

## **RESOLUCIÓN (Expte. 272/90)**

### **Pleno**

Excmos.Sres.:

Fernández Ordoñez, Presidente

Martín Canivell, Vocal

Bermejo Zofio, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

En Madrid, a 17 de marzo de 1992

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, constituido por los señores que al margen se relacionan y reunido para resolver sobre el recurso de súplica interpuesto por la representación legal de "REPSOL BUTANO S.A." contra la Resolución de la Sección Segunda de este Tribunal recaída en el expediente 272/90 instruido bajo el número 542/88 por el Servicio de Defensa de la Competencia, y teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La Sección Segunda del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictó Resolución en el expediente nº 272/90, que traía causa del instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia con el nº 542/88 (y 561/89, 572/89 y 573/89 acumulados), en cuya parte dispositiva resolvía: "Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, en su modalidad de abuso de posición dominante, prohibida por el artículo 2.1 de la Ley 110/63, de 20 de julio, y consistente en la imposición por "REPSOL BUTANO S.A." a sus Agencias Distribuidoras de dos cláusulas abusivas. Una -cláusula sexta, número tres- por la que puede obligar al agente a vender en exclusiva, y al precio fijado por "REPSOL BUTANO S.A.", aparatos, equipos y/o elementos para la utilización del gas; otra -cláusula quinta, último párrafo- por la que puede obligar al Agente a facturar al precio fijado por "REPSOL BUTANO S.A.", los servicios, distintos de los específicamente detallados en el contrato, que quiera prestar a los usuarios. Declarar que no han resultado acreditadas las demás prácticas prohibidas consideradas en este expediente.

Intimar a "REPSOL BUTANO S.A." para que cese en la utilización de las facultades que le otorgan las anteriores cláusulas.

Proponer al Consejo de Ministros, por medio del Ministerio de Economía y Hacienda, la imposición a "REPSOL BUTANO S.A." de una multa de cincuenta millones de pesetas."

2. Tras la notificación de la Resolución citada a todos los interesados, la representación legal de "REPSOL BUTANO S.A.", presentó recurso de súplica ante el Pleno de este Tribunal en el que en sustancia alegaba: 1º) Indefensión producida por la Resolución de la Sección, ya que los dos cargos se producen "ex novo" por cuanto ni el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción ni el Informe- Propuesta de Resolución se formuló a "REPSOL BUTANO S.A." el cargo de que impusiera en su contrato con las Agencias Distribuidoras, a estas últimas, dos cláusulas abusivas, la sexta número 3 y la quinta último párrafo. 2º) Reitera, por remisión al escrito de alegaciones, los vicios formales de que adolecía el expediente tramitado por el Servicio. 3º) Que debió la Sección, por congruencia, dictar Resolución absolutoria ya que se declara que no han resultado acreditadas las demás prácticas prohibidas. 4º) Que, en cuanto al fondo, "REPSOL BUTANO S.A." no ha cometido la práctica abusiva tipificada en el artículo 2.1. de la Ley 110/1963. En concreto, señala el recurrente que ni la cláusula sexta punto 3 ni la quinta punto último del contrato que liga a "REPSOL BUTANO S.A." con sus Agencias Distribuidoras, son lesivas para la economía nacional, ni para los intereses de los consumidores, ni para la actuación de los restantes competidores, ni comporta una práctica abusiva de explotación de la posición de dominio en el mercado de gases líquidos de mi representada.

Señala en esta línea que el contrato que une a la denunciada con sus Agencias es un contrato de comisión mercantil entre empresas jurídicamente independientes. Y que, si responde a un modelo uniforme para todas ellas, no se trata de un modelo impuesto, sino negociado con las mismas, incluso con la Agrupación de dichas Agencias y que por ello mismo ha sufrido constantes variaciones.

Añade que en el referido contrato no hay ninguna cláusula que sea contraria a la moral, a la ley o al orden público y que son libremente pactadas por las partes y que es sintomático que la denuncia no provenga de las referidas Agencias Distribuidoras que antes bien y tal como han referido en el expediente, aportan varias razones que sostienen la corrección de la referida política, especialmente desde la perspectiva del consumidor.

En lo que respecta a la cláusula sexta apartado tercero del contrato, la interpretación de la Resolución no es coincidente con la de las partes intervinientes, ni con la consiguiente aplicación práctica que de la misma se realiza.

