



Roj: **SAN 4287/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4287**

Id Cendoj: **28079230062020100431**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/12/2020**

Nº de Recurso: **176/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000176 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01839/2015

Demandante: MEROIL SA.

Procurador: D. ADOLFO MORALES HERNÁNDEZ SANJUAN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: GALP ENERGIA ESPAÑA S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

S E N T E N C I A N º :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. 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 catorce de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 176/15 promovido por el Procurador D. Adolfo Morales Hernández SanJuan, en nombre y representación de **MEROIL SA.**, contra la resolución de 20 de febrero de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0474/13/ mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 300.000 euros. Ha 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 se dictase sentencia por la que estime el recurso contencioso administrativo y declare no ser conforme a derecho y anule la resolución recurrida.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. - Sin necesidad de abrir el periodo probatorio, se tuvo por reproducido el expediente administrativo y los documentos que se acompañan con la demanda, quedando las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 23 de septiembre de 2020 del año en curso .

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 20 de febrero de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0474/13/ mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 300.000 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. - Declarar que en el presente expediente se han acreditado las siguientes infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , así como del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución, consistentes en los, siguientes acuerdos e intercambios de información entre competidores:

1. Acuerdo para la coordinación en las Estaciones de Servicio de Brea de Aragón e Illueca en julio de 2013 entre CEPSA y REPSOL; pacto de no agresión entre CEPSA y REPSOL en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra; intercambios de información estratégica entre CEPSA y RESOL durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora.

2. Pacto de no agresión en precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo entre ambas en relación con los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013.

3. Intercambios de información entre DISA y MEROIL en 2012 en relación con los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí y en 2013 en relación con sus márgenes operativos.

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

SEGUNDO . - De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsable de la citada infracción a las siguientes empresas:

4. MEROIL, S.A. por las conductas de los apartados 3 y 4 anteriores.

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

4. MEROIL SA. una multa de 300.000 euros.

[...]

CUARTO. - Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de Madrid para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

(...)".

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) La Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), tras diversos informes emitidos por las extintas CNC y Comisión Nacional de Energía (CNE), inició una información reservada con el número de referencia S/0474/13, en el marco de lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, 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 PETROLÍFERAS.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 fecha 15 de julio de 2013, fue realizado requerimiento de información a REPSOL en el que se le solicitaba que especificara el régimen que regula las relaciones con determinadas estaciones de servicio abanderadas por la operadora. Con fecha 25 de julio de 2013, tuvo entrada la contestación (folios 2288 a 2291).

4) Con fechas 22 a 24 de julio de 2013, fueron efectuadas 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.

5) 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. Considerando la diferente naturaleza de las conductas y con el fin de garantizar la confidencialidad y la eficiencia administrativa en la tramitación del Procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del RDC, 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. Se acordó que las actuaciones se entendieran con REPSOL, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. (CEPSAU), DISA, MEROIL, y GALP, y, notificándoles el acuerdo de incoación los días 30 y 31 de julio de 2013, y, b) 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.

6) Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

7) El 18 de marzo de 2014, fueron incorporados al expediente determinados documentos recabados en la inspección en la sede de BP ESPAÑA, S.A. (BP) desglosados del expediente S/0484/13, declarándose el carácter cautelarmente confidencial de los mismos por parte de la Dirección de Competencia.

8) El 3 de abril de 2014 la DC acordó la ampliación de la incoación del expediente a BP (folios 7180 a 7183). Los días 5 y 12 de mayo, tuvieron entrada en la DC de la CNMC, escritos de alegaciones presentados por BP al acuerdo de ampliación de incoación (folios 7323 a 7628 y 7656 a 7717).

9) El 12 de mayo de 2014, la DC formuló PCH y, tras su notificación a las empresas incoadas y la presentación de alegaciones por éstas, con fecha de 14 de julio de 2014, la DC acordó cerrar la fase instrucción y el 1 de agosto de 2014, dictó propuesta de resolución.

10) Presentados por las partes escritos de alegaciones, con fecha de 1 de septiembre de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC.

