



Roj: **SAN 4183/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4183**

Id Cendoj: **28079230062020100392**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/12/2020**

Nº de Recurso: **225/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000225 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02388/2015

Demandante: GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.

Procurador: D. ISIDRO ORQUIN CEDENILLA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: CONFEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO CEEES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 225/15 promovido por el Procurador D. Isidro Orquin Cedenilla, en nombre y representación de **GALP ENERGIA ESPAÑA S.A**, contra la resolución de 20 de febrero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 800.000 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia por la que:

"se anule dicha resolución en su totalidad o en su defecto se declare la nulidad total o parcial de la sanción impuesta a GALP".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- En virtud de diligencia de ordenación de 27 de junio de 2016, se fijó la cuantía del recurso en 800.000 euros.

Mediante auto de 28 de junio de 2016, se acordó el recibimiento a prueba y la práctica de determinados medios de prueba y una vez realizada, se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de diecisiete de julio de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 23 de septiembre de 2020, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 20 de febrero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 800.000 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "S/474/13 Precios Combustibles Automoción," era del siguiente tenor literal:

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 110/1963, del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

5. GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A. por la conducta del apartado 4 anterior.

Intercambio de información entre GALP y MEROIL relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.

(...).

TERCERO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

5. A GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A. una multa de 800.000 €.

SEXTO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1) Con fecha 22 de mayo de 2013, la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, tras diversos informes emitidos por las extintas CNC y Comisión Nacional de Energía, inició una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador por el alineamiento de los precios de venta al público de combustibles en estaciones de servicio.

2) Con fechas 27 y 28 de mayo de 2013, fueron efectuadas inspecciones en las sedes de REPSOL S.A. (REPSOL), DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A. (DISA), MEROIL S.A. (MEROIL), y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA



DE OPERADORES PETROLÍFEROS (AOP), de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2013.

3) Con fechas 22 a 24 de julio de 2013, se realizaron inspecciones en las sedes de BP ESPAÑA, S.A. (BP) y CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S.A. (CEPSA CP), de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación de 19 de julio de 2013.

4) El 29 de julio de 2013, la DI acordó la incoación del expediente sancionador por la existencia de indicios racionales de la comisión, por parte de distintas petroleras, de conductas contrarias al artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE. Asimismo, se procedió al desglose del expediente S/0474/13, en dos expedientes: a) el S/0474/13 por la coordinación entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios, clientes y condiciones comerciales y en el intercambio de información comercial sensible, en los mercados de distribución de combustible de automoción, respecto de REPSOL, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. (CEPSAU), DISA, MEROIL, y GALP. b) y el S/0484/13 por la coordinación en materia de precios entre cada uno de los operadores de productos petrolíferos y los empresarios independientes que operan en sus respectivas redes de distribución de combustible de automoción.

5) El 3 de abril de 2014, la Dirección de Competencia acordó la ampliación de la incoación del expediente a BP.

6) El 12 de mayo de 2014, la Dirección de Competencia formuló Pliego de Concreción de Hechos, notificado a REPSOL, BP, CEPSA, DISA y CEEES, MEROIL, GALP y FENADISMER.

Con fecha 14 de julio de 2014, la DC acordó cerrar la fase de instrucción del expediente, notificándolo a los interesados y procediendo a la devolución de los DVD recabados en el marco de las inspecciones realizadas.

7) El 1 de agosto de 2014, la Dirección de Competencia dictó Propuesta de Resolución que fue remitida con su informe al Consejo de la CNMC, el 1 de septiembre de 2014.

8) Con fecha 27 de noviembre de 2014, la Sala de Competencia de la CNMC acordó nuevo requerimiento de información necesaria para resolver, consistente en información sobre volumen de negocios.

9) Con fecha 18 de diciembre de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea, que tuvo lugar el 19 de diciembre de 2014.

10) Con fecha 23 de diciembre de 2014, se dictó Acuerdo por el que se resolvió informar a las partes de la remisión efectuada a la Comisión Europea señalando que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la LDC, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 20 de enero de 2014, y con efectos desde el 18 de enero de 2014, la Sala resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.

