

AUTO SOBRE SOLICITUD DE RENOVACIÓN DE AUTORIZACIÓN
(Expte. A 178/96, prórroga, Shell España)

Pleno

Excmos. Sres.:
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
del Cacho Frago, Vocal
Torremocha y García Sáenz, Vocal
Conde Fernández-Oliva, Vocal
Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 15 de octubre de 2004.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado el siguiente Auto en el expediente A 178/96 (1.396/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) como consecuencia de la solicitud de renovación de la autorización singular concedida a Shell España S.A. (Shell) por Resolución de 22 de abril de 1999 que modificó la Resolución de 23 de diciembre de 1996, dictada en el expediente A 178/96, Contratos-tipo Shell.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 22 de abril de 1999 el Tribunal dictó Resolución en la que, entre otras cosas, se decidió:

“Primero.- Declarar que el contrato-tipo de “Abanderamiento, Compra en Exclusiva, y Asistencia Técnica Comercial” notificado por la Compañía Shell España SA el 4 de diciembre de 1998 e incorporado al expediente, examinado desde la perspectiva de la defensa de la competencia, no necesita autorización singular, al estar amparado por la exención por categorías que otorga el artículo 1.1 b) del Real Decreto 157/1992 para las compras en exclusiva.

Segundo.- Conceder una autorización singular al contrato-tipo de “Arrendamiento de Industria, Compra en Exclusiva y Abanderamiento” presentado por la Compañía Shell España SA el 4 de diciembre de 1998 e

incorporado al expediente. La autorización singular tendrá una duración de cinco años a contar de la fecha de ésta Resolución y queda sujeta a las condiciones que establece el artículo 4 de la LDC.

Tercero.- Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia, con remisión de copia compulsada del contrato-tipo autorizado, que vigile la ejecución y cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución y que proceda a inscribirlo en el Registro de Defensa de la Competencia”.

2. El 22 de abril de 2004, es decir, el último día en que estaba vigente la anterior autorización, Shell solicitó del Servicio su renovación mediante escrito, que éste remitió el día siguiente al Tribunal, significándole, por un lado, que las modificaciones experimentadas durante los cinco años de vigencia no eran sustanciales, por lo que, en principio, podía considerarse que el citado Contrato seguía adecuándose a lo autorizado por el Tribunal; y, por otro lado, que, ello no obstante, el cambio normativo producido impide la renovación solicitada de forma automática, siendo necesario el examen de cada caso.
3. En la Resolución del Tribunal de 22 de abril de 1999, que autorizaba el Contrato-tipo de “Arrendamiento de Industria, Compra en Exclusiva y Abanderamiento”, en sus dos versiones de Península y de Canarias, no se hizo referencia alguna a su duración ni al concepto en base al cual Shell había adquirido la propiedad de la industria que arrendaba (cuestiones ambas que podían variar según los casos). Sin embargo, como quiera que durante los cinco años de vigencia de dicho Contrato-tipo se recibieron en el Servicio determinadas denuncias relativas a las mencionadas cuestiones, éste solicitó a Shell información adicional detallada sobre cada relación contractual, con el fin de poder realizar el oportuno análisis. De todo lo cual el Servicio dio traslado al Tribunal mediante el Informe de Vigilancia de 23 de abril de 2004, adjuntando el mencionado escrito de solicitud de la renovación.
4. El 5 de mayo de 2004 se recibió en el Servicio la documentación correspondiente, en la que se indica, tras señalar las EE.SS. y las cuotas de mercado que ostenta Shell en la Península y en Canarias (3,5% y 18,4%, respectivamente, sin cuotas por islas), que sus relaciones contractuales con los 327 puntos de venta se ajustan, según los casos, a alguno de los Contratos-tipo que se adjuntaban como documentos 2 a 10 inclusive. De ellos hay que destacar los contratos de “Arrendamiento de Industria, Compra en Exclusiva y Abanderamiento”, en sus versiones Península y Canarias (documentos 2 y 3), y los contratos de “Abanderamiento y Compra en Exclusiva”, en sus versiones fórmula BOE

y fórmula PLATTS (documentos 4 y 5). Así, de las 327 EE.SS. antes señaladas, 226 están sujetas al Contrato-tipo de “Arrendamiento de Industria, Compra en Exclusiva y Abanderamiento, mientras que son 101 las que regulan sus relaciones a través del contrato tipo de “Abanderamiento y Compra en Exclusiva”. Se adjuntaba también un listado de la totalidad de las EE.SS. de Shell, como documento 11.

5. El 27 de mayo de 2004 tuvo entrada en el Tribunal el Anexo al Informe de Vigilancia de la Resolución de 22 de abril de 1999, antes mencionado, designándose Ponente y dándosele traslado, el día siguiente, de la mencionada documentación, junto con el Informe de Vigilancia también citado.

