

RESOLUCIÓN

Expte. SNC/DC/011/21, DISA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 25 de mayo de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente SNC/DC/011/21, DISA, incoado por la Dirección de Competencia (**DC**) de la CNMC contra DISA CORPORACION PETROLIFERA S.A. por incumplimiento de Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 25 de marzo de 2013 (expediente C/0468/12 DISA/SHELL/SAE/JV).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

- (1) Por Resolución de 25 de marzo de 2013, en aplicación del artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia autorizó, en segunda fase, la operación de concentración consistente en la adquisición, por parte de DISA CORPORACION PETROLIFERA S.A. (en adelante, DISA), del control conjunto sobre SHELL AVIATION ESPAÑA S.L. (en adelante, SAE), propiedad de SHELL ESPAÑA (en adelante, SESA), perteneciente al GRUPO SHELL (en adelante, SHELL), mediante la adquisición del 50% de sus acciones¹.
- (2) La operación quedó subordinada al cumplimiento de siete compromisos. Los tres primeros, relativos al mercado de almacenamiento de combustibles de aviación en las Islas Canarias y el séptimo, relacionado

¹ La mencionada resolución no fue objeto de recurso contencioso administrativo.

con el mercado de los servicios *into-plane*, se dieron por cumplidos por Resolución dictada por el Consejo de la CNMC de 3 de noviembre de 2016 (VC/0468/12).

- (3) En la actualidad, y de acuerdo con la mencionada Resolución de 3 de noviembre de 2016, están en vigor tres compromisos objeto de cumplimiento, relacionados con el mercado de transporte marítimo inter-insular de querosenos, en el que Distribuidora Marítima Petrogás S.L.U. (en adelante, DIMA), filial de DISA, cuenta con una flota completa de buques con las características necesarias para el transporte entre las islas de combustible de aviación.
- (4) Las actuaciones de vigilancia llevadas a cabo por la DC se circunscriben a la supervisión de los compromisos adoptados por la Resolución de 25 de marzo de 2013 y, en particular, tras la Resolución de 3 de noviembre de 2016, a los compromisos 4º, 5º y 6º.
- (5) Como consecuencia de dichas actuaciones, la DC remitió a DISA una Propuesta de informe parcial, con fecha 1 de junio de 2020, recibiendo, con fecha 2 de julio de 2020, escrito de alegaciones de DISA.
- (6) Con fecha de 24 de septiembre de 2020, se elevó el Informe parcial de vigilancia al Consejo de la CNMC, proponiendo que declarara la existencia de indicios de incumplimiento, por parte de DISA, de los compromisos 4º, 5º y 6º, aprobados en la Resolución de 25 de marzo de 2013.
- (7) Finalmente, con fecha de 9 de diciembre de 2020, el Consejo de la CNMC resolvió:

“PRIMERO. - *Declarar que existen indicios de incumplimiento por parte de DISA CORPORACION PETROLIFERA S.A. de los compromisos 4º, 5º y 6º, en relación al mercado de transporte marítimo (inter-islas) de combustibles de aviación, recogidos en la resolución del Consejo de la CNC de 25 de marzo de 2013 recaída en el expediente C/0468/12, DISA/SHELL/SAE/JV, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Tercero.*

SEGUNDO. - *Interesar de la DC la incoación de expediente sancionador por los indicios de incumplimiento señalados en el apartado anterior.”*

- (8) A la vista de lo anterior, la DC acordó, con fecha de 26 de febrero de 2021, incoar expediente sancionador contra DISA, por posible incumplimiento de la Resolución de 25 de marzo de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 de la LDC y en el artículo 64 de la Ley 39/2015.
- (9) El acuerdo de incoación indica expresamente que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64.2.d) de la Ley 39/2015, el presunto responsable tiene la posibilidad de reconocer voluntariamente su responsabilidad con los efectos previstos en el artículo 85 de la Ley 39/2015, aplicándose al infractor, de concurrir los requisitos para ello, las correspondientes reducciones en las sanciones pecuniarias contempladas en el citado precepto por reconocimiento de responsabilidad y por pago

voluntario, que serán acordadas sobre el importe de la sanción propuesta por el órgano competente para resolver el presente procedimiento.

- (10) Con fecha 1 de marzo de 2021, se remitió solicitud de información a DISA solicitando el volumen de negocios del mercado del transporte marítimo inter-insular de querosenos entre las Islas Canarias, desde el abril de 2013 hasta la actualidad desglosado por meses y años, y el importe neto de la cifra de negocios consolidado de DISA recogido en las cuentas anuales aprobadas del ejercicio 2020. Dicha respuesta ha sido recibida con fecha 24 de marzo de 2021.
- (11) Con fecha 1 de marzo de 2021, la DC acordó la incorporación al expediente determinada información del expediente de vigilancia VC/0468/12.
- (12) Con fecha 8 de marzo de 2021, DISA solicitó el levantamiento de la confidencialidad de determinada información incorporada del VC/0468/12 que había sido aportada por terceros y, con fecha 9 de marzo, DISA solicitó que se suspendiera el plazo para presentar alegaciones hasta que pudiera tener acceso a dicha información.
- (13) Con fecha 12 de marzo de 2021, la DC acordó el levantamiento de la confidencialidad de determinada información aportada en el marco del expediente de vigilancia VC/0468/12, lo que fue notificado a DISA. En particular, se trataba de documentación relativa a las relaciones contractuales entre DISA y otros operadores y, por lo tanto, datos que ya estaban en poder de DISA, pero que habían sido incorporados como confidenciales, a pesar de no tener tal carácter para DISA. Asimismo, se adjuntó nueva vista del expediente, incluyendo la información cuya confidencialidad había sido levantada, y se concedió nuevo plazo improrrogable de 15 días para formular alegaciones.
- (14) Con fecha 7 de abril de 2021, se recibieron las alegaciones de DISA al acuerdo de incoación de 26 de febrero de 2021.
- (15) El 21 de abril de 2021 la DC formuló propuesta de resolución proponiendo imponer a DISA una multa por importe de 1.200.000 euros por la infracción muy grave prevista en el artículo 62.4.c) de la LDC, consistente en el incumplimiento de los compromisos 4º, 5º y 6º aprobados en la Resolución de 25 de marzo de 2013 y confirmados y prorrogados mediante Resolución de 3 de noviembre de 2016.
- (16) El 12 de mayo de 2021 se han recibido las alegaciones de DISA a la propuesta de resolución. Por medio de estas alegaciones, DISA solicita a la Sala de Competencia que *“establezca que no se ha producido ningún incumplimiento de la Resolución de 25 de marzo de 2013 en el sentido del artículo 62.4.c) LDC”*. DISA añade que, *“Con carácter subsidiario, se solicita que se tengan en cuenta los distintos elementos a los que se ha hecho referencia de cara a calcular el importe de la sanción”*.

- (17) La Sala de Supervisión Regulatoria ha emitido informe, en el marco de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y en el artículo 14.2 del Estatuto Orgánico de la CNMC.
- (18) La Sala de Competencia ha aprobado esta resolución en su sesión de 25 de mayo de 2021.

II. LAS PARTES

DISA CORPORACION PETROLIFERA S.A. es la cabecera de un grupo de empresas dedicadas a actividades relacionadas con la industria petrolera en España. Sus principales actividades son la distribución y comercialización mayorista y minorista de combustibles y gases licuados del petróleo y la prestación de servicios de almacenamiento y transporte de combustibles. Realiza sus actividades principalmente en las Islas Canarias, aunque dispone también de una red de EE.SS. en la Península.

DISA es el único operador que dispone de una flota completa de buques con las características necesarias para el transporte entre las islas de productos petrolíferos, incluyendo el combustible de aviación, a través de su filial DIMA.

Tras la Resolución de 25 de marzo de 2013, SAE, que comprende el negocio actual de suministro de combustible de aviación de SHELL, pasó a ser una empresa en participación con plenas funciones, controlada conjuntamente por DISA y SHELL.

III. HECHOS ACREDITADOS

Los Hechos Acreditados que se exponen a continuación resultan de las actuaciones seguidas para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos contenidos en la Resolución por la que se autorizó la concentración C/0468/12 y, en particular, de la información recabada de DISA y de la aportada por REPSOL, CEPSA y BP, así como en las capturas de información efectuadas en la web de DIMA.

Primero. COMPROMISOS 4º, 5º Y 6º, APROBADOS POR LA RESOLUCIÓN DE 25 DE MARZO DE 2013 Y PRORROGADOS POR LA RESOLUCIÓN DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016.

La operación de concentración entre DISA y SAE quedó subordinada al cumplimiento de siete compromisos. Los tres primeros, relativos al mercado de almacenamiento de combustibles de aviación en las Islas Canarias, y el séptimo, relacionado con el mercado de los servicios *into-plane*, se dieron por cumplidos por Resolución de 3 de noviembre de 2016.

Dicha Resolución resolvió, asimismo, prorrogar hasta el 7 de junio de 2017 los compromisos 4º, 5º y 6º (concernientes al servicio de transporte marítimo inter-islas de combustible de aviación). Ello tenía por objeto *“garantizar que el acceso, por parte de los competidores de SAE, al servicio de transporte marítimo de combustible de aviación entre las islas canarias, prestado exclusivamente por*

*DIMA, se realiza en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias*². Al respecto, se consideró que este servicio era *“imprescindible para el suministro de combustibles de aviación a los aeropuertos canarios y que la regulación sectorial no contempla una obligación de acceso de terceros como ocurría con el caso de las instalaciones fijas de transporte y almacenamiento”*³.

Asimismo, se estableció que dicha prórroga sería *“renovable tácitamente por periodos anuales, si las circunstancias del mercado afectado (transporte marítimo de querosenos entre islas) no se modificasen. Quedando DISA obligada a poner en conocimiento de la Dirección de Competencia, para su valoración, cualquier cambio sustancial en el mercado del transporte marítimo de querosenos entre islas que pueda incidir en la continuidad o modificación de los compromisos que la afectan”*⁴. (énfasis añadido).

Tras la citada Resolución de 2016, al no producirse ninguna modificación sustancial en el mercado de transporte marítimo entre las Islas Canarias ni ser comunicado ningún cambio al respecto por parte de DISA⁵, los compromisos 4^o, 5^o y 6^o han continuado vigentes.

En particular, el tenor literal de los **compromisos 4^o, 5^o y 6^o** es el siguiente:

“[...] 4. DISA publicará en su página web, en el plazo máximo de tres meses desde la resolución que ponga fin al presente procedimiento o, en su caso, desde la aprobación del plan de actuaciones, la siguiente información:

1. la metodología de tarifas aplicada con un grado de desagregación suficiente que permita identificar, entre otros, si los hubiere, los “falsos fletes” (entendiéndose por tales los que constituyen una compensación por perjuicios que se paga al armador cuando el fletador no proporciona

² Dispositivo *Tercero* de la Resolución de 3 de noviembre de 2016 (que obra en los folios 388 a 401).

³ Ídem.

⁴ Dispositivo *Cuarto* de la Resolución de 3 de noviembre de 2016.

⁵ Con fechas de 25 de septiembre de 2019 y 14 de febrero de 2020, en las respuestas de DISA a los requerimientos de información efectuados por la DC en el marco de la vigilancia de la operación de concentración, ante la detección de posibles indicios de un posible incumplimiento de los compromisos, DISA solicitó por primera vez a la DC que se replantease la idoneidad de los compromisos 4^o, 5^o y 6^o, por los cambios que se habían producido en la logística del combustible de aviación. En particular, DISA ha destacado que:

- DIMA prestaba sus servicios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias
- Que las importaciones directas de otros operadores demostraban que existían alternativas a DIMA como transportista marítimo.
- Posibles cambios en el mercado del transporte y logística del combustible de aviación civil debido a las futuras adjudicaciones de almacenamiento y suministro de combustibles en los aeropuertos de las Islas Canarias.

En sus alegaciones, de 2 de julio de 2020, a la Propuesta de informe parcial de vigilancia, DISA de nuevo solicitaba que se le eximiera del cumplimiento de los mismos.

la carga en la proporción prevista, lo que obliga a este último al pago del flete por la cantidad);

2. los descuentos aplicados;

3. los complementos tarifarios (complemento por cierre de puerto y compensación por variación de precio de combustible);

4. el sistema de acceso de terceros de los servicios de transporte interinsular (procedimiento previsto para solicitar capacidad, contratos tipo, criterio de asignación capacidad etc.);

5. el Plan anual de inversiones; y

6. la capacidad de llenado de los tanques de carga y utilizada.

5. En caso de que se modifiquen, DISA actualizará en su página web las condiciones de acceso a las que se refiere el compromiso 4°.

6. DISA reportará periódicamente información a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones en relación con los siguientes extremos:

a. DISA remitirá a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones todas las peticiones de prestación del servicio marítimo inter-islas que se les soliciten, tanto las formalizadas como las no formalizadas.

b. DISA remitirá en formato electrónico a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones, para cada uno de los trayectos realizados, y desagregados por producto y propietario (con detalle de las fechas exactas en las que estos trayectos se realizan), la siguiente información: trayectos de los buques, puerto de carga, puerto de descarga, duración media de los trayectos, y programaciones; así como otras informaciones relativas de los buques empleados para realizar el transporte marítimo: tonelaje, capacidad de llenado de los tanques de carga y utilizada, régimen de propiedad (propios o en régimen "time-charter"), y productos que albergan (ligeros o pesados).

c. Congestionés físicas y contractuales registradas: DISA notificará a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones, de forma inmediata, y en todo caso en un plazo no superior a 7 días hábiles, cualquier denegación de acceso que se hubiera producido en la prestación del servicio de transporte marítimo Inter-islas, especificando el motivo de la denegación de acceso. Cuando DISA deniegue una petición de prestación del servicio logístico, informará formalmente al solicitante que puede notificar esta denegación a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones.

d. Ampliaciones de flota, mejoras y cambios previstos: DISA informará a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones en todo caso en un plazo no superior a 15 días hábiles.”

El resuelve segundo de la Resolución de 25 de marzo de 2013 concedía un plazo de 20 días para que DISA presentara un **Plan Detallado de Actuaciones** para la instrumentación de los compromisos.

Dentro de dicho plazo, DISA presentó un Plan de Actuaciones⁶, que fue aprobado por Acuerdo de la entonces Directora de Investigación de 7 de junio de 2013⁷.

En relación a los compromisos 4º, 5º y 6º, el mencionado Plan establecía, específicamente, lo siguiente:

- A efectos del cumplimiento del compromiso 4º, establecía la obligación de publicar en su página web en el plazo de tres meses desde la aprobación del Plan de Actuaciones propuesto, la siguiente información:
 - a) La oferta de servicios de transporte marítimo interinsular, donde se publicarán los buques para el servicio de transporte interinsular con sus características publicadas en el apartado “flota” y las capacidades máximas de llenado de sus tanques de carga, capacidad utilizada y volumen transportable por tipo de productos.
 - b) Los itinerarios de los servicios ofrecidos, y la duración media del trayecto.
 - c) La metodología de las tarifas aplicadas que se estructura en fletes y complementos tarifarios (regulación de fletes por variación de precio del combustible y compensación por cierre de puerto). La tarifa de fletes publicada contempla como puerto de carga en de Santa Cruz de Tenerife. Asimismo, establece que si los buques realizasen la carga en el Puerto de Salinetas o en el Puerto de La Luz (ambos en la isla de Gran Canaria) y el destino fuese cualquiera de las Islas Occidentales (La Palma, Gomera, El Hierro), se aplicará un recargo del 50% a las tarifas anteriormente expresadas.
 - d) Los descuentos aplicados en función de la cantidad anual de transporte contratado. En este primer plan se notificaron 3 descuentos, en función de las toneladas transportadas desde 13,5% a partir de 200.000 hasta 250.0000, 20,5 % de 250.000 hasta 300.000 y un descuento máximo del 27, 5 % sobre la tarifa general a partir de 300.000⁸.

⁶ Se aportó un primer Plan de Actuaciones con fecha de 9 de mayo de 2013, que fue subsanado con un segundo Plan de Actuaciones, aportado con fecha 31 de mayo de 2013.

⁷ Folios 331-385.

⁸ Este último descuento ya no aparece en la web de DIMA, solo figuran los dos primeros.

- e) Los complementos tarifarios. En particular señalaba que los contratos de transporte firmados por DIMA con las compañías clientes recogerían como complementos tarifarios, los siguientes:
 - e.1. Regularización de Fletes por variación del precio de combustible.
 - e.2. Compensación por cierre de puerto
 - f) El sistema de acceso de terceros al transporte inter-insular, en el que se establece un criterio de asignación de capacidad por estricto orden cronológico, en caso de que DISA recibiera solicitudes de clientes que excedieran su capacidad total máxima transportable.
 - g) Plan Anual de Inversiones que vayan a implementarse en el año en curso, que debe ser publicado dentro de los primeros tres meses de cada año.
- A efectos del cumplimiento del compromiso 5º, DISA actualizaría la página web en un plazo máximo de 10 días, desde que se produjera una modificación en las condiciones de acceso previstas en el compromiso 4º.
 - Finalmente, a efectos del cumplimiento del compromiso 6º, establecía que sería la extinta Comisión Nacional de Energía, actual Dirección de Energía de la CNMC, a la que DISA reportaría, periódicamente, la siguiente información: las peticiones de prestación del servicio de transporte marítimo inter-islas de combustibles de aviación que soliciten terceros, tanto las formalizadas como las no formalizadas; los trayectos de transporte marítimo interinsular de combustibles de aviación realizados por DIMA en las Islas Canarias; congestiones físicas y contractuales registradas y los cambios y mejoras que se produzcan en la flota. Asimismo, se establecía que el regulador debía elaborar, con esta información, un informe trimestral de seguimiento de cumplimiento de los compromisos.