11) Con fecha 27 de noviembre de 2014, la Sala de Competencia de la CNM acordó nuevo requerimiento de información necesaria para resolver, consistente en información sobre volumen de negocios. El día 19 de diciembre de 2014 se recibió contestación de CEPSAU y el 22 de diciembre de 2014 de DISA y GALP. MEROIL envió información sobre su volumen de negocios, el día 1 de diciembre mediante fax y el 29 de diciembre de 2014 el documento original y el 23 de diciembre de 2014 se recibió la contestación de REPSOL.

12) 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 prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, la cual tuvo lugar en fecha 19 de diciembre de 2014.

13) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 19 de febrero de 2015.

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

MEROIL es un operador petrolífero no integrado verticalmente, que dispone de una terminal de recepción y distribución de carburantes en el puerto de Barcelona.

Dispone de una red de distribución de 200 EESS a nivel nacional.

En el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS, la cuota de MEROIL es inferior al 5%.

En el mercado mayorista extra-red al canal de EESS, MEROIL ostentó una cuota del [0-5] % en 2011.

Con carácter general, la resolución recurrida recoge el marco regulatorio del sector de hidrocarburos, constituido básicamente por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH), modificada - entre otras normas- por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (Ley 11/2013).

Por lo que se refiere al mercado de producto, señala la resolución recurrida que, siguiendo los análisis realizados en diferentes estudios por las extintas CNC y CNE, la DC describe el mercado minorista de carburantes de automoción en España señalando las siguientes características de este:

"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).

La extinta CNE estimó 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"

A continuación, consigna las cuotas de los operadores en el mercado mayorista extra-red al canal de estaciones de servicio serían las siguientes: REPSOL [40-45]% CEPSA [15-20]% BP [10-15]% GALP [5-10]% DISA [5-10]% SARAS ENERGÍA [0-5]% y MEROIL [0-5]%.

Añade que la extinta CNE estimó que en 2011 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 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. Que 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.

Y precisa que los tipos de vínculos contractuales que tradicionalmente se distinguen 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".

Y añade que en aquellas 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".

Por lo que se refiere a las EESS independientes o marcas blancas, se aprovisionan en el mercado a través de los operadores al por mayor, pero sin mantener exclusividad con ninguno de ellos.

Y respecto del mercado geográfico en el que se desarrollan las actividades de distribución minorista de carburantes en España, señala la resolución que 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.

Así en el *"Informe sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción"* emitido por la extinta CNC en julio de 2009 se concluye que *"a pesar de reconocer el componente local en la competencia entre EESS, se considera que el mercado geográfico a analizar tiene una dimensión nacional"*.

Por otro lado, recuerda que, desde el punto de vista de la oferta, importantes parámetros competitivos como el aprovisionamiento, la calidad de los productos, el nivel de servicio, la publicidad y promoción y, en ocasiones, el nivel de precios se decide sobre una base nacional o regional, no a nivel local.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Sala entiende que el mercado de distribución minorista de carburantes en el que se enmarcan las conductas investigadas por la DC, que abarcan diferentes provincias y Comunidades Autónomas, tiene dimensión nacional, siguiendo los precedentes comunitarios.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos acreditados en el expediente a través de la documentación incorporada al mismo, procedente de las inspecciones realizadas por la DI de la extinta CNC en el marco de la información reservada y de los documentos y datos aportados por las empresas a través de los distintos requerimientos de información realizados durante la instrucción y concluye que en el presente expediente se han acreditado las siguientes infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia así como del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución, consistentes en los, siguientes acuerdos e intercambios de información entre competidores:

1. Acuerdo para la coordinación en las Estaciones de Servicio de Brea de Aragón e Illueca en julio de 2013 entre CEPSA y REPSOL; pacto de no agresión entre CEPSA y REPSOL en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra; intercambios de información estratégica entre CEPSA y RESOL durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora.
2. Pacto de no agresión en precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo entre ambas en relación con los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013.
3. Intercambios de información entre DISA y MEROIL en 2012 en relación con los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí y en 2013 en relación con sus márgenes operativos.
4. Intercambio de información entre GALP y MEROIL relativo a un contrato de suministro y abanderamiento en mayo de 2013.

