

RESOLUCIÓN (Expte. R 197/97 Shell España)

Pleno

Petitbò Juan, Presidente
Fernández López, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal

En Madrid a 12 de septiembre de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo ponente el Vocal Sr. ALONSO SOTO, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente R.197/97 (nº 1445/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) de recurso interpuesto por la empresa ENACO, S.A. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 13 de enero de 1997, por el que se sobresee parcialmente el expediente nº 1445/96, instruido a instancia de parte contra la empresa "SHELL ESPAÑA, S.A." (Shell) por la realización de una práctica colusoria, consistente en suscribir con la empresa "MERKALDIA, S.A." un contrato de compra en exclusiva de carburantes y lubricantes, que contiene cláusulas restrictivas de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 21 de diciembre de 1992 las empresas MERKALDIA, S.A. (cuya actividad es la comercialización al por menor de productos de gran consumo, especialmente en el sector de la alimentación) y SHELL firmaron un contrato que comprendía: a) La cesión del derecho de superficie de una parcela, propiedad de la primera, para que Shell construyera en ella una gasolinera. b) El posterior arrendamiento de la estación de servicio, construida por Shell, a MERKALDIA, S.A.. Y c) El simultáneo compromiso de MERKALDIA, S.A. de compra en exclusiva a SHELL de los carburantes y lubricantes necesarios para desarrollar su actividad de reventa en el citado establecimiento.

En mayo de 1993 se produjo la fusión entre MERKALDIA, S.A. y ENACO, S.A. (empresa comercial del grupo IFA), mediante la absorción de aquélla por ésta última. Como consecuencia de la fusión, ENACO, S.A. adquirió en

bloque el patrimonio de MERKALDIA, S.A. y se subrogó en todos sus derechos y obligaciones.

Por lo que se refiere al contrato de referencia, la subrogación se plasmó en un nuevo acuerdo, suscrito en documento privado por SHELL y ENACO el 29 de octubre de 1993.

En ejecución de lo previsto en la estipulación tercera del contrato, el 29 de octubre de 1993 se elevó a escritura pública la constitución del derecho real de superficie en favor de SHELL, figurando en dicho documento ENACO, S.A. como cedente del mismo.

2. El 9 de septiembre de 1996, tres años después de la fusión, ENACO, S.A. presentó una denuncia contra SHELL por la realización de la siguiente práctica restrictiva de la competencia: El contrato, que está en vigor entre ambas, no cumple con los requisitos y condiciones establecidos en el Reglamento CE 1984/83, ya que en el mismo se estipula un plazo de 20 años para la duración del compromiso de compra en exclusiva de lubricantes y carburantes (Estipulación 6ª).
3. Con fecha 12 de septiembre de 1996 el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la incoación de expediente sancionador a SHELL por los hechos denunciados.
4. La instrucción realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia pone de relieve las siguientes circunstancias:
 - a) El terreno en el que se construyó la estación de servicio era propiedad de MERKALDIA, S.A. y actualmente es propiedad de ENACO, S.A.
 - b) ENACO, S.A. cedió a SHELL el derecho de superficie del citado terreno por 20 años, a cambio de una renta anual de 240.000 ptas.
 - c) SHELL ha construido en dicho terreno una estación de servicio.
 - d) SHELL arrendó la estación de servicio a ENACO, S.A. por 20 años por un precio de 240.000 ptas. anuales.
 - e) En la estación de servicio no hay instalaciones de lavado y engrase. En un terreno colindante con la gasolinera, ENACO, S.A. ha instalado los citados servicios que son, por tanto, de su exclusiva propiedad.

f) Finalizado el contrato de referencia, lo construido revertirá a ENACO, S.A.