En definitiva, los compromisos 4º, 5º y 6º determinan que DISA, desde la Resolución de 25 de marzo de 2013, quedaba obligada, en primer lugar, a la publicación en su página web de la información anteriormente especificada y a mantener actualizada la misma y, en segundo término, a reportar periódicamente a la Dirección de Energía la concreta información antes mencionada. Tras el IPV del año 2016 esta obligación se renovaba tácitamente por periodos anuales mientras las circunstancias del mercado no se modificasen, quedando DISA obligada a poner en conocimiento de la DC cualquier cambio que pudiera incidir en la continuidad o modificación de dichos compromisos.

Segundo. INFORMACIÓN PUBLICADA POR DIMA EN SU PÁGINA WEB.

En la página web de DIMA (<http://www.Petrogas.es/>), en la pestaña denominada “Transporte ATK”, se publicó información relativa al compromiso 4º, y que debía ser actualizada en cumplimiento del compromiso 5º.

En concreto, dicha pestaña se desglosa, a su vez, en nueve pestañas en las que se especifican datos sobre el transporte interinsular de combustibles de aviación en las islas. La información que contenía dicha página web era la siguiente⁹:

- Oferta de servicio: en la que se recogen los barcos disponibles para la prestación de servicio (que, hasta 2020, eran dos), así como su capacidad de llenado: el Mencey (7.332 m³) y el Dácil (8.347m³)¹⁰.
- Itinerario de servicio: en el que se recogen los distintos itinerarios y la duración media del trayecto¹¹.
- Metodología de tarifas aplicada: Como puede apreciarse en la Imagen 1 esta se divide en fletes para los que se aplica una Tarifa General¹², que contempla, como puerto de carga, el de Santa Cruz de Tenerife y si los buques realizasen la carga en el puerto de Salinetas o en el puerto de La Luz (Las Palmas de Gran Canaria) y el destino fuese cualquiera de las Islas Occidentales (La Palma, Gomera, El Hierro), se aplicaba un recargo 1,23 € a dichas tarifas. Asimismo, DIMA afirma que no factura falsos fletes¹³.

Tarifa General de Fletes publicada por DIMA en su web:

TARIFA GENERAL DE FLETES ATK/JP8

DESTINO	SALINETAS	ARRECIFE	P.ROSARIO	LA PALMA	LA TEJITA	GANDO
€/t	12,59	21,46	21,46	18,86	9,90	12,59

Esta tarifa general de fletes contempla como puerto de carga el de Santa Cruz de Tenerife. Si los buques realizasen la carga en el puerto de Salinetas o en el puerto de La Luz (Las Palmas de Gran Canaria) y el destino fuese cualquiera de las Islas Occidentales (La Palma, Gomera, El Hierro), se aplicará un recargo 1,23 € a las tarifas anteriormente expresadas.

La tarifa incluye todo tipo de gastos por servicios portuarios.

Petrogás no factura "falsos fletes", entendiéndose por tales los que constituyen una compensación por perjuicios que se pagan al armador cuando el fletador no proporciona la carga en la proporción prevista, lo que obliga a éste último al pago del flete por la cantidad.

Imagen 1: Tarifas en fletes ATK publicada en la web de DISA. Fuente: <http://www.petrogas.es/TransporteATK/Metodologias.aspx>, según captura efectuada el 12 de diciembre de 2019 (folio 1150 del expediente).

⁹ V. capturas de pantalla de la página web de DIMA de 12 de diciembre de 2019 (Folios 1148-1155).

¹⁰ En el año 2021, esta pestaña ha sido actualizada y, en la actualidad, DIMA solamente ofrece un barco el Mencey. DIMA comunicó a la Dirección de Energía este cambio a principios del año 2021 informando, asimismo, de que la reducción de flota se debía al acusado descenso de los volúmenes de ATK en el transporte interinsular, con caídas superiores al [CONFIDENCIAL] % en 2020 respecto a 2021 y superiores al [CONFIDENCIAL] % en el período abril-diciembre.

¹¹ Esta pestaña no ha sido modificada a la conclusión de la instrucción de este procedimiento.

¹² Las actuales tarifas están vigentes desde el 1 de enero de 2017.

¹³ Tras la notificación de la Propuesta de informe parcial de vigilancia a DISA de fecha 1 de junio de 2020, DIMA procedió a modificar las tarifas publicadas en su web, con el fin de recoger el recargo compensatorio de los costes suplementarios en que incurre cuando carga desde TTCC: "Para cargas a realizar en la instalación de Terminales Canarios del puerto de Santa Cruz de Tenerife se aplicará un recargo de 11.785,73 €".

- Descuentos: En la imagen 2 se especifican los descuentos a aplicar por cantidad anual transportada: Hasta 200.000 toneladas no hay descuento, entre 200.001 y 700.000 toneladas, un 8% y más de 700.000 toneladas, un 20%¹⁴.

Descuentos publicados por DIMA en su web:

CANTIDAD TRANSPORTADA (expresado en t)	DESCUENTO (%)
Hasta 200.000	-
Entre 200.001 y 700.000, desde la 1ª unidad	8%
Más de 700.000, desde la 1º unidad	20%

Imagen 2: Descuentos en fletes ATK publicada en la web de DIMA. Fuente: <http://www.petrogas.es/TransporteATK/Descuentos.aspx>, según captura efectuada el 12 de diciembre de 2019 (folio 1151 del expediente)

- Complementos Tarifarios: recoge como único complemento tarifario, la regularización de los fletes por variación del precio del combustible. Se especifica que: *“para el presente año, los fletes están basados en la media de la cotización de CEPESA búnker del IFO 380 LS en Las Palmas. El nivel de referencia será de 492 €/t. La variación del precio del búnker se hará mensualmente en la base a dicha cotización”*. Además, se indica que: *“no existirá un ajuste de los fletes por búnker cuando la cotización esté entre 433 y 551 €/t ambos incluidos. Cuando dicha cotización esté por encima o por debajo de dicho rango, se aplicará un aumento o reducción del flete en 0,004453 €/t por cada euro de variación de cotización”*.

No obstante, tras la notificación de la Propuesta de informe parcial de vigilancia a DISA, DIMA modificó esta pestaña, con el fin de recoger el complemento tarifario en los mismos términos en los que está regulado en el Adendum que firmaron DIMA y CEPESA en enero de 2020 al Contrato de prestación de servicios de transporte marítimo: *“Para el presente año los fletes están basados en un precio de bunker de 270,91 €/t. No existirá un ajuste de fletes por búnker cuando la cotización esté entre DOSCIENTOS VEINTIUNO EUROS POR TONELADA (221 €/t) y TRESCIENTOS VEINTE EUROS POR TONELADA (320 €/t) ambos incluidos. Cuando dicha cotización esté por encima o por debajo de dicho rango, se aplicará un aumento o reducción del flete de 0,0065 €/t por cada euro de variación de la cotización.”*

- Procedimiento de solicitud de transporte: se establece el procedimiento que deben seguir aquellas compañías que deseen contratar los servicios de transporte marítimo interinsular de DIMA. En primer lugar, se especifican los medios para ponerse en contacto con el Departamento de

¹⁴ Esta pestaña no ha sufrido modificaciones a la conclusión de la instrucción del procedimiento.

Tráfico de DIMA (fax, correo electrónico, página web) y la información que debe aportar. A continuación, el cliente deberá formalizar la solicitud de transporte de acuerdo al formulario contenido en la propia web. En el plazo máximo de 72 horas, el Departamento contestará vía online al cliente. Confirmada la aceptación, deberá ser formalizado el contrato de transporte conforme al modelo estandarizado¹⁵.

- Solicitud de transporte: se recoge el formulario online para que el solicitante de transporte complete con sus datos específicos¹⁶.
- Plan anual de inversiones: solamente se menciona que, para el año 2014, DIMA no tuvo plan anual de inversiones presupuestadas que afectara a la capacidad de transporte marítimo interinsular de ATK/JP8¹⁷ en las islas Canarias¹⁸.
- Contrato de transporte: se recoge el modelo de contrato¹⁹.

Dicha información ha constado en la web mencionada hasta el año 2020, siendo modificada y actualizada por DISA, en algunos extremos, tras la notificación de la Propuesta de informe parcial de vigilancia que tuvo lugar el 1 de junio de 2020.

Tercero. INFORMACIÓN REPORTADA POR DISA A LA DIRECCIÓN DE ENERGÍA.

Como se ha mencionado, conforme al Plan de Actuaciones aprobado el 7 de junio de 2013, la Dirección de Energía de la CNMC (y previamente la extinta CNE) es la entidad a la que DISA remite periódicamente la información requerida en el compromiso 6º, esto es:

- todas las peticiones de transporte inter-islas, tanto las formalizadas como las no formalizadas;
- los transportes finalmente efectuados desagregados por producto y propietario (con detalle de las fechas exactas en las que estos trayectos se realizan). Además, debía especificar los trayectos de los buques,

¹⁵ Esta pestaña no ha sufrido modificaciones a fecha de la finalización de la instrucción del procedimiento.

¹⁶ Esta pestaña no ha sido modificada a fecha de la finalización de la instrucción de procedimiento.

¹⁷ El ATK (Aviation Turbine Kerosene) o también denominado Jet A-1 es el queroseno de uso civil. El JP-8 (Jet Propulsion) es el queroseno de usos militares. El JP-8 se obtiene a partir del Jet A-1, añadiendo los aditivos correspondientes.

¹⁸ Tras la notificación de la Propuesta de informe parcial de vigilancia a DISA el 1 de junio de 2020, DIMA actualizó la página web en dicho apartado específico referido a las inversiones al año 2020: *"Para el año 2020, Petrogás no tiene Plan anual de inversiones presupuestadas que afecte a la capacidad de transporte marítimo interinsular de ATK/JP8 en las Islas Canarias"*. En el año 2021 ha vuelto a actualizar dicha pestaña con las inversiones de 2021: *"Para el año 2021, Petrogás no tiene Plan anual de inversiones presupuestadas que afecte a la capacidad de transporte marítimo interinsular de ATK/JP8 en las Islas Canarias"*. V. <http://www.petrogas.es/TransporteATK/Planinversiones.aspx>

¹⁹ Sin modificaciones a la conclusión de la instrucción del procedimiento.

puerto de carga, puerto de descarga, duración media de los trayectos, y programaciones; así como otras informaciones relativas de los buques empleados para realizar el transporte marítimo: tonelaje, capacidad de llenado de los tanques de carga y utilizada, régimen de propiedad (propios o en régimen "time-charter"), y productos que albergan (ligeros o pesados);

- las congestiones físicas y contractuales que puedan producirse en la prestación de sus servicios, así como las ampliaciones, mejoras y cambios previstos en sus instalaciones;
- cualquier caso de denegación de acceso en la prestación del servicio de transporte marítimo inter-islas, en un plazo no superior a 7 días hábiles, especificando el motivo de la denegación de acceso²⁰;

Esta información es remitida por DISA mensualmente (tal y como indica el Plan de Actuaciones; folio 342), sin perjuicio de que, como se ha indicado, las denegaciones hayan de ser reportadas en un plazo no superior a siete días hábiles. Con esta información, y mediante el seguimiento de su página web²¹, la Dirección de Energía de la CNMC realiza los correspondientes informes de seguimiento de los compromisos, que remite a la DC de la CNMC. Estos informes fueron remitidos, primero, con periodicidad trimestral y, desde el 19 de octubre de 2017 por acuerdo de la Dirección de Competencia²², con periodicidad semestral²³.

De los informes remitidos por la Dirección de Energía desde la fecha de la resolución hasta el último informe de 22 de enero de 2021, referente al segundo semestre de 2020, se deriva la información que, a continuación, se expone por periodos temporales, haciendo especial mención a los años 2019-2020, en los que empezaron a producirse solicitudes de transporte por parte de operadores distintos a de CEPSA COMERCIAL PETROLEO, S.A.U. (en adelante CEPSA),

Periodo de marzo de 2013 hasta diciembre 2018

De la información aportada por la Dirección de Energía en todos sus informes, hasta el informe referente al periodo julio/diciembre 2018, se puede concluir que DIMA, tal y como sucedía hasta el momento de la operación de concentración,

²⁰ Asimismo, para estos supuestos, DIMA informa, en su página web, al solicitante que puede notificar esta denegación a la CNMC o a la Dirección de Energía (<http://www.petrogas.es/TransporteATK/ProcedimientoSolicitudTransporte.aspxen>).

²¹ DISA debía seguir publicando, según el compromiso 4º y 5º, en su página web, su oferta de servicios de transporte marítimo interinsular, los itinerarios, la metodología de tarifas aplicada (incluyendo descuentos y complementos tarifarios), el sistema de acceso de terceros a los servicios y el plan anual de inversiones.

²² Por Acuerdo del Director de Competencia de esa fecha, se solicitó a la Dirección de Energía que los informes fueran remitidos con carácter semestral.

²³ No obstante, a petición de la DC y debido a las particularidades observadas en el mercado, en el segundo semestre de 2019, la Dirección de Energía emitió de nuevo informes trimestrales. En 2020, volvieron a emitirse con carácter semestral.

solo transportó queroseno de CEPSA. Esta fue la única compañía que solicitó sus servicios de transporte, sin que se destacara ninguna incidencia en el servicio prestado por DISA.

Periodo enero-junio 2019

En el informe aportado por la Dirección de Energía, referente al periodo enero/junio 2019²⁴, se ponía de manifiesto que, además de los servicios de transporte que venían siendo requeridos de manera habitual durante toda la vigencia de los compromisos por CEPSA, por primera vez desde que se iniciara el seguimiento de los presentes compromisos, DIMA realizó un transporte para otra compañía distinta a CEPSA. En concreto, transportó [CONFIDENCIAL] toneladas de queroseno de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A (en adelante REPSOL), a principios de junio de 2019, desde las instalaciones de TERMINALES CANARIOS (TTCC)²⁵, en Tenerife, hasta la isla de Fuerteventura. Asimismo, se señalaba que DIMA no había recibido peticiones de acceso de servicio de transporte de querosenos en las Islas Canarias de ninguna otra compañía diferente de las anteriormente referidas (CEPSA y REPSOL) –folios 899 y 900 del expediente-.

En relación a REPSOL, el informe de la Dirección de Energía recoge que llevaba años presente en la comercialización de querosenos en las Islas Canarias, en concreto en Tenerife y Gran Canaria, donde hacía uso de los servicios logísticos prestados por su participada TTCC, no dependiendo en ningún momento de DIMA (pues compraba a CEPSA o realizaba importaciones directas). No obstante, señalaba la Dirección de Energía, REPSOL había iniciado la comercialización de querosenos en la isla de Fuerteventura, motivada por la designación en abril de 2019 de TTCC como nuevo agente de puesta a bordo en el aeropuerto de esa isla.

El informe de la Dirección de Energía reflejaba que DISA no informó de ninguna solicitud de servicio de transporte, ni formalizada ni sin formalizar, distintas a las ya mencionadas de CEPSA y de REPSOL, ni de ninguna congestión física, señalando que *“durante el periodo analizado, la naviera DIMA dispuso de capacidad suficiente en su flota para atender trayectos de mayor volumen, no existiendo en ningún caso sobrecontrataciones de capacidad”*.

Finalmente, en este informe, la Dirección de Energía mencionaba que, si bien DIMA había contado hasta ese momento con tres buques para el transporte de combustibles de aviación²⁶, desde marzo de 2019, contaba únicamente con dos,

²⁴ Folios 889-909.

²⁵ Empresa constituida en 1.993, dedicada a la prestación de servicios logísticos de recepción, almacenamiento y suministro de combustibles y lubricantes en las Islas Canarias. Está participada al 50% por REPSOL y BP OIL ESPAÑA, S.A.U.

²⁶ Buques Dácil, Mencey y Nivaria.

por lo que las posibilidades de poder atender peticiones adicionales a las habituales se podrían ver acotadas²⁷.

Periodo julio-diciembre 2019

En los informes remitidos a la Dirección de Competencia por la Dirección de Energía correspondientes a este periodo²⁸, se volvía a poner de manifiesto que DIMA continuaba con la reducción de flota y daba servicio de transporte de queroseno solo con dos buques (Dácil y Mencey)²⁹, disminuyendo su capacidad a aproximadamente 3.000 m³. No obstante, señalaba que, durante este periodo, DIMA dispuso de capacidad suficiente para atender trayectos de mayor volumen (ya que el porcentaje de llenado del buque no alcanzó su capacidad máxima), no existiendo en ningún caso sobrecontrataciones de capacidad (folios 920 y 978 del expediente).

Se informó de que DIMA transportó producto de CEPSA, como ha venido siendo habitual desde el inicio de los compromisos.

Adicionalmente, se informaba que DIMA había realizado trayectos para otras compañías: BP y REPSOL. En concreto, transportó:

- [CONFIDENCIAL] toneladas de queroseno de BP, cargadas el 30 de agosto de 2019, con origen en las instalaciones de TTCC en Tenerife y destino Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de queroseno de REPSOL, cargadas el 23 de septiembre de 2019. El origen de ambos trayectos fue las instalaciones de TTCC en Tenerife y el destino Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de queroseno de REPSOL, cargadas el 18 de octubre de 2019, desde la instalación de TTCC en Tenerife hasta Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de querosenos de REPSOL, cargadas el 20 de noviembre de 2019 en la instalación de TTCC en Tenerife hasta la isla de Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de querosenos de BP, cargadas el 3 de noviembre de 2019, desde las terminales de TTCC en Tenerife hasta la isla de Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de querosenos de BP, cargadas el 20 de diciembre de 2019 en la instalación de TTCC en Tenerife hasta la isla de Fuerteventura.