No conlleva ninguna prohibición para la Agencia Distribuidora de vender otros tubos flexibles y la única limitación impuesta en el contrato, que además es ajustada a norma, es que no estuviera prohibida la comercialización de dicho elemento por no tener las condiciones y homologaciones exigidas por las disposiciones oficiales al respecto.

Sostiene en línea directa con dicha argumentación que la obligación de las Agencias no es comprar forzosamente el tubo flexible, sino que, de acuerdo con el contrato de comisión (siempre según la parte recurrente) que las liga, han de respetar los precios señalados por su comitente cuando distribuya los productos y elementos que con tal fin les sean entregados por éste.

Que en la práctica no acudan a otras suministradoras de tubos flexibles es cuestión de costos que resultarán previsiblemente más altos, por lo que las Agencias prefieren dirigirse a la casa suministradora, de forma que cuando acuden a retirar las botellas llenas de gas que distribuyen en los domicilios de los usuarios es cuando retiran a su vez los tubos flexibles, ahorrándose enormes costos de transporte, lo que fue reconocido por las Agencias Distribuidoras.

De otra parte, la razón de la comercialización por "REPSOL BUTANO S.A." del tubo flexible no es caprichosa, sino que obedece a la obligación que la misma ha asumido en el contrato para el suministro de gas envasado con sus usuarios de acuerdo con los modelos de contrato que obran en el expediente administrativo y como resulta de la reglamentación del Servicio Público de Gases Combustibles por imperativo de seguridad del usuario. Es lícito que entre las actividades comerciales a desplegar por las Agencias distribuidoras, puedan éstas asumir el compromiso de distribuir el tubo flexible respetando los precios indicados por "REPSOL BUTANO S.A.", cuando se trate de partidas de tubo facilitadas por la misma a las Agencias.

La fijación del precio obedece a proteger los intereses de los usuarios y a evitar un trato discriminatorio a los mismos por parte de las Agencias Distribuidoras, preservándoles sobre todo de precios hipotéticamente elevados o abusivos cuando se les facilite el tubo que ha sido entregado por "REPSOL BUTANO S.A." con destino a necesidades y demandas de dichos usuarios, lo que ha cuidado "REPSOL BUTANO S.A." en extremo.

Ello, señala textualmente, no comporta una limitación de competencia entre ellas de las referidas Agencias Distribuidoras, por cuanto, como igualmente se ha expuesto en las alegaciones de esta parte, tienen las mismas, en los contratos de comisión concertados con "REPSOL BUTANO S.A.", señalada una zona de actuación determinada, no existiendo, por ello, interferencias ni contraposición de actuaciones de unas a otras. Y tampoco sitúa a tales

Agencias Distribuidoras en un plano de desigualdad con otras empresas que se dedican a la venta y sustitución del tubo flexible, como las denunciadas, con las que pueden competir tanto con el tubo facilitado por "REPSOL BUTANO S.A." a precios y condiciones más ventajosos, como con el que quieran adquirir por su cuenta.

Y añada, dentro de esta misma alegación, que estando ligados los usuarios con la empresa suministradora por un mismo modelo de contrato, resultaría contrario a ley que por idénticas prestaciones pudieran ser exaccionados por "REPSOL BUTANO S.A." a través de sus Agencias Distribuidoras a sus usuarios diferentes precios por el tubo flexible y el servicio de su sustitución por el simple hecho de vivir en distintas localidades o zonas del territorio nacional, o incluso, dentro de una misma población, en distintas calles. De otra parte, existen numerosas quejas de usuarios en el expediente por los precios sensiblemente superiores que por el tubo flexible y su sustitución cobran las otras empresas, distintas de las Agencias Distribuidoras.

En cuanto a la cláusula contenida en el último párrafo de la estipulación quinta, la Resolución reconoce que no consta de las actuaciones que se haya hecho uso por la representación del alegante, salvo para el servicio de instalación del tubo flexible. Dentro del fundamento quinto, la propia Resolución reconoce que dicho servicio de sustitución del tubo lo presta la Agencia Distribuidora en nombre y por cuenta de "REPSOL BUTANO S.A.", por venir a exigirlo tanto por el contrato de suministro como por la facultad de dicha empresa suministradora para la sustitución o recambio de la tubería flexible con ocasión de la visita de inspección periódica a que alude el artículo 27.5 del Reglamento del Servicio Público de Gases Combustibles.