4. El Instructor, tras analizar el contrato, por una parte, formuló pliego de cargos contra SHELL por haber establecido en el contrato de suministro determinadas cláusulas restrictivas de la competencia; y, por otra, propuso el sobreseimiento parcial del expediente en relación con el objeto de la denuncia, al considerar: 1) Que, independientemente de la denominación atribuida por las partes al contrato suscrito entre ellas, se trata de un contrato de suministro en exclusiva de carburantes y lubricantes pactado entre dos empresarios independientes. 2) Que al contrato le resulta de aplicación el Reglamento CE 1984/83. 3) Que el citado Reglamento prevé, en su art. 12.2, la aplicación de la exención por categorías para aquellos contratos de suministro en exclusiva que se celebren por un plazo superior a los diez años, siempre que la estación de servicio sea propiedad del suministrador, que éste la haya arrendado al distribuidor y que aquél conceda a éste algunas ventajas económicas o financieras. Y, 4) Que el contrato objeto del expediente cumple todas y cada una de dichas circunstancias.
5. De la propuesta anterior se dio traslado a las partes para que formularan alegaciones.
6. Cumplido el trámite anterior, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó el 13 de enero de 1997 el sobreseimiento parcial del expediente en los términos propuestos por el instructor.
7. El 31 de enero de 1997 ENACO, S.A. presentó recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se sobreseía parcialmente el expediente 1445/96.

Al no estar fundamentado el recurso, el Tribunal, por escrito de fecha 4 de febrero de 1997, otorgó a la recurrente un nuevo plazo de diez días para que lo fundamentara.

El 17 de febrero de 1997 la recurrente presenta un escrito en el que transcribe los siguientes motivos de fundamentación del recurso:

- Shell no tenía capacidad para arrendar la estación de servicio al no ser propietaria de la misma sino tan solo titular por un tiempo limitado.

- El canon que se paga por la cesión del derecho de superficie es ficticio.
 - SHELL no ha concedido a ENACO ninguna ventaja económico-financiera.
 - La duración del pacto de exclusiva duplica el plazo permitido por el artículo 12.1.c) del Reglamento 1984/83
8. Con fecha 19 de febrero de 1997 el Tribunal remitió el recurso al Servicio de Defensa de la Competencia y procedió a reclamar del mismo: el expediente con las actuaciones habidas en este caso, el preceptivo Informe sobre el recurso, la fecha de notificación del acuerdo recurrido para poder apreciar si fue presentado en plazo y la acreditación de la representación con la que actúa el recurrente, la cual no constaba en el Tribunal.
9. Recibida la documentación anterior, por Providencia de 3 de marzo de 1997 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones.
10. Han formulado alegaciones:
- ENACO que manifiesta lo siguiente: a) El acuerdo de cesión del derecho de superficie y de arrendamiento de negocio son ficticios para encubrir la larga duración del contrato de compra exclusiva. b) La inversión de SHELL ha sido, como máximo, de 50 millones de pesetas. c) El negocio recibido por ENACO no era una empresa en marcha. d) SHELL no es propietaria de la estación de servicio, puesto que la superficie cede en favor del suelo (principio general del derecho). Y e) El art. 12.2 del Reglamento se refiere a estaciones de servicio propiedad de las compañías petroleras, cuya gestión se cede a empresarios independientes para que las gestionen, lo cual no ocurre en este caso.
- Por su parte, SHELL aduce: a) ENACO ha fundamentado su recurso fuera del plazo concedido al efecto por el TDC. b) El recurso no aporta ningún nuevo elemento que no haya sido considerado por el Servicio de Defensa de la Competencia. c) ENACO confunde la propiedad del suelo con la propiedad de la estación de servicio. SHELL ha invertido 92 millones de ptas. en su construcción y le pertenece al 100%. d) SHELL ha concedido a ENACO importantes ventajas económico-financieras. Y e) En consecuencia resulta de aplicación el art. 12.2 del Reglamento.
11. El Pleno del Tribunal deliberó sobre este expediente en su sesión del día 1 de julio de 1997.

12. Son interesados:
 - ENACO, S.A.
 - SHELL ESPAÑA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. SHELL ha planteado, en primer lugar, que el recurso debe desestimarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, puesto que ENACO, SA. lo ha fundamentado una vez transcurrido el plazo adicional de subsanación concedido por el Tribunal.

En efecto, el plazo vencía el sábado 15 de febrero de 1997 y el escrito de fundamentación del recurso fue presentado el lunes día 17.

Sin embargo, la alegación de SHELL no puede ser atendida porque, según dispone el artículo 76. 3 de la citada Ley 30/1992, si bien es cierto que a los interesados, que no cumplimenten los trámites en los plazos señalados al efecto, se les podrá declarar decaídos en su derecho, sin embargo, la Administración admitirá sus actuaciones, las cuales producirán plenos efectos legales, si se produjeran antes o dentro del día en que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.