²⁷ Los Buques citados como operativos eran el Dácil y el Mencey.

²⁸ Folios 910-931 y 978-999.

²⁹ El buque NIVARIA se destinó exclusivamente para realizar dos pequeñas cargas de querosenos de CEPSA con origen la isla de Gran Canaria y destino la isla de La Palma, una en el mes de octubre y otra en diciembre. De hecho, el buque "Nivaria" ya no es informado por DIMA en su página web como flota disponible para el transporte de querosenos.

Este informe reflejaba que DISA no informó de ninguna solicitud de servicio de transporte, ni formalizada ni sin formalizar, distintas a las de CEPSA, REPSOL y BP mencionadas, ni de ninguna congestión física durante el período analizado.

Por tanto, de la información remitida, se deriva que DISA, durante el año 2019, informó de la prestación de servicios y trayectos realizados (7), en relación a las compañías BP (3) y REPSOL (4), sin que se comunicara ninguna otra solicitud ni denegación de servicio:

- [CONFIDENCIAL] toneladas de queroseno de REPSOL, cargadas el 7 de junio de 2019, desde las terminales de TTCC en Tenerife hasta la isla de Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de queroseno de BP, cargadas el 30 de agosto de 2019, desde las instalaciones de TTCC en Tenerife con destino Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de queroseno de REPSOL, cargadas el 23 de septiembre de 2019, desde las instalaciones de TTCC en Tenerife con destino Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de queroseno de REPSOL, cargadas el 18 de octubre de 2019, desde las terminales de TTCC en Tenerife hasta Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de querosenos de BP, cargadas el 3 de noviembre de 2019, desde las terminales de TTCC en Tenerife hasta la isla de Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de querosenos de REPSOL, cargadas el 20 de noviembre de 2019, desde las terminales de TTCC en Tenerife hasta la isla de Fuerteventura.
- [CONFIDENCIAL] toneladas de querosenos de BP, cargadas el 20 de diciembre de 2019, en las terminales de TTCC en Tenerife hasta la isla de Fuerteventura.

Periodo enero-diciembre 2020

De los informes remitidos con posterioridad a 2019, se deriva que DIMA, además de los transportes efectivamente realizados a CEPSA y REPSOL, también informó de dos peticiones de transporte realizadas por REPSOL y tres de BP, que finalmente no se ejecutaron.

Cantidad de combustible transportado por DIMSA entre islas para CEPSA

En cuanto a los volúmenes transportados, según información aportada por la Dirección de Energía: [CONFIDENCIAL] en el año 2013, y [CONFIDENCIAL] en el año 2014, y [CONFIDENCIAL] en el año 2015, y [CONFIDENCIAL] en el año 2016, y [CONFIDENCIAL] en el año 2017, y [CONFIDENCIAL] toneladas en 2018, [CONFIDENCIAL] toneladas en el año 2019 y [CONFIDENCIAL] para el año 2020.

Cuarto. INFORMACIÓN SOBRE LAS PETICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO, LOS PRECIOS APLICADOS Y LAS INVERSIONES REALIZADAS.

En el marco de la vigilancia de la Resolución de 25 de marzo de 2013, la Subdirección de Vigilancia dirigió diversos requerimientos de información a las distintas operadoras presentes en Canarias y a DISA, con el fin de verificar que DISA estaba cumpliendo con sus compromisos y conocer los cambios que se hubieran producido en el mercado. En concreto:

- BP y REPSOL, en junio de 2019, octubre de 2019 y enero de 2020.
- CEPSA, en junio de 2019 y abril de 2020.
- DISA, en septiembre de 2019 y enero de 2020.

De las contestaciones aportadas por cada uno de los operadores requeridos se deriva la información expuesta a continuación.

a) En relación a las peticiones recibidas y servicios de transporte realizados por DISA.

Por lo que se refiere a las peticiones y servicios de transporte marítimo inter-islas realizados, distintos de los de CEPSA, **DISA** declaró, el 26 de septiembre de 2019, que hasta dicha fecha habían sido solicitados a DIMA “*seis transportes, de los cuales se han realizado hasta la fecha dos de ellos, y un tercero y cuarto están en proceso de planificación*”. En concreto, señalaba, como se recoge en la Tabla 1, las seis solicitudes de transportes spot (3 de BP y 3 de REPSOL) referidas a continuación³⁰.

Por lo que respecta a las 3 solicitudes de BP:

- Solicitud de enero de 2019³¹: DISA afirma que se trató de una solicitud genérica que no se confirmó. Además, dice que el departamento de *Vetting* de BP negó el “approval” del buque³².
- Solicitud de julio de 2019: DISA no pudo realizarlo, por tener uno de sus buques de carga, el *Dácil*, en el astillero, por lo que tenía mermada su capacidad de carga hasta su incorporación³³.

³⁰ Como el escrito de respuesta de DISA es de fecha 26 de septiembre de 2019, no se mencionan los transportes de 2019 que realizó entre octubre y diciembre para REPSOL y BP.

³¹ Esta solicitud no fue comunicada a la Dirección de Energía en los informes mensuales de cumplimiento de los compromisos.

³² Las grandes compañías petroleras, como BP y REPSOL, requieren que los buques con los que operan estén sometidos a inspecciones periódicas de seguridad denominadas “VETTING SIRE”. Cuando ha pasado satisfactoriamente la inspección, el Departamento de *Vetting* emite un documento que se denomina “approval”. En este caso concreto, DISA afirma que el departamento de *Vetting* de BP negó el “approval” al buque, al considerar que no había pasado la inspección conforme a sus requisitos.

³³ En el informe de mes de julio que DISA envió a la Dirección de Energía en cumplimiento de los compromisos, DISA no comunicó esta solicitud, que finalmente no se llevó a cabo.

- Solicitud de agosto: Se llevó a cabo entre el 30 de agosto y el 2 de septiembre octubre³⁴.

Por lo que se refiere a las 3 solicitudes de REPSOL:

- Solicitud de junio de 2019: Se llevó a cabo el 7 y 12 de junio de 2019³⁵.
- Solicitud de julio de 2019: no se pudo llevar a cabo debido a la avería del buque Dácil³⁶.
- Solicitud de septiembre 2019: finalmente se llevó a cabo en octubre de 2019³⁷.

Al respecto, DISA adjuntó una tabla, reproducida a continuación tal y como fue aportada (tabla 1), en la que consta anotadas estas 6 solicitudes recibidas hasta septiembre de 2019³⁸.

Además de las seis expresamente mencionadas por DISA, con posterioridad, entre octubre y diciembre de 2019, DIMA llevó a cabo otros 4 transportes para REPSOL (2) y BP (2), de acuerdo con la información aportada por las empresas, que fueron comunicados a la Dirección de Energía.

³⁴ Comunicada a la Dirección de Energía.

³⁵ Comunicada a la Dirección de Energía.

³⁶ En el informe de mes de julio de cumplimiento de los compromisos que DISA envió a la Dirección de Energía, DISA no comunicó esta solicitud, que finalmente no se llevó a cabo.

³⁷ Comunicada a la Dirección de Energía.

³⁸ Folio 480.

Información aportada por DISA de solicitudes de transporte recibidas hasta septiembre de 2019:

COMPAÑÍA SOLICITANTE TRANSPORTE	FECHA SOLICITUD	FECHA SOLICITADA DESCARGA	PRODUCTO	CANTIDAD (m³)	ORIGEN	DESTINO	FECHA RESPUESTA	FECHA CONFIRMACIÓN SUMINISTRO	FECHA CARGA	FECHA DESCARGA	CANTIDAD CARGADA B/L (m³)	OBSERVACIONES
BP	15-ene-19		Jet A-1									Solicitud genérica que no se confirmó definitivamente. Por otro lado, VETTING BP negó el approval.
REPSOL	31-may-19	10-14 de junio	Jet A-1	1.000	Tenerife	Fuerteventura	31-may-19	03-jun-19	07-jun-19	12-jun-19	1.005,00	Se observan algunos problemas para que el buque cargue con seguridad en TTCC Tenerife y se pone de manifiesto por parte del DPA de Petrogás a Repsol y TTCC en un correo del 13/6/19
REPSOL	03-jul-19	7-15 de julio	Jet A-1	1.000	Tenerife	Fuerteventura	03-jul-19					Se les indica que no se puede aceptar petición debido a la avería de nuestro buque Dácil.
BP	19-jul-19	8-10 de agosto	Jet A-1	1.000	Tenerife	Fuerteventura	23-jul-19					Se informa a BP que tenemos nuestro buque Dácil en astillero por lo que no podríamos hacerlo dado que tenemos nuestra capacidad de transporte mermada hasta su incorporación.
BP	23-ago-19	3-5 de septiembre	Jet A-1	1.000/1.100	Tenerife	Fuerteventura	23-ago-19	27-ago-19	30-ago-19	02-sep-19	1.069,69	Se coordina con TTCCT la necesidad de tener solucionado el acceso al buque desde tierra para la próxima carga de octubre. Se resuelve que el buque debe entrar cargado en esa terminal.
REPSOL	09-sep-19	1-4 y 22-26 de octubre	Jet A-1	1.000/1.100	Tenerife	Fuerteventura	09-sep-19					En espera de recibir pedido transporte del mes de octubre de los distintos clientes para poder dar fechas de transporte

Tabla 1: Cuadro aportado con la contestación de DISA acerca de las peticiones recibidas y fletes realizados en el periodo enero 2018-septiembre 2019 (folio 480).

REPSOL³⁹, puso de manifiesto que había contratado los servicios de DISA en el año 2019 en cuatro ocasiones, en las que el producto fue transportado desde las instalaciones de TTCC en Tenerife hasta Fuerteventura: en el mes de junio, de septiembre, de octubre, de noviembre de 2019.

REPSOL no aludió a la solicitud de transporte realizada en el mes de julio de 2019, que finalmente no fue llevada a cabo por una avería en el buque Dácil, la cual fue mencionada por DISA en la contestación de 26 de septiembre de 2019 al requerimiento de la Dirección de Competencia.

Por su parte, **BP**⁴⁰ declaró que, en el año 2019, llevó a cabo tres descargas de queroseno en Fuerteventura, contratando el transporte con DISA: en agosto, en noviembre y en diciembre de 2019, con origen en las instalaciones de TTCC y destino Fuerteventura.

Asimismo, BP puso de manifiesto una solicitud de transporte realizada a DIMA en enero de 2019, sin que fuera posible utilizar los servicios prestados por la naviera, sino que el transporte del combustible hubo de realizarse finalmente mediante una carga directa en destino (en la fecha de 31 de marzo de 2019).

Al respecto de esta solicitud, BP ha aportado las conversaciones mantenidas con DISA⁴¹, de las que se deriva que, entre el 11 de diciembre de 2018 y el 18 de febrero de 2019, se intercambian varios *e-mails* entre DISA y BP, a raíz de los cuales BP formaliza su petición a través de la solicitud de servicio de transporte de la página web de DISA; DISA le remite las tarifas; y, finalmente, DISA informa a BP de que no puede realizar los viajes solicitados debido a las toneladas que han sido contratadas previamente para 2019 y a que la flota se ha reducido a dos barcos, ofreciéndole la posibilidad de un solo viaje de 1.600 toneladas al mes, cuadrando las fechas con otros cargamentos, aunque sin poder garantizar que el suministro se realice del 1 al 10 de cada mes.

Asimismo, BP no mencionó la solicitud de transporte realizada en julio de 2019, que finalmente no pudo llevarse a cabo por una avería en el buque Dácil, la cual fue mencionada por DISA en su contestación de 26 de septiembre de 2019 al requerimiento de la Dirección de Competencia.

b) En relación a las tarifas aplicadas y las inversiones realizadas por DISA.

REPSOL ha declarado que las tarifas que le ha aplicado DIMA por los transportes con origen TTCC al Puerto de Arrecife en Fuerteventura han sido de [CONFIDENCIAL].⁴²

³⁹ Folios 1104-1115.

⁴⁰ Folios 1193-1200, 1186-1192 y 1201-1208.

⁴¹ Folios 1213-1229.

⁴² Folio 552.

BP ha afirmado que la tarifa aplicada por DIMA a BP en todos los servicios prestados por los transportes con origen en la TTCC y destino al Puerto de Arrecife de Fuerteventura en el año 2019 fue de [CONFIDENCIAL] €/t.⁴³

Por su parte, **DISA** ha explicado, de manera preliminar que, con carácter general, lleva a cabo dos tipos de suministros⁴⁴: Contractuales, en los que incluye los servicios prestados a CEPSA, en virtud del contrato de prestación de servicios firmado con CEPSA en enero de 2018⁴⁵ y los spot, es decir, aquellos que se realizan de manera puntual. Estos últimos no pudo realizarlos con anterioridad al año 2019 desde TTCC⁴⁶, ya que ésta exige que los buques que acceden estén dotados de plantas de gas inerte, requisito que DIMA no cumplió hasta enero de 2019.

Por lo que se refiere propiamente a las tarifas, DISA ha afirmado que las tarifas aplicadas a los **servicios prestados a BP y REPSOL** se calcularon conforme a las publicadas en su página web (<http://www.petrogas.es/TransporteATK.aspx>), teniendo en cuenta el volumen a transportar y los puertos de carga⁴⁷.

En particular, DISA ha especificado que las tarifas publicadas estaban calculadas bajo el planteamiento inicial de carga en la terminal de CEPSA (La Hondura), en Santa Cruz de Tenerife⁴⁸. Señala que, hasta el año 2019, no se había realizado ningún cargamento en la terminal de TTCC, ubicada también en el Puerto de Santa Cruz de Tenerife, a unas 3 millas náuticas de la terminal de CEPSA y que este transporte lleva aparejado otros costes complementarios por las características, tanto del cargamento, como de la terminal.

En este sentido, DISA ha justificado que la operación de carga en TTCC es mucho más compleja, lo que lleva asociado una operativa mucho más lenta. Así, mientras en el puerto de CEPSA la carga de 5.500 toneladas se realiza en 14 horas, en TTCC, para solo 800 toneladas, necesita 12 horas. Además, señala una mayor dificultad de maniobra motivada por el diseño de dicha terminal, lo que obliga a los barcos de DIMA a operar parcialmente cargados y a que la terminal de TTCC tenga que ser segundo puerto, puesto que la primera carga ha de hacerse en La Hondura. Todo esto conlleva un coste extra, que cuantifica en [CONFIDENCIAL] € y que, por

⁴³ Folio 419.

⁴⁴ Folios 474-479 y 816 -822.

⁴⁵ Con vigencia hasta [CONFIDENCIAL].

⁴⁶ En las instalaciones de TTCC es donde REPSOL y BP almacenan el combustible de aviación en las Islas Canarias.

⁴⁷ La tarifa de la web para el Puerto de Arrecife en Fuerteventura es de 21,46 € y no establece un mínimo de m³, y los descuentos se aplican a partir de 200.000m³ y 700.000m³. V. supra párrafo 28.

⁴⁸ En las tarifas publicadas se menciona expresamente: “*Esta tarifa general de fletes contempla como puerto de carga el de Santa Cruz de Tenerife. Si los buques realizasen la carga en el puerto de Salinetas o en el puerto de La Luz (Las Palmas de Gran Canaria) y el destino fuese cualquiera de las Islas Occidentales (La Palma, Gomera, El Hierro), se aplicará un recargo 1,23 € a las tarifas anteriormente expresadas*”

tonelada, se traduce, para el volumen transportado en los servicios solicitados por BP y REPSOL, en [CONFIDENCIAL] € por tonelada, que es el coste extra que le suma a la tarifa base de 21,46 € (publicada en la web para el destino en Fuerteventura⁴⁹), resultando [CONFIDENCIAL] € por tonelada.

Cálculo del flete para BP y REPSOL:

[CONFIDENCIAL]

Imagen 3. Tarifa aplicada a BP y REPSOL para el transporte de ATK desde Tenerife (Terminales Canarias) a Fuerteventura. Fuente: Contestación de DISA a requerimiento de la DC efectuado en el marco del expediente VC/0468/12 (folio 629 del presente expediente sancionador).

En cuanto a las **tarifas aplicadas a CEPSA**, DISA ha manifestado que han sido aplicadas las contenidas en el Contrato de Prestación de servicios Marítimos por Volumen firmado el 1 de enero de 2018, que se ajustan a las tarifas públicas en su página web.

Sin embargo, según se establece en dicho contrato⁵⁰, DISA aplica a CEPSA las siguientes tarifas:

Importe de los fletes aplicados a CEPSA desde 2018:

[CONFIDENCIAL]

Imagen 4. Tabla con las tarifas de los fletes aplicadas a CEPSA desde 1 de enero de 2018. Fuente: Contrato de 1 de enero de 2018 entre DIMA y CEPSA (folio 529).

Estas tarifas implican unos descuentos del [CONFIDENCIAL] % en Salinetas, [CONFIDENCIAL] en Arrecife y Puerto de Rosario, [CONFIDENCIAL] en La Palma, [CONFIDENCIAL] % en La Tejita y [CONFIDENCIAL] % en Gando, que son superiores al descuento máximo del 20% que se ofrece en la página web de DIMA (<http://www.petrogas.es/TransporteATK.aspx>), para un volumen transportado de más de 700.000 toneladas, cuando los volúmenes transportados por CEPSA han sido, en todo caso, menores a dicha cantidad⁵¹. Adicionalmente a los puertos de destino señalados, en las tarifas se incluye, como puede observarse, un puerto que no aparece en las tarifas generales publicadas en la página web⁵²: Guasimeta.