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora expone en su demanda, con carácter previo, que tiene como actividad la distribución al por mayor de productos petrolíferos que adquiere a terceros y que suministra a otros revendedores y a propietarios de estaciones de servicio para que éstos, actuando como minoristas, lo comercialicen a los usuarios finales que repostan en las estaciones de servicios. Añade que también alquila a terceros capacidad para el almacenamiento de productos petrolíferos con tanques adecuados para ello.

Explica que, a diferencia de otras petroleras, también sancionadas en este expediente, no tiene actividad de exploración e investigación de yacimientos de productos petrolíferos ni de refino, por lo que constituye lo que se denomina en el sector, un operador petrolífero no integrado verticalmente.

Precisa que en los años 2012 y 2013 disponía de una red de estaciones de servicios de su propiedad en número de 6 EESS, situadas en Zaragoza, Barcelona. San Cugat del Vallés, dos en Salt, y en Becerril de la Sierra y que no suscribe contratos de suministro en exclusiva con las EESS a las que suministra. Así las cosas, puntualiza que, atendiendo al número de EESS que posee en propiedad, le corresponde una cuota de mercado del 0,06%; niega que disponga de una red de distribución de 200 estaciones de servicio a nivel nacional y matiza que su página web dice que está presente en España a través de sus casi 200 estaciones de servicio abanderadas.

Por lo demás se afirma que MEROIL únicamente puede fijar precios y condiciones en las 6 EESS de su propiedad lo que indica su nulo grado de capacidad para afectar a la competencia en el mercado de distribución minorista de carburantes.

Dicho lo anterior, opone frente a la resolución recurrida los siguientes motivos de impugnación:

- 1- Nulidad de la orden de investigación a Meroil SA. y de la Inspección desarrollada en ejecución de esta orden.

2- Nulidad de la sanción impuesta a la recurrente por ser contraria al artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007.

3- Falta de prueba de la conducta sancionada de intercambio de información entre DISA y MEROIL en 2012, en relación con los precios aplicados para las Estaciones de Servicio del Entrono de Sant Joan Despí.

4- Falta de prueba de cargo la conducta sancionada de intercambio de información entre DISA y MEROIL en 2013 en relación de márgenes operativos, en relación con los precios aplicados para las Estaciones de Servicio del Entrono de Sant Joan Despí.

5- Falta de prueba de cargo de la conducta sancionada de intercambio de información entre GALP y MEROIL en 2013, relativo a un contrato de suministro y abanderamiento.

6- Aplicabilidad al caso del artículo 5 de la LDC que regula las conductas de menor importancia.

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

CUARTO- Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia la nulidad de la orden que amparó la investigación realizada en la sede de Meroil SA. y de la Inspección desarrollada en ejecución de esta orden.

Invoca la vulneración del artículo 18 de la Constitución que garantiza la inviolabilidad del domicilio, así como del artículo 40.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, en su redacción vigente a la fecha de la inspección y del artículo 13.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

Reconoce que la orden de investigación cumplía la apariencia formal de indicar el objeto de la inspección, pero considera que la fórmula utilizada es un comodín válido para cualquier sector económico y que no permitió a MEROIL conocer el alcance de la investigación, la finalidad de la misma ni el alcance de su deber de colaboración.

Impugna la actuación investigadora por considerarla ilegítima y desproporcionada teniendo en cuenta su nula capacidad para coordinarse con otros proveedores de productos petrolíferos al contra únicamente con 6 EESS en propiedad.

Y finalmente añade que no se precisa en que indiciosos fundados se fundó la CNMC para sospechar la comisión por parte de MEROIL de alguna infracción de la competencia y, justificar la necesidad de efectuar en su sede una inspección.

Pues bien, dando respuesta a las cuestiones planteadas, por cuanto se refiere a la suficiencia de la motivación y justificación de la orden de investigación y de acuerdo con la jurisprudencia citada, debemos precisar lo siguiente:

La CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de esta.

