

**RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA****(Expte. VATC/0337/11 DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub>)****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

**Consejeros**

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

**Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 15 de noviembre de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VATC/0337/11 DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub>, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 20 de septiembre de 2013, recaída en el expediente S/0337/11 DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub>.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 20 de septiembre de 2013 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó Resolución de Terminación Convencional del expediente S/0337/11 DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub> en los siguientes términos:

***“PRIMERO.-** Acordar, al amparo del artículo 52 de la LDC, la Terminación Convencional del procedimiento sancionador del Expte. S/337/11, DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub>, sujeta a los compromisos presentados por las partes a que se refiere el apartado D) de los hechos probados y que se anexan a esta Resolución.*

***SEGUNDO.-** Las partes harán efectivos sus compromisos en el plazo de un mes desde la aprobación de esta Resolución.*

**TERCERO.-** *El incumplimiento de cualquiera de los anteriores compromisos y obligaciones tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.4 c) de la LDC y en el artículo 39.7 del RDC.*

**CUARTO.-** *Encomendar a la Dirección de Investigación la vigilancia de esta Resolución del Consejo de Terminación Convencional.”*

Con fecha 24 de septiembre de 2013, dicha Resolución fue notificada a los interesados (folios 49-54).

2. Con fecha 25 de septiembre de 2013 la Dirección de Investigación (actual Dirección de Competencia) de la antigua CNC inició el correspondiente procedimiento de vigilancia, bajo la referencia VATC/0337/11, con objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la mencionada Resolución (folios 87-88).
3. En el marco del mencionado procedimiento de vigilancia la Dirección de Competencia ha efectuado varios requerimientos de información dirigidos a comprobar la ejecución de los compromisos establecidos en la Resolución de 20 de septiembre de 2013:
  - Con fecha 25 de marzo de 2014 a HEINEKEN ESPAÑA, S.A. (folios 117-119) y CARBUROS METALICOS, S.A. (folios 122-124).
  - Con fecha 20 de mayo de 2014 nuevamente a HEINEKEN ESPAÑA, S.A. (folios 190-192).
  - Con fecha 29 de enero de 2016 nuevamente a HEINEKEN ESPAÑA, S.A. (folios 256-258).

Los requerimientos de información referidos fueron contestados por las empresas interesadas en el plazo indicado por la Dirección de Competencia.

4. Con fecha 11 de octubre de 2016, la DC elaboró el Informe Final de Vigilancia relativo al expediente VATC/0337/11 DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub>, considerando que se han cumplido todos y cada uno de los compromisos acordados por las partes y aceptados por el Consejo de la CNC en la Resolución del expediente S/0337/11, y proponiendo en consecuencia dar por concluida la vigilancia referida a dicha Resolución, sin perjuicio de que cualquier posterior incumplimiento de los compromisos acordados, pudiera dar lugar a la reapertura del procedimiento de vigilancia así como, en su caso, a la apertura de un expediente por infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la LDC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del RDC.
5. Son interesados:
  - HEINEKEN ESPAÑA, S.A. (HESA)
  - HEINEKEN CANARIAS, S.A. (HCSA)
  - SERVICIO INTEGRAL A HORECA (SIH)

- PRAXAIR ESPAÑA, S.L. (PRAXAIR)
- CARBUROS METÁLICOS, S.A.
- AIR PRODUCTS IBÉRICA
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub> (AEDCO)

6. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 15 de noviembre de 2016.

## FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### **PRIMERO. Habilitación Competencial.**

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su artículo 41 dispone que la Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones impuestas en su aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

La previsión anterior respecto a las terminaciones convencionales de procedimientos sancionadores en materia de acuerdos y prácticas prohibidas incluye la vigilancia del cumplimiento de los compromisos propuestos por los presuntos infractores y recogidos en la Resolución del Consejo que pone fin al procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 de la LDC.

