

## **RESOLUCIÓN (Expte. 418/97 Shell/Enaco)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Berenguer Fuster, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Alonso Soto, Vocal  
Hernández Delgado, Vocal  
Rubí Navarrete, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal

Madrid, 29 de junio de 1998

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Jesús Rubí Navarrete, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 418/97 (1445/96 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC) incoado como consecuencia de la denuncia formulada por ENACO S.A. (ENACO) contra SHELL ESPAÑA S.A. (SHELL), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la celebración de un contrato de cesión del derecho de superficie para la construcción de una estación de servicio, el arrendamiento de la misma y el suministro en exclusiva, no amparado por el Reglamento CEE 1984/83.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 21 de diciembre de 1992 MERKALDIA S.A. (MERKALDIA) y SHELL firmaron un contrato por el que la primera cedía a la segunda el derecho de superficie para la construcción de una estación de servicio que ésta arrendaba a aquélla y con la que firmaba un contrato de exclusiva de suministro.

MERKALDIA fue sustituida en aquellos derechos por ENACO ya que ambas se fusionaron por absorción.

2. El 9 de septiembre de 1996 ENACO denunció a SHELL por supuestas prácticas restrictivas de la competencia derivadas del repetido contrato al no cumplir, a su juicio, los requisitos y condiciones del Reglamento CEE 1984/83.

3. Acordada por el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia la admisión a trámite de la denuncia e incoación de expediente contra SHELL por contener cláusulas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1, se formuló Pliego de Concreción de Hechos contra ésta el 18 de noviembre de 1996 por considerar el Instructor que se habían establecido en el contrato de suministro determinadas cláusulas restrictivas de la competencia. Asimismo el Instructor propuso el sobreseimiento parcial del Expediente que fue confirmado por Acuerdo del Director General de 13 de enero de 1997.

Recurrido por ENACO el citado Acuerdo (Expte. R 197/97), el TDC, con fecha 12 de septiembre de 1997, resolvió desestimar el recurso y confirmar el sobreseimiento parcial en todos sus extremos.

4. Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal contenida en los Autos de inadmisión de los expedientes 399/97, 406/97 y 408/97, que indican que se requiere concurso de voluntades para que exista un acuerdo restrictivo de la competencia del art. 1, y que, por tanto, es preciso imputar dicha infracción a todos los participantes en el concurso de voluntades, el 24 de septiembre de 1997 el Director General acordó la incoación de expediente de oficio contra ENACO por los mismos hechos denunciados. Con esa misma fecha fue formulado Pliego de Concreción de Hechos complementario en el que se imputaban los cargos contenidos en el Pliego de Concreción de 18 de noviembre de 1996 también a ENACO.
5. En su Informe propuesta entiende el SDC que el contrato cumple los requisitos establecidos por el art. 12.2 del Reglamento CEE/1984/83 ya que la estación de servicio es propiedad de la compañía SHELL que ha arrendado al revendedor ENACO, existiendo ventajas financieras concedidas por la primera a la segunda, tales como la puesta a disposición de ENACO de las instalaciones técnicas y el que la estación de servicio revertirá a ENACO al finalizar la cesión del derecho de superficie.

No obstante lo anterior, el contrato incluye una cláusula de exclusividad de venta y uso de lubricantes y productos afines, no habiendo el proveedor ni adquirido por su cuenta ni financiado el equipo de cambio de aceite y engrase.

También el contrato obliga al minorista a no vender o utilizar ningún producto de la competencia que fabrique o comercialice SHELL y a solicitar autorización de ésta incluso para comercializar cualquier producto no fabricado por SHELL.

Asimismo el contrato prevé que SHELL podrá inspeccionar cualquier tipo de

información comercial o contable que considere oportuna relativa a la estación de servicio.

6. Las tres condiciones antes citadas, a juicio del Servicio, constituyen práctica prohibida por el art. 1.1.b) (las dos primeras) y 1.1.e) (la última), de la LDC.

Entiende el Servicio que, aunque ENACO es coautor necesario del acuerdo restrictivo, no se puede argumentar que sea responsable de las prácticas restrictivas acreditadas en el Expediente por haberse retrasado en la denuncia de las mismas, por lo que a su entender la entidad responsable de las restricciones a la competencia es únicamente SHELL que es la que se beneficia de las mismas y, en consecuencia, interesa del Tribunal declare la responsabilidad de SHELL y la intime para que cese en las prácticas, se la ordene el envío a ENACO de un escrito modificando las cláusulas restrictivas de la competencia, se la imponga multa, teniendo en cuenta que ha estado implicada en varios expedientes en este Tribunal (362/95 y 178/96) y por tanto tiene conocimiento de cuáles son las prácticas restrictivas, se la intime para que en lo sucesivo se abstenga de realizar estas prácticas y se la condene también a la publicación a su costa de la parte dispositiva de la Resolución en un diario de tirada nacional y en el BOE y la difusión del texto completo entre todos los minoristas.

