

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA**Expte. VC/0890/17, DISA/GESA****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera GonzálezD^a. María Pilar Canedo Arrillaga**Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 24 de enero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VC/0890/17, DISA/GESA, cuyo objeto es la vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 30 de noviembre de 2017, recaída en el expediente C/0890/17, DISA/GESA.

I. ANTECEDENTES

1. Por resolución de 30 de noviembre de 2017, en el expediente C/0890/17, DISA/GESA, el Consejo de la CNMC, resolvió autorizar, de acuerdo con el artículo 57.2 b) de la LDC, la operación de concentración económica consistente en la adquisición de control exclusivo por parte de DISA PENINSULA, S.L.U. (DISA), a TORIMBIA S.A., de 9 sociedades dedicadas a la distribución minorista de combustibles de automoción, a través de 30 estaciones de servicio en las provincias de Alicante, Córdoba, Ciudad Real, Madrid, Málaga, Segovia y Sevilla (el "Negocio Objetivo"). Con fecha 1 de diciembre de 2017, le fue notificada a DISA la citada resolución (folio 1756 del expediente C/0890/17).
2. La autorización de la concentración se subordinó al cumplimiento de los compromisos presentados por DISA con fecha 27 de noviembre de 2017, y cuyo contenido fundamental se desarrolló en el apartado VIII del Informe Propuesta de la Dirección de Competencia contenido en dicha resolución del Consejo de la CNMC (folios 1675 a 1678 del expediente C/0890/17).

3. En dichos compromisos, DISA se comprometía a: (i) terminar anticipadamente los tres contratos de gestión de tres EESS del Negocio Objetivo propiedad de [operador 1]; (ii) terminar anticipadamente el contrato de gestión de la ES del Negocio Objetivo propiedad de [operador 2]; (iii) resolver lo antes posible los 25 contratos de abanderamiento con Repsol y con Cepsa; (iv) implantar una estructura de gestión comercial separada y autónoma, que mantenga la información comercial de las estaciones de servicio afectadas por los contratos de abanderamiento y gestión que no se hubieran podido resolver, desvinculada de la administración ordinaria de DISA y su negocio de distribución de combustibles líquidos y carburantes a través de estaciones de servicio; y (v) informar a la Dirección de Competencia de la terminación anticipada de los contratos de gestión y abanderamiento, en el mismo momento en que se vayan produciendo, y, en el caso del Responsable Independiente, facilitar a la Dirección de Competencia cualquier información relacionada con el desarrollo de los mecanismos de gestión separada.
4. En el marco del presente expediente, entre los meses de diciembre de 2017 y marzo de 2018, DISA ha aportado documentación con el fin de informar a la DC sobre el cumplimiento de los compromisos adoptados.
5. Con fecha 29 de octubre de 2018, la DC elevó su informe final de vigilancia de la resolución del Consejo de la CNMC de 30 de noviembre de 2017 recaída en el expediente C/0890/17, DISA/GESA, considerando que procede acordar la finalización del expediente de vigilancia VC/0890/17, DISA/GESA.
6. Es interesado DISA PENINSULA, S.L.U.
7. La Sala de Competencia deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 24 de enero de 2019.

II. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO EN EL EXPEDIENTE DE VIGILANCIA VC/0890/17, DISA/GESA.

La Dirección de Competencia, en su informe emitido el 29 de octubre de 2018, describe las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de vigilancia para verificar el cumplimiento de los compromisos dispuestos en la resolución de 30 de noviembre de 2017:

- Con fecha 12 de diciembre de 2017, tuvo entrada en la Dirección de Competencia un escrito de DISA por el que solicitaba la aprobación de D. R.A.B. como “Responsable Independiente” del Negocio Objetivo, a los efectos del cumplimiento del compromiso cuarto de la mencionada resolución del Consejo de la CNMC, adjuntándose el currículum vitae de éste (folios 4 a 7).
- Con fecha 13 de diciembre de 2017, la Dirección de Competencia solicitó determinada información a DISA, con el fin de evaluar la idoneidad de la persona propuesta por dicha empresa para ejercer la función de Responsable

Independiente (folios 8 a 10). Con fecha 14 de diciembre de 2017, se recibió la respuesta de DISA (folios 14 a 132).