⁴⁹ Puerto del Rosario.

⁵⁰ Folios 517 a 538.

⁵¹ En la página web los descuentos publicados son: 8% para volúmenes transportados entre 200.000 y 700.000 toneladas y 20% para volúmenes superiores a 700.000 toneladas.

En cuanto a los volúmenes transportados, según información aportada por la Dirección de Energía: [CONFIDENCIAL].

⁵² Gomera, Hierro y La Luz tampoco aparecen en las tarifas generales de la web, pero DISA ha justificado que ello es debido a que en dichos puertos no se llevan a cabo descargas de combustible de aviación, sino otros tipos de productos petrolíferos transportados por CEPSA (folios 749 a 766).

Por otro lado, en el contrato de prestación de servicio de transporte marítimo entre DIMA y CEPSA de 2018, los complementos tarifarios vienen reflejados en \$/t y se estipula que el tipo de cambio a emplear para realizar la conversión a €/t será el que cada mes publique el Banco Central Europeo. En dicho contrato se establece que la cotización no tendrá ajustes entre 244 y 352 \$/t y el ajuste que se establece por cada dólar de variación de cotización es de 0,00481 \$/t, en el contrato de CEPSA y 0,00715 \$/t, en el borrador de contrato de BP.

Por último, respecto a los planes anuales de inversiones, al ser preguntada por la DC por las inversiones realizadas desde el año 2014, DISA informó en febrero de 2020 de las **inversiones realizadas en 2018 y 2019**⁵³. En concreto, ha mencionado que ha llevado a cabo dos inversiones. Dichas inversiones realizadas son las siguientes:

- En el buque Dácil, en noviembre de 2018, compra y puesta en marcha como sustitución al Faycan con un coste de 8.700.000 €.
- En el buque Mencey, en enero de 2019, inversión en Planta de Gas Inerte con un coste de 1.135.000 €.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER Y PROCEDIMIENTO APLICABLE

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir o falsear la competencia”. Por otro lado, en el artículo 20.2 de la misma ley, se atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”. En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

En materia de procedimiento, la tramitación del expediente sancionador se rige, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 de la Ley 15/2007 por lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Asimismo, los principios de la potestad sancionadora aparecen contemplados en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁵³ Ver folio 631.

SEGUNDO. PROPUESTA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

En su propuesta de 21 de abril de 2021 la DC ha considerado acreditado que DISA incumplió tres de los compromisos a los que se vinculó la aprobación de la operación de concentración económica C-0468/12 DISA/SHELL/SAE/JV en la Resolución de 25 de marzo de 2013, en atención a lo establecido en el apartado primero de su parte dispositiva (“resuelve”), y que fueron prorrogados mediante Resolución de 3 de noviembre de 2016 (de acuerdo con lo que establecen los apartados tercero y cuarto de su parte dispositiva).

Los compromisos que se han considerado incumplidos son los compromisos 4º, 5º y 6º aprobados en la Resolución de 25 de marzo de 2013.

- Los compromisos 4º y 5º tienen que ver con la publicación en la página web de DISA de la información sobre servicios y tarifas. El compromiso 4º contempla esta obligación de un modo general, y el compromiso 5º, de un modo complementario (explicitando que los cambios que se operen en los servicios o las tarifas deben ser publicados).

La Dirección de Competencia ha considerado que DISA ha incumplido el compromiso 4º al no incluir en su página web, de una forma completa, las tarifas aplicadas a CEPSA, ya que DISA habría aplicado a dicha empresa (desde septiembre de 2013) unos descuentos y unos complementos tarifarios que nunca han estado reflejados en la web, y ya que habría tenido contratado con esa empresa la prestación del servicio en el puerto de destino de Guasimeta, el cual tampoco se ha reflejado en su página web.

Asimismo, la Dirección de Competencia ha considerado que DISA ha incumplido el compromiso 5º desde el año 2019, cuando, a pesar de la entrada de nuevos clientes (REPSOL y BP), no actualizó las tarifas de la web con el sobrecargo que les aplicaba a éstos. La Dirección de Competencia considera también que el incumplimiento de este compromiso se produce desde el año 2015, cuando DISA dejó de actualizar la pestaña de información relativa a su plan de inversiones.

Estos incumplimientos de los compromisos, a los que la Resolución de 25 de marzo de 2013 condicionaba la aprobación de la operación de concentración, se han calificado como infracciones muy graves tipificadas en el artículo 62.4.c) de la LDC, formulándose por la DC, para tales infracciones, globalmente, una propuesta de multa de 1.200.000 euros.

TERCERO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

1. Tipicidad de la conducta

1.1. Tipo infractor

El artículo 62.4.c) de la LDC tipifica como infracción muy grave *“incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*. Esta redacción se ha mantenido con la misma literalidad tras la modificación efectuada en la LDC por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril.

La autorización de la concentración entre DISA y SHELL quedó condicionada al cumplimiento de los compromisos propuestos por DISA, y aprobados por el Consejo de la CNMC en la Resolución de fecha 25 de marzo de 2013. Esa resolución obra en los folios 246 a 330 de este expediente administrativo.

Los compromisos 4º, 5º y 6º tenían como objetivo que el acceso al servicio de transporte marítimo de combustible de aviación entre las islas de Canarias, prestado, en la práctica, exclusivamente por DIMA, se realizara en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. El contenido de esos compromisos ha quedado transcrito en el primero de los Hechos Acreditados.

Esta Sala valora, como desarrolla en el tercer punto de este apartado, que los compromisos 4º, 5º y 6º se encuentran todavía vigentes, puesto que la Resolución de 3 de noviembre de 2016 estableció que los mismos se prorrogarían tácitamente por periodos anuales (ver folio 400), *“si las circunstancias del mercado afectado (transporte marítimo de querosenos entre islas) no se modificasen. Quedando DISA obligada a poner en conocimiento de la Dirección de Competencia, para su valoración, cualquier cambio sustancial en el mercado del transporte marítimo de querosenos entre islas que pueda incidir en la continuidad o modificación de los compromisos que la afectan”*.

Tras la citada Resolución de 2016, no se había producido ninguna modificación sustancial en el mercado de transporte marítimo entre las Islas Canarias ni había sido comunicado ningún cambio al respecto por parte de DISA. Por tanto, los compromisos 4º, 5º y 6º han continuado plenamente vigentes.

Solamente, con posterioridad a que la DC solicitara determinada información a DISA a raíz de la detección de posibles indicios de incumplimiento de los compromisos, con fecha 26 de septiembre de 2019 DISA puso de manifiesto posibles cambios acaecidos en el mercado y solicitó el fin de la vigencia de los compromisos 4º, 5º y 6º. Ahora bien, al margen de si esa alegación ha sido hecha en tiempo y forma, y al margen de si se encuentra justificada, ha de indicarse que, en todo caso, los incumplimientos valorados en este expediente han tenido lugar antes de dicha alegación.

1.2. Conducta infractora

Sobre la alegación relativa a que los compromisos establecidos en el marco del control de concentraciones deben interpretarse estrictamente.

DISA sostiene que, a la hora de valorar si DIMA ha incurrido en una infracción muy grave en el sentido del artículo 62.4.c) LDC, debe respetarse con el máximo rigor el principio de tipicidad recogido en el artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que es de aplicación al ejercicio por la Administración de la potestad sancionadora. Según el referido artículo, sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley.

No puede imponerse una sanción por incumplimiento de los compromisos alcanzados en materia de concentraciones si la obligación en cuestión no está contemplada de forma expresa en los compromisos, no pudiendo ser interpretados de manera finalista ni extensiva.

Pues bien, DISA afirma que se está llevando a cabo una interpretación extensiva de los compromisos y del Plan de Actuación (para considerar como infracción aspectos que no están incluidos en su literalidad).

Esta Sala valora, que tal y como se ha recogido en los Hechos Acreditados anteriormente expuestos, el contenido de los compromisos asumidos, y, en línea con los mismos, el Plan de Actuaciones de la empresa, son muy claros a la hora de indicar que la web debe reflejar todo descuento o aspecto que influya en las tarifas se han de aplicar, o en los servicios que se van a prestar, que debe reflejar el plan de inversiones, y que se debe remitir a la CNMC toda solicitud (formal o informal, y muy especialmente las que se denieguen por cualquier causa):

Así, los compromisos preveían, en particular, lo siguiente:

“[...] 4. DISA publicará en su página web... la metodología de tarifas aplicada con un grado de desagregación suficiente...; los descuentos aplicados; los complementos tarifarios (complemento por cierre de puerto y compensación por variación de precio de combustible);

- *el sistema de acceso de terceros de los servicios de transporte interinsular (procedimiento previsto para solicitar capacidad, contratos tipo, criterio de asignación capacidad etc.);*
- *el Plan anual de inversiones; y (...).*

5. En caso de que se modifiquen, DISA actualizará en su página web las condiciones de acceso a las que se refiere el compromiso 4°.

6. DISA reportará periódicamente información a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones en relación con los siguientes extremos:

- *DISA remitirá ... todas las peticiones de prestación del servicio marítimo inter-islas que se les soliciten, tanto las formalizadas como las no formalizadas.*
(...)
- *Congestionamientos físicos y contractuales registradas: DISA notificará a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones, de forma*

inmediata, y en todo caso en un plazo no superior a 7 días hábiles, cualquier denegación de acceso que se hubiera producido en la prestación del servicio de transporte marítimo Inter-islas, especificando el motivo de la denegación de acceso. Cuando DISA deniegue una petición de prestación del servicio logístico, informará formalmente al solicitante que puede notificar esta denegación a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones. (...).”

Por su parte, el Plan de Actuaciones preveía, en el mismo sentido, lo siguiente:

- A efectos del cumplimiento del compromiso 4º, establecía la obligación de publicar en su página web en el plazo de tres meses desde la aprobación del Plan de Actuaciones propuesto, la siguiente información:

a) *La oferta de servicios de transporte marítimo interinsular, donde se publicarán los buques para el servicio de transporte interinsular con sus características publicadas en el apartado “flota” y las capacidades máximas de llenado de sus tanques de carga, capacidad utilizada y volumen transportable por tipo de productos.*

b) *Los itinerarios de los servicios ofrecidos, y la duración media del trayecto.*

c) *La metodología de las tarifas aplicadas que se estructura en fletes y complementos tarifarios ...*

d) *Los descuentos aplicados en función de la cantidad anual de transporte contratado. (...)*

e) *Los complementos tarifarios. (...)*

(...)

g) *Plan Anual de Inversiones que vayan a implementarse en el año en curso, que debe ser publicado dentro de los primeros tres meses de cada año.*

Pues bien, como pasamos a analizar, los hechos muestran que DISA no ha reportado determinadas solicitudes de servicio de transporte y no ha recogido en su página web datos e informaciones requeridos, siendo todas ellas **obligaciones expresa y específicamente contempladas** tanto en el texto literal de los compromisos como en el del Plan de Actuaciones aprobado.

Los **compromisos 4º y 5º** recogían la obligación de DISA de publicación en su página web de determinada información, y la de su actualización: la metodología de tarifas aplicada con un grado de desagregación suficiente que permitiera identificar los falsos fletes; los descuentos aplicados; los complementos tarifarios;

el sistema de acceso de terceros de los servicios de transporte interinsular; el plan anual de inversiones y la capacidad de llenado de los tanques de carga y utilizada.

Sin embargo, de la información recogida en los Hechos Acreditados se deriva que:

- En relación a las tarifas, descuentos y complementos tarifarios publicados en su página web estos no se ajustan a las que aparecen en el contrato firmado entre DIMA y CEPSA en el año 2018:

DISA aplica a CEPSA, como se recoge en el epígrafe b) del cuarto apartado de los hechos acreditados, descuentos superiores al 20%, que es el descuento máximo publicado en su página web aplicable a volúmenes superiores a 700.000 toneladas. Sin embargo, las cantidades de combustible de aviación transportadas por DIMA de CEPSA no han superado -en ningún año durante la vigencia de los presentes compromisos- dicha cantidad.

Las tarifas recogidas en el contrato en cuestión implican unos descuentos del [CONFIDENCIAL] % en Salinetas, [CONFIDENCIAL] % en Arrecife y Puerto de Rosario, [CONFIDENCIAL] % en La Palma, [CONFIDENCIAL] % en La Tejita y [CONFIDENCIAL] % en Gando. Todos ellos superiores al descuento máximo del 20% que se ofrece en la página web de DIMA (<http://www.petrogas.es/TransporteATK.aspx>), para un volumen transportado de más de 700.000 toneladas.

Alega DISA que los descuentos aplicados a CEPSA eran fruto de un acuerdo marco de transporte de combustible, no solo del combustible para aviación al que hacen referencia los compromisos: *“...los sucesivos Contratos de prestación de servicios de transporte marítimo (COA, derivado del término inglés Contract of Affreightment) entre DIMA y CEPSA no se basan en fletes unitarios, sino que regulan un compromiso de prestación —por DIMA— y utilización —por CEPSA— de un conjunto de servicios de transporte marítimo interinsular que abarcan distintos tipos de combustibles, durante todos los años de duración del contrato.”* (Folio 1404.)

A juicio de esta Sala no es posible acoger la alegación de DISA como eximente de cumplimiento de los compromisos, ya que contraviene la obligación expresa recogida en el epígrafe segundo del compromiso cuarto que obliga a la publicación de *“los descuentos aplicados”* e impedir que se pueda verificar la actualización de los mismos cuando fuera necesario como consta en el compromiso quinto:

“En caso de que se modifiquen, DISA actualizará en su página web las condiciones de acceso a las que se refiere el compromiso 4º.”

Asimismo, aparte de estos casos en que las tarifas aplicadas tienen unos descuentos mayores que las que figuran en la página web, se ha de poner de relieve que en el contrato firmado por CEPSA recoge una tarifa para el destino de Guasimeta, donde también transporta DIMA combustible para

aviación para CEPSA, que no aparecen en las tarifas publicadas en su página web.

Finalmente, los complementos tarifarios que aparecían en la página web de DIMA venían expresados, hasta junio de 2020, en un valor fijo en €/t, mientras que en el contrato de CEPSA aparecían en \$/t, y era un valor variable en función del cambio \$/€, por lo que no estaban actualizados.

- Respecto a la omisión de la publicación de las tarifas aplicadas para las operaciones en TTCC. Desde el año 2019, BP y REPSOL han pasado a ser usuarios de los servicios prestados por la naviera de DISA para el transporte de combustible de aviación en las Islas Canarias. DIMA ha aplicado desde entonces, tanto a BP como a REPSOL, una recarga en la tarifa publicada en la página web para cargas desde la isla de Tenerife (por costes extras por la carga en la terminal de TTCC). Ello no fue reflejado por DISA en la metodología de tarifas publicada en la web, hasta que le fue notificada a DISA la Propuesta de informe parcial de vigilancia en junio de 2020.
- Respecto a la no actualización del plan de actuaciones la pestaña relativa al plan de actuaciones publicada en la página web de DIMA mantuvo, hasta junio de 2020, el plan de actuaciones del año 2014 y no había sido actualizado desde entonces, a pesar de que, como ha sido confirmado por la propia DISA, la empresa ha llevado a cabo inversiones en su naviera DIMA en 2018 y 2019. Tras la notificación de la Propuesta de informe parcial de vigilancia, en junio de 2020, DIMA actualizó dicha información en la página web con las inversiones de 2020 y 2021.

Por tanto, DISA no ha incluido en su página web información a la que venía obligado.

Traslada DISA también en sus alegaciones cuatro argumentos por los que considera que no ha incumplido los compromisos 4º y 5º a los que seguidamente pasamos a dar respuesta.

1. Las tarifas y descuentos publicados en su página web no se ajustan a las del contrato firmado entre DISA y CEPSA COMERCIAL PETROLEO, S.A.U. (CEPSA).

DISA afirma que las tarifas publicadas en la página web de DIMA se ajustan perfectamente al compromiso 4º que asumió en el Plan de Actuaciones aprobado por la Directora de Investigación de 7 de junio de 2013.

Según DISA, la imputación de este incumplimiento es un error grave que comete la Dirección de Competencia, al comparar las condiciones que DISA tiene acordadas con CEPSA a largo plazo con las condiciones de los fletes unitarios, que es a los que se refieren los compromisos, tal y como queda reflejado tanto en el Plan de Actuaciones como en la página web de DIMA: *“tarifa general de fletes unitarios de ATK/JP8, expresada en €/t para cada tipo de producto y destino”*. Éstos, afirma DISA, tienen una estructura y metodología muy simple, basada en una tarifa

general expresada en €/t para cada destino, que se aplica sobre la cantidad transportada en cada uno de esos fletes unitarios. Asimismo, explica que, sobre la base de la tarifa general de fletes, DIMA aplica a los clientes unos descuentos en función de la cantidad anual de transporte contratado, que pueden alcanzar un máximo del 20% sobre la tarifa general de fletes, y los complementos tarifarios especificados en su página web.

Según la alegante, por el contrario, los sucesivos Contratos de Prestación de Servicios de Transporte Marítimo (COA, derivado del término inglés Contract of Affreightment) entre DIMA y CEPSA no se basan en fletes unitarios, sino que regulan un compromiso de prestación por DIMA y utilización por CEPSA de un conjunto de servicios de transporte marítimo interinsular que abarcan distintos tipos de combustibles, durante todos los años de duración del contrato.