11) Finalmente, la Sala de Competencia dictó la resolución sancionadora el 20 de febrero de 2015.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, GALP, del siguiente modo:

GALP es un grupo energético integrado de origen portugués, presente en toda la cadena de valor del petróleo y del gas natural. Los negocios en España los desarrolla a través de su filial GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A. Las principales participaciones en su capital social se encuentran repartidas de la siguiente forma: Amorim Energia, B.V. - 38,34%, Eni, S.p.A. - 16,34% y Parpública - 7,00%. 11 En el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS, GALP ostentó en 2010 una cuota del 5% por volumen de ventas y del 7% por número de EESS en gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A. En el mercado mayorista extra-red al canal de EESS, GALP ostentó una cuota del [5-10] % en 2011.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución recurrida hace referencia al marco regulatorio contenido en la Ley del Sector de Hidrocarburos diferenciando las operaciones de venta de productos petrolíferos al por mayor para su posterior distribución al por menor. Explica que el ejercicio de la operación al por mayor requiere de notificación de inicio y cese, con declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones necesarias.

Por otro lado, la distribución minorista de productos petrolíferos comprende, entre otros, el suministro de combustibles y carburantes a vehículos en instalaciones habilitadas al efecto. La actividad de distribución al por menor de carburante y combustibles petrolíferos puede ser ejercida libremente por cualquier persona física o jurídica, sin perjuicio de las autorizaciones necesarias para la puesta en marcha de las instalaciones precisas para el ejercicio de la actividad.



En cuanto a los acuerdos de suministro en exclusiva celebrados entre los operadores al por mayor y los propietarios de instalaciones para el suministro de vehículos, la resolución recurrida explica que la Ley del Sector de Hidrocarburos establece que "a) *La duración máxima del contrato será de un año. Este contrato se prorrogará por un año, automáticamente, por un máximo de dos prórrogas, salvo que el distribuidor al por menor de productos petrolíferos manifieste, con un mes de antelación como mínimo a la fecha de finalización del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, su intención de resolverlo.*

b) *No podrán contener cláusulas exclusivas que, de forma individual o conjunta, fijen, recomienden o incidan, directa o indirectamente, en el precio de venta al público del combustible*".

Sin embargo, las limitaciones reguladas en dicho precepto "no será de aplicación cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean plena propiedad del proveedor".

TERCERO.- En cuanto al mercado de producto, la resolución recurrida describe el mercado minorista de carburantes de automoción en España señalando como características del mismo que: "Una vez refinados, los carburantes se destinan o bien al uso propio del operador mayorista en el mercado minorista descendente (intra-red), bien a la venta a terceros que operan en el mercado descendente o a grandes clientes (extra-red)".

Explica que en 2011, las redes de estaciones de servicio de los operadores con capacidad de refino en España (REPSOL, CEPSA, BP) constituían el 60% de las estaciones de servicio en España y el 63% en términos de ventas. En España existían unas 10.000 estaciones de servicio, de las cuales 7.900 estarían integradas en las redes de operadores petrolíferos, 1.800 pertenecerían a minoristas independientes y 300 estarían ubicadas en centros comerciales (supermercados e hipermercados).

Explica la resolución recurrida que las EESS pueden operar bajo la bandera de operadores mayoristas (ya sean compañías petroleras integradas, como REPSOL, CEPSA, BP o GALP, o bien, mayoristas no integrados, como DISA o MEROIL) u operar con banderas propias o de los hipermercados en los que se ubican, en el caso de las EESS independientes o marcas blancas que no mantienen relaciones de exclusividad de suministro con operadores al por mayor. La red de distribución de un operador al por mayor abarca el conjunto de todas las instalaciones de suministro a vehículos en las que éste ostenta el régimen de propiedad (tanto en los casos de explotación directa como en los de cesión a un tercero por cualquier título habilitante), así como aquellas instalaciones en las que el operador al por mayor tiene suscritos contratos de suministro en exclusiva con su titular.