- Con fecha 18 de diciembre de 2017, tuvo entrada en la Dirección de Competencia un escrito de DISA por el que solicitaba la aprobación de D. A.M.A. como Responsable Independiente, a los efectos del cumplimiento del compromiso cuarto de la mencionada resolución del Consejo de la CNMC, adjuntándose el currículum vitae de éste (folios 136 a 139).
- Con fecha 19 de diciembre de 2017, el Director de Competencia acordó la designación de D. A.M.A. como Responsable Independiente (folios 140 a 141).
- Con fecha 22 de diciembre de 2017, tuvo entrada en la Dirección de Competencia un escrito de DISA en el que se informaba a la Dirección de Competencia sobre los avances en relación con el cumplimiento de los compromisos primero, segundo y cuarto. El escrito venía acompañado de diversos documentos para acreditar lo anterior (folios 145 a 173).
- Con fecha 19 de enero de 2018, tuvo entrada en la Dirección de Competencia el primer informe mensual sobre el cumplimiento de los compromisos adquiridos y de la gestión del negocio objetivo en el periodo comprendido entre los días 19 de diciembre de 2017 al 18 de enero de 2018, referido a todas las Estaciones que componen el Grupo GESA (folios 176 a 219).
- Con fecha 23 de febrero de 2018, tuvo entrada en la Dirección de Competencia el segundo informe mensual sobre el cumplimiento de los compromisos adquiridos y de la gestión del negocio objetivo en el periodo comprendido entre los días 19 de enero y 19 de febrero de 2018, referido a todas las Estaciones que componen el Grupo GESA (folios 222 a 239).
- Con fecha 5 de marzo de 2018, el Responsable Independiente del Negocio Objetivo confirmó la extinción de los contratos de abastecimiento con Repsol y el cambio de imagen de Repsol a Shell en las estaciones de servicio citadas en el escrito de Repsol a GESA, de fecha 9 de febrero, incorporado en el segundo informe (folios 242 a 243).
- Con fecha 26 de marzo de 2018, tuvo entrada en la Dirección de Competencia el tercer y último informe mensual sobre el cumplimiento de los compromisos adquiridos y de la gestión del negocio objetivo en el periodo comprendido entre los días 20 de febrero y 24 de marzo de 2018, referido a todas las Estaciones que componen el Grupo GESA (folios 246 a 251). En él se confirma el cumplimiento de todos los compromisos presentados por DISA el 27 de noviembre de 2017, en el marco de la concentración C/0890/17 DISA / GESA.

- Con fecha 29 de junio de 2018 el Responsable Independiente del Negocio Objetivo envió a la Dirección de Competencia los documentos acreditativos de la resolución de los Contratos de Abanderamiento que Verdemar mantenía con Cepsa en las Estaciones de **[CONFIDENCIAL]** (folios 254 a 257).

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - Habilitación competencial

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que la CNMC *“vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

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 Competencia.

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 Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. – Valoración sobre el cumplimiento de los compromisos

Respecto a los compromisos acordados en la resolución de 30 de enero de 2017, la DC en su informe final de vigilancia recoge lo siguiente:

- 1. COMPROMISO PRIMERO. - Terminación anticipada de tres contratos del Negocio Objetivo con [operador 1]:** En cuanto al Compromiso Primero, por el cual DISA se comprometía a resolver, al día siguiente de la ejecución de la operación de concentración, los contratos de gestión por los que el Negocio Objetivo venía explotando tres estaciones de servicio propiedad de **[operador 1]** bajo la bandera de este operador, el 20 de diciembre se procedió a la devolución de dichas estaciones de servicio a **[operador 1]**. Para acreditar lo anterior, se adjuntó al escrito de 22 de diciembre de 2017 copia de la resolución contractual y entrega de las estaciones afectadas (folios 147 a 151). Por tanto, se observa el cumplimiento de este primer compromiso dentro del plazo previsto.
- 2. COMPROMISO SEGUNDO. - Terminación anticipada del contrato del Negocio Objetivo con [operador 2]:** El Compromiso Segundo obligaba a DISA a llevar a cabo, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de cierre de la operación

de concentración, alguna de las tres alternativas siguientes en relación con el contrato de gestión por el que el Negocio Objetivo venía explotando una estación de servicio propiedad de **[operador 2]** bajo la bandera de este operador: (a) la venta de la Estación a DISA, (b) el rescate de la gestión por parte de **[operador 2]**, o (c) el traspaso de la gestión a un tercero. En ese sentido, con fecha 3 de enero de 2018, **[operador 2]** tomó posesión de la mencionada estación de servicio, quedando resuelto anticipadamente el correspondiente contrato de gestión. En el primer informe mensual, remitido con fecha 19 de enero de 2018, DISA adjuntó como documentación acreditativa el acta de entrega a **[operador 2]** de la estación de servicio mencionada (folio 187). Por tanto, se observa el cumplimiento de este segundo compromiso dentro del plazo previsto.

