



Roj: **SAN 4202/2020 - ECLI:ES:AN:2020:4202**

Id Cendoj: **28079230062020100405**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/11/2020**

Nº de Recurso: **222/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000222 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02364/2015

Demandante: RESPSOL S.A.

Procurador: GLORIA TERESA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: CEES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a doce de noviembre de dos mil veinte.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 222/2015, el recurso contencioso-administrativo formulado por **RESPSOL S.A.** representada por el procurador don Manuel Lanchares Perlado contra la resolución de 19 de febrero de 2015, S/474/13, Precios de Combustibles de Automoción, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 20.000.000 de euros.



Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito presentado en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «1) *Anule íntegramente la Resolución de la Sala de la Competencia de Consejo de la Comisión Nación de los Mercados y la Competencia de 19 de febrero enero (sic) de 2015, dictada en el expediente NUM000 anulando todos los pronunciamientos por los que se declara a mi representada responsable de una infracción del artículo 1 LDC y artículo 101.1 TFUE imponiendo una sanción de 20.000.000 €.*

2) *Subsidiariamente, y para el caso de que la Sala considere que procedía sancionar a mi representada anule parcialmente la Resolución sancionadora impugnada en cuanto impone una sanción de 20.000.000 € a esta parte, o proceda a la reducción significativa de dicha sanción en os términos expuestos en los fundamentos de esta demanda. [...]*».

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 30 de septiembre de 2020 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente al Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución de 19 de febrero de 2015, S/474/13, Precios de Combustibles de Automoción, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNMC), que impuso a la actora una sanción de multa de 20.000.000 euros por la comisión de una infracción consistente en acuerdos e intercambio de información entre competidores.

En la parte dispositiva de dicha resolución, se indicaba:

«[P]RIMERO.- *Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , 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 a los precios a aplicar en Ceuta en julio 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:1. REPSOL, S.A. por las conductas del apartado 1 anterior.*

(...)

TERCERO.- *Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:1. A REPSOL, S.A. una multa de 20.000.000 €. [...]*».

Los antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución se centran en los siguientes momentos:

1.- Con fecha 27 y 28 de mayo de junio de 2032, se llevaron a cabo inspecciones entre otras en la sede de REPSOL.



- 2.- Con fechas 13 de junio y 25 de julio de 2013, REPSOL solicitó la devolución de determinados documentos recabados en la inspección. El 26 de septiembre de 2013, la Dirección de Inspección (DI) acordó la devolución de toda la documentación solicitada excepto cuatro correos electrónicos considerados necesarios para la instrucción. El acuerdo fue recurrido y desestimado, deduciéndose recurso contencioso-administrativo.
- 3.- 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.
- 4.- El 12 de mayo de 2014, la DC formuló PCH, notificado a REPSOL el 14 de mayo de 2014, al que formuló alegaciones.
- 5.- El 1 de agosto de 2014, la DC dictó Propuesta de Resolución, que fue notificada a REPSOL el 5 de agosto de 2014.
- 6.- REPSOL presentó escrito de alegaciones el 20 de agosto de 2014.
- 7.- El 1 de septiembre de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC.31.
- 8.- El 27 de noviembre de 2014, la Sala de Competencia de la CNMC acordó nuevo requerimiento de información necesaria para resolver, consistente en información sobre volumen de negocios, que fue contestado por REPSOL el 23 de diciembre de 2014.
- 9.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolvió en su reunión de 19 de febrero de 2015.