DISA afirma que, prueba de la diferencia esencial entre el Contrato COA con CEPSA y la oferta de fletes unitarios, es que en el Contrato COA no se prevén descuentos por volumen, sino unos fletes calculados para unos volúmenes totales anuales de los distintos combustibles, que CEPSA se compromete a transportar con DIMA cada año y unas penalizaciones en caso de que CEPSA no alcance al menos el 70% de esas cantidades comprometidas (cláusula 9ª del contrato de 1 de enero de 2018). En cambio, en las tarifas para fletes unitarios aplicadas al margen de CEPSA, sí se prevén descuentos por volumen y los clientes no se comprometen a transportar cantidades mínimas ni existen penalizaciones por no lograr determinados niveles de portes. Así, afirma DISA, lo establece el Plan de Actuación, donde se indica que *“DIMA no factura “falsos fletes”, entendiéndose por tales los que constituyen una compensación por perjuicios que se pagan al armador cuando el fletador no proporciona la carga en la proporción prevista, lo que obliga a este último al pago del flete por la cantidad”*.

DISA considera que los compromisos sólo establecieron la obligación de publicar las tarifas para los fletes unitarios, pero en ningún momento establecen la obligación de que DIMA publique las condiciones del contrato acordadas con CEPSA, o que los precios y descuentos contenidos en este contrato fuesen iguales a los publicados en la web para los fletes unitarios. En tal sentido, pone de manifiesto que la propia Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia reconoce que *“está justificado, dentro de la práctica habitual de los contratos entre empresas, dar mayor descuento al que demanda más servicios”*.

Asimismo, afirma que, prueba de ello es que cuando la Directora de Investigación aprobó el Plan de Actuación de DIMA, conocía el contenido del contrato COA con CEPSA entonces vigente, ya que ya había sido aportado como Anexo nº 1 al escrito de 11 de enero de 2013, remitido en el marco del expediente de la concentración, y sabía que sus condiciones eran distintas de las tarifas mencionadas en Plan de Actuación. Por otra parte, cuando la CNMC constató, en su Resolución de 3 de noviembre de 2016, que DIMA había cumplido puntualmente con sus compromisos de publicación de sus tarifas en la web, lo hizo sabiendo también que dichas tarifas

nunca incluyeron las condiciones acordadas por CEPSA en su Contrato de Prestación de Servicios de Transporte Marítimo. En dicha Resolución, destaca DISA, se hace referencia expresa a un informe de 7 de marzo de 2016 de la Dirección de Energía, que indica que se ha revisado la “documentación contractual” de las compañías logísticas, y según el cual *“DILO y DIMA han publicado en sus páginas Web y han mantenido actualizada la información sobre tarifas aplicadas, sistema de acceso, plan anual de inversiones y capacidades contratadas, útiles y disponibles, requerida según lo establecido en los compromisos 1º y 2º (para DILO) y 4º y 5º (para DIMA) del Plan Detallado de Actuaciones”*.

Por todo lo expuesto, DISA entiende que el hecho de que las condiciones aplicadas a CEPSA, en virtud del Contrato de Prestación de Servicios de Transporte Marítimo que tiene suscrito con DIMA, no se publiquen en su web o que estas condiciones puedan ser diferentes a las tarifas ofrecidas por DIMA para los fletes unitarios y recogidas en su web, no suponen ningún incumplimiento de los compromisos, que se refieren exclusivamente a las tarifas aplicables a los fletes unitarios.

En respuesta a esta alegación, ha de indicarse en primer lugar, que esta Sala ha considerado acreditado el incumplimiento relativo a la falta de reflejo en la página web de las condiciones aplicadas a CEPSA en lo que se refiere a las condiciones que figuran en el contrato con esa empresa de 1 de enero de 2018, que es el que obra en el expediente, en los folios 517 a 538.

La imputación queda, por tanto, circunscrita a la falta de reflejo en la web de los servicios y tarifas recogidos en ese contrato.

Pues bien, en cuanto a sus tarifas, contenidas en el anexo 2 del contrato, es indudable que la web no contiene reflejo de las mismas.

Ha quedado acreditado que los volúmenes transportados por CEPSA entre islas han sido, en todo caso, menores a las cantidades que en la web constataban para obtener un nivel de descuentos del 20% según se desprende del hecho probado tercero⁵⁴.

Por consiguiente, la omisión en la página web de estos descuentos aplicados a CEPSA, más allá del ser un incumplimiento formal, supone una conducta que contraviene los objetivos de las condiciones impuestas a la concentración origen de los compromisos, reiterados con posterioridad en el informe parcial de vigilancia del año 2016.

El hecho de que esas tarifas estén previstas para un grupo amplio de combustibles (y no sólo queroseno), no obsta al hecho que sean unas tarifas aplicables al transporte marítimo inter-islas de queroseno, que debían haber sido reflejadas en la web, en las condiciones en que CEPSA podía beneficiarse de las mismas

⁵⁴ En la página web los descuentos publicados son: 8% para volúmenes transportados entre 200.000 y 700.000 toneladas y 20% para volúmenes superiores a 700.000 toneladas.

(reflejando, por tanto, que de esas tarifas se aplicarán a quien contrate un transporte incluyendo, en su caso, varios tipos de combustible).

Lo que está claro es que, en los compromisos que DISA presentó y fueron aprobados por el Consejo de la CNMC mediante Resolución de 25 de marzo de 2013, se establecía que DISA debía *“publicar la metodología de tarifas aplicada con un grado de desagregación suficiente que permita identificar, entre otros, si los hubiere, los “falsos fletes”, asimismo debía actualizar estas tarifas en caso de que se modificasen”*. No se establecía, como puede observarse, ninguna diferencia basada en el tipo de cliente o en el tipo de contrato, tal y como ahora alega DISA.

En cualquier caso, la alegación del conocimiento por parte de la DC en el año 2013 -antes del inicio de la vigencia de los compromisos- del contrato suscrito por DIMA y CEPSA no puede ser entendida por DISA, a tenor de la literalidad del compromiso 5º, como un motivo para no incorporar en la web los descuentos aplicados a CEPSA en el contrato suscrito en enero de 2018 (con posterioridad al informe parcial de vigilancia de 2016), al ser este un nuevo contrato, con unas nuevas tarifas, suscrito durante el tiempo de vigencia de los compromisos.

En el Plan de Actuaciones también se estableció, en relación a las tarifas que se debían publicar: *“La metodología de las tarifas aplicadas que se estructura en fletes y complementos tarifarios (regulación de fletes por variación de precio del combustible y compensación por cierre de puerto)”*. Por tanto, tampoco se deriva ninguna diferencia basada en el tipo de cliente o contrato, como señala en sus alegaciones DISA.

Es más, en el mencionado Plan de Actuaciones y en las tarifas publicadas en la página web de DIMA, se señalaba, asimismo, que se contemplaba como puerto de carga de referencia el de la Hondura en Santa Cruz de Tenerife, que es el puerto donde está la terminal de carga de CEPSA. No tendría sentido esta mención por parte de DISA, si las tarifas de CEPSA no hubieran sido objeto de los compromisos aprobados.

En suma, los compromisos se referían, con carácter general, al *“mercado de transporte marítimo (inter-islas) de combustibles de aviación”*, sin distinción de transportes contratados en modalidad spot o transportes contratados bajo contrato COA, como el de CEPSA.

De hecho, siendo entonces CEPSA prácticamente su único cliente, no hubiera tenido sentido que este compromiso no fuera de aplicación también a la relación contractual establecida con CEPSA.

Es más, tal y como recogía expresamente el apartado 407 del Informe Propuesta de Resolución en segunda fase de la concentración C/0468/12, de fecha 22 de marzo de 2013, el objeto de los compromisos era no solo evitar cualquier discriminación ante la posible entrada de SAE, sino también que DISA *“aplicara condiciones objetivas, no discriminatorias y transparentes a todos sus clientes”* y que *“evitara situaciones de bloqueo que impidan el acceso de nuevos operadores”*

a este servicio” debido, tal y como resaltaba la mencionada Propuesta de Resolución, a *“la discrecionalidad de la que goza la naviera a la hora de establecer sus condiciones de acceso al sistema de transporte entre islas a lo que debe añadirse la ausencia de una transparencia total en el mercado de los fletes aplicados en cada caso”* (párrafos 324 y 325). Con este propósito se estableció la obligación de que sus tarifas fueran publicadas en la página web y fueran periódicamente actualizadas, de manera que ello contribuyera a que se aplicaran de forma objetiva y no discriminatoria entre todos sus clientes. Dicha finalidad resulta de muy difícil cumplimiento si las tarifas de su principal cliente no aparecen también publicadas en su web.

El Plan de Actuaciones, al igual que la página web de DIMA, efectivamente, hace referencia a que las tarifas son por fletes unitarios expresadas en (€/t), entendiendo por flete unitario lo que cuesta transportar una tonelada de un producto desde un origen hasta un destino. Asimismo, las tarifas reflejadas en el contrato de CEPESA se refieren, también, a las aplicadas por cada flete que realiza y van expresadas, al igual que en la web, en (€/t) según el trayecto del transporte⁵⁵.

Por tanto, no tendría ningún sentido que las tarifas de obligada publicación fueran solamente aquellas aplicadas a trayectos puntuales, lo que DISA llama servicios spot, y no a los contratos de larga duración. Siguiendo esta tesis, si DISA hubiera suscrito un contrato de este tipo con su filial SAE o con cualquier otro cliente, las tarifas aplicables a éstos quedarían también fuera del alcance de los compromisos y, por ende, de la vigilancia de la concentración, lo que, en último término, conllevaría haberle podido aplicar condiciones discriminatorias entre sus clientes, que era el riesgo que se quería evitar tras la concentración.

Esta conclusión no solamente es de sentido común, sino que se deduce, como ya se ha mencionado, de la propia literalidad de los compromisos y del Plan de Actuaciones, que no establecen ninguna especificación al respecto.

A mayor abundamiento, tampoco sería lógico que los compromisos 4º y 5º no afectaran a CEPESA, cuando la propia DISA ha estado informando mensualmente, en virtud de lo dispuesto en el compromiso 6º y en el Plan de Actuaciones, de todos los transportes efectuados a CEPESA. Por tanto, al igual que DISA ha cumplimentado el compromiso 6º, informando de cada flete unitario que llevaba a cabo para CEPESA, era también obligación de la naviera publicar las diferentes tarifas aplicables a los diferentes clientes en el mercado de transporte de combustible entre islas de las Islas Canarias, al objeto de poder comprobar que las mismas eran aplicadas de manera objetiva y no discriminatoria entre todos sus clientes, tanto los que tenía en aquel momento, como los potenciales clientes que pudieran hacer uso de los servicios de DIMA a partir de la operación.

⁵⁵ Folio 529.

2. Guasimeta, que no aparecía en las tarifas publicadas en su página web, y los complementos tarifarios que aparecían en la página web venían expresados en un valor fijo en €/t, mientras que en el contrato con CEPSA aparecían en un valor variable en \$/t.

En línea con su alegación anterior, DISA mantiene que, puesto que los compromisos se refieren exclusivamente a la oferta de DIMA de fletes unitarios para el transporte marítimo interinsular canario de combustibles de aviación en las islas Canarias y el contrato firmado con CEPSA es un contrato de largo plazo y abarca otros combustibles, DIMA no ha incluido en su página web el puerto de Guasimeta porque se trata de un campo de boyas de uso privativo de CEPSA, por lo que DIMA no puede ofrecer servicios con este destino a operadores distintos de CEPSA.

Por esta razón tampoco se incluyó en el Plan de Actuación aprobado por Acuerdo de la Directora de Investigación de 7 de junio de 2013. De hecho, los puertos de destino que aparecen mencionados en su página web coinciden con los indicados en el Plan de Actuación. Es más, el Consejo de la CNMC declaró, en su Resolución de 3 de noviembre de 2016, que con dicha publicación DIMA había cumplido con su compromiso de publicar en su web la información sobre tarifas aplicadas.

Por todo ello, DISA sostiene que la no inclusión de Guasimeta en la web de DIMA no constituye un incumplimiento de los compromisos ofrecidos por DIMA.

En cuanto al valor variable \$/t, DISA afirma, de nuevo, que esta supuesta infracción incurre en el error de comparar el contrato COA, que es un contrato a largo plazo, con las tarifas publicadas por DIMA en la página web, que se refieren a fletes unitarios.

Señala DISA que el complemento tarifario de regularización de los fletes por variación del precio de combustible que aparece en la página web de DIMA está formulado en términos de €/t porque ya lleva incorporado el tipo de cambio €/USD aplicable al flete unitario que se contrata.

Por otro lado, afirma DISA, en el contrato entre DIMA y CEPSA, las cantidades se pagan en euros y la referencia a \$/t incluida tiene como objetivo poder actualizar los posibles cambios en el precio del búnker. Este contrato, destaca DISA, prevé la conversión a euros de dichas actualizaciones, por un lado, la cotización del combustible en las unidades en las que se publica en el Platt's European Marketscan (USD/t) y, por otro lado, el cambio €/USD que se aplicará a la cotización anteriormente mencionada ("Media del mes cambio eur/dólar").

Esta formulación en USD/t, según DISA, es lógica en un contrato con varios años de duración, por las posibles fluctuaciones del precio del búnker que se cotiza en los mercados internacionales en USD/t y, en cambio, dado que las tarifas publicadas en la web se refieren a fletes unitarios que se pagan en España, carece de sentido denominar este complemento en \$/t, sino que lo lógico es fijarlas en €/t.

En cualquier caso, DISA aportó, junto a su escrito de 2 de julio de 2020, un Adendum al Contrato de Prestación de Servicios de Transporte Marítimo de DIMA

con CEPSA, que se suscribió el pasado día 1 de enero de 2020, que regula los fletes para el año 2020 y en el que la regularización del flete se ha fijado en €/t. Asimismo, procedió a modificar el complemento tarifario publicado en la web de DIMA que para que aparezca expresado en los mismos términos que en la mencionada adenda al Contrato de CEPSA pese a considerar que los compromisos no imponían ninguna obligación respecto de la relación entre DIMA y CEPSA.

Por último, defiende que esta diferencia de moneda ya existía en 2016, sin que fuese obstáculo para que la CNMC declarase en su Resolución de 3 de noviembre de 2016, que DISA había dado cumplimiento a los compromisos.

Con estas alegaciones, DISA plantea dos aspectos subsidiarios a la cuestión de la falta de reflejo del contrato con CEPSA en la información de la web.

Ya se ha indicado, a este respecto, que la imputación se circunscribe a las tarifas y servicios contenidos en el contrato de 1 de enero de 2018 (con vigencia hasta [CONFIDENCIAL]).

La cuestión del puerto de Guasimeta y la de la variabilidad del precio en función del cambio dólar/euro sólo son otros dos aspectos adicionales, derivados de ese contrato, que ponen de relieve la falta de actualización de la web. Si en la web se reflejan unas tarifas en función del puerto de destino, y hay un contrato que contempla unas tarifas para un puerto diferente, esa información debe reflejarse en la web. En línea también con la respuesta anterior, hay que recordar que los compromisos se establecieron para el transporte entre las Islas Canarias de combustible de aviación y que el alcance de los mismos no establecía excepción o discriminación alguna entre tipos de contrato. Por tanto, se habían de publicar todos los puertos de carga y descarga y, en definitiva, todos los itinerarios ofrecidos.

Pues bien, adicionalmente a los puertos de destino señalados en la página web de DMA, en las tarifas aplicadas a CEPSA se incluye, como puede observarse en la Tabla 3, ya presentada con anterioridad, un puerto que no aparece en las tarifas generales publicadas en la página web⁵⁶: Guasimeta.

DISA, por lo demás, reconoce que transporta a dicho puerto combustible de aviación. El hecho de que este transporte solamente lo realice para CEPSA, por tener el uso privativo de dicha instalación de descarga, no justifica que dicha información no esté reflejada en su página web.

Asimismo, si se contempla en un contrato -para los complementos tarifarios- un precio variable en función del cambio de moneda, esa variabilidad de precios también debe reflejarse en la web, pues el cambio dólar/euro no es constante (y,

⁵⁶ Gomera, Hierro y La Luz tampoco aparecen en las tarifas generales de la web, pero DISA ha justificado que ello es debido a que en dichos puertos no se llevan a cabo descargas de combustible de aviación, sino otros tipos de productos petrolíferos transportados por CEPSA (folios 749 a 766).

sin embargo, la web no ha actualizado el cambio a euros que refleja)⁵⁷. En definitiva, el complemento tarifario no fue actualizado tampoco en la web, para que se ajustara al que, en la práctica, se aplicaba a CEPSA, ni tampoco se especificó que pudiera sufrir variaciones por la conversión \$/€.

3. DISA aplicaba, tanto a BP como a REPSOL, una recarga en la tarifa por la carga en la terminal de TTCC, que no aparecía reflejada en la metodología de tarifas publicada en la web.

DISA pone de manifiesto que en el Plan de Actuación de DIMA se señala que la tarifa general de fletes publicada en su web contempla como puerto de carga el de Santa Cruz de Tenerife y estas tarifas publicadas estaban calculadas bajo la premisa de que la carga inicial se realizaba en la terminal de CEPSA (La Hondura), en Santa Cruz de Tenerife, como históricamente había ocurrido en todos los servicios de transporte marítimo interinsular realizados por DIMA de ATK en las islas Canarias.