3. COMPROMISO TERCERO. - Resolución anticipada de los contratos de abanderamiento: Por su parte, el Compromiso Tercero suponía que DISA se comprometía a realizar todas las acciones que se encontraran en su ámbito de disposición para que los 25 contratos de abanderamiento (uno de ellos doble) que mantiene con Repsol y con Cepsa se resolvieran a la mayor brevedad posible sin la fijación de un plazo concreto para la realización del mismo. Hasta ese momento, la adquirente debía mantener una gestión comercial separada y autónoma de esas estaciones de servicio, en línea con lo establecido en el Compromiso Cuarto.

En relación con dicho compromiso, en el primer informe de gestión remitido a la Dirección de Competencia se señaló que, el día 2 de enero de 2018, quedaron resueltos los Contratos de Abanderamiento que se mantenían con Cepsa en las Estaciones de **[CONFIDENCIAL]** (folios 177 a 178). Con fecha 29 de junio de 2018, se aportaron los documentos acreditativos de la resolución de dichos contratos (folios 255 a 257).

Asimismo, en el tercer y último informe mensual remitido a esta Dirección se informó sobre la resolución de los contratos de abanderamiento en exclusiva de 20 estaciones de servicio^{1,2} con fecha 28 de febrero de 2018, habiéndose iniciado asimismo en dicha fecha los trabajos de cambio de imagen de Repsol a Shell³ (folios 247 a 248).

Por último, con fecha 9 de marzo de 2018, se produjo el inicio de los trabajos de cambio de imagen de las últimas tres Estaciones de Servicio que tenían un contrato de abanderamiento con Repsol⁴. Los Contratos de Abanderamiento en

¹ Una de las citadas EESS es doble, por lo que se extinguen 20 contratos correspondientes a 21 EESS

² Las estaciones objeto del cambio de imagen y cuyo contrato de abanderamiento quedaba resuelto en esa fecha fueron las siguientes: **[CONFIDENCIAL]**.

³ Con fecha de 5 de marzo, mediante correo electrónico, el Responsable Independiente ya había adelantado a la Dirección de Competencia la extinción de los contratos citados con fecha 28 de febrero de 2018, si bien la redacción contiene erratas respecto al número de EESS cuyo contrato se extingue, quedando este hecho posteriormente aclarado en el tercer y último informe mensual de vigilancia remitido a esta Dirección.

⁴ **[CONFIDENCIAL]**

Exclusiva de estas tres Estaciones de **[CONFIDENCIAL]** quedaron resueltos con fecha 11 de marzo de 2018⁵ (folio 248).

Por tanto, el citado tercer y último informe mensual enviado a la Dirección de Competencia⁶, confirma la extinción de la totalidad de los contratos de abanderamientos de las 26 EESS del Negocio Objetivo, 25 EESS una de ellas doble, y el consiguiente cambio de imagen de las mismas, las cuales tienen bandera Shell y operan bajo los parámetros y políticas comerciales de esta marca, lo que supone el cumplimiento de este tercer compromiso en un plazo inferior a cuatro meses, lo que se considera compatible con la obligación de llevar a cabo lo anterior “a la mayor brevedad posible” (folio 1675 C/0890/17).

4. COMPROMISO CUARTO: Establecimiento de una administración comercial separada: El Compromiso Cuarto hacía referencia al establecimiento de una estructura de gestión comercial separada y autónoma, que mantuviera la información comercial de las estaciones de servicio afectadas por los contratos de abanderamiento y gestión que no se hubieran podido resolver, desvinculada de la administración ordinaria de DISA y su negocio de distribución de combustibles líquidos y carburantes a través de estaciones de servicio. A este respecto, en el tercer informe mensual, se resumen todas las actuaciones llevadas a cabo con objeto de dar cumplimiento a este compromiso (folios 248 a 249):

- La gestión ordinaria del Negocio Objetivo relativa a la distribución de combustibles líquidos y carburantes ha sido responsabilidad exclusiva de la Dirección de GESA, en concreto, de la persona designada como interlocutora para estos fines, Dña. C.D.R. La Dirección de GESA solo habría reportado a la persona designada y autorizada por la Dirección de Competencia como Responsable Independiente, D. A.M., sin que en ningún caso se hubiera podido inferir ningún aspecto relativo a políticas comerciales. Todo lo anterior sería compatible con lo establecido en la letra a) del Compromiso Cuarto.
- Con fecha 20 de diciembre de 2017, se enviaron cartas al personal del Grupo GESA comunicando la obligatoriedad de que todas las comunicaciones comerciales que tuvieran que hacer en el curso ordinario del negocio las enviaran a C.D., siendo ésta la encargada de su tramitación dentro del perímetro acordado. Dichas cartas se acompañaron de una nota informativa en la que se recordaban las pautas básicas de comportamiento en materia de defensa de la competencia para todo el

⁵ En el correo electrónico recogido en el folio 243 del expediente de referencia, se explica que el desfase entre la fecha de inicio de los trabajos de cambio de imagen y la de resolución de los contratos se debe a que la empresa encargada del cambio de imagen no trabaja en fin de semana.