SEGUNDO.- Comienza el escrito de demanda con un resumen de los acontecimientos donde destacamos la queja sobre la parcial valoración de los hechos que hace la CNMC. Destaca lo irrelevante que la Estación de Servicio (ES) de Brea de Aragón representa en la actividad de venta de REPSOL, un 0,0078%, y que se trata de una ES CoDo. Pone de manifiesto que las pruebas se obtuvieron en la sede de CEPSA, concretamente en correos electrónicos, por lo que no puede cuestionar la validez de esos actos, y que sí ha cuestionado la confidencialidad declarada en el recurso 482/2013 y la inspección llevada a cabo en la sede de la actora en el recurso 38/2014, discrepando del contenido de la sentencia desestimatoria dictada el 29 de junio de 2015, recurrida en casación; del contenido de los correos no se desprende acuerdo alguno entre estas dos entidades, y que dio cumplida explicación a la CNMC del contenido de cada uno de ellos, explicaciones que vuelve a reiterar. (i) Denuncia la caducidad del expediente y para ello se apoya en la sentencia de esta Sala de 13 de mayo de 2015 y (ii) la violación del derecho a la defensa por utilizar como prueba de cargo documentos ajenos al objeto y alcance de las inspecciones, puesto que la inspección llevada a cabo en la sede de CEPSA nada tiene que ver con los hechos con los hechos que se le imputaron a ambas empresas; y (iii) considera inaplicable el artículo 101 del TFUE en la medida que las prácticas denunciadas no tuvieron efectos entre Estados Miembros de la UE, y no se ha acreditado la existencia de efectos en el comercio intra comunitario. Asimismo, (iv) sostiene que la CNMC carece de competencia en este procedimiento puesto que, por el ámbito geográfico, nunca tendría carácter nacional ni traspasaría los límites de una Comunidad Autónoma. (v) En cuanto a la existencia de un acuerdo de fijación de precios entre CEPSA y REPSOL de la ES de Brea de Aragón en el mes de julio de 2013, no niega el contacto, pero alega que ello no supuso acuerdo ni prueba alguna de cualquier efecto en los precios. (vi) No hubo pacto de no agresión en julio y agosto de 2011 o de intercambio de información entre CEPSA y REPSOL en la zona de Levante, en el contexto de los abanderamientos cruzados en los años 2011-2013. (vii) Con carácter subsidiario pide la nulidad de pleno derecho de la sanción impuesta por su falta de motivación y violación del principio de proporcionalidad. Sostiene que se han vulnerado los artículos 63 y 64 de la LDC. En cuanto a la proporcionalidad, resulta imposible entender una sanción de 20.000.000 de euros cuando el volumen de negocios de las concretas conductas ascendió a 435.787euros.

Por el Abogado del Estado se solicitó la desestimación del recurso.

TERCERO.- Antes de entrar en el examen de los diferentes motivos invocados en el escrito de demanda es necesario tener presente el resultado de otros litigios que, en relación con este procedimiento sancionador, han interpuesto los distintos implicados y analizar la proyección que podrían tener sobre el debate que aquí nos ocupa.

En el recurso 38/2014, REPSOL impugnaba el acuerdo dictado de la CNMC de 19 de diciembre de 2.013 que desestima el recurso de reposición formulado contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 26 de septiembre de 2.013, que acuerda la devolución de los documentos intervenidos en la inspección en la sede de la empresa recurrente acordada en virtud de la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2013. Fue desestimada por SAN de 29 de junio de 2015, y confirmada por STS de 12 de febrero de 2018, recurso 2817/2015.



En el recurso 482/2013, se impugnaba la resolución dictada en fecha 24 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente que resolvía el recurso administrativo interpuesto contra la actuación inspectora de la DI de 27 y 28 de mayo de 2013, en el marco de la información reservada tramitada en el presente expediente. Se cuestionaba la actuación inspectora domiciliaria desarrollada en la sede REPSOL. El recurso fue desestimado por SAN de 21 de julio de 2016, recurso 482/2013. Fue recurrida ante el Tribunal Supremo que, en sentencia de 17 de septiembre de 2018, recurso 2922/2016, lo estimó anulando la de esta Sala. El Tribunal Supremo anuló esa concreta actuación inspectora que *«[n]o ha de producir efecto alguno y reconocerse el derecho de la recurrente a que le sea devuelta la documentación incautada como consecuencia de la actuación administrativa que ahora se anula.[...]»*.

La decisión de Tribunal Supremo podría tener alcance en lo que aquí resolvamos, en cuanto que nada de lo obtenido o recogido con ocasión de la inspección llevada a cabo en la sede de REPSOL puede ser utilizado ni constituir sustento de la imputación que es objeto del presente litigio por el origen ilícito en la obtención de las pruebas.

Sobre esta cuestión se han dictado varios pronunciamientos, sobre todo en el ámbito penal, que han ido matizando el alcance incriminatorio sustentado en pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. El que sea el derecho penal el ámbito del ordenamiento jurídico donde mayor eco ha tenido esta doctrina, no significa que sus consecuencias no sean extrapolables al derecho administrativo sancionador. No olvidemos que la STC 18/1981, FJ 2º, ya dijo que *«[l]os principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado [...]»*. Por ello, todo el acervo jurisprudencial que sobre la prueba ilícita se ha ido consolidando, debe ser trasladable al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, veremos con que «matices».