En dicho Anexo al Informe de Vigilancia, el Servicio, tras un detallado análisis, llegó a la siguiente conclusión que se transcribe literalmente:

“... no es posible otorgar de plano la renovación de la autorización singular para el contrato-tipo de “arrendamiento de industria (o subarrendamiento en su caso), abanderamiento y compra exclusiva” cuya autorización original fuera concedida mediante la Resolución de 22 de abril de 1999 y cuya renovación ha sido solicitada por Shell mediante escrito de 22 de abril de 2004. Por el contrario, sería necesario que Shell España S.A. solicitase una nueva autorización singular para cada caso concreto que, a tenor del análisis previo expuesto, pudiera considerarse no incluido en la exención prevista en la actual legislación sobre restricciones verticales, mientras que el resto de los casos no necesitarían de la mencionada autorización precisamente por estar incluidos en los citados supuestos de exención. Asimismo, se reitera la necesidad, a juicio de este Servicio, de suprimir la cláusula de reconducción tácita ilimitada de duración en los contratos de “abanderamiento, compra exclusiva y asistencia técnica comercial” si se desea que los mismos sigan siendo merecedores de la exención que se declarara en la misma Resolución de 22 de abril de 1999”.

Dicha conclusión fue puesta en conocimiento de Shell por el Servicio.

6. El Tribunal deliberó y falló este asunto en su sesión plenaria de 6 de octubre de 2004.
7. Se considera interesada en este expediente a Shell España S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente procedimiento tenía por objeto resolver sobre la solicitud de Shell para que el Tribunal renueve la autorización singular otorgada por cinco años por Resolución de 22 de abril de 1999 que modificó la Resolución de 23 de diciembre de 1996, dictada en el expediente A 178/96, Contratos-tipo Shell.
2. El Servicio, tras recabar la correspondiente documentación de Shell ha elaborado, con fecha 23 de abril de 2004, un denominado Anexo al Informe de Vigilancia de la Resolución del Tribunal de 22 de abril de 1999, del que se resumen las siguientes precisiones que deben destacarse:

A) del total de 327 EE.SS., 114 no presentan ningún tipo de problema, bien porque 37 están gestionadas directamente por Shell a través de su filial EESSA, o bien porque en 77 Shell ostenta la nuda propiedad de las instalaciones o de los terrenos en los que aquéllas se asientan;

B) en las restantes 213 EE.SS. se presenta una serie de cuestiones que se pueden agrupar de la siguiente forma:

- 1) en 101 EE.SS. Shell no ostenta derechos sobre las instalaciones y los terrenos, estando gestionadas por terceras personas en virtud de un “Contrato de Abanderamiento y Compra en Exclusiva” que presenta las siguientes cuestiones:
 - a) en 77 EE.SS. la duración del contrato es igual o inferior a cinco años, pero puede haber problema de reconducción tácita;
 - b) en 20 EE.SS. la duración del contrato excede de los cinco años y, aunque Shell manifiesta haber remitido carta notarial a los gestores reduciéndola hasta un máximo de cinco años a partir del período transitorio de adaptación, resulta necesaria la justificación suficiente, sin que quepa la reconducción tácita;
 - c) en dos EE.SS. (62.055 y 62.040) hay pactada la compra en exclusiva a Shell mediante contrato verbal del que no se conoce duración ni condiciones;
 - d) en otras dos EE.SS. (72.082 y 72.072), con contrato aparentemente caducado, no se menciona ni la posible renovación ni sus condiciones;

2) en 112 EE.SS. Shell ostenta algún tipo de derecho distinto de la nuda propiedad (principalmente de superficie y arrendamientos de larga duración) y cuya gestión está encomendada a terceros mediante contrato de “Arrendamiento de Industria, Abanderamiento y Compra en Exclusiva”, que permite su agrupación de la siguiente forma:

a) en 13 casos el derecho de Shell deriva de una concesión administrativa;

b) en 99 casos se presentan las siguientes cuestiones:

i) en 45 EE.SS. la duración del contrato es igual o inferior a cinco años, pero puede haber también problema de reconducción tácita;

ii) en 53 EE.SS. la duración del contrato excede de los cinco años y, en ocasiones, llega a 40 años, con la posibilidad de que se hayan realizado construcciones artificiales de propiedad tendentes a alargar indebidamente tal duración (ver Directrices relativas a restricciones verticales, publicadas en DOCE de 13 de octubre de 2000);

iii) de una EE.SS. (la 41.204) no se ha remitido información sobre la duración del contrato.

Por todo ello, el Servicio llegó a la conclusión, que figura transcrita literalmente en el Antecedente de Hecho 5, de que no es posible otorgar de plano la renovación de la autorización singular concedida por la Resolución de 22 de abril de 1999 para el Contrato-tipo de “Arrendamiento de Industria (o subarrendamiento, en su caso), Abanderamiento y Compra en Exclusiva”, por lo que es necesario que Shell solicite una nueva autorización singular para cada caso concreto que se considere no incluido en la exención prevista en la normativa vigente sobre restricciones verticales. Por último, considera el Servicio que también es necesario suprimir la cláusula de reconducción tácita de duración ilimitada en los contratos de “Abanderamiento, Compra en Exclusiva y Asistencia Técnica Comercial” para merecer la exención declarada en la Resolución de 22 de abril de 1999.

