenta todos los elementos fácticos la resolución debe tenerse por motivada, aunque la fundamentación jurídica de la misma pueda tildarse de amplia y genérica. En el presente el caso, no sólo existe esa requerida precisión (se describe tanto la concreta petición de la recurrente como su actividad desde el monopolio a la situación actual, así como, el mercado y sus caracteres y se cita expresamente la concreta normativa aplicable). Desde estas premisas, a partir de la pág. 11 de la Resolución recurrida, el TDC razona los motivos por los que deniega la autorización solicitada, entrando en todos y cada uno de los pedimentos de la recurrente, que legítimamente podrá discrepar de las solución adoptada, pero no puede, con éxito, pretender que la resolución carece de motivación. Por otra parte, basta con leer la demanda para llegar fácilmente a la convicción de que la recurrente conoció de forma clara los argumentos empleados por el TDC para dictar la Resolución y pudo combatirlos ampliamente, por lo que, ninguna indefensión le causó la resolución recurrida por este motivo.

TERCERO: También se alega que la Resolución es de contenido imposible ya que declara prohibidas unas prácticas que no concreta, planteamiento que tampoco puede ser acogido, pues como recuerda una de las codemandadas, la propia recurrente mediante escrito de interposición del presente recurso de fecha 21 de julio de 2004 identifica la orden de intimación con el cese de las prácticas prohibidas que se concretan en la ejecución del contrato presentado ante el TDC, dato que corrobora el informe del SDC (pág. 476), sin que tampoco quede duda de que la obligación impuesta en orden al cese de las prácticas declaradas prohibidas empieza desde el momento de la notificación a la recurrente de la resolución impugnada.

CUARTO: Nuevamente debemos mostrar nuestra discordancia con otra de la tesis de la recurrente. Esta vez la relativa a la adquisición del derecho a la exención por silencio positivo. Sobre este punto sólo cabe decir que, resulta impecable el planteamiento del TDC, seguido por las codemandadas, pues la lectura del *art. 4.4 de la LDC* no deja margen a la duda cuando establece una regla especial sobre esta materia limitada al campo del derecho de la competencia, regla que consiste en permitir la aplicación provisional del contrato una vez superado el plazo legalmente establecido para dar respuesta a la petición, sujeta a la decisión final de la Administración como consecuencia de una valoración de las circunstancias y sujeta a su discrecionalidad técnica. No cabe pues aplicar a este caso la técnica del silencio positivo.

QUINTO: En relación con la infracción de los Reglamentos 2790/1999 y 1/2003, sólo cabe decir que, ésta no se ha producido ya que no se ha infringido el principio de primacía del derecho comunitario sino, más bien, lo contrario pues la resolución dictada deriva de una correcta interpretación de las disposiciones invocadas como infringidas por las recurrente. En efecto, dado que la recurrente cuenta con una cuota de mercado superior al 30%, parte de una situación de plena desconfianza respecto del proveedor que solicita una exención en relación con una práctica que inicialmente parte con la calificación de anticompetitiva. No obstante, como la propia recurrente señala, el verdadero núcleo de la cuestión planteada radica en la interpretación que debe realizarse del *art. 47 de la Ley 34/1998 sobre Hidrocarburos* en relación con el *art. 2 de la LDC*, pues la primera norma, tanto en su Exposición de Motivos como a lo largo de su articulado, proclama el cambio normativo esencial que incorpora que, no es otro que, la liberalización del sector y la apertura de mercados, lo que conlleva realizar una interpretación favorable a la plena aplicación de la misma. Se indica de forma expresa en el citado *art. 47* que el principio de partida es el de liberalización de la actividad de comercialización del gas licuado del petróleo y que se prohíben los pactos de suministro en exclusiva, con la excepción de los concertados entre los proveedores y sus agentes a comisión integrados en sus redes de distribución con la carga de realizar en ese caso el reparto domiciliario del suministro. Como puede comprobarse la existencia de estos pactos no viene impuesta por la Ley, ya que ésta simplemente los permite, por lo que no puede razonablemente invocarse el *art. 2 de la LDC* que descansa en exenciones previstas de forma directa y exclusiva por la Ley y ese es el razonamiento principal que debe tenerse en cuenta y que la recurrente insistentemente rebate y pretende desconocer.

Intimamente vinculado a este punto debe analizarse el tema relativo a la posible aplicación del *art. 3 de la LDC* sin que tampoco en este extremo pueda dictarse una resolución favorable a la recurrente. En efecto, dicho *precepto permite justificar la concesión de la autorización singular en el supuesto de concurren*

conjuntamente las tres circunstancias que en el mismo se indican, esto es, conceda ventajas a los consumidores, los contratos impongan restricciones no indispensables para la consecución de sus objetivos, no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. El TDC explica, en el ejercicio de la competencia que tiene exclusivamente atribuida y de forma que entendemos razonable e incluso compartimos, la no concurrencia de estas exigencias; no apreciamos irracionalidad ni arbitrariedad en esta decisión; por lo que el canon de control jurisdiccional se cumple indudablemente de acuerdo, en este punto, con el planteamiento de la defensa del Estado.

SEXTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA* .

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACION. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.