Sobre la ausencia de valor probatorio o incriminatorio de este tipo de pruebas, recogido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, (LOPJ) de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio), ya se había pronunciado la STC 114/1984, FJ 4º, que proclamaba *«[l]a nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección I, capítulo II, título I CE [...]»*. En la posterior STC 81/1998, FJ 6º, y en vigor el precepto de la LOJP, introdujo la doctrina denominada como «la conexión de antijuridicidad» para justificar la total anulación de las pruebas irregularmente obtenidas, y matizó el que *«ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental [...]»*. Para determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, en el FJ 6º se exigía el análisis de las características de la vulneración del derecho (en aquel caso era el secreto de las comunicaciones) y valorar desde una perspectiva interna si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella. Desde una perspectiva externa analizar la tutela que la realidad y efectividad del derecho exige, pues solo si la prueba *«[r]esulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo. [...]»*.

En la posterior STC 49/1999, reproduce la doctrina del Tribunal, en cuyo FJ 12º, y al introducir el término «en ocasiones», parece excluir el que siempre la consecuencia directa en estos casos de exclusión de la prueba tenga un carácter absoluto. Con esta evolución no extraña que en la STC 22/2003, (FJ 10º), a pesar de reconocer que la prueba se había obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, se admitió su valoración en el proceso al no apreciarse dolo ni culpa en la actuación de los agentes policiales actuantes, quienes en todo momento *«creyeron estar actuando conforme a la Constitución»*.

Esta doctrina ha sido recogida por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y entre las sentencias que podemos recordar está la STS de 17 de febrero de 2014, recurso 889/2013, FFJJ 9º y ss, en la que se reconoce que se admiten excepciones *«[q]ue se traducen en la práctica en limitaciones de la prohibición absoluta de valoración de las pruebas indirectamente derivadas de una infracción constitucional (...) cuando concurra un supuesto específico de desconexión de la antijuridicidad (...) la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender absolutamente dicha prohibición a todas las pruebas derivadas [...]»*.

También ha sido reflejada en materia de competencia por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia STS 1 de junio de 2015, recurso 874/2014 (FJ 4º), que ante la imposibilidad de discriminar con claridad que documentación había resultado contaminada por la actuación de investigación anulada concluyó que *«[d]ebe prevalecer la presunción de inocencia y hemos de declarar que en las circunstancias concurrentes y ante el examen conjunto del material probatorio, en parte relevante inválido, efectuado por la*



Comisión Nacional de la Competencia, no es posible considerar acreditada la conducta infractora imputada por la resolución sancionadora, por lo que procede estimar el recurso contencioso administrativo a quo y anular la referida resolución impugnada en el mismo.».

La aplicación de esta doctrina al presente recurso significa que nada de lo encontrado en la ilícita entrada en la sede de REPSOL podrá ser utilizado como elemento incriminatorio para soportar la sanción impuesta. Esto no excluye que consten otras diligencias o intervenciones llevadas a cabo por la CNMC, desvinculadas de aquella entrada, en las que sí se pudiera justificar la conducta infractora. Es decir, porque la inspección en la sede de REPSOL y todo lo allí intervenido haya sido confinado extramuros del procedimiento sancionador, no se tienen que descartar otros elementos de prueba no contaminados por aquella ilícita actuación de la Administración, siempre que concurra la desconexión de antijuridicidad.

Podemos anticipar que sí existen otros elementos incriminatorios y se da esta desconexión. Como tendremos ocasión de analizar más adelante, la carga incriminatoria en la que la CNMC sustenta el acuerdo se centra en la documentación hallada en la sede de CEPSA, diligencia de investigación que no ha sido ni anulada ni cuestionada.

En contra de la afirmación que hace la demanda sobre la vulneración de derecho con ocasión de la entrada y registro en la sede de CEPSA a la que hemos resumido en el punto (ii), la actora no identifica en qué términos ha tenido lugar esta supuesta indefensión. Y a pesar de la negativa, lo que allí se intervino sí tenía plena relación con la investigación llevada a cabo, como puntualizaremos más adelante.