La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia. También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente caso, la Orden de investigación cumple con las exigencias mencionadas y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, llevadas a cabo por determinados operadores de productos petrolíferos, consistentes en la coordinación de consultas entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustibles de automoción); el sujeto investigado (MEROIL SA.); además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial de MEROIL, cualquiera que sea su soporte material), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección el día 27 de mayo de 2013 y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas en el mercado de distribución de combustibles de automoción consistentes en la coordinación de conductas con otros operadores de productos petrolíferos en materia de precios y condiciones comerciales, así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar).

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de distribución de productos petrolíferos sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación. No es cierto que la inconcreción de la orden de investigación ocasione indefensión a la recurrente; por el contrario, en la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación. Por tanto, la orden de investigación describe correctamente el mercado afectado por la inspección y no incurre en generalidades que puedan ocasionar indefensión por cuanto las definiciones son precisas y suficientes.

Asimismo, se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto.

Además, la CNMC contaba con las actuaciones preliminares de verificación recabadas en el seno de la información reservada que se incoó como consecuencia de una denuncia, por lo que no puede concluirse que la inspección tuvo un carácter aleatorio y que se practicó sin base alguna.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que debían ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para la fijación de precios y fijación de condiciones comerciales en el mercado definido, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

La Administración no está obligada en esa fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Como señala la sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 asunto T-448/05 caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG apartado 336 *"el reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del*

procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".

Por lo expuesto, entendemos que se ha producido la vulneración del artículo 18 de la Constitución y que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida por lo que el motivo examinado ha de ser desestimado.

QUINTO. - Continuando con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, examina la mercantil recurrente las distintas conductas que le han sido imputadas, diferenciando cada una de ellas, comenzando por la relativa al intercambio de información entre DISA y MEROIL en 2012, en relación con los precios aplicados para las Estaciones de Servicio del Entrono de Sant Joan Despí, cuestionando la prueba de cargo en que se sustenta.

Afirma que MEROIL y DISA no son competidoras en el mercado minorista de carburantes de automoción en España y que, en contra de lo sostenido en la resolución recurrida, MEROIL no era propietaria de la estación ubicada en Espluges de Llobregat en el momento en que se registran los hechos, esto es, el 27 de diciembre de 2012 .

Explica que aun cuando el informe remitido por la Dirección de Energía sobre las instalaciones del municipio de Esplugues de Llobregat aparece un cuadro en el que MEROIL es citado como "operador" de la ESS sita en esa localidad, en la Plaza de la Sardana 3, sin embargo, en el mismo se hace constar lo siguiente:

"MEROIL: Durante el periodo de estudio es de MEROIL gestionada por PETROPORT que declara vínculo IND (puede que sea DODO). Minorista no adherido.

El 29 de enero de 2014 cambia el rótulo de MEROIL a OIL PRIX, aunque sigue PETROPORT como minorista y MEROIL como operador declarado en el censo. Puede que ya no sea de MEROIL".

Considera la mercantil recurrente que el contenido de este informe abre la posibilidad de que la EESS de Esplugues de Llobregat no sea propiedad de MEROIL y que, además, al decir que es minorista no adherido está indicando que el propietario y explotador de la EESS no tiene vínculo de suministro en exclusiva y ello, aunque pueda ser punto de venta de producto MEROIL e incluso ostentar algún signo de imagen.

Por lo demás, para acreditar que MEROIL no ejercía la actividad económica de comercio al por menor de combustibles en Esplugues de Llobregat (Plaza de la Sardana 3) en los años 2012 y 2013 y que la EESS sita en dicha plaza no era de su propiedad ni lo ha sido nunca aporta certificaciones electrónicas expedidas por la Agencia Tributaria de la situación de MEROIL en 2012 y en 2013 en el censo de actividades económicas, así como Nota simple del Registro de la Propiedad sobre la titularidad de la finca sita en Esplugues de Llobregat, Plaza de la Sardana 3, que corrobora que no es de MEROIL.

Añade que nunca existió acuerdo previo sobre coincidencia de precios ente MEROIL y DISA y que el intercambio de información entre Meroil y Disa no puede calificarse como anticompetitivo por el objeto por cuanto que el contenido y la finalidad de los correos electrónicos no tienen un objetivo contrario a la competencia ni aptitud para producir efectos anticompetitivos , que no ha habido intercambio de información y que, de haberla habido , no es sensible ni estratégica y que ha estado referida a datos de precios que son públicos.