Distingue a continuación los tipos de vínculos contractuales que existen entre los operadores al por mayor y los distribuidores minoristas de las instalaciones pertenecientes a sus redes de distribución. Son los siguientes:

"a) *COCO (Company Owned - Company Operated): Instalaciones propiedad del operador al por mayor.*

b) *CODO (Company Owned - DealerOperated): Instalaciones en la que el operador al por mayor conserva la propiedad del punto de venta, pero tiene cedida la gestión a favor de un tercero con exclusividad de suministro de los productos del operador.*

c) *DOCO (DealerOwned - Company Operated): Instalaciones propiedad de un particular, que cede la gestión del punto de venta a un operador al por mayor.*

d) *DODO (DealerOwned - DealerOperated): Instalaciones propiedad de un particular vinculadas al operador al por mayor mediante un contrato de suministro en exclusiva que incluye el abanderamiento*".

En las EESS sin gestión directa por parte del operador al por mayor (CODO o DODO), pero con contratos en exclusiva con éste, existen dos modalidades de régimen de suministro:

a) *"Venta en firme: bajo el cual el minorista asume el riesgo económico, vendiendo su producto a un precio libre. El operador únicamente puede indicar un precio de venta al público (PVP) recomendado.*

b) *Comisión: Es el régimen jurídico predominante. En este caso el operador limita al gestor el PVP máximo*".

Finalmente, las EESS independientes, se aprovisionan en el mercado a través de los operadores al por mayor, pero sin mantener exclusividad con ninguno de ellos.

En cuanto al mercado geográfico de la distribución al por menor de combustibles para la automoción, dice la resolución recurrida, que presenta un importante componente local, en la medida en que la demanda minorista se sitúa en las proximidades de su centro de actividad por lo que la sustituibilidad entre estaciones estaría geográficamente limitada.

Ahora bien, existen aspectos de la oferta como la gama de productos ofrecida, su calidad, el nivel de servicio (horas de apertura, etc.), los impuestos indirectos, etc, que se deciden desde una perspectiva nacional.



Además, advierte que existe un claro solapamiento entre las áreas de influencia locales de las estaciones de servicio, que no solamente determina interacciones competitivas entre estaciones vecinas, sino que además provoca un encadenamiento con áreas de influencia de gasolineras más alejadas.

Por otra parte, los principales operadores actúan a nivel nacional siguiendo una estrategia comercial nacional. Por todo ello, hasta el momento las autoridades de competencia han optado por considerar nacional la dimensión geográfica del mercado de la venta al por menor de combustibles a través de gasolineras, admitiendo determinados matices y características regionales.

CUARTO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la CNMC relata los hechos que entiende acreditados.

En el caso de GALP, le imputa la siguiente conducta:

Contactos entre MEROIL y GALP en relación a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.

De acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de MEROIL, con fecha 2 de mayo de 2013, el Director de Planificación de Red de GALP, remitió al Director General de MEROIL, un correo electrónico con el Asunto "contracte", al que adjuntó el contrato de abanderamiento de GALP correspondiente a una Estación de Servicio. En el mensaje, el Director de Planificación de Red de GALP indicaba lo siguiente: "No tengo ningún borrador, así que, dada la confianza, te envío el pdf del contrato que se ha firmado para que puedas leer y tomar tus notas y después lo destruyas" (folio 2368).

QUINTO.- Expuestos, de modo resumido, los hechos que la resolución impugnada considera probados y que reflejan la supuesta operativa de funcionamiento de las entidades sancionadas, en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007 y art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en una serie de acuerdos e intercambios de información entre competidores.

En el caso de GALP, la imputación obedece a su participación en una infracción consistente en:

Intercambio de información entre GALP y MEROIL relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.

SEXTO.- En su demanda, la parte recurrente plantea como motivos impugnatorios, en síntesis:

La prueba de cargo contra GALP no es válida por ser nula la inspección a MEROIL en la que se obtuvo, dada la falta de concreción de la Orden de investigación.

Critica que la Orden no especifique el tipo de o modalidad de distribución de combustible (a través de estaciones de servicio, por medio de venta extrared o directa o a través de las distintas concesiones administrativas de distribución ni se precisa el ámbito territorial o temporal de las conductas objeto de inspección. No basta con referencia a documentos anteriores

La Inspección se desarrolló en ausencia de indicios de infracción y tuvieron carácter exploratorio.

En relación con la prueba inculpativa, destaca que el empleado de GALP, D. Anselmo que envió el correo actuó a título personal y en contra de los intereses de la compañía.