CUARTO.- Dentro de las quejas que también podemos calificar como formales o de procedimiento, denuncia la actora la caducidad del procedimiento sancionador. Este motivo no puede prosperar de conformidad con el criterio que el Tribunal Supremo ha establecido en torno a este límite temporal.

No hace falta que dediquemos demasiado a esta cuestión, porque si bien esta Sala en su momento sí apreció la caducidad en supuestos análogos, esta vía hermenéutica ha sido zanjada por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de julio de 2016, recurso3811/2015, así como en otros pronunciamientos posteriores que acogen igual interpretación.

QUINTO.- Aunque sigamos alterando el orden expuesto en el escrito de demanda, y por tratarse de otra cuestión de carácter formal, analizaremos la falta de competencia de la CNMC a la que se refiere REPSOL, por considerar que los imputados no superan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma.

Cuando la resolución sancionadora define el mercado minorista de distribución de combustibles para la automoción, puntualiza que las redes de estaciones de servicio de los operadores con capacidad de refinado en España (REPSOL, CEPSA, BP) constituían el 60% de las estaciones de servicio en España y el 63% en términos de ventas (folio 13). Este 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. Pese a ello, consideró que 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. Apreció que existe un claro solapamiento entre las áreas de influencia locales de las estaciones de servicio, que no solamente determina interacciones competitivas entre estaciones vecinas, sino que además provoca un encadenamiento con áreas de influencia de gasolineras más alejadas. También, los principales operadores actúan a nivel nacional siguiendo una estrategia comercial nacional.

Estas razones llevaron a la CNMC a considerar que abarcaba diferentes provincias y Comunidades Autónomas, y tenía una dimensión geográfica nacional el mercado de la venta al por menor de combustibles a través de gasolineras, admitiendo determinados matices y características regionales, (folio 16).

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.

Recordemos que el artículo 1. 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 (BOE de 22 de febrero), establece que *«Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias (...) a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma [...]».*



SEXTO.- En el punto (iii) se cuestiona la tipificación de la conducta imputada porque la práctica anticompetitiva no ha afectado al comercio de los Estados miembros, como establece el artículo 101.1 del TFUE.

Este motivo tampoco puede prosperar. En primer lugar, olvida 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. Y recordemos que el mercado interior constituye, como refleja el artículo 3 TUE versión consolidada (DOUE 83/13), *«[u]n espacio económico sin fronteras interiores en el que hay libre circulación de mercancías, personas y capitales.»*, en donde la distinción que hace la actora para cuestionar la tipificación carece de relevancia.

Por otro lado, 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»*.

SÉPTIMO.- En los motivos recogidos en los puntos (v) y (vi) se cuestionan aspectos que inciden directamente en el fondo de la infracción.

El acuerdo sancionador, en el apartado de los «Hechos acreditados», identifica a las partes sancionadas y a REPSOL como cabecera de un grupo energético integrado en todas las fases de la cadena de valor del petróleo.

Describe el mercado minorista de carburantes de automoción en España, donde destaca una serie de características, así como los modelos de propiedad y gestión de las Estaciones de Servicio (EESS) y el mercado geográfico.

En cuanto a las conductas investigadas, consideramos de especial interés varios extremos en los que descansa el acuerdo sancionador y que pasaremos a recoger a continuación:

1.- Se recogen en el folio 17, los contactos entre REPSOL y CEPESA en materia de precios con las EESS de Illueca y Brea de Aragón en julio de 2013, y se destaca en la documentación recabada y en la inspección en la sede de CEPESA, el 12 de julio de 2013, que:

a) Un abanderado de CEPESA remitió al Técnico Comercial en la Delegación Noreste de Gestores y Abanderados del grupo, un correo electrónico en el que le indicaba las diferencias de precios existentes, los días 11 y 12 de julio de 2013, entre su ES, ubicada en Illueca, y la ES de REPSOL, ubicada en Brea de Aragón, ambas en la provincia de Zaragoza.