7. Por Providencia de 11 de diciembre de 1997 el Tribunal admitió a trámite el expediente concediéndose a los interesados plazo para proponer prueba y solicitar la celebración de vista.

Transcurrido el mismo sin que SHELL hiciera manifestación alguna, y, habiendo renunciado ENACO a proponer prueba y a que se celebrara vista, el Tribunal concedió plazo para que ambas partes formularan conclusiones.

8. ENACO presentó conclusiones que, sintéticamente, son las siguientes:
  - Se trata de un contrato de adhesión impuesto unilateralmente por un mayorista, gran concededor del negocio de distribución de carburantes, a un minorista que se dedica al sector de alimentación y trata de añadir un incentivo más a sus clientes.
  - ENACO no tuvo capacidad de negociación ya que se vio subrogado en el contrato como consecuencia legal, directa e ineludible de la absorción de MERKALDIA, empresa que lo había suscrito inicialmente con SHELL (art. 233 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En consecuencia no concurre dolo o culpa por parte de ENACO no pudiendo ser declarada responsable ni sancionada.

- SHELL es la única beneficiaria de las cláusulas consideradas prohibidas por el Servicio, que suponen una penalidad para ENACO.
- Ninguna de las previsiones contenidas en las cláusulas consideradas prohibidas ha sido puesta en práctica.

9. Por su parte, las conclusiones de SHELL pueden resumirse en los siguientes términos:

Admite que la estipulación relativa a la posibilidad de que SHELL obtenga información sobre existencias, resumen de ingresos y gastos de los períodos que solicite, así como cualquier otra información de tipo comercial o contable referente a la explotación de la estación puede ser excesiva. No obstante, afirma no ser su intención invadir la esfera de libre voluntad del arrendatario como empresario independiente y de hecho no ha hecho uso de la estipulación. Añade que la cláusula no permite intercambios de información entre SHELL y los arrendatarios que puedan dar lugar a un uso impropio y restringir la competencia. A este respecto señala que, cuando concurren tales circunstancias, la Comisión Europea ha entendido que el acceso a la información del revendedor no es contraria al art. 85.1 del Tratado de Roma.

Adicionalmente alega, respecto de la cláusula de exclusividad del suministro y autorización escrita de SHELL para comercializar otros productos, que el Tribunal autorizó un contrato que contenía una cláusula similar (Expte. 362/95). No obstante, reconoce que, en aquel caso, SHELL había aclarado que el ámbito de la exclusividad se refería a los combustibles y carburantes y a los aceites lubricantes utilizados en equipos de engrase y cambio de aceite financiados y/o cedidos por SHELL, y que la autorización del Tribunal se refería exclusivamente a dicho contrato.

Finalmente, SHELL manifiesta su total disponibilidad para aclarar las dudas de las cláusulas contractuales en un sentido conforme con las normas de defensa de la competencia y considera que no procede la imposición de multa por no concurrir dolo ni culpa tal como exige la jurisprudencia para la aplicación del derecho sancionador.

10. Son interesados:

- ENACO S.A.
- SHELL ESPAÑA S.A.

## **HECHOS PROBADOS**

1. El 21 de diciembre de 1992, MERKALDIA y SHELL firmaron un contrato que establecía las siguientes obligaciones:

- La constitución en favor de SHELL de un derecho de superficie destinado a la construcción de una estación de servicio en los terrenos propiedad de MERKALDIA, siendo el presupuesto estimado para la misma de 50.000.000 de pesetas.
- El derecho de explotación en favor de MERKALDIA sobre la estación de servicio, bajo la figura jurídica de arrendamiento y en régimen de suministro en exclusiva.

Ambas obligaciones prevén una misma duración de 20 años a partir de la fecha de inicio de las operaciones de suministro.

2. El 30 de mayo de 1993 tuvo lugar la fusión por absorción de la mercantil MERKALDIA, adquiriendo ENACO el patrimonio de aquella y subrogándose en sus derechos y obligaciones.

El 18 de junio de 1993 se elevó a escritura pública la segregación de la finca propiedad de ENACO de la parte correspondiente a los terrenos donde se iba a construir la gasolinera propiedad de SHELL.

Para formalizar la subrogación de los derechos y obligaciones de MERKALDIA por parte de ENACO, en cuanto a la estación de servicio citada, SHELL y ENACO firmaron el 29 de octubre de 1993 un contrato privado reconociendo la subrogación de ENACO en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de 21 de diciembre de 1992, así como de la propiedad sobre los terrenos destinados a la construcción de la estación de servicio de SHELL.