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, precisa en su apartado 3 que *"El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Investigación [Dirección de Competencia]. En todo caso, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá declarando finalizada la vigilancia."*

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por RD 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

### **SEGUNDO. Sobre los compromisos recogidos en el Apartado D) de los Hechos Probados de la Resolución de 20 de septiembre de 2013 del Consejo de la extinta CNC.**

En el expediente S/0337/11 DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub> la extinta CNC investigó una denuncia presentada en marzo de 2011 por la Asociación Española de Distribuidores de CO<sub>2</sub> (AEDCO) contra las empresas PRAXAIR, CARBUROS METÁLICOS y HESA

por supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en la recomendación, mediante cartas enviadas a sus clientes del canal HORECA, de no comprar otras marcas de CO<sub>2</sub> alimentario en botella que no estuvieran homologadas por HESA y en la fijación de precios anticompetitivos del CO<sub>2</sub>, muy por debajo de costes de producción y distribución.

Tras la incoación e instrucción del correspondiente expediente sancionador por la antigua Dirección de Investigación PRAXAIR Y HESA solicitaron terminación convencional del mismo presentando una propuesta de compromisos para resolver los problemas de competencia detectados durante la investigación. En virtud de dicha solicitud el Consejo de la antigua CNC dictó Resolución de 20 de septiembre de 2013, al amparo del artículo 52 de la LDC, acordando la terminación convencional del expte. S/337/11, sujeta a los compromisos presentados por las partes.

Los compromisos recogidos en el Apartado D) de los Hechos Probados de la citada Resolución de 20 de septiembre de 2013 se concretan en tres objetivos finales:

**A) “MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS**, los compromisos obligan a modificar los contratos suscritos entre HESA<sup>1</sup> con PRAXAIR y CARBUROS, y entre INCABE y CARBUROS.

*Las modificaciones consisten en:*

- *La adaptación de las comisiones que se calculan a partir de las ventas sobre clientes, en el sentido de que la información sobre ventas de clientes se presentará semestralmente, a HESA, de forma agregada y por provincias, sin que pueda dar lugar a la identificación de los clientes en particular.*

*De no existir acuerdo entre ambos contratantes sobre algún dato de venta o sobre el resultado del porcentaje de comisión calculado, se introduce la actuación de un experto independiente (auditor), encargado de resolver las discrepancias.*

*La eliminación de las alusiones al "precio mínimo medio de venta" y al "precio medio de venta", y las actualizaciones de los mismos, con el objeto de evitar la posibilidad de que existan recomendaciones de precios por parte de HESA y acuerdos entre competidores en el mercado minorista de distribución de CO<sub>2</sub> alimentario.*

- *La modificación de las obligaciones de mantenimiento o ampliación del parque de botellas para atender ferias, fiestas, tómbolas, etc. a que venía obligado el contratante, cada vez que hubiera que atender un evento especial, a instancias de HESA (sin tener en cuenta el coste que suponía mantenerlas, almacenarlas o proveerse de ellas tan a corto plazo).*
- *La eliminación, en Canarias, de las cláusulas de los contratos por las que se repartían el mercado entre INCABE y CARBUROS.*

---

<sup>1</sup> HESA, actualmente SIH, actúa bajo dicho nombre en península y bajo el nombre de INCABE en Canarias.

## **B) ENVÍO DE CARTAS INFORMATIVAS SOBRE EL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN**

*En un mes desde la Resolución, HESA se obligaba a enviar una carta "... a todos sus distribuidores independientes y a los clientes atendidos ... por ... SIH...reiterando que no existe ninguna obligación de contratar el CO<sub>2</sub> alimentario para la impulsión de sus marcas de cerveza con alguno de los proveedores homologados...", según modelo adjunto a los compromisos<sup>2</sup>.*