Se expresaba en los siguientes términos: *«haz el favor de hablar con quien tengas que hacerlo para evitar estos desfases en precios. Espero me soluciones el tema y me llames cuando sepas algo»*, (folio 6874).

b) Este correo fue, el mismo día, reenviado por el Técnico Comercial al Director de Tarifas y Precios de EESS, con copia al Delegado de la Zona Noreste, con la siguiente petición: *«estudia si podemos responder ante esta agresión de precios. He hablado con el comercial de Zaragoza y me dicen que es política directa de Madrid»*, (folio 6874).

c) El 13 de julio de 2013, la misma ES remitió de nuevo a ese mismo Técnico Comercial las diferencias de precios entre ambas EESS, con la siguiente petición: *«haz el favor de comunicarlo a la persona que sea la responsable para que tomen las medidas necesarias. Si mañana sigue igual, te enviare otro e-mail»*, (folio 6873).

d) El mensaje fue reenviado el lunes 15 de julio de 2013 por el Técnico Comercial al Director de Tarifas y Precios de EESS y al Delegado de la Zona Noreste, añadiendo: *«Hoy sigue habiendo una desviación entre la gasolinera de Brea (...) y la nuestra (...), sita en Illueca.(...) El cliente me indica que le ayudemos a competir y que ajustemos el precio para tal fin. Sé que tengo un delta en esta estación. Cuando se puso el delta no se conocía esta circunstancia, por lo que se puede eliminar. Por otra parte he hablado con [AAA], comercial de Repsol en la Zona. Le he comunicado que, como en otras ocasiones, ellos me llamaron para evitar conflicto de precio en la zona. La semana pasada les llamé para tener precios similares y no estas desviaciones. La respuesta es que ese cambio de precio se produce desde Madrid sin que ellos intervengan.»*, (folio 6872).

2.- Respecto de los contactos entre REPSOL y CEPESA, destaca:

a) El 27 de julio de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA, remitió un correo electrónico al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPESA, con el asunto «relaciones con REPSOL» en el que indicaba que había recibido una llamada del Delegado de Levante de REPSOL, pidiendo su intervención para la toma de dos EESS abanderadas por CEPESA, en línea con lo que había ocurrido previamente en sentido inverso. Señalaba que *«Ellos en las tomas de RIBARROJA [provincia de Valencia], PUERTA ALICANTE [provincia de Alicante] y GUARDAMAR [provincia de Alicante], no han llegado a ser tan estrictos y en ningún momento nos han dejado sin suministro de carburante»*, (folio 6875). Añadía que el Delegado de REPSOL le había transmitido que *«esta*



situación era derivada de nuestro comportamiento agresivo. Para Repsol, nosotros hemos sido los que hemos comenzado una guerra con ellos», (folio 6875). Por último, se indicaba que se reuniría con él próximamente, y pedía opinión sobre su actuación en el asunto: «No sé si debo hacerlo o no, [BBB, Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA], dime si es correcto porque lo mismo lo que se está produciendo es algo previsto [...]», (folio 6875).

b) El 29 de agosto de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un nuevo correo electrónico al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA y al Responsable de Filiales EESS de CEDIPSA, con el asunto «encuentro con Repsol», en el que relataba su encuentro con el Delegado de Levante de abanderados y gestores de REPSOL en que se decía: «El litigio y el enojo (...) procede de la toma de Ribarroja. A partir de ahí se desencadena la guerra en esta zona. El también conoce los movimientos que [CCC, Delegado de la Zona Noreste] está haciendo tocando a estaciones Repsol y ellos están de momento en una dinámica parecida... entrando a hablar con todas las estaciones», (folio 2361). Se añadía que «Nuestra impresión, y hablo de [DDD, Responsable de la Delegación Este de EESS de CEPSA] y de también lo que nos manifiesto Repsol es que deberíamos cesar las acciones de injerencia y respetarnos. Entrar solo en los vencimientos de contrato y parar esta dinámica en la que hemos entrado y que no beneficia a ninguno», (folio 2361). Por último, se reseña: «Es evidente que hay un camino de posibilidad de negociación donde podríamos, ambas partes mejorar nuestras posiciones. (...) considero que es muy interesante conseguir una no agresión por ambas partes», (folio 2361).