Sigue añadiendo el recurrente que dentro de la lógica de la comisión mercantil el comitente puede fijar precios y que además en este caso, más que de la imposición de un precio, se trata de una facultad de la empresa comitente de aprobar las tarifas correspondientes por la prestación del servicio, que son propuestas y negociadas con las Agencias Distribuidoras. Precios que a mayor abundamiento no son lesivos para los consumidores.

3. Concluye sus alegaciones en el recurso suplicando la nulidad por indefensión y subsidiariamente que se estimen las alegaciones de la parte por no haberse acreditado que "REPSOL BUTANO S.A." sea autora de una práctica restrictiva de la competencia en su modalidad de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2.1. de la Ley 110/1963 al no comportar dicha práctica el contenido y aplicación dado a las cláusulas sexta número tres y quinta último párrafo, del contrato que liga a "REPSOL BUTANO S.A." con sus Agencias Distribuidoras.

4. Tras los trámites procedimentales de rigor, se recibió escrito del representante de "GASUR" que presentó alegaciones en relación con el escrito de súplica que había confeccionado "REPSOL BUTANO S.A."

En sustancia señalaba esta interesada: a) Que la cláusula 6ª.3 claramente impone la venta por el distribuidor, que se compromete a ello, de los aparatos, equipos y elementos que le suministre a los precios fijados por "REPSOL BUTANO S.A.". Es así una entrega impuesta y una reventa en las condiciones de precios impuesta por "REPSOL BUTANO S.A."

- b) Añade que "REPSOL BUTANO S.A." no entrega el tubo de goma para la venta en comisión como hace con el gas, (recogiendo así la fundamentación quinta de la Resolución), sino que obliga a los distribuidores a comprarlo fijándoles al tiempo el precio a que han de revenderlo. Por lo tanto, a "contrario sensu" no es comisionista.
- c) Continúa en su escrito recordando que no se trata de que "REPSOL BUTANO, S.A." imponga un precio benévolo, si es el caso, sino que de lo que se trata es de que entren en juego las reglas de la libre competencia, que normalmente tenderá a la bajada de precios, sin que "REPSOL BUTANO S.A." tenga atribuida legalmente ningún tipo de potestad para fijar los precios, ya que no caben tutelas legales sobre los mismos y, si es así, como sugiere "REPSOL BUTANO S.A." (según afirmaciones de esta interesada), lo que ocurre es que decaen los argumentos esgrimidos por la denunciada.
- d) En la cláusula quinta del contrato entre "REPSOL BUTANO S.A." y sus distribuidoras se sujeta y limita la libertad empresarial de estas últimas a la potestad de aprobación de precios por "REPSOL BUTANO, S.A." para los servicios propios no contemplados en el contrato de suministro, ni específicamente prestados por aquéllas. Y, a juicio de esta parte, consta de lo actuado que "REPSOL BUTANO, S.A." ha hecho uso de esa facultad para la instalación del tubo flexible de goma, lo que es admitido por la denunciada, si bien arropándolo por obra del contrato de comisión mercantil, lo que no es el caso y ni aunque lo fuera podría aplicarse a otros servicios.
- e) Concluye recordando que no hay indefensión y que en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción aparece la concreción del tipo de infracción cometido.

Termina su escrito en su cualidad de "amicus curiae" sosteniendo que se mantenga la Resolución en todas sus partes.

5. Por Providencia de fecha 16 del mes de marzo se acordó dar por concluidas las actuaciones y convocar para deliberación y fallo el siguiente día 17.

Ha sido Ponente el Vocal don José Eugenio Soriano García.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El expediente se inicia mediante denuncia de una serie de empresas competidoras, concretamente en el sector que representa la colocación y venta a particulares del tubo de goma, que une el aparato quemador con las bombonas o envases que contienen los gases licuados. La práctica restrictiva de la competencia cometida a juicio de la Sección se produce con ocasión de los contratos que vinculan a la empresa suministradora de tales tubos ("REPSOL BUTANO S.A.") y sus Agencias de Distribución.