## **C) PUESTA EN MARCHA DE UN PROCEDIMIENTO DE HOMOLOGACIÓN ABIERTO, OBJETIVO Y TRANSPARENTE**

*HESA diseñó un procedimiento de homologación, abierto, objetivo, transparente y visible desde su página web, que fue aceptado por la CNC en la fase de instrucción<sup>3</sup>, según el cual, todos los proveedores de CO<sub>2</sub> que lo deseen, pueden solicitar la homologación que les será concedida siempre que cumplan los criterios aprobados. A este proceso de homologación se someten también PRAXAIR y CARBUROS a pesar de que anteriormente ya estaban homologados en exclusiva<sup>4</sup>.*

*HESA se compromete a informar a la CNMC de posibles cambios en el sistema de homologación. Así mismo se contempla la posibilidad de que el sistema de homologación pueda encargarse, en su caso, a un tercero.*

*También se considera la probabilidad de deshomologar a algún prestador cuando éste deja de cumplir los requisitos.*

*Por último, se establece la obligación para HESA, de enviar anualmente un Informe a la CNMC comunicando el estado actual de las homologaciones (altas y bajas)."*

## **TERCERO.- Sobre las actuaciones realizadas en el expediente de vigilancia VATC/0337/11 DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub>.**

Tras diversas actuaciones efectuadas en el marco del procedimiento de vigilancia VATC/0337/11 y el análisis de la información proporcionada por las empresas durante el mismo la DC en su Informe Final de Vigilancia de fecha 11 de octubre de 2016 recoge los siguientes hechos y conclusiones en relación con el cumplimiento de los compromisos:

- ***"En relación con el envío de cartas a los distribuidores y a los clientes atendidos directamente por SIH.***

---

<sup>2</sup> Anexo 5 y 6 (folios. 158 a 163).

<sup>3</sup> Escrito de 28 de julio de 2011, anexos 8 y 9, folios 1532 y 1535-1555 del procedimiento principal.

<sup>4</sup> PRAXAIR y CARBUROS tenían obligación de solicitar la homologación en el plazo de 1 mes.

- HESA envió las cartas, durante los meses de septiembre y octubre de 2013 y por tanto dentro de plazo, a un total de [CONFIDENCIAL]<sup>5</sup> distribuidores independientes y [CONFIDENCIAL]<sup>6</sup> clientes atendidos por distribuidoras integradas en SIH.
- La diferencia entre los [CONFIDENCIAL]<sup>7</sup> clientes declarados inicialmente por HESA y las [CONFIDENCIAL] cartas efectivamente enviadas se debe a: establecimientos cerrados por fin de temporada [CONFIDENCIAL], cierre total del negocio o “fuga a la competencia” [CONFIDENCIAL], negativa a coger la notificación por parte del propio encargado o camarero [CONFIDENCIAL], establecimientos de INCABE [CONFIDENCIAL]<sup>8</sup>.

— **En relación con las modificaciones contractuales:**

Dentro del plazo conferido para ello, se han llevado a cabo las modificaciones señaladas de los contratos:

- El 7 de octubre de 2013, de los contratos suscritos entre HESA (SIH en la novación) y PRAXAIR<sup>9</sup>; y
- El 17 de octubre de 2013 de los contratos entre HESA (INCABE para el territorio canario) y CARBUROS<sup>10</sup>; y entre SIH y CARBUROS<sup>11</sup>.

Todos los contratos han sido modificados mediante adenda a los mismos, anulando o modificando las cláusulas de acuerdo con lo establecido en los compromisos.

Tal y como se estipulaba en los compromisos, HESA/SIH ha enviado a la CNMC los nuevos contratos suscritos con proveedores adicionales:

- Con [CONFIDENCIAL] (Fol. 107), suscrito el [CONFIDENCIAL] de [CONFIDENCIAL] de 2013
- Con [CONFIDENCIAL] (Fol. 290), suscrito el [CONFIDENCIAL] de [CONFIDENCIAL] de 2016.

— **En relación con el procedimiento de homologación.**

- En la página Web de HESA está disponible la documentación explicativa del procedimiento de homologación, los formularios de solicitud, y el listado de proveedores homologados:

---

<sup>5</sup> Dato confidencial

<sup>6</sup> Dato confidencial.