3.- En relación a los contactos entre REPSOL y CEPSA en materia de abanderamiento y suministro entre 2011 y 2013, también se ponen de manifiesto varios correos recabados en la inspección en la sede de CEPSA que, a juicio de la CNMC, revelan que gestionando EESS entre ambas, establecen contacto e intercambian información relevante.

a) En un correo enviado el 21 de junio de 2011 por el Delegado de Levante de CEDIPSA al Responsable del Departamento de Ingeniería e Imagen, con el asunto «RV: estaciones PERLETA DOLORES II», ambas EESS en la provincia de Alicante, dice: «A PARTIR DEL 1 DE JULIO el suministro de carburante comienza a realizarse desde CEPSA (...) En la actualidad ya gestionamos estas estaciones con bandera Repsol», (folio 6877).

b) En el correo enviado el 26 de julio de 2011 por el Delegado de Levante de CEDIPSA al Responsable de Filiales EESS de CEDIPSA y al Responsable de Gestores y Abanderados con el asunto «perdida estaciones de Valencia» se indicaba «REPSOL, ha firmado con el abanderado nuestro (...). Estarán hasta fin de contrato con nuestra enseña.», (folio 6878).

c) El 31 de enero de 2012, el Técnico Comercial de la Delegación Este de EESS de CEPSA, remitió un correo electrónico al Delegado de Levante de CEDIPSA, con copia al Responsable de la Delegación Este de EESS, con el asunto «Estaciones Repsol gestionadas por Cedipsa» en el que decía: «A propuesta de Repsol vamos a mantener una reunión en la que pretenden realizar cambio de estaciones que gestionan con imagen Cepsa por estaciones que gestionamos con imagen Repsol», (folio 6881).

d) El 1 de diciembre de 2011, en relación a estas EESS con abanderamientos cruzados, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo a la Responsable de obligaciones de pago de CEDIPSA con el asunto «Contrato punto de venta REPSOL-ES Guardamar» en el que señalaba: «históricamente con las EESS que hemos explotado y eran de Repsol teníamos una instrucción de [EEE, antiguo Consejero de CEDIPSA] de no firmar nada desde posiciones directivas. (...) Por eso siempre las comunicaciones, escritos, contratos... y relaciones con Repsol han sido firmadas por los jefes de zona.», (folio 6879).

e) Se detectaron distintos correos electrónicos en relación a estas EESS. El Delegado de Levante de CEDIPSA, el 8 de febrero de 2011 remitió un correo electrónico al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA y al Responsable de Filiales EESS de CEDIPSA, con el asunto «REPSOL CARTAGENA» en el que indicaba: «Hoy he estado con los técnicos de Repsol que corresponden a las EESS que tenemos con su enseña en Alicante (...) Entre otras cosas que me han estado contando hay algo que creo que es muy interesante: este año tienen orden de abrir lo máximo posible, y tienen el mayor presupuesto desde hace años para adquisiciones de EESS. Estaciones que tenían cerradas por la noche, van a reabrir, estaciones que habían cerrado un margen están adaptando para volver a tener actividad... etc.», (folio 6888).

f) El 22 de marzo de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo electrónico a dos empleadas de Apoyo a control de zona de CEDIPSA, con el asunto «REPSOL», con la siguiente solicitud «metete en el sistema de Repsol y mándame las claves y página», (folio 6892).

g) El 6 de octubre de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo a D. [FFF], con copia al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA, con el asunto «Tarjetas CEPSA en EESS REPSOL/ NUESTRAS» en el que propone «habilitar el paso de las tarjetas CEPSA SIAR, CEPSA SIAR DIRECT, TAXI,

CORREKMINOS, en las EESS de Repsol (...) Debe poder hacerse porque por ejemplo en Ribarroja, durante un tiempo pudimos hacerlo», (folio 6882).

h) El 7 de octubre de 2011, el Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA contestó, «Cuidado con este tema, debemos estudiarlo previamente, no vayamos a vender producto Repsol y dar descuentos con cargo a Cepsa», (folio 6882).

i) El 26 de abril de 2012, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo al Responsable de Filiales EESS (CEDIPSA) y al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA, con el asunto «APORTACION PROMO REPSOL», en el que indica que «Ya tenemos los datos de lo que aporta la estación y lo que aporta Repsol», (folio 6883).

j) El 15 de mayo de 2012, el Responsable de la ES de Ribarroja, remitió un correo al Delegado de Levante de CEDIPSA, con copia a la Jefe de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA, con el asunto «PROMO REPSOL/CORTE INGLES» en el que informaba del inicio de una promoción de REPSOL con EL CORTE INGLÉS indicando «Se ha recibido toda la cartelería y los cheques descuento (...)». El Delegado de Levante de CEDIPSA contestó a la Jefe de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA solicitando lo siguiente: «envíame si tienes algo en PDF, o los carteles por fax, o los ticket... todo lo que haya por favor», (folio 6884).