Por razones lógicas de índole procesal, el primer problema a resolver es, precisamente, el de la supuesta indefensión alegada por la empresa condenada por la Sección Segunda de este Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. En la página 987 de este amplio expediente consta que en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción la Instrucción del expediente formuló la fijación concreta de los mismos, consistente en imputar la comisión de prácticas derivadas de la cláusula quinta último párrafo y sexta apartado tercero, dentro de los tipos de la Ley 110/1963, de 20 de julio, precisamente a partir de tales cláusulas, por lo que existe tipificación bastante de esta conducta.

Todo ello partiendo de la innegable posición de dominio de "REPSOL BUTANO S.A.", posición que resulta evidente es resultado de disposiciones normativas y desde luego como tal es admitida sin discusión.

Resulta palpable que así lo ha entendido la parte recurrente, la cual, en su trabajado recurso, dice textualmente que: "ha de tenerse presente que los dos cargos formulados que ello encierra, se producen ahora "ex novo", con ese sentido y alcance...". Busca así el recurrente en una pretendida literalidad del "sentido y alcance" la fórmula para descalificar la tipificación que ha hecho la Instrucción del expediente.

Sobre este punto, preciso es recordar que, si bien es cierto que el Derecho Administrativo Sancionador ha de inspirarse en el orden punitivo penal, no es menos cierto que según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional ambos órdenes represivos no son exactamente idénticos y que lo esencial es

que la tipificación de la conducta se haga de forma tal que quede en términos sustantivos bien formulada la acusación y que tenga plena oportunidad de defensa la parte acusada, lo que aquí concurre con plenitud. Lejos pues del acusado formalismo y estricta literalidad en que pretende apoyar la parte su recurso.

Baste recordar en este punto, como expresión de una línea jurisprudencial continuada, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1980, seguida entre otras muchas por la de 13 de mayo de 1985, en la que se indican con claridad que existen matizaciones debidas entre una y otra clase de sistemas represivos, fundado el orden jurídico administrativo en un mayor grado de flexibilidad. Ello es así, a tenor de lo establecido por la Sentencia de 21 de diciembre de 1977 del Tribunal Supremo, por cuanto "la traslación automática de lo que constituyen instituciones o instrumentos... de previsión expresa en el Código Penal al campo sancionador de la Administración presenta dificultades inherentes a la diversa estructura de ambos ordenamientos". Más específicamente aún, -por cuanto se trata de una muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo que además ha recaído precisamente en un expediente sancionador que trae causa de la revisión judicial de la actuación de este Tribunal de Defensa de la Competencia (Sentencia de 22 de octubre de 1991)- se ha pronunciado en esta línea. En esta Sentencia se dispone precisamente sobre la especialidad que representa la serie de garantías otorgadas por la Ley 110/1963, y la especialidad que supone la presencia de un órgano especial de instrucción y nos dice expresamente, tras afirmar en su fundamento jurídico primero que " ...el hecho de que con arreglo a esta normativa se atribuya al Consejo de Ministros la potestad sancionadora, en base a una propuesta del Tribunal de Defensa de la Competencia, ya representa un serio obstáculo para aplicar estrictamente el régimen tradicional, pues el nombramiento de Instructor en su calidad de órgano encargado de ordenar la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción viene ya predeterminado por un ordenamiento de alcance tan específico que bien puede calificarse de disposición especial". Y añade: "En consecuencia, si por la específica naturaleza del bien jurídico protegido su régimen sancionador viene establecido en una ley especial y de fecha posterior a la Ley de Procedimiento Administrativo y con las adaptaciones que reclama la configuración del Tribunal de Defensa de la Competencia, creado por la Ley 110/1963, de 20 de diciembre, puede afirmarse que se trata de una disposición especial, excluida del ámbito del procedimiento común establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, revestida incluso de garantías superiores para el eventual infractor que las que resultarían de aplicarse el procedimiento ordinario".

Doble especialidad, pues, frente al proceso penal. Una común a toda la Administración en cuanto su derecho sancionador constituye un orden punitivo matizable respecto del derecho penal ordinario. Y, superpuesta a la misma, la segunda especialidad consistente, a los efectos que aquí importa, en la denominada en esta Sentencia fase instructora, profesionalizada, especializada, permanente y con un procedimiento flexible sin merma de las debidas garantías para con los instruidos que tienen en multitud de momentos procesales la posibilidad de informar a la instrucción sobre cualquier aspecto que pudiera menoscabar sus derechos.