<sup>7</sup> Dato confidencial

<sup>8</sup> INCABE no tenía obligación de mandar las cartas, de acuerdo con el compromiso F, Folio 44.

<sup>9</sup> Folios 99-103 del expediente de vigilancia, incorporados del expediente sancionador principal.

<sup>10</sup> Folios 128-130 del expediente de vigilancia, que han sido incorporados desde el expediente principal.

<sup>11</sup> Folios 131-134 del expediente de vigilancia, incorporados desde el expediente principal.

[\(http://www.heinekenespana.es/es/contenidos/avisos/Politica-de-homologacion-de-CO2-alimentario-HEINEKEN-ESPANA-y-listado-de-proveedores/\)](http://www.heinekenespana.es/es/contenidos/avisos/Politica-de-homologacion-de-CO2-alimentario-HEINEKEN-ESPANA-y-listado-de-proveedores/)

- El 7 de junio de 2016, HESA solicitó una modificación de los compromisos, consistente en suprimir, por innecesaria, la visita a las instalaciones del solicitante cuando éste sólo quería operar como Proveedor de CO<sub>2</sub>, sobre la base de que los proveedores son meros transportistas de botellas, que nunca manipulan el gas ni entran en contacto directo con el mismo.

Por Acuerdo de 29 de junio de 2016 del Director de Competencia se aprobó dicha modificación, que ha quedado incorporada al procedimiento de homologación que figura en la página web mencionada anteriormente.

- En cuanto a las homologaciones realizadas, tal y como se concluye del Informe enviado por HESA a la CNMC el día 29 de febrero de 2016: actualmente existen [CONFIDENCIAL] proveedores<sup>12</sup>, entre los cuales se encuentran PRAXAIR y CARBUROS, que pueden operar indistintamente con varios roles (proveedor y/o llenador y/o reparador).
- De los [CONFIDENCIAL] homologados, la mayoría (CONFIDENCIAL) lo han sido entre los años 2014 y 2015. En todos los casos se han cumplido los plazos establecidos de tres meses, como plazo total para resolver el procedimiento, y el de un mes para la realización de la visita, cuando esta procede<sup>13</sup>.

Año 2014			
Nº homologados	proveedores	llenadores	reparadores
CONFIDENCIAL	x		
CONFIDENCIAL	x	x	
CONFIDENCIAL		x	x
CONFIDENCIAL	x	x	x
CONFIDENCIAL	TOTAL homologados		

<sup>12</sup> En la lista de proveedores de la página web sólo aparecen 51.

<sup>13</sup> Como ya se ha dicho esta visita se ha eliminado cuando se trata exclusivamente de homologar proveedores.

<i>Año 2015</i>			
<i>Nº homologados</i>	<i>proveedores</i>	<i>llenadores</i>	<i>reparadores</i>
<i>CONFIDENCIAL</i>	x		
<i>CONFIDENCIAL</i>	x	x	
<i>CONFIDENCIAL</i>	x	x	x
<i>CONFIDENCIAL</i>	<i>TOTAL homologados</i>		

*Fuente: elaboración de la DC con los datos proporcionados por HESA.*

- *Sólo se ha producido una deshomologación, en el año 2016, por cese de actividad del proveedor.”*

Por todo lo anterior, la Dirección de Competencia en su Informe Final de Vigilancia de 11 de octubre de 2016 considera que se han cumplido todos y cada uno de los compromisos acordados por las partes y aceptados por el Consejo de la CNC en la Resolución del expediente S/0337/11 DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub>. En consecuencia, propone dar por concluida la vigilancia referida a dicha Resolución, sin perjuicio de que cualquier posterior incumplimiento de los compromisos acordados, pudiera dar lugar a la reapertura del procedimiento de vigilancia así como, en su caso, a la apertura de un expediente por infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la LDC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del RDC.

A la vista de todo lo expuesto, esta Sala se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas por la DC.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo,

### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** Declarar el cierre de la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 20 de septiembre de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el expediente S/0337/11 DISTRIBUIDORES DE CO<sub>2</sub>.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.