Sostiene que, además, resulta ilógico valorar una coincidencia en precios entre dos EESS de diferentes municipios en tres únicos días de todo el mes de diciembre de 2012 como fruto de un acuerdo o intercambio de información, más aún cuando se imputa esa infracción a un operador que solo tiene seis EESS en toda España, siendo el mercado de referencia de dimensión nacional.

Por cuanto se refiere al intercambio de información entre DISA y MEROIL en 2013, relacionada con márgenes operativos, expone que los correos electrónicos intercambiados entre ambas operadoras, en los que se fundamenta la imputación, se produjeron en el contexto de una posible adquisición de una estación de servicio, como ha confirmado DISA en el recurso entablado por ella frente a la misma resolución sancionadora aquí impugnada.

Añade que los datos intercambiados se corresponden con la EESS situada en la Avda Meridiana nº 666 de Barcelona, como se acredita con el estudio económico de márgenes realizado por el auditor de cuentas de la sociedad referido a dicha EESS, cuyas conclusiones obran al folio 6816 del expediente administrativo y precisa que los datos del correo electrónico corresponden a una sola EESS inaugurada unos meses antes de la fecha a la que corresponden los datos del correo y que DISA no tiene ninguna EESS en el entorno de la de MEROIL.

Por lo demás señala que no es racional que un operador con 500 EESS tenga algún interés, con finalidad anticompetitiva, en conocer los márgenes de otro operador, cuya capacidad para competir en todo el mercado minorista nacional está reducida a 6 EESS.

Así las cosas, concluye que la valoración de la prueba consistente en el correo electrónico, efectuada de forma racional y lógica, no lleva a concluir que se ha producido un intercambio de información constitutivo de una infracción a la competencia.

Por último, respecto del intercambio de información entre GALP y MEROIL en 2013 relativo a un contrato de suministro y abanderamiento expone que MEROIL no había solicitado la remisión de ningún contrato.

Para poner en contexto la conducta imputada explica que cambios legislativos redujeron la duración máxima de los contratos de suministro en exclusiva y que esta reducción dificultaba la recuperación y amortización de del coste del abanderamiento y que la necesidad de dar un enfoque legal a esta situación a fin de conciliar la menor duración de los contratos de suministro en exclusiva con la posibilidad de recuperar y/o amortizar los costes del abanderamiento implantado determinó que se organizaran múltiples sesiones de asistencia pública por parte de diversos despachos de abogados en las que se ofrecía asesoramiento jurídico.

Añade que MEROIL no asistió a ninguna de esas reuniones, aunque si estaba interesado en conocer las aportaciones que en las mismas se realizaban, aunque posteriormente reparó en que los citados cambios legislativos no le afectaban porque no concertaba contratos de suministro en exclusiva.

Dicho esto, sostiene que, tratándose de un hecho aislado y de una remisión de información decida unilateralmente por un empleado de GALP y de la absoluta falta de interés de MEROIL en la misma, aquella no puede dar lugar a una restricción de la competencia en el mercado de referencia y no puede ser calificado como restricción por el objeto.

Por último, expone que tampoco puede ser calificada la remisión de ese contrato como una restricción por efecto porque no estamos ante una información estratégica, reductora de la incertidumbre en el mercado.

SEXTO. - Si guiendo la metodología seguida por la parte recurrente, examinaremos, a continuación, las distintas conductas imputadas a la mercantil recurrente:

1- *Intercambio de información entre DISA y MEROIL en 2012, en relación con los precios aplicados para las Estaciones de Servicio del Entorno de Sant Joan Despí y en relación con sus márgenes operativos en 2013.*

En concreto, la primera imputación que deriva de dichos contactos es la existencia de *"Intercambios de información entre DISA y MEROIL en 2012 en relación con los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí y en 2013 en relación con sus márgenes operativos"*.