No habiéndose producido este último hecho en la fecha de presentación del escrito por parte de ENACO, SA., procede aplicar la norma citada y dar curso al recurso.

2. Ninguna de las partes en litigio, ni tampoco el Servicio de Defensa de la Competencia, han cuestionado que resulta de aplicación al caso el Reglamento CE nº 1984/83, vigente en España en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1. b) del R.D. nº 157/1992.

El recurrente discrepa, sin embargo, de la interpretación dada por SHELL y el Servicio de Defensa de la Competencia en torno al artículo 12.2 del citado Reglamento y el considerando 13 del preámbulo del mismo, que lo aclara.

Por otra parte, el recurso no aporta ningún nuevo elemento que no haya sido considerado por el Servicio de Defensa de la Competencia.

3. Frente a esta discrepancia hay que señalar:

3.1. En primer lugar, que ENACO, al cuestionar que SHELL sea totalmente propietaria de la estación de servicio para poder concluir, en consecuencia, que, al no ser propietaria, no puede arrendarla, está interpretando erróneamente el concepto de derecho de superficie y confundiendo la propiedad del suelo con el derecho a construir sobre éste y también con la titularidad dominical tanto de lo allí construído (estación de servicio) como de la empresa instalada (negocio de venta de gasolina). No puede admitirse, por consiguiente, que SHELL no sea propietaria de la estación de servicio o no tenga la titularidad de la empresa en ella instalada.

3.2. En segundo lugar, que, como acertadamente ha expresado el Servicio de Defensa de la Competencia en el Acuerdo de sobreseimiento, el contrato cumple todos los requisitos establecidos por el art. 12.2 del Reglamento CE 1984/83 :

a) La estación de servicio es propiedad de la compañía petrolera SHELL.

b) SHELL ha arrendado la estación de servicio al revendedor ENACO.

c) Hay ventajas económico-financieras concedidas por SHELL en favor de ENACO, tales como las siguientes: SHELL ha puesto a disposición de ENACO instalaciones técnicas. La estación de servicio revertirá a ENACO al finalizar la cesión del derecho de superficie. Así pues, ENACO, sin realizar ninguna inversión, consigue que se instale un negocio en un terreno improductivo, que se le ceda la explotación del mismo y además adquiere su propiedad al cabo de 20 años. A mayor abundamiento, la gasolinera está situada junto al hipermercado AMICA, lo que le garantiza una rentabilidad futura y se produce una indudable acreditación del negocio a través del abanderamiento de una conocida empresa multinacional durante el tiempo de vigencia del contrato

4. Por otra parte, también hay que rechazar la afirmación de ENACO de que los acuerdos de cesión del derecho de superficie y de arrendamiento de negocio son ficticios y se conciertan únicamente para encubrir la larga duración del contrato de compra exclusiva, por las siguientes razones: En primer lugar, porque la realidad de los hechos demuestra lo contrario. En efecto, los citados acuerdos son necesarios para poder cerrar la operación que se quiere realizar (exclusiva de suministro de gasolina a cambio de construcción, alquiler y cesión de la estación de servicio); cuestión distinta es que los precios establecidos para la cesión del derecho de superficie y el arrendamiento sean, más bien, simbólicos. En segundo lugar, porque

este tipo de acuerdos complejos en los que se entremezclan la cesión de un derecho real de propiedad o superficie para la construcción de una gasolinera, la entrega en arrendamiento, comodato o usufructo de la misma para su explotación y el suministro en exclusiva de carburantes y lubricantes son frecuentes en nuestro país (Véase entre otras la Resolución de 30 de julio de 1996).

5. Y lo mismo sucede con la alegación de que el negocio recibido por ENACO no era una empresa en marcha, la cual tampoco puede ser tomada en consideración, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia mercantil afirman unánimemente que para que pueda hablarse de arrendamiento de negocio basta con que la empresa, aunque no esté en funcionamiento, sea susceptible de ser explotada inmediatamente (En este sentido, BROSETA, SANCHEZ CALERO, URIA y, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1991).
6. En conclusión, la cláusula contractual en cuestión resulta amparada por la exención por categorías establecida en el Reglamento CE 1984/83. Por tanto, procede confirmar el sobreseimiento parcial del expediente.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por ENACO, S.A. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 13 de enero de 1997, por el que se sobresee parcialmente el expediente nº 1445/96 y confirmar aquél en todos sus extremos.

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