3. Ahora bien, la normativa sobre acuerdos verticales y sus posibles restricciones ha sido modificada, de forma que tanto el Reglamento (CEE) 1.984/83 como el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, en base a los

cuales se estudió y autorizó uno de los acuerdos referenciados y se declaró exento el otro, están actualmente derogados, respectivamente, por el Reglamento (CE) 2.790/1999, de 22 de diciembre, y por el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, que desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia en materia de exención por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia.

El art. 2 del mencionado Real Decreto 378/2003 dispone, respecto de las exenciones por categorías, que quedan autorizados los acuerdos verticales entre dos o más empresas que se refieran a las condiciones de compra, venta o reventa de determinados bienes y servicios, que afecten únicamente al mercado nacional, siempre que cumplan las disposiciones establecidas en el Reglamento (CE) 2.790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre.

Dicho Reglamento (CE) 2.790/1999 establece en su artículo 5.a) que la excepción prevista en su artículo 2 *“no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales:*

a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales o terrenos por parte del comprador.”

A su vez, el citado Real Decreto 378/2003 prevé en su Disposición Transitoria Única un plazo de seis meses, que empezó a contar en el presente caso el día 16 de abril de 2003, para adaptar los acuerdos ya vigentes a las nuevas condiciones de exención por categorías que se derivan de la vigente normativa, es decir, la establecida por el Reglamento (CE) 2.790/1999. Dicho plazo, en consecuencia, ya ha vencido, sin que Shell procediera a la correspondiente adaptación.

4. Por otra parte, el mencionado Real Decreto 378/2003, junto con la actualización de la normativa nacional sobre exenciones por categorías, introduce no sólo cambios significativos en la regulación sectorial, sino también algunas modificaciones en el procedimiento de autorización singular regulado en el Capítulo II. En este sentido, en cuanto a la

renovación de las autorizaciones, se prevé la resolución directa por el Tribunal a la vista del informe de vigilancia que le remita el Servicio antes de que se produzca la caducidad de la autorización. Así, el art. 16, al regular la renovación de la autorización, dispone literalmente:

“Antes de finalizar el plazo para el que se concedió la autorización, el interesado podrá solicitar su renovación al Tribunal, quien, previo informe de vigilancia del Servicio, la renovará o interesará del Servicio la instrucción de un expediente que se tramitará como el de concesión de autorización singular”.

Pues bien, estando plenamente conforme el Tribunal con la calificación hecha por el Servicio en el Anexo al Informe de Vigilancia, que se expone en el Fundamento de Derecho 2, de que no es posible otorgar de plano la renovación de la autorización singular solicitada por Shell y que debe presentar una nueva solicitud de autorización singular para cada caso concreto que se considere no incluido en la exención prevista en la normativa sobre restricciones verticales -así como que, visto lo dispuesto en el citado art. 5.a) del Reglamento (CE) 2.790/1999, es necesario suprimir la cláusula de reconducción automática de duración ilimitada en los contratos de “Abanderamiento, Compra en Exclusiva y Asistencia Técnica Comercial”-, el Tribunal considera que debe interesar del Servicio la instrucción del correspondiente expediente, que se ha de tramitar como el de concesión de autorización singular.

5. Por último, contra el presente Auto, que no es definitivo en vía administrativa y que no produce indefensión, puesto que los interesados en el expediente que abra el Servicio podrán alegar cuanto les convenga, no cabe recurso alguno, aunque podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución definitiva que dicte, en su caso, este Tribunal.

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

HA ACORDADO

Primero.- Declarar que no procede conceder de plano la renovación de la autorización singular otorgada por Resolución de 22 de abril de 1999 para el Contrato-tipo de “Arrendamiento de Industria, Abanderamiento y Compra en Exclusiva”, solicitada por Shell España S.A.

Segundo.- Declarar que el Contrato-tipo de “Abanderamiento, Compra en Exclusiva y Asistencia Técnica Comercial”, de Shell España S.A., declarado exento en la Resolución mencionada, no se puede entender autorizado por aplicación de la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 378/2003, al no haber sido adaptado a las condiciones de exención previstas en él.

Tercero.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que proceda a tramitar la solicitud de renovación de la autorización formulada por Shell España S.A. como un expediente de concesión de autorización singular, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos que se expresan en el cuarto Fundamento de Derecho.

Comuníquese este Auto al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndola saber que no es definitivo en vía administrativa y que contra el mismo no cabe recurso alguno pudiendo, en su caso, interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución definitiva que pueda dictar este Tribunal.