El transporte desde TTCC no había sido solicitado a DIMA hasta 2019 y desde mediados de 2019, REPSOL y BP han venido solicitando, ocasionalmente, la prestación de servicios spot de transporte interinsular de ATK desde las instalaciones de TERMINALES CANARIOS (TTCC). DISA explica que, aunque TTCC está ubicada, al igual que la terminal de CEPSA, en el Puerto de Tenerife, por sus características, la carga de combustible desde TTCC lleva aparejada unos costes suplementarios respecto de los costes de carga desde la terminal de CEPSA, tal y como reconoce la Resolución de Vigilancia.

DISA especifica que se trata de una condición particular aplicable exclusivamente a las peticiones ocasionales de Repsol y BP, que son las únicas operadoras que pueden cargar desde TTCC. Por ello, DIMA no incluyó los servicios desde TTCC, pues desconocía todas las dificultades existentes a la hora de prestar ese servicio y por tanto no podía estimar el coste que llevaría.

Señala, asimismo, DISA que discrepa de la valoración que hace la Resolución de Vigilancia según la cual los servicios contratados por BP y REPSOL desde TTCC se estarían convirtiendo en habituales. DISA pone de manifiesto que de las 114 cargas de ATK realizadas en Tenerife en 2019, solamente 7 tuvieron como punto de carga TTCC, lo que supone menos de un 1,5% del volumen de ATK cargado ese año en Tenerife. Y en el año 2020, sobre un total de 54 cargas de ATK, hubo tan solo 6 cargas de Repsol y ninguna de BP.

⁵⁷ En el contrato de CEPSA se establecía un valor que no era fijo, porque dependía de la correspondiente conversión, es decir, de un valor variable como el tipo de cambio \$/€, publicado mensualmente por el Banco Central Europeo. Por ello, los valores, en último término, no eran coincidentes, ya que el valor en el contrato de CEPSA variaba en función del cambio, mientras que en su página web permanecía siempre el mismo sin especificar que pudiera variar en función de la conversión \$/€

En definitiva, DISA afirma que el hecho de no haber incluido en la tarifa los servicios desde la terminal de TTCC no constituye en ningún caso una infracción de los compromisos, pero pese a ello, DIMA procedió a modificar en el mes de junio de 2020, tras la notificación de la Propuesta de informe parcial de vigilancia, las tarifas publicadas en su web para recoger el recargo compensatorio de los costes suplementarios en que incurre cuando carga desde TTCC en cuanto tuvo conocimiento de que la Subdirección de Vigilancia consideraba que su ausencia en las tarifas podía ser problemática.

En primer lugar, esta Sala observa que en la exposición de esta alegación DISA incurre en una cierta contradicción: Ha defendido que no tenía obligación de recoger en la página web de DIMA el contrato COA con CEPSA. Sin embargo, DISA afirma ahora que las tarifas inicialmente publicadas estaban calculadas bajo la premisa de que la carga se realizaba en la terminal de CEPSA (La Hondura).

No obstante, la alegante optó por publicar las tarifas referidas a la terminal de carga de CEPSA, pero las tarifas realmente aplicadas a ésta eran diferentes a las publicadas en su página web. Y cuando en 2019 entran nuevos clientes en el mercado, que llevan a cabo, por primera vez desde que se aprobaron los compromisos, transportes en modalidad spot, las tarifas aplicadas a éstos tampoco se reflejaron en su web de forma íntegra, a pesar de que, en sus alegaciones, DISA ha defendido que los compromisos adoptados eran solo para esa modalidad de transporte spot.

Independientemente de que dichos servicios de transporte son más o menos habituales, hay que hacer constar que, desde el primer transporte de junio de 2019, los mismos se han incrementado. De hecho, según los datos aportados por DISA en su escrito de alegaciones, en 2019 éstos supusieron un 6,1% del total de los servicios de transporte de ATK llevados a cabo por DIMA en las Islas Canarias⁵⁸ y en 2020 esta cifra se ha incrementado hasta el 11,11% de los mismos⁵⁹.

En todo caso, si bien estaría justificado que cuando se aprobó el Plan de Actuaciones, las tarifas fueran referidas a las rutas que llevaba a cabo CEPSA desde su terminal de carga, ya que era su único cliente, cuando empezó a operar, en el año 2019, con BP y REPSOL, el sobrecoste que tiene la carga desde la terminal de TTCC debía haber sido publicado en su página web, para dar cumplimiento íntegro a los compromisos asumidos por DISA. Es que, si no, las tarifas publicadas en la web son siempre irreales, pues no se ajustan a ninguno de los clientes que de hecho tiene DISA. DISA no puede pretender que la totalidad de sus clientes sean una excepción a la regla general de los servicios que presta.

⁵⁸ «De las 114 cargas de ATK realizadas en Tenerife en 2019, solamente 7 tuvieron como punto de carga TTCC» (Folio 1409).

⁵⁹ «en el año 2020, sobre un total de 54 cargas de ATK, hubo tan solo 6 cargas de Repsol y ninguna de BP» (Folio 1409).

4. No había sido actualizada la información de la página web respecto a su plan anual de inversiones desde el año 2014.

DISA, en su escrito de alegaciones, entiende que los compromisos no imponen la obligación de publicar todas sus inversiones en relación con el conjunto de su actividad de transporte marítimo interinsular, sino exclusivamente aquellas que se ciñen al transporte de combustibles de aviación ATK. En este sentido, señala que la puesta en servicio B/T Dácil no afecta exclusivamente, ni de modo particular, al transporte de combustibles de aviación ATK, puesto que este buque se dedica al transporte interinsular canario de distintos tipos de combustibles, además del ATK.

A esta alegación, la Sala debe referirse a que los compromisos aprobados en 2013 **recogían expresamente** la obligación de publicar su Plan anual de inversiones, el cual debía ser, además, actualizado cuando hubiera modificaciones, tal y como exigía el compromiso 5^o ⁶⁰.

En cumplimiento de este compromiso, fue actualizado el Plan de inversiones del año 2014, dejando reflejado en la web lo siguiente: *“para el año 2014, DIMA no tuvo plan anual de inversiones presupuestadas que afectara a la capacidad de transporte marítimo interinsular de ATK/JP8 en las Islas Canarias”*.

Sin embargo, tras esta actualización de 2014, no se introdujeron posteriores actualizaciones, a pesar de las inversiones que, tal y como ha reconocido DISA, realizó en 2018 y 2019, que afectaban directamente al transporte de combustible de aviación en las Islas Canarias, ya que se trataba de inversiones en los dos buques de DIMA que llevan a cabo este tipo de transporte:

- En el buque Mencey, que es uno de los que se utiliza para el transporte de este tipo de combustible, en enero de 2019, llevó a cabo una inversión en Planta de Gas Inerte con un coste de 1.135.000 €.
- Compra y puesta en marcha del buque Dácil, en noviembre de 2018, como sustitución al Faycan, con un coste de 8.700.000 €. Este buque fue desde entonces uno de los que DIMA ha utilizado para llevar a cabo el transporte de combustible entre islas de las Islas Canarias.

Pues bien, al respecto, hay que señalar, primeramente, que si bien DIMA sí modificó la pestaña de la página web relativa a la oferta de servicio, en la que sí aparecía, tras su compra, el buque Dácil, no hizo ninguna mención ni ninguna modificación en la pestaña relativa al Plan de inversiones en la que continuaba, a principios del año 2020, la información relativa al Plan de inversiones de 2014.

Es evidente que estas inversiones afectaban directamente a los compromisos aprobados en 2013, pues las mismas se llevaron a cabo en los dos únicos barcos que, actualmente, llevan a cabo el transporte de combustible de aviación,

⁶⁰ V. Supra Hechos Acreditado párrafo 22.

independientemente de que se utilicen mayoritariamente para el transporte de otro tipo de productos petrolíferos.

Analizadas todas las alegaciones relativas al incumplimiento de los compromisos 4º y 5º concluye esta Sala por lo expuesto anteriormente que no cabe acogerlas más allá de la matización establecida sobre la duración de las conductas acreditadas.

Por tanto, de lo anterior esta Sala considera acreditado que **DISA no ha incluido en su página web información en relación a los siguientes conceptos:** el coste extra de la carga, realizada para REPSOL y BP, en la terminal de TTCC; las tarifas aplicadas a CEPSA en el contrato de 2018, y el valor variable en que realmente son reflejados los complementos tarifarios; y las inversiones realizadas en 2018 y 2019. Así resulta de los elementos probatorios siguientes recogidos en los hechos probados: *i)* la información sobre tarifas aplicadas en 2019 remitida por BP y por REPSOL (así como por la propia DISA), *ii)* el contrato suscrito con CEPSA el 1 de enero de 2018, *iii)* las tarifas publicadas en la web de DIMA (que figuran en el expediente y a las que antes se ha hecho referencia, y que son diferentes de las aplicadas a las empresas mencionadas), y, *iv)* la información aportada por la propia DISA durante el expediente de vigilancia al respecto de las inversiones realizadas.

El **compromiso 6º** establecía la obligación de DISA de reportar periódicamente a la Dirección de Energía todas las peticiones de prestación del servicio marítimo inter-islas que se soliciten, tanto las formalizadas como las no formalizadas.

Sin embargo, DISA no mencionó en los reportes remitidos a la Dirección de Energía, como se extrae de los hechos acreditados, lo siguiente:

- La solicitud de transporte de BP de enero 2019, que finalmente no se realizó.
- La solicitud de BP de julio 2019, que no se pudo llevar a cabo.
- La solicitud de REPSOL de julio 2019, que tampoco se pudo llevar a cabo.

Para la solicitud de BP de enero de 2019, se ha de tener en cuenta que la información había de enviarse, según el Plan de Actuaciones, *“dentro del plazo máximo de 15 días siguientes a la terminación del mes natural objeto del reporte mensual”* (folio 342).

En cuanto a los otros dos casos (de julio de 2019), en que la solicitud no se pudo atender por motivo de la avería del buque Dácil, los propios compromisos señalaban que *«DISA notificará a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones, de forma inmediata, y en todo caso en un plazo no superior a 7 días hábiles, cualquier denegación de acceso que se hubiera producido en la prestación del servicio de transporte marítimo Inter-islas, especificando el motivo de la denegación de acceso»* (compromiso 6.c)).

Sin embargo, la información relativa a estas tres solicitudes es presentada por DISA a la CNMC el 26 de septiembre de 2019, en respuesta al requerimiento de información formulado por la DC, como se desprende el hecho acreditado cuarto, y según consta en el expediente en el folio 471).

Subsidiariamente, queda acreditado del hecho tercero que DISA no comunicó a la DE, ni a ninguna otra dirección de la CNMC, la situación por la que no se pudieron efectuar los transportes requeridos en el segundo y tercer caso, como consecuencia de una falta de capacidad, hecho que debió ser igualmente comunicado atendiendo al punto c) del compromiso sexto.

En relación a este incumplimiento realiza DISA una serie de alegaciones que pasan a valorarse a continuación.

DISA no reportó a la Dirección de Energía ni las solicitudes ni las denegaciones de tres servicios de transporte.

DISA alega a este respecto que, en ninguno de estos tres casos, se produjo una petición propiamente dicha ni, por lo tanto, una denegación de servicio por parte de DIMA:

a. En relación con la solicitud de transporte de BP de enero de 2019.

DISA señala que, en la Resolución de Vigilancia de 9 de diciembre de 2020, se hace referencia a diversos intercambios de correos entre DISA y BP para la prestación de un servicio de transporte de combustible de aviación, y en particular, que, en un *e-mail* de 18 de febrero de 2019, DISA habría indicado que no podía llevar a cabo el transporte. DISA argumenta que las comunicaciones intercambiadas entre DISA y BP revelan que la situación es más compleja y que no hubo una petición final por parte de BP o una denegación final del servicio por parte de DIMA, sino una negociación para la prestación de un servicio a largo plazo en la que, de enero a marzo de 2019, se producen diversos intercambios de información entre DISA y BP en el que se analizan los recursos disponibles a las necesidades de transporte, la autorización de los buques por parte de DIMA y las restricciones de uso de los buques de DIMA en las terminales de TTCC en Tenerife y Las Palmas, que eran los puntos desde los que BP pedía la prestación del servicio.

En definitiva, DISA mantiene que no es posible establecer que en el mes de enero de 2019 se hubiera producido una solicitud concreta de servicio por parte de BP o una denegación por parte de DIMA. DIMA señala que los correos electrónicos a los que se ha hecho referencia revelan distintos contactos sobre temas diversos relativos a la posible prestación de un servicio de transporte continuado, que se desarrollan a lo largo de varios meses y que uno de los problemas que impidió que se llegaran a concretar las condiciones del servicio fue la falta de aprobación por BP del buque Mencey, a pesar de que cumplía todos los requisitos técnicos para realizar el servicio.

b. En relación con la solicitud de transporte de BP en julio de 2019.

DISA señala, en primer lugar, que a DIMA no le consta que BP realizase ninguna solicitud de transporte en julio de 2019. De hecho, matiza DISA, BP no indicó en sus escritos de 11 de noviembre o 19 de febrero de 2020 que se hubiera producido ninguna denegación de servicio por parte de DIMA en julio de 2019.

Por otra parte, le consta a DIMA que BP ha utilizado el Mencey para realizar cargamentos desde Tenerife a Fuerteventura en agosto, noviembre y diciembre de 2019, utilizando la aprobación SIRE de REPSOL. Por tanto, DISA afirma que si DIMA no ha podido transportar combustibles contratados directamente por BP, no es porque se le haya denegado el acceso, sino simplemente porque ni el Mencey (pese a que tenía aprobación de REPSOL y de CEPSA y CLH,) ni el Dácil (que tiene aprobación de CEPSA y CLH), han sido aprobados por BP.

c. En relación con la solicitud de transporte de REPSOL en julio de 2019.

DISA pone de manifiesto que REPSOL realizó una solicitud de transporte de ATK desde TTCC por correo de 3 de julio de 2019, para una ventana de entrega comprendida entre los días 7 y 15 de ese mismo mes, con preferencia para el 12 de julio. No obstante, afirma que esta solicitud no se pudo atender dado que no se había realizado con la antelación necesaria para poder ser encajada en la planificación de DIMA. A tal efecto, explica que las necesidades de planificación de DIMA implican que los operadores tengan que realizar las solicitudes de servicios antes del día veinte del mes anterior a aquél para el que se solicita el flete, siendo REPSOL consciente de que debía realizar los pedidos con esa antelación.

Según DISA, como REPSOL solicitó su pedido el 3 de julio para ese mismo mes, DIMA le tuvo que responder ese mismo día que no tenía disponibilidad para realizar el transporte spot solicitado dentro del citado mes de julio.

En definitiva, DISA alega que, si no se pudo formalizar esta solicitud de servicio, fue porque REPSOL la presentó fuera de plazo, sin la antelación suficiente para poder prestar el servicio dentro de la ventana de entrega pedida por REPSOL. Todo ello con independencia de que, además, cuando REPSOL realizó su solicitud intempestiva, se dio la circunstancia de que el buque Dácil estaba averiado.

Como puede observarse, a lo largo de estas alegaciones, DISA defiende que no hubo tales denegaciones de servicio a BP y a REPSOL, en primer lugar, porque no se pudieron formalizar las solicitudes de BP de enero de 2019 y de REPSOL de julio de 2019, por lo que no serían solicitudes en el sentido que exigían los compromisos, y, en el caso de la solicitud de julio de 2019 de BP, porque no consta dicha solicitud.

A este respecto, hay que destacar, primeramente, que el incumplimiento imputado no es, solamente, no comunicar las denegaciones de servicio, sino no comunicar todas las solicitudes de transporte recibidas, como claramente venía exigido por el literal de los compromisos aprobados:

*“7. DISA remitirá a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones **todas las peticiones de prestación del servicio marítimo inter-islas que se les soliciten, tanto las formalizadas como las no formalizadas. [...]***

*9. **Congestionaciones físicas y contractuales registradas:** DISA notificará a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones, de forma inmediata, y en todo caso en un plazo no superior a 7 días hábiles, cualquier denegación de acceso que se hubiera producido en la prestación del servicio de transporte marítimo Inter-islas, especificando el motivo de la denegación de acceso. Cuando DISA deniegue una petición de prestación del servicio logístico, informará formalmente al solicitante que puede notificar esta denegación a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones.”*

Asimismo, para llevar a cabo este compromiso, en el Plan de Actuaciones se estableció que DIMA reportaría, entre otros:

*“las peticiones de prestación del servicio de transporte marítimo inter-islas de combustibles de aviación que soliciten terceros, **tanto las formalizadas como las no formalizadas. [...]***

congestionaciones físicas y contractuales registradas y los cambios y mejoras que se produzcan en la flota.”

Por ello, el incumplimiento se produce por el solo hecho de no haber reportado una solicitud de servicio (aunque finalmente no se llevara a cabo).

Además, hay que recordar que estas tres solicitudes fueron puestas de manifiesto por la propia DISA, en su respuesta de 26 de septiembre de 2019 en la que afirmaba: “durante 2019 se han solicitado a DIMA seis transportes, de los cuales se han realizado hasta la fecha dos de ellos, y un tercero y cuarto están en proceso de planificación”⁶¹. Al mencionado escrito de respuesta fue adjuntada una tabla, que se ha reproducido en los Hechos Acreditados, en la que constan anotadas estas 6 solicitudes referidas por la propia DISA, entre las que se encuentran las dos de BP de enero y julio de 2019 y la de REPSOL de julio de 2019.

Es evidente, además, que, como reconoce DISA en sus alegaciones al sancionador, en julio de 2019 el buque Dácil estaba averiado, y las solicitudes coetáneas a la avería fueron denegadas.