Añade que el correo enviado no constituye una infracción por objeto. Aporta otros contratos de fechas aproximadas que muestran como las condiciones pactadas por GALP no son homogéneas. La conducta no es restrictiva de la competencia por sus efectos y no ha generado efectos anticompetitivos.

Nulidad de la sanción por falta de motivación de los criterios empleados en su aplicación y no ha aplicado los criterios de manera individualizada

SÉPTIMO. - Denuncia en primer lugar la actora, la falta de concreción de la Orden de investigación.

Así, en cuanto a la Orden de investigación de 23 de mayo de 2013, en ella se hace constar que "*sucesivos informes de la CNMC han puesto de manifiesto la falta de competencia en el sector de los combustibles de automoción en España, tras constatar un incremento significativo en el precio de los carburantes en un contexto de niveles generales de precios minoristas más elevados que los registrados en países de nuestro entorno.*

Por otra parte, el alineamiento en los precios de venta al público de los combustibles de automoción a través de las estaciones de servicio de los distintos operadores petrolíferos ha sido objeto de denuncias y consultas ante la CNC de forma recurrente.

A este respecto, informes recientes de supervisión de la Comisión Nacional de Energía aprecian un alineamiento general de los precios de venta al público. En particular, en el informe mensual correspondiente al mes de mayo se señala que " se vuelve a observar una estrategia de fijación de precios común para ambos carburantes, con



porcentajes diarios de variación de precios similares" en línea con lo recogido en su informe del mes anterior, donde concluía que " el diferencial de precios promedio gasolina 95-gasoleo A es el mismo (9ce/lt) para todos, con independencia del tipo de vínculo y régimen de suministro".

Asimismo, la reciente resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0288/10 derivado de la denuncia presentada por la Confederación Española de Estaciones de Servicio (CEES) contra la Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos (AOP) insta a la Dirección de Investigación a continuar las diligencias de investigación en relación con la denuncia de concertación en materia de precios en determinados momentos puntuales. En particular, además de a la subida del IVA en julio de 2010 y a la Semana Santa de 2011 que ya han sido analizados en el expediente, el Consejo hace referencia a los escritos aportados con posterioridad por los denunciantes en relación al "efecto lunes".

En este sentido, la CNE en su informe sobre el efecto del día de la semana en la determinación de los precios de los carburantes publicado el 7 de marzo de 2013, concluye que en el segundo semestre del año 2012 se observa un comportamiento atípico de los precios de los carburantes para el domingo, lunes y martes de cada semana, consistente en una bajada de precio el lunes y un repunte posterior el martes, que no puede justificarse por una evolución de las cotizaciones internacionales de referencia a las que se indexan los precios finales de la gasolina 45 y el gasóleo A. Por ello, propone abrir un expediente informativo que permita determinar la causa del efecto "lunes" e identificar qué operadores pueden estar siendo responsables de las citadas actuaciones."

Como vemos, la Orden incorpora los antecedentes e indicios que revelarían un posible acuerdo de precios y por esa razón expone que " la Dirección de Investigación ha iniciado una información reservada para verificar la existencia y alcance de una posible coordinación de conductas entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustible de automoción que actualmente se tramita bajo la referencia S/0474/13.

Asimismo, podrían estar llevándose a cabo intercambios de información recomendaciones colectiva y/o conductas colusorias en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustible de automoción entre competidores y/o en el seno de las asociaciones a las que pertenecen.

La inspección tiene por objeto verificar " la existencia, en su caso, de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1 de la LDCy101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, llevadas a cabo por determinados operadores de productos petrolíferos y/o en el seno de sus asociaciones, consistentes en la coordinación de conductas entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustibles de automoción".

En el caso de MEROIL, dice la Orden de investigación que " la CNC dispone de información según la cual la citada empresa habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en los mercados de distribución de combustible de automoción, consistentes en la coordinación de conductas con otros operadores de productos petrolíferos en materia de precios y condiciones comerciales que podrían suponer una violación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE."

Por lo tanto, entendemos que la Orden de investigación se ajusta al criterio de la STS de 31 de octubre de 2018, pues presenta una suficiente concreción en cuanto al objeto de la investigación al describir esencialmente las conductas que se pretendían investigar, los mercados de producto y geográfico en los que estas se desarrollaban y refleja los elementos indiciarios que justificaron su dictado como medio de acceder a la sede de MEROIL en el marco de la investigación iniciada.