No puede pues aceptarse que de la mera literalidad consistente en no matizar con el mismo "sentido y alcance" el entorno en el cual se movía la potestad de calificación, pueda deducirse sin más que no se había formulado la acusación en términos suficientemente claros como para pretender que ha existido indefensión.

Cabe pues rechazar esta imputación.

Y en cuanto a la imputación de que existían ambigüedades en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción, resulta obligado llegar a idéntica conclusión. Basta observar que el propio recurrente reconoce en su escrito que las supuestas ambigüedades fueron corregidas en el Informe-Propuesta, esto es, en plena instrucción y cuando se formulaba, a tenor de lo establecido en el artículo 22.4 de la Ley 110/1963, se expresaba en el mismo la práctica, sus antecedentes y los efectos producidos. Esto es el momento más trascendental posiblemente para el interesado, que quedaba así plenamente informado de la imputación.

3. Insiste el recurrente en su segundo argumento, sosteniendo que "REPSOL BUTANO.S.A." no ha cometido la práctica abusiva tipificada en el artículo 2º.1. de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, en los términos vistos en los Antecedentes de esta Resolución.

Frente a las alegaciones de índole civil, que han de surtir efectos en la correspondiente jurisdicción, hay que tener en cuenta en el ordenamiento de la competencia, que al partirse de una posición de dominio, el conjunto de actuaciones y de contratos que puede realizar la denunciada ha de tener, por definición legal, una consideración distinta de la que correspondería a una empresa que careciera de esa calificación de monopolio legal.

En efecto, no es lo mismo la actuación respecto de la libre competencia si se tiene posición de dominio que si se carece de ella, de suerte y manera que actuaciones que serían lícitas y justificables en el caso en que una empresa u operador económico carezca de posición de dominio, pasan a ser

reprochables en derecho de la competencia cuando la empresa u operador se encuentra en esta situación. Aun en el supuesto de que se tratara de una comisión mercantil, en cuyo caso la fijación del precio de reventa sería plausible, la exclusividad en cuanto al producto, hecha desde posición de dominio, resulta claramente abusiva en términos de defensa de la competencia.

La Resolución de la Sección Segunda, en su fundamento quinto, con claridad establece esta distinción y si reprocha una actuación contraria a la libre competencia por parte de "REPSOL BUTANO S.A.", es precisamente porque sus actuaciones se efectúan desde una posición dominante y lo hace en términos perfectamente asumibles por este Tribunal en Pleno sin que las consideraciones realizadas por la recurrente permitan fundar una opinión contraria. 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. Pero, no obstante, ese no es el tema principal ni el aspecto relevante de la cuestión. El aspecto fundamental es, sin duda, el otorgamiento de una concesión exclusiva hecha desde una posición de dominio. Desde la estricta óptica del derecho de la competencia en la cual nos situamos, cuando se ostenta esa posición de dominio, según constante jurisprudencia de este Tribunal, la actuación que realice el operador ha de ser examinada "cum grano salis" y no desde la perspectiva más amplia en la que se sitúa cualquier operador que sufra efectivamente la concurrencia de otros competidores.

Esa es la razón de ser del artículo segundo de la Ley 110/1963 en gran medida coincidente con la legislación comunitaria, singularmente con lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado de Roma.

Como señala la Resolución de la Sección, en ambas cláusulas se estipulan pactos que, desde la posición de dominio que ostenta "REPSOL BUTANO S.A." en el mercado nacional (salvo las Islas Canarias), de venta de gases licuados del petróleo, suponen en ambos casos, limitaciones injustificadas a la libertad empresarial del distribuidor constitutivas de un abuso de posición de dominio.

4. En cuanto a la graduación de la sanción, consta en el fundamento sexto de la Resolución de la Sección que la misma hizo un análisis ponderado, detallado y justificado del monto de la cuantía de la multa propuesta al Consejo de Ministros, en términos detallados que no es necesario reproducir.

**VISTOS** la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio, y demás disposiciones de pertinente aplicación este Tribunal,

## **HA RESUELTO**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de súplica interpuesto por la representación legal de "REPSOL BUTANO S.A." contra la Resolución dictada por la Sección Segunda de este Tribunal en el expediente nº 272/901, de seis de mayo de mil novecientos noventa y uno, la cual confirmamos en todos sus pronunciamientos

Notifíquese esta Resolución a los interesados, y comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia, advirtiéndolo a aquellos que contra la misma cabe recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de su notificación.