En cuanto a la solicitud de enero de 2019, que, aparte de reconocerse por DISA en su contestación de 26 de septiembre de 2019 (folio 480), el propio BP reporta a la CNMC como una incidencia en el acceso a las infraestructuras logística de transporte marítimo de DISA (folios 413 a 420), esta Sala considera que las conversaciones mantenidas entre las dos compañías (que se extienden durante tres meses) revelan los intentos continuados de la empresa BP de poder acceder

⁶¹ Folio 476.

al servicio, lo que, cuando menos, debe calificarse de solicitud informal de servicios, a los efectos del compromiso 6º.

Por tanto, de acuerdo con los hechos acreditados, y analizadas las alegaciones, esta Sala concluye que DISA, en sus reportes mensuales del año 2019, **no comunicó oportunamente a la Dirección de Energía 3 solicitudes de transporte, que finalmente no se llevaron a cabo, de BP (2) y de REPSOL (1)**⁶². Así resulta acreditado, con respecto a la solicitud de enero de 2019 de BP, por la información aportada por esa empresa (que DISA corrobora, aunque discuta su calificación como incumplimiento) y, con respecto a las solicitudes de REPSOL y de BP de julio de 2019, por la información aportada por DISA (información que no se aporta por esta empresa en el contexto del cumplimiento del compromiso 6º, sino un tiempo algo posterior al previsto a tal efecto⁶³, y en el marco de la contestación a los requerimientos de vigilancia de la DC).

1.3. Antijuridicidad de la conducta

La propuesta de Resolución elevada a esta Sala se realiza bajo la premisa de la vigencia de los compromisos 4º, 5º y 6º, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 3 de noviembre de 2016, que estipuló su prórroga anual si las circunstancias del mercado no se modificaban y la obligación de DISA de poner en conocimiento de la Dirección de Competencia, para su valoración, cualquier cambio sustancial en el mismo que pudiera incidir en la continuidad o modificación de los compromisos.

No habiendo puesto DISA en conocimiento de la CNMC nada al respecto (hasta su escrito de 26 de septiembre de 2019, como consecuencia de un requerimiento de la DC en relación al presente incumplimiento), no cabe más que concluir la ejecutividad de los presentes compromisos y la obligación de DISA de su cumplimiento.

A mayor abundamiento, cabe señalar que DIMA, durante la vigencia de los presentes compromisos, ha seguido siendo, en la práctica, la única naviera dedicada al transporte inter-insular, con lo que la situación relativa al sistema de transporte entre islas sigue siendo esencialmente la misma que cuando fue aprobada la concentración, que dio origen a los presentes compromisos.

⁶² Estas tres solicitudes se han señalado en color naranja en la tabla número uno.

⁶³ La información se refiere a julio de 2019. Según el Plan de Actuaciones, «*El reporte mensual se enviará a la CNE, dentro del plazo máximo de 15 días siguientes a la terminación del mes natural objeto del reporte mensual*» (folio 342 del expediente). Ahora bien, en cuanto a los casos de denegación del servicio, los propios compromisos señalaban que «*DISA notificará a la autoridad que se determine en el plan de actuaciones, de forma inmediata, y en todo caso en un plazo no superior a 7 días hábiles, cualquier denegación de acceso que se hubiera producido en la prestación del servicio de transporte marítimo Inter-islas, especificando el motivo de la denegación de acceso*». La información relativa a las tres solicitudes mencionadas (la de enero de 2019 y las dos de julio de 2019) es presentada por DISA a la CNMC el 26 de septiembre de 2019 (folio 471).

Sobre la alegación consistente en que el mantenimiento de la vigencia de los compromisos es contrario a Derecho.

DISA alega a este respecto, que los compromisos derivados de la Resolución del Consejo de la extinta CNC de 25 de marzo de 2013 fueron inicialmente impuestos dado que la CNC consideró que, a raíz de la operación de concentración, DIMA podía tener incentivos para que su actividad logística se erigiera como barrera de entrada en el mercado del transporte marítimo entre islas de combustible de aviación en Canarias, en el que pasó a competir a través de SAE.

Sin embargo, la CNMC reconoció expresamente en la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia de 1 de junio de 2020 que, transcurridos siete años desde la concentración, dicho riesgo “no se ha materializado ya que SAE no ha requerido los servicios de DIMA”. Aun así, la CNMC entendió que “siguen siendo útiles para controlar” la posible discrecionalidad y las tarifas de DIMA, con la intención de convertir los referidos compromisos en una especie de actuación pseudo-reguladora, destinada a extender la obligación de información que figura en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (Ley de Hidrocarburos), pero que solo se aplica a las instalaciones fijas de almacenamiento y de transporte.

De esta manera, concluye DISA, la CNMC está utilizado como subterfugio el régimen de control de concentraciones para imponer, únicamente respecto de DIMA, unas obligaciones que no existen en la normativa sectorial sobre hidrocarburos, lo que es contrario a Derecho, petrificando las obligaciones impuestas en el marco del control de concentraciones. Entiende DISA, además, que DIMA también dejó de ser la prestadora exclusiva del servicio de transporte marítimo entre las islas de combustible de aviación al haber nuevas alternativas y, a lo largo de los años, el número de alternativas para realizar este tipo de transporte se ha incrementado. Prueba de ello es que el volumen de productos petrolíferos transportados por DIMA, incluyendo los combustibles de aviación, se ha reducido sensiblemente en los últimos años. En consecuencia, según la alegación, los compromisos señalados ya no cumplen la finalidad para la que fueron adoptados por la CNMC y, por lo tanto, han dejado de ser proporcionados.

En respuesta a esta alegación ha de recordarse que los compromisos de que se trata fueron propuestos por la propia DISA; fueron aprobados en 2013 y prorrogados en 2016 sin ninguna alegación o disconformidad manifiesta por parte de la interesada. Estos compromisos conminaban a DISA a poner de manifiesto “cualquier cambio sustancial en el mercado del transporte marítimo de querosenos entre islas que pueda incidir en la continuidad o modificación de los compromisos que la afectan”, pero DISA no ha invocado ninguna modificación en tal sentido, hasta septiembre de 2019, momento en el cual la CNMC había iniciado su investigación ante posibles indicios de incumplimiento.

La manifestación realizada por DISA sobre la idoneidad de los compromisos el 26 de septiembre de 2019 resulta inapropiada y extemporánea.

En cualquier caso, como ya se ha adelantado, la imputación que se ha realizado a DISA se refiere a hechos anteriores en el tiempo a esa manifestación: la falta de reflejo del contrato de CEPSA de 1 de enero de 2018, la falta de reflejo de los servicios que comienzan a prestarse a REPSOL en junio de 2019 y a BP en agosto de 2019, la falta de actualización de las inversiones de noviembre de 2018 y enero de 2019, y la falta de remisión de información de las solicitudes de enero de 2019 y julio de 2019.

Por otra parte, la valoración actual que realiza DISA de la naturaleza y finalidad de los compromisos resulta incompleta y deficiente. Así, hay que observar que, en el Informe Propuesta de Resolución (IP) de segunda fase de la operación de concentración C/0468/12 DISA/SHELL/SAE/JV de fecha 22 de marzo de 2013, no solo se detectaron, como posibles riesgos de la operación de concentración, la entrada de SAE en el mercado del aprovisionamiento, como defiende DISA, sino que también se tuvieron en cuenta de forma expresa posibles efectos, precisamente, sobre REPSOL y BP en caso de una futura entrada de las mismas en el suministro de las Islas menores, como realmente ha sucedido en 2019 (párrafo 290):

“A este respecto, cabe señalar en primer lugar que, en efecto, en la actualidad, REPSOL y BP no son clientes de DISA y para su actividad, que se limita a las islas de Gran Canaria y Tenerife, hacen uso únicamente de sus propias infraestructuras ubicadas en estas islas. Sin embargo, aunque en principio podría concluirse que no se verían afectados por los posibles efectos de cierre de mercado a los que se está haciendo referencia, también es cierto que no pueden descartarse los efectos sobre estas compañías en caso de una futura entrada por parte de las mismas en el suministro a las Islas menores. En este sentido, BP alega que “la operación podría hacer más difícil nuestra expansión en los aeropuertos de Lanzarote, Fuerteventura y La Palma” (folio 1316) y REPSOL sostiene que [...] (folio 1041).”

De hecho, en el propio IP ya se señalaba como un problema de competencia el hecho de que, de acuerdo con la información facilitada por los notificantes, los fletes que la naviera de DISA aplicaba a los distintos usuarios difirieran considerablemente entre sí, pues en particular eran claramente inferiores los aplicados a CEPSA en comparación con los que se le aplicaban a GALP (párrafo 323):

“De hecho, de acuerdo con la información facilitada por los notificantes, los fletes que la naviera de DISA aplica a los distintos usuarios difieren considerablemente entre sí, siendo en particular claramente inferiores los aplicados a CEPSA en comparación con los que se le aplican a GALP en el transporte a las tres islas (Fuerteventura, Gran Canaria y Lanzarote).”

Por ello mismo, tal y como señalaba el IP, las notificantes realizaron determinadas regularizaciones hasta que los fletes de las compañías fueron muy parecidos. En todo caso, se subrayaba que lo anterior no hacía “más que poner de manifiesto la

discrecionalidad de la que goza la naviera a la hora de establecer sus condiciones de acceso al sistema de transporte entre islas a lo que debe añadirse la ausencia de una transparencia total en el mercado de los fletes aplicados en cada caso” (párrafo 324).

Asimismo, aunque el principal efecto vertical de la operación, la entrada de su filial SAE en el mercado de suministro de combustible de aviación, no se ha materializado, puesto que SAE no ha utilizado los servicios de DIMA, sí lo ha hecho de forma indirecta al comprar el combustible a CEPSA ya posicionado en los aeropuertos de las Islas Canarias, ya que CEPSA lo transporta a través de DIMA, y el hecho de que ésta no oferte este servicio en condiciones objetivas y no discriminatorias a otros competidores, como BP y REPSOL, podría, indirectamente, otorgar una ventaja a SAE a través de su relación comercial con CEPSA.

Además, tal y como se refleja en los Hechos Acreditados, la cantidad de combustible de aviación que DIMA ha transportado en estos años no solo no se ha reducido sensiblemente, sino que durante los años 2016 y 2017 aumentó, y, por lo que se refiere a los años 2018 y 2019, la cantidad transportada es muy similar a la que se transportaba cuando fueron adoptados los compromisos.

En consecuencia, al contrario de lo que DISA afirma, la CNMC no pretende petrificar las obligaciones impuestas de manera indefinida, sino únicamente que DISA cumpla con los compromisos, de forma íntegra, de conformidad con la finalidad para la que fueron aprobados, más aún cuando, desde 2019, otros operadores han comenzado a reclamar sus servicios de transporte y DIMA sigue siendo actualmente en la práctica la única naviera dedicada al transporte inter-insular⁶⁴.

En cualquier caso, si DISA entendía que, como consecuencia de cambios posteriores en el mercado, hubiera sido pertinente la modificación o, incluso, la exención de los compromisos adoptados en la decisión que autorizaba la concentración, hubiera debido comunicar a esta CNMC dichos cambios sustanciales, con anterioridad a dejar de forma unilateral sin efecto los mismos.

2. Responsabilidad de DISA

El artículo 28.1 de la LRJSP establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

De la infracción indicada en los *Hechos Acreditados* es responsable la mercantil DISA CORPORACION PETROLIFERA S.A., conforme al artículo 62.4 de la LDC,

⁶⁴ DISA en sus alegaciones no ha señalado a ningún otro operador que lleve a cabo el transporte de combustible de aviación entre islas en Canarias.

que establece que *“son infracciones muy graves incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*, y el artículo 61.1 de la misma LDC, que indica que serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones tipificadas como infracciones en la LDC.

En relación al elemento subjetivo de la infracción, la culpabilidad, las autoridades españolas de competencia han acogido que *“la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo viene afirmando que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador”*.

Asimismo, han asumido el sentado criterio jurisprudencial de que: *“La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia”*. (Sentencia del TS de 20 de diciembre de 1996).

En ausencia de la debida diligencia, la responsabilidad de la infracción existe tanto en el caso de que exista una acción con intención demostrada de infringir una norma como cuando, por omisión, no se observa el grado de diligencia necesario. Así lo ha señalado la Audiencia Nacional al establecer que: *“Tanto en el ámbito del Derecho Penal como del Derecho Administrativo Sancionador es posible la exigencia de responsabilidad tanto por acciones como por omisiones, por la actividad o inactividad del sujeto, en este último caso, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva [...]”* (Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2006, recurso 564/2003).

Esta Sala considera que la conducta que se ha expuesto en los Hechos Acreditados es imputable a DISA a los efectos de imponer una sanción.

Esta Sala considera que la documentación obrante en el expediente revela, efectivamente, un incumplimiento de los compromisos de la operación de concentración de referencia; si bien, ello se aprecia en los términos que se han reflejado en el apartado anterior de la presente resolución (que implican una matización de la interpretación de los Hechos Acreditados que figuraban en la propuesta de resolución, matización que afecta, esencialmente, al momento a partir del cual queda acreditada la infracción de determinados aspectos, según ya se ha señalado).

DISA era consciente de la existencia de los compromisos (que ella misma planteó al respecto de la operación de concentración) y de su vigencia. Conforme a ello, mantenía unas publicaciones en su página web (sobre los servicios prestados en el mercado de transporte marítimo inter-islas de queroseno, y sobre sus tarifas).

Ahora bien, siendo consciente de esos compromisos, y conocedor de las tarifas que tiene publicadas, DISA, ante la relevancia que supone la suscripción el 1 de enero

de 2018 de un contrato con CEPSA (su único cliente en ese momento), no actualiza en la web sus tarifas conforme a lo que en ese contrato se prevé (descuentos, puertos, variación de los complementos en función de cambio dólar-euro).

Asimismo, en 2019, y ante la notoria novedad que supone que sus servicios se empiecen a utilizar por otros terceros (BP y REPSOL), DISA tampoco actualiza la web para reflejar las tarifas que aplica a los mismos.

Hay que destacar que, durante esos años 2018 y 2019, las tarifas publicadas no se correspondían con las aplicadas a ninguno de los clientes que ha tenido DISA (que, o bien, tenían descuentos que no se reflejaban en la web -caso de CEPSA - o bien tenían unos recargos que tampoco se reflejaban en la web -caso de los terceros operadores-), y de ello era indudablemente consciente DISA.

Además, ante las únicas inversiones realizadas en sus buques en mucho tiempo (en el buque Dácil, en noviembre de 2018, y en el buque Mencey, en enero de 2019), DISA tampoco actualiza el plan de inversiones de su web.

Por todo ello, conforme a los Hechos Acreditados expuestos, y tras valorar las alegaciones, esta Sala entiende que DISA es responsable del incumplimiento relativo a la publicación de los servicios, tarifas y descuentos aplicados a CEPSA desde el año 2018 (pues, con respecto a CEPSA, lo que obra en el procedimiento es el contrato suscrito el 1 de enero de ese año). No cabe, por tanto, apreciar que el incumplimiento del compromiso de publicar en la web se produzca desde el momento mismo de inicio de la vigencia del compromiso (2013), sino que se ha de considerar que ese incumplimiento se produce desde el año 2018 momento en el que DISA debió realizar una actualización de sus tarifas en la web.

En cuanto a la actualización de las inversiones, esta Sala valora que, dado que sólo ha quedado acreditada la realización de inversiones en los años 2018 y 2019, son por tanto sólo esas dos anualidades las afectadas por el incumplimiento.

Respecto al incumplimiento del compromiso 6º relativo a la remisión de información sobre las solicitudes de servicios. La Propuesta de Resolución considera que este compromiso se ha incumplido al no informarse oportunamente a la Dirección de Energía de tres solicitudes de transporte realizadas en el año 2019 (en concreto, dos de BP y una de REPSOL). Así ha quedado acreditado también, a juicio de esta Sala en función de los hechos probados, sin que las alegaciones presentadas puedan ser acogidas como se ha detallado en el apartado anterior.

CUARTO. CONTESTACIÓN A OTRAS ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

1. Sobre los errores alegados por DISA

DISA alega que la propuesta de resolución obvia que la Resolución de la Sala de Competencia de 3 de noviembre de 2016 declaró que DISA estaba realizando el cumplimiento de los compromisos.

En realidad, esta alegación afecta únicamente a los incumplimientos de DISA referidos a la falta de reflejo en la web de los servicios y tarifas aplicados a CEPSA (para los que la propuesta de resolución imputaba un incumplimiento desde el año 2013) y ha sido analizada en la presente resolución.

En cambio, los incumplimientos referidos a la falta de actualización en la web de las tarifas aplicadas a REPSOL y a BP son ajenos a esa alegación, así como también es ajena a la misma la cuestión de la falta de actualización de las inversiones realizadas, como también la de la falta de remisión de información sobre las tres solicitudes recibidas, pues todos estos hechos acaecen en realidad en los años (2018 ó 2019), y es evidente que la declaración realizada por la CNMC en 2016 en ningún caso les alcanzaría.

Ahora bien, respecto de los servicios y tarifas de CEPSA, ya se ha señalado que esta Sala considera acreditado el incumplimiento desde el año 2018, cuando se suscribe el contrato de 1 de enero de 2018 (que obra en los folios 517 a 538 del expediente administrativo). Está claro que la suscripción de este contrato (con vigencia por un período de [CONFIDENCIAL]) es un hecho relevante (dado que se trata de un contrato con el único cliente de DISA de los servicios de que se trata), y su suscripción requería el reflejo transparente en la web de las tarifas y servicios aplicados, a fin de asegurar -mediante el cumplimiento de esa obligación instrumental de transparencia- el respeto del principio de no discriminación.