Los hechos en los que se justifica se relatan en la resolución de este modo:

"- En materia de precios, de acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de MEROIL, con fecha 27 de diciembre de 2012 el Director General de MEROIL, remitió un correo electrónico al Director de Relaciones Institucionales de DISA, con el asunto "Precios Sant Joan Despí" en el que le indicaba lo siguiente: "Un abanderado que se encuentra alrededor de una estación vuestra situada en Avda. Baix Llobregat de Sant Joan Despí (Barcelona) me indica que observa ciertas diferencias de precios en la gasolina 95. No sabe si es fruto de un error de apreciación o una política específica" (folio 2366).

El director de DISA contesta al mensaje ese mismo día indicando lo siguiente:

"Creo que es hoy vamos lentos con los cambios por la resaca..." (folio 2366)."

La literalidad de estos correos es tan gráfica que difícilmente puede justificarse que no obedezca a la existencia de un concierto previo entre DISA y MEROIL, acuerdo que, por sí mismo, sería constitutivo de una infracción por objeto con arreglo a la doctrina del TJUE que resulta ocioso reiterar por conocida (valga citar, como más caracterizada, la sentencia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08, T-Mobile).

Es por ello por lo que la circunstancia, puesta de relieve en la demanda, de que MEROIL no era propietaria de la estación de servicio de Sant Joan Despí resulta irrelevante, evidenciado como está el comportamiento concertado. De otro modo, no se entiende el correo transcrito en el cual el Director General de MEROIL advierte al Director de Relaciones Institucionales de DISA sobre una desviación de precios en una de las gasolineras titularidad de esta última.

En cuanto al intercambio de información en relación con márgenes, está acreditado con el correo (folio 3758) que el 21 de febrero de 2013 el Director General de MEROIL remitió a un consejero de DISA bajo la rúbrica *"Evolución márgenes"*, correo en el que indicaba lo siguiente: *"(...), te envío la información que me solicitaste"*, adjuntando un cuadro con indicación de Pesetas/litro por tipo de combustible y mes, al cual respondió el

directivo de DISA: *"Para tu administración. Evolución del margen bruto de la gasolinera en la red de Meroil. Lo comentamos (sic)".*

Tampoco en este caso existe una explicación alternativa plausible distinta al intercambio de información comercial sensible y anticompetitivo que pudiera justificar estos correos.

Desde luego, no tiene esa eficacia la indicación de que *"la información remitida por MEROIL a DISA (email que consta en el folio 3758) lo fue en el marco de unos contactos preliminares, de carácter informal, que no llegaron a prosperar, en relación con una posible adquisición de una estación de servicio de MEROIL por parte de DISA CORPORACIÓN".*

De ser así, hubiera resultado fácil acreditar la existencia de otros acuerdos o, al menos, contactos, anteriores o posteriores, dentro de ese supuesto proceso negociador que no llegó a fraguar. Lo que no ha hecho la demandante.

Por lo demás, conviene recordar que no tiene ningún sentido, este intercambio de información y puesta en común, que no sea la fijación de precios evitando la «agresión» entre empresas o lo que es lo mismo, un concierto de precios contrario a la competencia. A pesar de la extensión del escrito de demanda la actora no ha sido capaz de explicar, con un mínimo de credibilidad, ni el contenido ni la razón de ser, ni la necesidad de estos correos que descartase la antijuridicidad de las comunicaciones cruzadas.

La realidad es que estos extremos reflejan sin demasiadas dificultades hermenéuticas que la actora incurrió en la prohibición recogida en los artículos 1.1 de la LDC y 101 TFUE, por el intercambio de información confidencial.

No olvidemos que la infracción imputada constituye una restricción de la competencia por su objeto. Y para ello resulta irrelevante que el resultado final o los objetivos perseguidos se hubieran conseguido.

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

Los hechos en los que se justifica esta imputación se relatan en la resolución de este modo:

"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).

De nuevo, la literalidad de este correos es tan expresiva que difícilmente puede justificarse que no obedezca a la existencia de un acuerdo previo entre GALP y MEROIL dirigido a intercambiar información estratégica y confidencial sobre los datos contenidos en un contrato de abanderamiento de Galp, acuerdo que, por sí mismo, sería constitutivo de una infracción por objeto con arreglo a la doctrina del TJUE que resulta ocioso reiterar por conocida (valga citar, como más caracterizada, la sentencia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08, T-Mobile).