No podemos acoger por ello los argumentos de la actora cuando dice que la Inspección se desarrolló en ausencia de indicios de infracción y que tuvo carácter carácter exploratorio pues la Orden describe los sucesivos incrementos de precios de los combustibles que justificaban una investigación.

Tampoco advertimos insuficiencia de la Orden por el hecho de no especificar el tipo o modalidad de distribución de combustible (a través de estaciones de servicio, por medio de venta extrared o directa o a través de las distintas concesiones administrativas de distribución porque en la propia Orden se indica que había constatado que " el diferencial de precios promedio gasolina 95-gasoleo A es el mismo (9ce/lt) para todos, con independencia del tipo de vínculo y régimen de suministro".

Por lo demás, y en relación con la prueba obtenida en la Inspección a MEROIL destaca la actora que el empleado de GALP, D. Anselmo, que envió el correo actuó a título personal y en contra de los intereses de la compañía.

El argumento debemos rechazarlo porque no se exige ningún tipo de apoderamiento específico para limitar a esos casos la responsabilidad de la empresa por la actuación de su empleado, es decir, aquella responde con carácter general salvo una motivación específica que aquí no se ha aportado pues, no se explica qué razón ajena a la empresa podía justificar el envío del contrato a título particular teniendo en cuenta el nivel orgánico



del empleado de GALP, Director de Planificación de Red de GALP y el de Meroil. En ese contexto y a falta de otra explicación que no se ofrece, el envío no responde a un interés personal del remitente, desvinculado del de GALP.

OCTAVO.- A partir de aquí debemos analizar la naturaleza de la información y si tiene carácter anticompetitivo.

El 2 de mayo de 2013, el Director de Planificación de Red de GALP, remitió al Director General de MEROIL, un correo electrónico con el Asunto "contracte", al que adjuntó el contrato de abanderamiento de GALP correspondiente a una Estación de Servicio. En el mensaje, el Director de Planificación de Red de GALP indicaba lo siguiente : *"No tengo ningún borrador, así que, dada la confianza, te envío el pdf del contrato que se ha firmado para que puedas leer y tomar tus notas y después lo destruyas"* (folio 2368).

Frente a la alegación de MEROIL de la ausencia de interés alguno en dicho contrato porque no debía renegociar ningún contrato al no tener concertado con terceros ningún vínculo en exclusiva, la resolución recurrida parte del contexto en el que se produce ese intercambio de información.

Así, destaca que el correo junto al contrato de abanderamiento firmado el 19 de abril de 2013 se envía por GALP a Meroil el 2 de mayo de 2013, fecha en la que aún no estaba terminada de construir la Estación de servicio a la que se refiere el mismo y próximo a la aprobación del Real Decreto-ley 4/2013, que tuvo lugar el 22 de febrero. En esta norma se preveía un plazo de 12 meses desde su entrada en vigor para adaptar a la nueva normativa los contratos preexistentes y plenamente aplicable a los nuevos contratos (de suministro en exclusiva, en relación con los cuales se limitaba su duración y se prohibían cláusulas que fijaran, recomendaran o incidieran, directa o directamente, en el precio de venta al público del combustible).

Por tanto, en el momento de su remisión, se trataba de información muy reciente y relativa a un contrato que aún no había desplegado efectos y pese a lo que alega MEROIL, ha de tenerse en cuenta que el Real Decreto-ley 4/2013 había limitado la duración de los contratos de suministro en exclusiva concertados por los operadores al por mayor, y ello generaba dudas "por la amortización de los costes de las inversiones en abanderamientos" (folio 8621).

Con independencia de que le fuera o no de aplicación la limitación establecida en esa norma la información contenida en el contrato era sensible porque de conformidad con la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo secreto comercial es *" la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas"*.

El contrato contenía datos sobre márgenes comerciales, objetivos de ventas, condiciones básicas de los contratos de tarjeta o las primas con respecto a Platts de las fórmulas para la determinación del precio de los carburantes. Es decir, información confidencial.

Prueba de ello y de que GALP era consciente es que con anterioridad solicitó la confidencialidad de un contrato de similares características, el contrato de suministro y abanderamiento con SUCO dado que "contiene información sensible no accesible públicamente" y que el propio remitente del correo solicitó a MEROIL que lo destruyera una vez leído.