De este modo, los hechos que han quedado acreditados se corresponden con los indicios de que se disponía, y que llevaron a instar la incoación del sancionador en la Resolución de esta Sala de 9 de diciembre de 2020 (que aludía, en este sentido, al posible incumplimiento que revelarían las tarifas contenidas en el contrato suscrito entre DISA y CEPSA el 1 de enero de 2018, y con vigencia hasta [CONFIDENCIAL]).

En cuanto al transporte inter-islas que DISA alega que BP, REPSOL y CEPSA estarían realizando por sí mismos desde 2017, está claro que no se trata del mismo servicio que presta DISA, que es al que se refieren los compromisos. Se trata de las escalas realizadas en las islas por buques con origen fuera de canarias. Así, como consta en los dos anexos de tablas aportados por DISA junto con sus alegaciones a la propuesta de resolución, hay un “primer puerto” de descarga y un “segundo puerto” de descarga; ambos están ubicados en las Islas Canarias, pero no se trata de un transporte de queroseno realizado por un barco con origen en las Islas Canarias: El barco realiza un transporte del queroseno desde fuera de Canarias, y, al llegar a las Islas, el buque descarga en varias islas.

Como bien sabe DISA, éste no es el servicio que presta DIMA (que permite mover el queroseno dentro de las Islas Canarias), ni es el servicio al que se refería la Resolución de 25 de marzo de 2013 (que aprueba la operación de concentración): que se refería al específico mercado de transporte marítimo *inter-islas*.

De hecho, en la información aportada al procedimiento por parte de REPSOL y de BP, se refleja que estas empresas no encuentran alternativa al servicio de transporte de DIMA: *“BP a través de su división especializada de BP Shipping, exploró alternativas fiables al servicio de la naviera Petrogas en varias ocasiones, pero no encontró ninguna alternativa digna de consideración, especialmente en el aspecto económico”* (escrito de BP de 21 de junio de 2019; folio 425 del expediente); *“La importación directa no es una preferencia de Repsol sino su única opción”* (escrito de REPSOL de 6 de noviembre de 2019; folio 1112 del expediente).

2. Sobre la alegación subsidiaria de que, en caso de entender que se ha producido algún tipo de incumplimiento, sería exclusivamente atribuible a DIMA

Con carácter subsidiario, DISA señala que resulta preciso poner de manifiesto que, de haberse producido algún incumplimiento de los citados compromisos, éste no debería ser imputado a DISA sino a DIMA.

DISA alega que la lectura del Plan de Actuación pone claramente de manifiesto que, si bien los compromisos los ofrecía *“el Grupo DISA” en relación con “la resolución con fecha 25 de marzo de 2013 en el expediente C-0468/12 DISA/SHELL/SAE/JV”*, se trata de un Plan de DIMA, cuyo cumplimiento recae exclusivamente en dicha sociedad.

DISA destaca que, el documento se titula *“DISTRIBUIDORA MARÍTIMA PETROGAS, S.A. - Propuesta de Plan de Actuación”* y, desde su encabezamiento, señala que es DIMA la que presenta y asume los compromisos contenidos en dicho Plan: *“DISTRIBUIDORA MARITIMA PETROGAS, S.A.U. (DIMA) presenta la siguiente propuesta de Plan de Actuación en relación con el mercado de transporte marítimo (inter-islas) de combustible de aviación...”* Por ello, es DIMA, y no DISA, la que asume cada uno de los distintos compromisos mencionados en el Plan de Actuación:

DISA afirma que este hecho, además, habría quedado expresamente reconocido por el Consejo de la CNMC en su Resolución de 3 de noviembre de 2016:

- Al afirmar, en su Antecedente de Hecho tercero que *“los tres restantes compromisos, relacionados con el transporte marítimo entre islas de combustible de aviación, están asignados a DISTRIBUIDORA MARÍTIMA PETROGÁS (DIMA), filial del Grupo DISA dedicada a esta actividad.”*
- Al citar el Informe de 7 de marzo de 2016 de la Dirección General de Energía, que concluye, al supervisar los compromisos adoptados en la citada Resolución de 3 de noviembre de 2016, que *“(a) DILO y DIMA han cumplido puntualmente, en tiempo y forma, con la obligación establecida en los compromisos (...)”* y que *“(b) DILO y DIMA han publicado en sus páginas web (...)”*.

- Al decidir, en su Resolutivo TERCERO, “Prorrogar hasta el 7 de junio de 2017 los compromisos que recaen sobre la empresa del Grupo DIMA (Compromisos 4º, 5º, y 6º) (...)”, y en el CUARTO que “En consecuencia, DIMA queda obligada a poner en conocimiento de la DC(...)”.

Mediante la Resolución de 25 de marzo de 2013, se aprobó la operación de concentración entre DISA y SAE y aquella, como notificante de la misma, quedó supeditada al cumplimiento de los compromisos por ella presentados, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 59 de la LDC y 69.7 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

De la mencionada Propuesta de Compromisos era DISA, como notificante de la concentración, la que, en último término, se comprometía a cumplir con los citados compromisos. Así, en el apartado B de dicha Propuesta se establecía:

“En relación con el mercado de transporte marítimo (inter-islas) de combustibles de aviación:

4. DISA publicará en su página web...”

“5. En caso de que se modifiquen, DISA actualizará en su página web...”

“6. DISA reportará periódicamente información a la autoridad...”

Por otra parte, en esa misma Resolución de 25 de marzo de 2013, se establecía que DISA debía presentar un Plan de Actuaciones al efecto de facilitar la ejecución de los compromisos asumidos. En cumplimiento de dicho mandato, DISA presentó, con fecha 31 de mayo de 2013, el mencionado Plan de Actuaciones.

En dicho Plan, DISA, debido a su propia estructura y organización interna y al objeto, como establecía la resolución, de facilitar la ejecución de los mismos, distribuyó las obligaciones que había adquirido entre dos de sus filiales: así, los compromisos 1º, 2º y 3º serían ejecutados por DISA GESTIÓN LOGÍSTICA, S.A. (DILLO), filial de DISA con actividad en el mercado del almacenamiento y transporte por oleoductos de productos petrolíferos; mientras que los compromisos 4º, 5º y 6º serían implementados por DIMA, que, efectivamente, como señala la alegante, es la filial de DISA que cuenta con una flota completa de buques con las características necesarias para el transporte entre las islas de combustible de aviación.

Ahora bien, el hecho de que DISA organizara y distribuyera la implementación de los compromisos aprobados por el Consejo de la CNMC entre las dos filiales citadas en su Plan de Actuaciones e, incluso, el hecho de que la Dirección de Energía haya monitorizado la ejecución realizada por aquéllas y así haya quedado reflejado en sus informes, no puede servir para eludir la responsabilidad íntegra y permanente de DISA en el cumplimiento de los compromisos que, voluntariamente, asumió al presentar la Propuesta de Compromisos aprobada mediante Resolución de 25 de marzo de 2013.

De igual manera y por la misma razón, no se puede imputar el incumplimiento de la Resolución de 25 de marzo de 2013 a DIMA, por cuanto la misma no fue la notificante de la operación y no fue la que presentó y se comprometió al cumplimiento de los referidos compromisos.

En suma, no se trata, como parece constreñir la alegante, de un mero incumplimiento del Plan de Actuaciones, sino como expresamente se dice en el Acuerdo de Incoación: “...una infracción muy grave conforme a lo establecido en el artículo 62.4.c) de la LDC, consistente en haber incumplido los compromisos 4º, 5º y 6º aprobados en la Resolución de 25 de marzo de 2013”, y, por tanto, debe ser DISA, como notificante de la operación de concentración autorizada, la responsable única del incumplimiento de los compromisos a los que quedó supeditada la aprobación de la misma.

3. Sobre la falta de proporcionalidad

Finalmente, como última de sus alegaciones, DISA alude a la falta de proporcionalidad de la multa propuesta por la Dirección de Competencia (1.200.000 euros).

A este respecto, se ha de tener en cuenta que esta Sala ha variado los términos temporales de la imputación realizada a DISA al respecto de varios de los incumplimientos de los compromisos). Ello no afecta a la falta de remisión de la información de las tres solicitudes, como aspecto relativo al cumplimiento del compromiso 6º. No obstante, con respecto a las obligaciones de publicación de información en la web (los compromisos 4º y 5º), el incumplimiento de la obligación de reflejar las condiciones contratadas con CEPSA, queda, finalmente, acreditado, a juicio de esta Sala, como un incumplimiento que sucede, no desde 2013, sino desde la suscripción del contrato de 1 de enero de 2018, y, en cuanto a la falta de actualización de las inversiones, el incumplimiento queda puesto de manifiesto respecto de las anualidades de 2018 y 2019, en las que se llevan a cabo inversiones. Por lo demás, la falta de reflejo en la página web de los recargos aplicados a REPSOL y BP no presenta alteración, quedando en los mismos términos expresados en la propuesta de resolución.

Con ello, hay dos matizaciones temporales en la imputación del incumplimiento de los compromisos: la falta de actualización en la web de las condiciones aplicadas a CEPSA no se produce desde 2013, sino desde 2018, y la falta de actualización de las inversiones no se produce por el período 2015-2019, sino 2018-2019. Ello tendrá que tener el correspondiente reflejo en la graduación de la sanción.

QUINTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se ha indicado anteriormente, la conducta infractora de DISA se describe en el artículo 62.4.c) de la LDC con calificación de muy grave.

De acuerdo con el artículo 63.1.c) de la LDC (redacción vigente al tiempo de la comisión de la infracción) en el caso de infracciones muy graves, la sanción a

imponer será una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa⁶⁵. Para la determinación del importe de la sanción se ha de seguir lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC, que establece los criterios de graduación de sanciones, poniéndolo en relación con el artículo 29 de la LRJSP, que regula el principio de proporcionalidad dentro de los principios de la potestad sancionadora, en cuyo apartado 3 se establece la observancia de la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción.

La conducta analizada ha consistido el incumplimiento por parte de DISA de los compromisos 4º, 5º y 6º aprobados en la Resolución de 25 de marzo de 2013 y prorrogados mediante Resolución de 3 de noviembre de 2016.

En concreto, DISA ha incumplido los **compromisos 4º y 5º**: *i)* al no actualizar en su página web la información relativa a los servicios y tarifas aplicados conforme al contrato con CEPSA de 1 de enero de 2018, *ii)* al no actualizar en su página web las tarifas aplicadas por los servicios prestados a partir de 2019 a REPSOL y BP en atención a los puertos de carga que tales empresas empleaban (en concreto, los servicios prestados a partir de junio de 2019 a REPSOL, y a partir de agosto de 2019 a BP), y *iii)* al no recoger el plan de inversiones de los años 2018 y 2019. La información relativa a las tarifas de REPSOL y BP, la de los planes de inversiones y la de la variabilidad de los complementos tarifarios (como aspecto que estaba contemplado en el contrato con CEPSA) se ha corregido, sin embargo, en junio del año 2020 (cuando DISA, al recibir la notificación de la Propuesta de informe parcial de vigilancia, actualizó las pestañas de las tarifas, el plan de actuaciones y los complementos tarifarios).

Asimismo, DISA incumplió el **compromiso 6º**, al no informar a la Dirección de Energía en sus reportes mensuales de tres solicitudes de transporte del año 2019.

El volumen de negocios total de DISA en el año 2020 ha sido de [CONFIDENCIAL] euros.

La sanción a aplicar debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la determinación de sanciones por infracciones de defensa de la competencia.

En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a)), la conducta ha tenido lugar en el mercado de transporte marítimo (inter-islas) de combustibles de aviación. La cuota de mercado de DISA en el mercado afectado (art. 64.1.b)) sería del 100% pues es, en la práctica, la única que presta este servicio. Su facturación en dicho mercado entre enero de 2018 y febrero de 2021 ha sido de

⁶⁵ El Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, ha modificado la redacción del art. 63.1.c), para señalar que el límite del 10% se refiere al “volumen de negocios total mundial de la empresa infractora”.

[CONFIDENCIAL] euros, según resulta de la información aportada por la propia DISA (folio 1276 del expediente administrativo). El alcance geográfico, tal y como se estableció el Informe Propuesta de resolución del expediente C/0468/12 DISA/SHELL/SAE/JV, es regional y se circunscribe a las Islas Canarias con efectos en el comercio intracomunitario (art. 64.1.c)).

En cuanto a la duración de la infracción (art. 64.1.d)), en el caso de los compromisos 4º y 5º, el incumplimiento se produce en 2018 para algunos aspectos (los que se derivan del contrato con CEPSA de 1 de enero de 2018 y la falta de publicación de los planes de inversiones) y 2019 para otros aspectos (los que se derivan del comienzo de la prestación del servicio a CEPSA y a REPSOL).

En el caso del compromiso 6º, la solicitud de enero de 2019 de BP, no es reportada hasta que DISA, el 26 de septiembre de 2019, da contestación al requerimiento de la Dirección de Competencia. En esa fecha da cuenta de las solicitudes de julio de 2019 (de REPSOL y de BP), lo que, a juicio de esta Sala, implica retraso respecto a la fecha en que se debería haber informado de las mismas.

En cuanto a los efectos de la conducta en el mercado (art. 64.1.e)), el incumplimiento de los compromisos 4º, 5º y 6º aprobados en la Resolución de 25 de marzo de 2013 ha supuesto que no se cumpliera con el objeto de los mismos que era garantizar que el acceso al servicio de transporte marítimo de combustible de aviación entre las islas de Canarias, prestado prácticamente en exclusividad por DIMA, se realizara en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, teniendo en cuenta que este servicio es imprescindible para el suministro de combustibles de aviación a los aeropuertos canarios. DISA ha aplicado unos descuentos a CEPSA distintos de los publicados en su página web. Asimismo, aplicaba unos complementos tarifarios que no eran los que aparecían en la web y el recargo aplicado a BP y REPSOL no estaba reflejado tampoco en las tarifas publicadas, por lo que estos clientes carecían de parámetro de referencia en relación a estos extremos. Asimismo, DISA dejó de actualizar la pestaña de plan anual de inversiones, a pesar de que, en 2018 y 2019, hizo importantes inversiones en los barcos con los que DIMA transporta el combustible de aviación. Por otra parte, ocultó información importante a la Dirección de Energía, como eran las solicitudes de transporte de nuevos clientes.

Si bien esta Sala valora la necesidad de reconsiderar el importe de la multa propuesta por la DC en atención a los periodos temporales acreditados respecto al incumplimiento de los compromisos 4º y 5º, debe enfatizarse la especial gravedad del incumplimiento de estos compromisos a partir del año 2018, en comparación con los que el IP estimaba en el periodo 2013-2018. La no incorporación de la información de los descuentos incluida en el contrato de enero de 2018, la no incorporación los costes de operación desde la terminal de TTCC en la web de DISA, la no actualización de los planes de inversión y la ausencia de notificación a la CNMC de parte de las peticiones de servicio recogidas en el compromiso sexto son en sustancia equivalentes a las que llevaron a la propuesta de multa del IP. La

información omitida a partir de enero de 2018 impidió a la CNMC (y a las empresas competidoras) conocer las condiciones en las que DISA estaba prestando el servicio objeto de la vigilancia. Adicionalmente que DISA no comunicase a la CNMC las peticiones que operadores diferentes a CEPSA recibidas, y los obstáculos que estos encontraron para contratar con DISA el transporte de combustible de aviación entre islas obstaculizó el objeto mismo de la vigilancia y por tanto de los objetivos que con ella se persiguen y que fueron aceptados por DISA ante los riesgos para la competencia que la operación aprobada el año 2013 conllevaba.

Esta Sala no aprecia la concurrencia de las circunstancias agravantes contempladas en el artículo 64.2 de la LDC o atenuantes contempladas en el artículo 64.3 de la LDC.

Valorando todas estas circunstancias, en atención a naturaleza de infracción muy grave que se deriva de los incumplimientos de los compromisos que esta Sala considera acreditados, y de acuerdo con las consideraciones realizadas, la CNMC estima suficientemente proporcionado y disuasorio imponer, globalmente, a DISA una multa de 1.000.000 de euros, lo que, en todo caso, implica menos de un 1 % sobre el volumen de negocios total de DISA del año 2020.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

Primero: Declarar que DISA CORPORACION PETROLIFERA S.A. ha incumplido los compromisos 4º, 5º y 6º aprobados en la Resolución de 25 de marzo de 2013, lo que representa la comisión de unas infracciones administrativas de carácter muy grave, previstas en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Dichos incumplimientos de los compromisos han consistido en las siguientes actuaciones:

- DISA no ha incluido oportunamente en su página web información en relación a los siguientes conceptos: el coste extra de la carga, realizada para REPSOL y BP, en la terminal de TT.CC.; las condiciones aplicadas a CEPSA en el contrato de 1 de enero de 2018, y los planes de inversiones de los años 2018 y 2019.
- DISA no comunicó oportunamente a la CNMC tres solicitudes de transporte del año 2019 (que finalmente no se llevaron a cabo).

Segundo: Declarar responsable de dichas infracciones a DISA CORPORACION PETROLIFERA S.A.

Tercero: Imponer a DISA CORPORACION PETROLIFERA S.A. una multa por importe de 1.000.000 de euros por las infracciones de los compromisos cometidas.

Comuníquese esta Resolución a la DC y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio.