



Roj: **STS 2729/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2729**

Id Cendoj: **28079130032022100130**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/07/2022**

Nº de Recurso: **2028/2021**

Nº de Resolución: **915/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4202/2020,**
ATS 12703/2021,
STS 2729/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 915/2022

Fecha de sentencia: 05/07/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **2028/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 21/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: **2028/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 915/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. **Diego Córdoba Castroverde**

En Madrid, a 5 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **2028/2021** interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Gloria Teresa Robledo Machuca en nombre y representación de REPSOL, S.A., con la asistencia del letrado don Alberto Rueda García, contra la sentencia de 12 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo nº 222/2015.

Ha comparecido como parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Procuradora de los Tribunales doña Gloria Teresa Robledo Machuca, actuando en nombre y representación de REPSOL, S.A. (en adelante "REPSOL"), interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2020 (rec. 222/2015) por la que se estimó en parte el recurso interpuesto por REPSOL contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de febrero de 2015 (expediente S/474/13 "precio de combustibles de automoción") por la que se impuso a dicha compañía una sanción de multa de 20.000.000 €.

La sentencia estimó parcialmente el recurso en relación con la cuantificación de la sanción impuesta acordando dejarla sin efecto y que la CNMC lleve a cabo un recálculo de la sanción impuesta con el límite de la *reformatio in peius*.

SEGUNDO. Mediante Auto de 6 de octubre de 2021 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en completar, reforzar, matizar y, en su caso, corregir, la jurisprudencia existente a fin de determinar si, en los casos de suspensión del procedimiento sancionador por remisión de información a la Comisión Europea, el cómputo de suspensión se inicia desde la fecha del acuerdo de suspensión o desde la fecha de la remisión de la información a la Comisión Europea; así como para, aclarar, a la luz de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE, la noción de afectación del mercado interior cuando las conductas consideradas como infracciones tienen un marcado carácter local, y la incidencia que ello pueda tener en la determinación de la autoridad reguladora competente para la tramitación del procedimiento.

TERCERO. La parte recurrente formalizó el recurso de casación.

Varias son las infracciones que se imputan a la sentencia impugnada:

1º Vulneración de los artículos 36, 37 y 38 LDC y el artículo 12 RDC, en relación con el cómputo del plazo máximo de los procedimientos en los casos de suspensión para informar a la Comisión Europea.

El artículo 36.1 LDC dispone que "El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente".

El expediente S/474/13, "Precios Combustibles Automoción" fue incoado el 29 de julio de 2013, por tanto, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución vencía el 29 de enero de 2015. De acuerdo con el artículo 38.1 LDC, el transcurso de este plazo máximo determina la caducidad del expediente sancionador.

Por otro lado, el artículo 37.2.c) LDC establece que se acordará la suspensión del plazo máximo, "Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado con respecto a una propuesta de resolución en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea".

Por su parte, el artículo 12.1.f) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia ("RDC") establece que en el supuesto del artículo 37.2.c) LDC "se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados".



Aduce que a pesar de la claridad de este precepto en el acuerdo de suspensión de fecha 23 de diciembre de 2014 se decidió que la suspensión era efectiva con fecha 19 de noviembre de 2014 (luego corregido al 19 de diciembre de 2014). Considera que el Acuerdo de 23 de diciembre no acordó informar a las partes sobre la decisión de suspensión, sino que acordó la suspensión del procedimiento. Así se desprende del tenor literal del Acuerdo:

"Con fecha 18 de diciembre de 2014, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acordó la remisión de información a la Comisión Europea (...), la cual ha tenido lugar en fecha 19 de diciembre de 2014.

Asimismo, se ha acordado la suspensión para resolver el procedimiento que viene impuesta por el artículo 37.2 c) de la LDC.

El Consejo, a la vista de lo expuesto, ACUERDA:

Suspender con fecha 19 de noviembre de 2014 el plazo máximo para resolver el presente expediente hasta que se dé respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o trascurra el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003".

El 18 de enero de 2015 se levantó la suspensión y la resolución se notificó el 25 de febrero de 2015.

Argumenta que la sentencia no contiene motivación alguna sobre la denegación de la caducidad, pues se remite al criterio fijado por una sentencia del Tribunal Supremo que no guarda relación con el supuesto que nos ocupa.

A su juicio, resulta absolutamente inexplicable que dicha sentencia decida prescindir de la regla que meridianamente establece el artículo 12.1.f) RDC y, en contra del principio de legalidad y seguridad jurídica, se invente una nueva regla de cómputo en los casos de suspensión para informar a la Comisión con base en una lectura arbitraria de un precepto -el 37.2 LDC- que regula una materia distinta.

El artículo 37.2 LDC regula los supuestos en los que se debe acordar la suspensión del plazo máximo para resolver. Y el artículo 12 RDC regula el cómputo de los plazos en los casos de suspensión.

La Sentencia recurrida deja sin resolver otra cuestión: la de si es lícito suspender el plazo de resolución para informar a la Comisión Europea en los casos en que no resulta de aplicación el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 y la de cómo deben valorar los tribunales la procedencia de la suspensión acordada por este motivo. Las conductas imputadas a REPSOL no podían, por su propia naturaleza, tener efecto alguno en el comercio intracomunitario, que es el presupuesto básico para que deba informarse a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 y proceda acordar la suspensión del artículo 37.2.c) LDC.

En definitiva, a su juicio: (i) no procedía suspender el procedimiento para informar a la Comisión Europea, pues no concurría el presupuesto del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, por lo que el plazo para notificar la resolución vencía el 29 de enero de 2015; y (ii) subsidiariamente, la suspensión acordada, de ser válida, produjo efectos desde el 23 de diciembre de 2014 (fecha del acuerdo de suspensión) hasta el 18 de enero de 2015 (levantamiento de la suspensión), por lo que el plazo vencía el 24 de febrero de 2015. En consecuencia, en ambos casos, cuando se notificó la Resolución el 25 de febrero de 2015 el expediente estaba caducado.

2º En segundo lugar se aduce que la sentencia impugnada vulnera el artículo 101 del TFUE en lo que se refiere al efecto en el comercio intracomunitario de las conductas sancionadas.

Las tres infracciones que se le imputan son conductas independientes entre sí, que se producen en entornos geográficos locales y momentos temporales distintos.

Argumenta que dada la naturaleza local de las tres infracciones era evidente la ausencia de efectos en el comercio intracomunitario lo que, además, se confirmaba expresamente en los votos particulares discrepantes de la resolución administrativa impugnada. Y sin que pudiera entenderse en ningún caso que el efecto en el comercio era automático al tratarse de infracciones calificadas por objeto.

La sentencia impugnada entiende "que la prohibición de los acuerdos entre empresas y prácticas concertadas no solo pueden afectar al comercio entre Estados miembros, también las "[q]ue tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior", como establece el artículo 101.1", para lo que remite al concepto del mercado interior que se desprende del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. Y añade que "REPSOL no tiene en cuenta que el acuerdo sancionador no solo entronca con el artículo 101 TFUE sino con el artículo 1 LDC 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en el que se circunscribe la prohibición anticompetitiva a "todo o parte del mercado nacional".



El criterio del efecto sobre el comercio es un criterio autónomo del derecho de la Unión Europea que debe evaluarse concretamente en cada caso. Es un criterio jurisdiccional: el artículo 101 TFUE no es aplicable a los acuerdos y prácticas que no pueden afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros. Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") de forma reiterada, por todas en la conocida sentencia Manfredi, de 13 de julio de 2006, "Para que una decisión, un acuerdo o una práctica puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre los Estados miembros, y ello de tal modo que haga temer que podrían obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros (véanse las sentencias de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 22, y Ambulanz Glöckner, antes citada, apartado 48). Es necesario, además, que tal influencia no sea insignificante (sentencia de 28 de abril de 1998, Javico, C-306/96, Rec. p. I-1983, apartado 16)".

Y correspondía a la CNMC justificar que las conductas imputadas a Repsol tenían un efecto en el comercio entre los Estados miembros.

La Comisión Europea adoptó una Comunicación aprobando unas Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio (DOCE C 101/81 27.4.2004) cuyo objeto es precisamente orientar a las autoridades nacionales y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre el concepto de efecto en el comercio y su aplicación concreta en determinadas categorías de casos, por lo que su relevancia a efectos interpretativos es indudable. La Comunicación señala en su apartado 77 "que respecto de acuerdos o prácticas que abarcan el territorio de un único Estado miembro, puede ser necesario proceder a una investigación más detallada", y se ocupa de los mismos de forma específica en su apartado 3.2.4. En este contexto, la Comisión específicamente señala que un dato relevante es el volumen de ventas de productos a nivel nacional que se vea afectado por ese acuerdo. Y en el apartado 91 indica lo siguiente:

"Los acuerdos de carácter local no pueden afectar en sí mismos de manera apreciable al comercio entre los Estados miembros. Tal es el caso aun cuando el mercado local esté situado en una región fronteriza. Inversamente, si la cuota de mercado nacional excluida es significativa, es posible que el comercio se vea afectado aun cuando el mercado en cuestión no esté situado en una región fronteriza".

Por lo tanto, un acuerdo que tiene lugar en un mercado local no puede tener un efecto apreciable en el comercio intra-comunitario. En las referidas directrices la Comisión elabora una serie de presunciones refutables de apreciabilidad teniendo en cuenta la cuota de mercado y el volumen de negocios de las empresas partes del acuerdo. Sin embargo, la Comisión señala expresamente (apartado 53 de la Comunicación) que estas presunciones no se aplican cuando el acuerdo solo abarca una parte de un Estado miembro. Por lo tanto, en estos supuestos no existen presunciones de apreciabilidad y debe examinarse este criterio caso por caso.

En suma, los acuerdos de carácter local no pueden por sí mismos tener un efecto apreciable en el comercio intracomunitario. Solamente cuando dichos acuerdos (ya sea a nivel local o regional) incluyen una cuota del mercado nacional que sea significativa (en términos de volumen de producto afectado) es posible que pueda apreciarse dicho efecto.

Así, las conductas sancionadas aparecen referidas a los siguientes supuestos:

- Supuesta coordinación de precios entre dos estaciones de servicio en los municipios de Brea de Aragón e Illueca de la provincia de Zaragoza que se afirma tuvo lugar en el mes de julio de 2013. Se trata de dos municipios con una población conjunta de unos 5.000 habitantes a 266 kilómetros de la frontera francesa más cercana y en cuyo entorno existían dos estaciones de servicio más. La estación de servicio de Brea de Aragón representa únicamente el 0,0078% de las ventas de la red de REPSOL y por lo tanto una parte despreciable del volumen de ventas de estos productos a nivel nacional.
- Conductas relacionadas con los abanderamientos cruzados (que se refieren a supuestos pactos de no agresión y los intercambios de información estratégica) en la zona de Levante. Sin perjuicio de que la CNMC no define qué entiende por zona de Levante a estos efectos, lo cierto es que esas conductas se refieren a solamente 2 estaciones de servicio de REPSOL, situadas en la provincia de Valencia, con unos ingresos de 389.322 euros en el año 2013 como se acreditó en el expediente.

Es patente que ninguna de estas conductas, locales e insignificantes en el conjunto del mercado nacional, tienen ni pueden tener de acuerdo con los criterios anteriormente expuestos efecto en el comercio intracomunitario. La CNMC ni se molestó en intentar acreditar tal efecto. Cada una de las tres infracciones es independiente entre sí, por lo que el efecto en el comercio intracomunitario debe predicarse respecto de cada una de ellas separadamente, lo que hace más absurda, si cabe, esta calificación. Así, la consideración



de cualquiera de las infracciones como no susceptible de producir efecto intracomunitario debería determinar automáticamente su anulación.

La inaplicación del artículo 101 TFUE produce efectos jurídicos extraordinariamente relevantes en: (i) la duración del procedimiento, pues la suspensión para informar a la Comisión no produciría efectos como se ha detallado en el fundamento anterior; (ii) la competencia de la CNMC, al tratarse de conductas con efectos exclusivamente locales, como abordaremos en el fundamento siguiente; y (iii) la graduación de la sanción.

3º La Sentencia impugnada vulnera el artículo 1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, en lo que se refiere a la competencia de la CNMC para el ejercicio de las competencias previstas en la LDC.

Ninguna de las tres infracciones independientes por las que se sanciona a REPSOL, individualmente consideradas, produjo efecto supra- autonómico alguno y que, por tanto, su investigación no correspondía a la CNMC, sino a las respectivas autoridades autonómicas de competencia. Incompetencia de la CNMC que se admitía en el primero de los votos particulares discrepantes de la resolución.

La Sentencia impugnada desestima esta alegación con base a que la CNMC ha definido el mercado minorista de distribución de combustibles para la automoción como de dimensión nacional -aunque caracterizado por un importante elemento local- y señala que "Ninguna de estas razones han sido combatidas por la demanda, que parece confundir la localización de la conducta anticompetitiva con el mercado en el que tiene lugar". Sin embargo, la definición de un determinado mercado geográfico como local, regional o nacional es irrelevante a estos efectos. Lo único relevante, como resulta del artículo 1 Ley 1/2002, es apreciar si la conducta, incluso si se produce en un ámbito local, puede alterar la libre competencia en un ámbito supra-autonómico o en el conjunto del mercado nacional. Este análisis de efectos no se realizó ni en la resolución ni en la Sentencia impugnada (y ello sin perjuicio de que en nuestra demanda acreditamos su inexistencia con respecto a cada una de las conductas imputadas).

En definitiva, de acuerdo con el artículo 1 Ley 1/2002 la CNMC carecía de competencia para sancionar ninguna de las supuestas infracciones. Por tanto, la Resolución es nula de pleno derecho ex artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 (aplicable por razones temporales), al haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

4º La Sentencia impugnada vulnera el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución en lo que se refiere a las infracciones consistentes en el acuerdo para la coordinación en las Estaciones de Servicio de Brea de Aragón e Illueca y el pacto de no agresión entre CEPSA y REPSOL.

En el escrito de preparación identificamos como infracción la vulneración del principio de presunción de inocencia en lo que se refiere a estas dos infracciones, toda vez que la Resolución y la Sentencia impugnada tenían por acreditada la comisión de las mismas únicamente con base en prueba testifical de referencia que, no solo no estaba confirmada por ninguna prueba directa sino que, al contrario, resultaba refutada por prueba documental obrante en el expediente y por los hechos probados de la Sentencia de 17 de diciembre de 2020. Sin embargo, el Auto de admisión no incluye esta cuestión dentro de las que presenta interés casacional.

La Sentencia impugnada tiene por acreditada la comisión por REPSOL de la infracción consistente en el supuesto acuerdo para la coordinación en las estaciones de servicio de Brea de Aragón e Illueca durante el mes de julio de 2013, con base únicamente en cuatro correos electrónicos que se describen en el apartado primero del FJ 7º. Se trata, en todos los casos, de correos entre personal de CEPSA, uno de los cuales da cuenta de una supuesta conversación con el gestor de la estación de servicio abanderada por REPSOL. Más allá de que dicho correo no acredita conducta restrictiva alguna, no hay ningún correo a REPSOL ni, por supuesto, ningún correo de personal de REPSOL.

Lo mismo sucede con el supuesto pacto de no agresión entre CEPSA y REPSOL. Aquí la única prueba de cargo son los dos correos que se describen en el apartado segundo del FJ 7º. Se trata, de nuevo, de correos electrónicos entre personal de CEPSA, alguno de los cuales da cuenta de supuestas manifestaciones de personal de REPSOL. Tampoco aquí REPSOL fue destinatario ni autor de los correos.

Y no solo no existe ningún documento de REPSOL que soporte las supuestas conductas infractoras, sino que, a mayor abundamiento, existe prueba directa que evidencia la inexistencia del acuerdo que sanciona la infracción primera y que la Sentencia impugnada ha omitido. Recordemos en este punto que de acuerdo con el artículo 93.3 LJCA, el Tribunal Supremo puede integrar los hechos probados omitidos que estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada.



Se trata, en definitiva, de una valoración de la prueba irracional y carente de lógica, lo que permite a esta Excm. Sala revisarla y remediar esta patente vulneración del derecho constitucional de esta parte a la presunción de inocencia.

5º La Sentencia impugnada vulnera el artículo 1 LDC y el principio de tipicidad y de culpabilidad en lo que se refiere a la infracción consistente en los intercambios de información estratégica en los abanderamientos cruzados.

Al igual que sucedía en el apartado anterior, esta infracción se identificó en el escrito de preparación, pero no se incluye en el Auto de admisión como cuestión que presenta interés casacional.

Es una cuestión incontrovertida que estas comunicaciones se produjeron en el seno de los abanderamientos cruzados entre ambas compañías, que la propia CNMC considera lícitos, y que no son sino situaciones pro-competitivas de carácter necesariamente transitorio en las que un operador adquiere de un tercero y procede a gestionar un punto de venta abanderado por otro operador y que pasará a ser abanderado por ella al vencimiento de la relación de suministro y abanderamiento actual con el tercero del que adquiere la instalación.

La resolución también reconoce que los correos electrónicos que considera intercambios de información se justifican precisamente por las obligaciones contractuales asumidas en el contexto de los contratos en vigor. Es decir, lo punible no son los intercambios de información ni el contexto contractual en que estos se produjeron, sino el incumplimiento del deber de reserva respecto de esta información en el seno de uno de los operadores, CEPSA.

La sentencia impugna no reprocha la existencia de estos abanderamientos cruzados sino el intercambio entre ambas compañías de información estratégica, en concreto la no adopción de medidas que aseguraran que la información lícitamente recibida de esta parte no se extendiera en el ámbito de la propia empresa (CEPSA), y ello por el riesgo de que dicha información produjera efectos anticompetitivos.

Se sanciona aquí la conducta de una única empresa (CEPSA). Cabe preguntarse en qué medida REPSOL puede influir en esta cuestión organizativa de CEPSA y cómo una práctica interna de una única empresa puede constituir un "acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela", que son las conductas que prohíbe el artículo 1 LDC. Es decir, se ha sancionado una conducta que, por su propia naturaleza, no puede encajar en el tipo infractor, lo que supone una vulneración radical del principio de tipicidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución. Y es que, como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de enero de 2004 (C-2/2001P y C-3/2001P), para que proceda la aplicación del artículo 101 TFUE es necesario que existan conductas bilaterales.

No hay ninguna referencia (ni prueba) a que CAMPSARED (filial de REPSOL dedicada a la gestión de estaciones de servicio) recibiera información de CEPSA y la comunicara internamente dentro de REPSOL. De la Sentencia impugnada solo resulta que la información que lícitamente remitió REPSOL para la gestión de una estación de servicio perteneciente a su red se transmitió internamente dentro de CEPSA. Cuesta entender qué responsabilidad cabe imputar a REPSOL -que actuó en el legítimo ejercicio de un derecho- por una cuestión únicamente imputable a CEPSA y cómo esta calificación puede ser compatible con el principio de culpabilidad.

CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso de casación.

Afirma que 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 art.11.4 del Reglamento (CE) 1/2003 y en la misma fecha se acordó suspender el procedimiento con fecha 19 de diciembre de 2014.

Repsol insiste en el carácter local de las infracciones que se le imputan, el limitado alcance espacial de las conductas y su cuasi nula incidencia en el mercado afectado. La realidad es que lo que se imputa a la recurrente excede de ese limitado alcance y aunque el mercado está caracterizado por un importante elemento local (en la medida en que la demanda minorista se sitúa en las proximidades de su centro de actividad y la sustituibilidad entre estaciones está geográficamente limitada), los numerosos parámetros relevantes de la oferta, tales como la gama de productos ofrecida, la calidad de los productos, el nivel de servicio (horas de apertura, etc.), los impuestos indirectos, etc., se deciden desde una perspectiva nacional y, además, 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. También, los principales operadores actúan a nivel nacional siguiendo una estrategia comercial nacional.

Y entrando en los diferentes motivos de infracción:

A) Respecto de la caducidad del procedimiento sancionador.



Dado que la normativa comunitaria directamente aplicable nada dice al respecto hay que acudir a la normativa nacional.

A efectos del cómputo el *dies a quo*, la fecha del Acuerdo de suspensión del procedimiento se desvincula de su notificación a los interesados, según el art. 12.f) del RD 261/2008, de 22 de febrero. Por ello, excluyendo la fecha de notificación a los interesados, la duda se plantea entre la fecha en la que se adopta el acuerdo de suspensión y la fecha en la que se notifica a la Comisión dicho Acuerdo, y según el art. 12.f) del RD 261/2008 hay que estar a la fecha del acuerdo de suspensión.

El Abogado del Estado afirma que en la documentación obrante en autos consta igualmente que ese mismo día el 18 de diciembre la Sala de Competencia de la CNMC también acordó suspender el plazo para resolver y notificar el procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37.2.c). De modo que, en virtud de lo dispuesto en el art. 12.f) del Real Decreto el plazo quedó suspendido el 18 de diciembre de 2014 si bien con efectos a partir del 19 de diciembre por lo que estuvo suspendido 30 días naturales (hasta el 17 de enero de 2015 porque el 18 de enero produjo efectos el levantamiento de la suspensión). De modo que sumando los 30 días al 29 de enero de 2015 (fecha en que vencía al plazo inicial) el nuevo plazo vencía el 28 de febrero de 2015 por lo que habiéndose dictado la resolución el 20 de febrero y notificado el 25 de febrero la resolución se dictó y notificó dentro de plazo.

B) Tipificación de la infracción.

La parte actora considera que no resulta de aplicación el art. 101 del TFUE al tener un alcance local que no ha afectado al mercado comunitario, pero a estos efectos tampoco cabe olvidar que como refleja la exposición de motivos del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado no existe problema alguno para la conciliación de la normativa nacional y comunitaria.

C) Autoridad competente.

Por lo que respecta a la autoridad competente no debe existir duda de la competencia de la Comisión Nacional de los mercados y la competencia:

- La CNMC ha intervenido por haberse cometido una infracción contraria al art. 101 del TFUE y en virtud del artículo 1.5 d) de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia la competencia corresponde en todo caso a la CNMC, ya que conforme al mismo "Corresponderá en todo caso al Estado: [...] d) La aplicación en España de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el art. 25 c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia".

- Las conductas sancionadas tiene efecto supraautonómico incuestionable ya que al margen de los acuerdos "para la coordinación en las Estaciones de Servicio de Brea de Aragón e Illueca en julio de 2013 entre CEPSA y REPSOL abarcan pactos 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 e intercambios de información estratégica entre CEPSA y REPSOL 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".

Pero, tal y como señala la resolución sancionadora, aunque el mercado geográfico tenga un importante elemento local, existen parámetros relevantes de la oferta que se deciden desde una perspectiva nacional.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, acordándose la celebración de vista pública, que tuvo lugar el día 21 de junio de 2022, y cuyo contenido quedó documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo en Sala a continuación a la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación impugna la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2020 (rec. 222/2015) por la que se estimó en parte el recurso interpuesto por REPSOL contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de febrero de 2015 (expediente S/474/13 "precio de combustibles de automoción" por la que se impuso a dicha compañía una sanción de multa de 20.000.000 €.

La resolución administrativa le impuso una sanción de 20.000.000 € por la comisión tres infracciones del art. 1 de la LDC y del art. 101 del TFUE:



- (i) Acuerdo para la coordinación en las Estaciones de Servicio de Brea de Aragón e Illueca en julio de 2013 entre CEPSA y REPSOL.
- (ii) 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.
- (iii) 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.

SEGUNDO. La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en determinar si, a los efectos de establecer la posible caducidad del procedimiento sancionador, el cómputo de suspensión en los casos de suspensión por remisión de información a la Comisión Europea se inicia desde la fecha del acuerdo de suspensión o desde la fecha de la remisión de la información a la Comisión Europea.

Así mismo se plantean también otras cuestiones referidas a aclarar si a la luz de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE, la noción de afectación del mercado interior cuando las conductas consideradas como infracciones tienen un marcado carácter local, y la incidencia que ello pueda tener en la determinación de la autoridad reguladora competente para la tramitación del procedimiento.

Analizaremos con carácter preferente la interpretación de los artículos 37.2.c) LDC y art. 12.1.f) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia ("RDC") y si conforme a ella se ha producido la caducidad del procedimiento sancionador, pues ello dejaría desprovisto de sentido el análisis de los restantes motivos.

TERCERO. Suspensión del procedimiento cuando se informa a la Comisión al amparo del art.11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. *Dies a quo* del cómputo del plazo de suspensión.

El artículo 36.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dispone que "El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente".

Por su parte, el art. 37 de dicha norma regula los supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo, afirmando en su apartado segundo:

"[...] se acordará la suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos:

[...] c) Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado con respecto a una propuesta de resolución en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea".

A juicio de este Tribunal, el artículo 37 de la LDC establece los supuestos en los que procede acordar la suspensión de los procedimientos seguidos ante la CNMC. Si bien diferenciando aquellos casos en los que los plazos máximos para dictar una resolución "se podrá suspender por resolución motivada", previstos en el apartado primero; de aquellos en los que se dispone que "será acordada" la suspensión, supuestos del apartado segundo. La norma, tanto en uno como en otro caso, se limita a enunciar los casos en los que se puede o se debe acordar la suspensión del procedimiento.

El art. 11.4 del Reglamento 1/2003 que establece la obligación de informar a la Comisión ante determinados procedimientos por infracciones en defensa de la competencia, no establece indicación alguna en torno a la suspensión del plazo del procedimiento nacional, ni se dispone que esta suspensión sea automática en tales casos, omitiendo la regulación respecto al *dies a quo* para el cómputo del plazo de suspensión, por lo que toda previsión en cuanto a la suspensión del plazo y su cómputo se rige por las normas nacionales en virtud del principio de autonomía procedimental nacional.

De ahí que, para determinar el comienzo del plazo de suspensión haya que acudir al artículo 12 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en el que se dispone respecto del cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión, lo siguiente:

"1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:



- a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;
- b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;
- c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;
- d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio;
- e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;
- f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007, se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados".

De la lectura de estos preceptos se desprende que, en los casos en los que procede la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, la CNMC debe adoptar un acuerdo de suspensión en el que se señale el motivo por el que se adopta. Así mismo, el citado precepto establece previsiones referidas al comienzo del cómputo del plazo de suspensión que, en el caso que nos ocupa, se concretan en lo dispuesto en el apartado f) de dicho precepto: "se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados". En definitiva, se refuerza la idea de que es necesario un acuerdo expreso de suspensión cuyo cómputo comienza desde la fecha de su adopción.

En el supuesto que nos ocupa, la sentencia de instancia, por lo que respecta a la invocada caducidad del procedimiento, afirma que no aprecia la caducidad siguiendo el criterio fijado por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 (rec. 3811/2015) y pronunciamientos posteriores.

Dicha argumentación no puede acogerse. En la sentencia citada la cuestión litigiosa se reducía a determinar los criterios jurídicos de cómputo y determinación del plazo final o de término ("*dies ad quem*") del procedimiento sancionador cuando en el curso del mismo ha sobrevenido una -o varias- suspensión del trámite, debatiéndose sobre si el día final del plazo debía determinarse añadiendo o sumando el tiempo de suspensión desde el día inicialmente señalado como día término o a partir de la fecha en que se adoptó el acuerdo de alzamiento de la suspensión. Cuestión que es ajena por completo al supuesto ahora planteado.

Por otra parte, el Abogado del Estado en casación si bien se muestra conforme con que el plazo se compute desde el acuerdo de suspensión, y no desde la fecha en que se notifica a la Comisión, considera que dicho acuerdo se dictó el 18 de diciembre de 2014 con efectos desde el día siguiente (19 de diciembre de 2014).

Lo cierto es que el procedimiento se incoó el 29 de julio de 2013 y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó el 18 de diciembre de 2014 la remisión de información a la Comisión Europea sin que conste que en esa fecha adoptase ningún acuerdo de suspensión del procedimiento sancionador. Fue el 23 de diciembre de 2014 cuando se dictó un Acuerdo acordando suspender con fecha 19 de noviembre de 2014 el plazo máximo para resolver el expediente hasta que se dé respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurra el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003. Resolución que fue notificada a los interesados.

En definitiva, el acuerdo de suspensión se adoptó el 23 de diciembre 2014 sin que fuese posible otorgarles efectos retroactivos (art. 57.3 Ley 30/1992 y art. 39. 1 y 3 Ley 39/2015), por lo que cuando se volvió a levantar la suspensión con efectos 18 de enero de 2015 habían transcurrido 26 días naturales.

Este tiempo de suspensión ha de sumarse al *dies a quem* inicialmente fijado para concluir el procedimiento (el 29 de enero de 2015) lo que implicaba que la fecha máxima de finalización del procedimiento pasó a ser el 24 de febrero de 2015. De modo que la resolución sancionadora, si bien fue dictada el 20 de febrero de 2015, fue notificada a las partes el 25 de febrero 2015 (fecha esta última que ha de tomarse en consideración a los efectos del cómputo del plazo de caducidad según dispone el artículo 21.2 de la Ley 39/2015), por lo que procede declarar la caducidad del procedimiento (art. 38.1 de la LDC).

Apreciada la caducidad resulta innecesario cualquier otro pronunciamiento sobre las demás cuestiones planteadas en el Auto de admisión.



En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia impugnada y estimar el recurso contencioso-administrativo anulando la resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de febrero de 2015 (expediente S/474/13 "precio de combustibles de automoción") por la que se impuso a dicha compañía una sanción de multa de 20.000.000 €.

CUARTO. En respuesta a las cuestiones que presentaban interés casacional ha de afirmarse que, en los casos de suspensión del procedimiento sancionador por remisión de información a la Comisión Europea, al amparo de lo dispuesto en el art. 11.4 del Reglamento 1/2003, el cómputo del plazo se inicia desde la fecha del acuerdo de suspensión y concluye cuando se levanta la suspensión.

El plazo transcurrido se suma al termino inicialmente fijado a los efectos de establecer el plazo máximo para resolver el procedimiento y no incurrir en caducidad.

QUINTO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

Procede estimar el recurso contencioso en la instancia y en consecuencia imponer las costas de instancia a la Administración demandada al no apreciarse la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen su no imposición, a tenor de lo dispuesto en el art. 139 de la LJ, si bien limitando su importe a 3000 €.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto:

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por REPSOL, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2020 (rec. 222/2015) que se casa y anula.

2º Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por REPSOL, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de febrero de 2015 (expediente S/474/13 "precio de combustibles de automoción") por la que se impuso a dicha compañía una sanción de multa de 20.000.000, que se anula.

3º No procede imponer las costas de casación a ninguna de las partes. Procede imponer las costas de instancia a la Administración demanda con el límite fijado en el último fundamento jurídico de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.