NOVENO.- En la demanda, MEROIL, reconoce que el contrato de abanderamiento incluye la información citada pero constituye un caso particular del que no se pueden inferir conclusiones respecto de la estrategia de GALP para toda la red de estaciones de servicio.

Las cláusulas incluidas en el contrato remitido reflejan la voluntad de las partes en las circunstancias en tal caso concurrentes que pueden no darse en otras circunstancias, teniendo en cuenta que en el caso analizado se trataba de una estación de servicio en construcción. En este sentido, aporta dos contratos de abanderamiento de fechas próximas al remitido a MEROIL donde se puede apreciar que las condiciones pactadas por GALP no son homogéneas ni inmutables, sino que pueden variar según las circunstancias concurrentes.

Destaca que MEROIL no tenía ninguna estación de servicio en el área de influencia de Mijas Costa, no estaba presente en el ámbito territorial en el que se ubicaba la estación de servicio a la que se refería el contrato y por tanto, no existía competencia que pudiera verse afectada a nivel local.

Considera por ello que la naturaleza y características de la información remitida impide calificarla como apta para afectar negativamente a la competencia y calificarla así, como una infracción por objeto del art. 1 de la LDC.



Seguidamente analiza la conducta imputada desde el punto de vista de sus efectos rechazando que estos sean anticompetitivos teniendo en cuenta el grado de implantación de GALP y MEROIL en el territorio nacional inferior al 10%.

DÉCIMO.- A juicio de la Sala, las consideraciones de la demanda no excluyen el carácter ilícito de la conducta y no desvirtúan el núcleo típico de la conducta como intercambio de información anticompetitivo.

No ofrece duda que la información remitida, márgenes comerciales, objetivos de ventas, condiciones básicas de los contratos de tarjeta o las primas con respecto a Platts de las fórmulas para la determinación del precio de los carburantes constituye una información sensible, confidencial y que en el contexto en el que se produce el intercambio de información tiene interés por ser reciente y reducir la incertidumbre de MEROIL ante las dudas suscitadas por la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2013 que había limitado la duración de los contratos de suministro en exclusiva concertados por los operadores al por mayor.

Recordemos que en el intercambio de información entre competidores, como ha dicho la STJUE de 15 de marzo de 2015, C-286/13 P (120 y 121), los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común (sentencia T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08 EU:C2009:343, apartado 32 y jurisprudencia citada).

Sin embargo, la «[e]xigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado (sentencia TMO bile Netherlands y otros, EU:C:2009:343 , apartado 33 y jurisprudencia citada). (...) el intercambio de información entre competidores puede ser contrario a las normas sobre competencia en la medida en que debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trata, con la consecuencia de que restringe la competencia entre las empresas (sentencias Thyssen Stahl/Comisión, C19 4/99 P, EU:C:2003:527 , apartado 86, y TMO bile Netherlands y otros, EU:C:2009:343 , apartado 35 y jurisprudencia citada). [...]».

No ofrece duda que el intercambio de información analizado reducía la incertidumbre de MEROIL ante el cambio normativo producido. Entendemos por ello que estamos ante un intercambio de información anticompetitivo por objeto.

DÉCIMOPRIMERO.- Sostiene por último la recurrente la nulidad de la sanción por falta de motivación de los criterios empleados en su aplicación y no haber aplicado los criterios de manera individualizada.

Con independencia de los motivos aducidos por la recurrente la metodología aplicada por la CNMC no fue correcta porque el volumen de negocios tomado en consideración para cuantificar la sanción fue el de 2013 y no el de 2014, como procedía a tenor de lo dispuesto en el art. 63.1ª) de la Ley 15/2007.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución recurrida a fin de que la CNMC lleve a cabo un recálculo de la sanción impuesta con el límite de la *reformatio in peius*.

DÉCIMOSEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede imponer las costas a ninguna de las partes, dada la estimación parcial del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el Procurador D. Isidro Orquin Cedenilla, en nombre y representación de **GALP ENERGIA ESPAÑA S.A (GALP)** contra la resolución de 20 de febrero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 800.000 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, resolución que anulamos en los términos del fundamento jurídico octavo de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.



La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a hoy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