Igualmente, el 29 de octubre de 1993, en ejecución de lo previsto en la estipulación tercera del contrato, se elevó a escritura pública la constitución del derecho real de superficie de ENACO como cedente a SHELL como cesionario.

3. El contrato firmado el 21 de diciembre de 1992 entre SHELL y MERKALDIA en cuya posición se subrogó ENACO, incluye, entre otras, la siguiente cláusula:

"6ª Una vez que SHELL comunique la fecha de inicio de suministros a la parte cedente del derecho de superficie, éste tendrá un derecho de explotación sobre la estación construida en las siguientes condiciones:

"6ª D) Es condición esencial de este contrato a cuyo riguroso cumplimiento se obliga a la parte cedente y arrendataria, la de proveerse de SHELL con exclusividad absoluta, de todos los productos combustibles y carburantes, lubricantes, grasas y productos o artículos de automoción afines a SHELL que se vendan o utilicen en la estación y demás productos propios del tráfico de la industria o negocio que SHELL comercialice sin que bajo ningún pretexto, momento o circunstancia pueda hacerlo con los de ninguna otra marca o procedencia ...

...Previa conformidad por escrito de SHELL podrá la parte cedente y arrendataria extender sus actividades a otros productos o artículos que no sean competitivos con los que SHELL suministra..."

"6ª P) La parte cedente y arrendataria facilitará, a petición expresa de SHELL, información sobre las existencias, resumen de ingresos y gastos del período solicitado así como cualquier otra información de tipo comercial o contable referente a la explotación de la estación".

Las cláusulas antes citadas no han sido aplicadas.

4. SHELL no ha puesto a disposición de ENACO ni túnel de lavado, si tienda, ni estación de lubricación y engrase aunque ENACO posee un túnel de lavado y una estación de lubricación y engrase de su propiedad, fuera de los terrenos de la gasolinera, aunque en una parcela colindante con la misma (folio 285, expediente SDC).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La primera cuestión que debe abordarse es la relativa a las reglas aplicables a la interpretación de las cláusulas contractuales que constituyen el fundamento de los cargos imputados.

A este respecto, el Tribunal estima que las normas de interpretación alegadas por SHELL, que se han resumido anteriormente, sólo operan si los términos del contrato no son claros y ofrecen dudas. En caso contrario, debe atenderse a la literalidad de las cláusulas (art. 1281 C. Civil). En el supuesto que nos ocupa, los términos de la cláusula son claros y contundentes. La cláusula 6ª D califica sus previsiones sobre el suministro como condición esencial del contrato a cuyo riguroso cumplimiento se obligan las partes. Se reitera y subraya la exclusividad absoluta del suministro de todos los productos. Se recalca que bajo ningún pretexto, momento o circunstancia podrá comercializar productos de ninguna clase o procedencia. No cabe interpretar que el contrato inicial pretendiera excluir otras instalaciones distintas a las de

combustibles y carburantes ya que la estipulación 6ª A contempla la cesión de la estación de servicio de combustibles y carburantes líquidos con todos sus elementos e instalaciones industriales y de cualquier otro orden, cuyo inventario se formalizaría en el momento de la entrega. Asimismo la estipulación 6ª C prevé la obligación de explotar durante la vigencia del arrendamiento la industria o negocio de que se trate, con todas sus operaciones anejas y complementarias.

2. El artículo 11 del Reglamento CEE 1984/83, al regular las restricciones de competencia que pueden imponerse al revendedor, distingue entre los productos respecto de los que es lícito aplicar una prohibición de venta y aquellos en los que la prohibición queda limitada a su no utilización.

En el primer caso se encuentran los "carburantes para vehículos de motor o combustibles", permitiendo el apartado a) del precepto citado que el revendedor quede sujeto a la obligación de no vender en la estación de servicio los servicios por terceras empresas.

Por el contrario, en el caso de los "lubricantes o productos derivados de petróleo afines" ofrecidos por terceras empresas únicamente puede impedirse su utilización en la estación e servicio "si el proveedor o una vinculada a él hubieran puesto a disposición del revendedor, o hubieran financiado un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase de vehículos de motor".

Si la cláusula contractual se hubiera circunscrito con precisión al suministro de carburantes o combustibles, habría resultado amparada por el Reglamento 1984/83.

Sin embargo, el primer inciso de la cláusula 6ª D extiende la obligación de compra en exclusiva no sólo a los productos combustibles y carburantes, sino también a los lubricantes, grasas y productos o artículos de automoción afines sin subordinar tal limitación a las previsiones del artículo 11 del Reglamento CEE 1984/83, ya expuestas, por lo que no puede quedar amparada por el beneficio de la exención por categoría. Al suponer una limitación de la distribución de productos, no amparada por la exención, constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1.b) LDC.