Recordemos que en el intercambio de información entre competidores, como ha dicho la STJUE 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 TMO bile Netherlands y otros, C8/08, EU:C:2009:343, apartado 32 y jurisprudencia citada).

Sin embargo, si bien 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, C194/99 P, EU:C:2003:527 , apartado 86, y TMobile Netherlands y otros, EU:C:2009:343 , apartado 35 y jurisprudencia citada). [...]».

En el supuesto examinado, las razones esgrimidas por MEROIL para justificar el correo mencionado no desvirtúan la infracción cometida. Las cláusulas incluidas en el contrato remitido reflejan la voluntad de las partes en el intercambio de información.

La información remitida incluye márgenes comerciales, objetivos de rentas, condiciones lógicas de los contratos con respecto a las primas, con respecto a Platts de las formulas de determinación del precio de los carburantes, datos todos ellos referidos a información sensible y confidencial que en el contexto en que se produce, tiene interés por ser reciente y reducir la incertidumbre de MEROIL ante las dudas suscitadas como consecuencia de la entrada en vigor del RD. 4/2013, que había limitado la duración de los contratos de suministro en exclusiva concertados por los operadores al por mayor.

Así las cosas, nos encontramos ante un intercambio de información anticompetitiva por el objeto.

Por todo lo expuesto, concluimos que la infracción imputada fue ajustada a Derecho.

SÉPTIMO.- Subsidiariamente a lo anterior, sostiene la actora que la conducta se encuadraría dentro de las denominadas de menor importancia por lo que resultaría aplicable la regla de mínimos prevista en el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, según el cual: *"Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado"*.

Parte en su razonamiento de lo establecido en el artículo 1.a) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, según el cual se entenderán de menor importancia, conforme al artículo 5 de la LDC: "a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados".

No obstante, el motivo ha de ser igualmente rechazado pues desconoce la limitación que a la aplicación de dicha regla impone el artículo 2 del mismo RDC que, bajo la rúbrica

"Conductas excluidas del concepto de menor importancia", dispone en su apartado 1 que: "Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros...".

Precepto coherente, por lo demás, con las previsiones de la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de mínimos) 2014/291/01.

OCTAVO.- Para terminar, opone la recurrente la nulidad de la sanción impuesta a la recurrente por ser contraria al artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007.

Pues bien, el análisis del procedimiento seguido por la CNMC para cuantificar la multa pone de manifiesto la vulneración de lo dispuesto en el apartado 1.c) del citado artículo 63, según el cual *"Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa"*.

Y es que, dictada la resolución sancionadora el 20 de febrero de 2015, el volumen de negocios que la Comisión debería haber tomado como base para la determinación del porcentaje sancionador sería el del 2014. Así lo reconoce la resolución misma al declarar en el párrafo primero de su apartado 7.3 lo siguiente: *"Tal y como ya se ha señalado, cada una de las infracciones imputadas en el presente expediente es considerada muy grave por la LDC, que determina para la sanción de las mismas una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014"*.

A pesar de ello, el volumen de negocios remitido por la empresa recurrente para el cálculo de la multa (folios 10447 a 10451) a requerimiento de la Sala de Competencia (acuerdo de 27 de noviembre de 2014, folios 10322 y siguientes), y que fue finalmente tomado en consideración para cuantificar la sanción, fue el del ejercicio 2013, en clara contravención del precepto transcrito.

Resulta obligado por ello estimar en parte el recurso y anular la resolución impugnada a fin de que la CNMC dicte otra en la cual recalcule el importe de la multa teniendo en cuenta el volumen de negocios de la empresa recurrente correspondiente al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, es decir, el 2014.



NOVENO. - No se hace expresa imposición de las costas de esta instancia en atención al pronunciamiento parcialmente estimatorio del recurso y teniendo en cuenta lo previsto para estos casos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Adolfo Morales Hernández SanJuan, en nombre y representación de **MEROIL SA.**, contra la resolución de 20 de febrero de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0474/13/ mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 300.000 euros.

2.- Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

3.- Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije de nuevo la cuantía de la multa teniendo en cuenta lo resuelto en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.