⁶ En el segundo informe mensual se indicaba que “no se han producido hechos relevantes dignos de mención en este periodo más allá de la operativa ordinaria en la gestión del negocio de las EESS de Gesa que ha continuado sin incidencias ni cambios significativos”.

personal, en línea con lo establecido en la letra f) del Compromiso Cuarto (folios 199 a 204).

- Con fecha 20 de diciembre de 2017 se enviaron burofaxes a Repsol, Cepsa y Galp, conminándoles a que todas las comunicaciones que hasta ese momento hacían a las Estaciones de Servicio relativas a aspectos técnicos y/o comerciales se dirigieran única y exclusivamente a Dña. C.D. Además, se les pedía que evitasen escrupulosamente cualquier contenido comercial o promocional fuera del canal designado y, para su correcta eficacia, se les indicó que informaran de esta solicitud a todo el personal que se relacionaba hasta ese momento con el Grupo GESA (folios 207 a 219). Dichos burofaxes facilitarían el cumplimiento de la segunda obligación adicional de la letra f) del Compromiso Cuarto.
- En el ámbito de sus funciones, el Responsable Independiente ha resuelto preguntas y dudas que la Dirección de GESA le ha planteado, pudiendo señalarse las siguientes consultas:
 - o Consulta de fecha 29 de enero de 2018, en la que se planteó la posibilidad de que DISA se reuniese con GESA antes de la transmisión de las estaciones de servicio, con fines informativos (folios 224 y 236).
 - o Consulta de fecha 8 de febrero de 2018, relativa a temas de salud, seguridad y medio ambiente (folios 226 y 231).Dichas consultas han sido enviadas a la CNMC para su conocimiento y efectos. De este modo, se comprueba la adecuación, en este ámbito, de las actuaciones del Responsable independiente, conforme a lo establecido en el Compromiso Cuarto.
- Tal y como se consignó en la redacción del citado Compromiso Cuarto, como excepción a las funciones del Responsable Independiente, los servicios financieros de la Sociedad habrían tenido acceso a la información financiera del Negocio Objetivo de manera agregada y con periodicidad mensual⁷, entendiéndose que de la misma no se habría podido inferir ningún aspecto ni información relativa a la política comercial aplicada a la comercialización de carburantes.

5. COMPROMISO QUINTO. - Acreditación del cumplimiento de los compromisos y medidas de seguimiento: En este ámbito, DISA ha ido informando a la Dirección de Competencia de la terminación de los contratos de gestión y abanderamiento a medida que éstos se han ido produciendo, aportando

⁷ En el primer informe mensual (folio 178) se señala que DISA planteó la posibilidad de actualizar las previsiones de tesorería de forma semanal, algo que sin embargo fue rechazado por contravenir lo dispuesto en los compromisos.

la documentación contractual acreditativa de esta circunstancia. Adicionalmente, el Responsable independiente ha facilitado a esta Dirección, con periodicidad mensual, la documentación estipulada en el citado compromiso quinto, entre la que se encontrarían los informes relativos a la gestión del Negocio Objetivo, la correspondencia intercambiada con el gestor del Negocio Objetivo y la correspondencia intercambiada con Repsol o Cepsa en aplicación de los compromisos.

TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia

En su Informe Final de Vigilancia elevado a esta Sala el pasado 29 de octubre de 2018 la Dirección de Competencia considera que de la información aportada por DISA y por el Responsable Independiente del Negocio Objetivo, se desprende que se ha dado cumplimiento por DISA en los términos acordados por el Consejo de la CNMC en su resolución de 30 de noviembre de 2017, a los compromisos a los que quedó subordinada la autorización de la operación de concentración económica que dio origen al expediente C/0890/17 DISA/GESA, y por ello *“entiende que procede dar por finalizada la vigilancia, llevada a cabo bajo el número de referencia VC/0890/17, de la Resolución del Consejo de la CNMC de 30 de noviembre de 2017, dictada en el marco del expediente C/0890/17 DISA/GESA”*.

Vista la propuesta de la DC, la Sala de Competencia entiende que procede dar por finalizada la vigilancia llevada a cabo en el expediente VC/0890/17, DISA/GESA, de la resolución del Consejo de la CNMC de 30 de noviembre de 2017, dictada en el marco del expediente C/0890/17, DISA/GESA.

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

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que DISA PENINSULA, S.L.U. ha dado cumplimiento a los compromisos aprobados en la resolución dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 30 de noviembre de 2017.

SEGUNDO. - Declarar el cierre de la vigilancia del cumplimiento de la resolución de 30 de noviembre de 2017 recaída en el expediente VC/0890/17, DISA/GESA.

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