3. La cláusula 6ª D no se limita, por otra parte, a los productos respecto de los que el artículo 11 del Reglamento citado permite imponer ciertas restricciones al revendedor. Incluye adicionalmente una prohibición general de utilizar o vender productos de cualquier marca o procedencia de la competencia que sean propios del tráfico de la industria o negocio que SHELL comercialice y exige la conformidad previa por escrito de SHELL para que puedan extenderse

las actividades que se desarrollen en la estación de servicio a productos o artículos no competitivos con los que dicha empresa suministra.

Se trata de una restricción a la libertad del revendedor para adquirir bienes o servicios de terceros que no se encuentran incluidos entre los que el título III del Reglamento CEE 1984/83 considera susceptibles de estar sujetos a una obligación de compra exclusiva, ni a una prohibición de competencia, de acuerdo con el artículo 12.b) del mismo. Esta circunstancia determina, asimismo, que no resulte aplicable la exención del artículo 10 del Reglamento comunitario y deba considerarse como una cláusula restrictiva de la competencia que, por limitar la distribución, incurre también en el apartado 1.b) de la LDC.

4. En relación con las restricciones recogidas en la cláusula 6ª D, SHELL ha alegado que el Tribunal ya autorizó un contrato que incluía una cláusula similar (Expte. 362/95). Sin embargo, como viene a reconocer la propia alegante, el criterio expuesto en aquella ocasión no puede aplicarse en el presente caso por cuanto no existe identidad de hechos ya que el contrato autorizado presenta importantes diferencias con el que es objeto del presente expediente y, específicamente, en relación a su duración y al hecho de que la cláusula cuya similitud se invoca se circunscriba a productos utilizados en equipos financiados o cedidos por SHELL.
  
6. En relación a las obligaciones de información contempladas en la cláusula 6ª P, la propia SHELL reconoce que, en sus términos literales, puede resultar excesiva y suponer una invasión de la esfera de libre voluntad del arrendatario como empresario independiente. De su tenor se desprende que sobrepasa las previsiones del artículo 11d) del Reglamento CEE 1984/83 que se limita a permitir al proveedor la inspección de las instalaciones de depósito o distribución de productos derivados del petróleo que sean de su propiedad. La amplitud de la cláusula es incardinable en el artículo 1 e) LDC al implicar la aceptación de obligaciones suplementarias al objeto principal del contrato no amparadas por el Reglamento de exención por categoría.
  
7. Admitida la existencia de cláusulas contrarias a la LDC, en los términos expuestos, es preciso deducir las consecuencias de tal declaración para lo cual es preciso tener en cuenta las circunstancias concurrentes.

En este sentido, el Tribunal estima que la dimensión del mercado afectado es reducida pues se limita al contrato suscrito específicamente entre SHELL y ENACO, a diferencia de otros expedientes en los que contratos con cláusulas prohibidas constituían el tipo o modelo aplicable a la generalidad de los revendedores.

Además de esta circunstancia concurren otras que atenúan la exigencia de

responsabilidad a SHELL. De un lado, el hecho de que las previsiones de las cláusulas prohibidas no han sido puestas en práctica. De otro, el que la existencia en la inmediación de la estación de servicio de un establecimiento comercial y una estación de engrase de titularidad de ENACO le haya inducido a una interpretación de la cláusula 6ª D que, aún siendo errónea, puede mitigar la apreciación del elemento subjetivo de la responsabilidad concurrente. Finalmente, la disposición que ha mostrado explícitamente para aclarar las dudas de las cláusulas contractuales en un sentido conforme con las normas de defensa de la competencia.

Teniendo en cuenta estas circunstancias el Tribunal considera que no procede la imposición de multa.

8. Por lo que se refiere a la responsabilidad de ENACO, aún concurriendo los requisitos para que deba ser considerada coautora de la infracción, deben apreciarse, junto a las circunstancias atenuantes de la responsabilidad de SHELL, el hecho de ser, en aquel momento, una empresa ajena al sector de comercialización de carburantes, así como el haber tenido limitada su capacidad de negociación al subrogarse en el contrato como consecuencia de la absorción de MERKALDIA por ENACO.

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

## **RESUELVE**

- Unico.** Declarar que las cláusulas 6ª D y P del contrato suscrito el 21 de diciembre de 1992 entre MERKALDIA S.A. y SHELL ESPAÑA S.A., en el que ENACO S.A. su subrogó el 29 de octubre de 1993 en la posición de MERKALDIA S.A., son restrictivas de la competencia por incurrir en las conductas prohibidas por los artículos 1.1.d) y 1.1.e) de la Ley 16/1989 y no estar amparadas por el Reglamento CEE 1984/83, de 22 de junio, de la que son responsables SHELL ESPAÑA S.A. y ENACO S.A.

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