k) El 11 de julio de 2012, el Responsable de la ES San Pedro del Pinatar II [provincia de Murcia], remitió un correo al Delegado de Levante de CEDIPSA, con copia a otras personas de la empresa, con el asunto «Nuevas condiciones en la comisiones de Repsol» al que se adjunta el «Anexo al contrato de fecha 12/5/1988, entre compañía española distribuidora pet y repsol comercial de productos petrolíferos, s.a., referente a la ES nº 33761 sita en san pedro del pinatar» que recoge las «nuevas condiciones en las comisiones de Repsol para la ES 33761 San Pedro I», (folio 6885).

l) El 4 de julio de 2013, la Jefe de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA, remitió un correo electrónico al Delegado de Levante de CEDIPSA y al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA, con el asunto «RV: Cambio de precios Repsol para Pta: Alicante», en el que se indica el cambio de precios máximos notificado por REPSOL para ese día y para el día siguiente para la ES Puerta de Alicante. Ese mismo día, el Delegado de Levante de CEDIPSA reenvía el correo al Director de Canal, (folio 6891).

m) El 5 de julio de 2013, la Delegación Comercial Este de CEPSA remitió al antiguo Director de Canal un correo con el asunto «Cambio de precios Repsol el viernes», en el que indicaba: «he hablado con varias personas que gestionan EESS con Repsol (...) Repsol el domingo les comunicaba la bajada de precios para el lunes, hoy les han dicho que no esperen bajada, que habrá una ligera subida.», (folio 6889).

n) El 12 de julio de 2013, un Responsable de la ES Puerta de Alicante remitió un correo a las Jefes de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA, con el asunto «Cambio precios Repsol», en el que se indicaba el cambio de precio máximo notificado por REPSOL para el día siguiente, 13 de julio de 2013. Una de las Jefes de Área reenvió el correo al Delegado de Levante de CEDIPSA en la misma fecha, indicando «Nueva subida para mañana», (folio 6890).

Estos extremos, acreditados durante la fase de instrucción, reflejados en el Pliego de Concreción de Hecho (PCH) y posteriormente recogidos en el acuerdo sancionador, son esclarecedores y explican la razón de la sanción impuesta. La literalidad de los mensajes cruzados entre jefes de área, directores y delegados de REPSOL, CEPSA y CEDISA revela el contacto entre competidores con información relevante que no debería salir del ámbito de conocimiento y decisión de cada empresa.

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.

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

Las razones esgrimidas por REPSOL no desvirtúan la infracción cometida. Nada tiene que ver la relevancia o importancia de la ES en el total de los rendimientos de la actora. Podrá tener un mayor o menor peso, circunstancia que deberá ponderarse en la sanción que se le imponga pero no en la tipificación de la conducta.

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

OCTAVO.- Queda por resolver la pretensión impugnatoria relativa a la sanción impuesta. Al margen de los motivos invocados por la actora, respecto a la incorrecta graduación, lo cierto es que la metodología aplicada por la CNMC no fue correcta en cuanto al volumen de negocios que utilizó como referencia. Comprobamos que se sostuvo con el del año el 2013 y no el 2014 como era exigible de conformidad con lo establecido en el artículo 63.1.a) de la Ley 15/2007. Esto revela que el volumen de negocio del que partió la Administración para el cálculo de la sanción no fue ajustado a Derecho.

Esta Sala, en coherencia con el suplico de la demanda, debe acoger la pretensión subsidiaria instada, de manera que se habilite a la CNMC para realizar un nuevo cálculo de la sanción.

NOVENO.- De los anteriores razonamientos se desprende que el presente recurso debe ser parcialmente estimado, anulando el acuerdo sancionador impugnado que dejamos sin efecto en lo que a la imposición de la sanción se refiere, a fin de que la CNMC lleve a cabo un recálculo de la sanción impuesta con el límite de la reformatio y peius.

DÉCIMO.- La parcial estimación impide que hagamos un expreso pronunciamiento en costas, de conformidad con el artículo 139 de la LJCA, de modo que cada parte soportará la carga de las causadas a su instancia.

FALLAMOS

Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **RESPSOL S.A.** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de febrero de 2015, S/474/13, Precios de Combustibles de Automoción, anulando la resolución impugnada en los términos expresados en el fundamento noveno de esta sentencia, sin expreso pronunciamiento en 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.