



Roj: **SAN 3506/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3506**

Id Cendoj: **28079230062020100326**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/11/2020**

Nº de Recurso: **612/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000612/2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05138/2015

Demandante: LENCE TORRES y COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L.

Procurador: DON FERNANDO DIAZ-ZORITA CANTO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: CEES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

S E N T E N C I A N º :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a 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 **612/2015**, el recurso contencioso- administrativo formulado por **LENCE TORRES y COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L.** representada por el procurador don Fernando Diaz-Zorita Canto contra la resolución de 2 de julio de 2015, S/484/13, Redes Abanderadas, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 113.801 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, 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 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando *«[S]e anule la sanción impuesta por improcedencia de la misma. Subsidiariamente se anule con retroacción de las actuaciones al momento de girarse el Pliego de Cargos, con facilitación a los recurrentes de los datos omitidos del expediente administrativo [...]»*.

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 21 de octubre 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 2 de julio de 2015, S/484/13, Redes Abanderadas, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNMC), que impuso a la actora una sanción de multa de 113.801 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 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 entre REPSOL S.A. y las empresas LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. para la coordinación de los precios de venta al público en sus estaciones de servicio en el entorno de Lugo alcanzado en abril 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:

(...)

2. LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. por la conducta del apartado 1 anterior.

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

(...)

2. A LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. una multa de 113.801 euros € [...].

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución se centra en los siguientes momentos:

1.- Con fecha 27 y 28 de mayo de junio de 2013, se llevaron a cabo inspecciones entre otras en la sede de REPSOL, DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A. (DISA), MEROIL S.A. (MEROIL), y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES PETROLÍFEROS (AOP), de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2013.

2.- El 29 de julio de 2013 se procedió al desglose del expediente 474/13, en dos expedientes, el S/474/13 y el S/484/13.

3.- El 30 de julio de 2013, fue incorporada al expediente la documentación recabada en la inspección de 27 y 28 de mayo de 2013 en la sede de REPSOL (folios 26 a 115).

4.- El 21 de noviembre de 2013, se acordó la incorporación de determinada documentación relativa a REPSOL desglosada del expediente S/474/13 (folios 1134 a 1188).

5.- El 3 de abril de 2014 la DC acordó la ampliación de la incoación de este expediente a LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTÓBAL, S.L. (LENCE), CERRO DE LA CABAÑA, S.L. (CERRO DE LA CABAÑA), ESTACIÓN DE SERVICIO MACAR, S.A. (MACARSA) y ESTACIÓN DE SERVICIO LORQUÍ, S.L. (LORQUI).

- 6.- El 14 de mayo de 2014 se acordó la incorporación de documentación recabada en formato electrónico durante la inspección de la sede de REPSOL de 27 y 28 de mayo de 2013 (folios 2866 a 3007).
- 7.- El 26 de junio de 2014, la Dirección de Competencia (DC) formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), presentándose alegaciones por la actora.
- 8.- El 14 de octubre de 2014, la DC acordó cerrar la fase de instrucción, y el 27 de octubre de 2014, la DC dictó Propuesta de Resolución, presentándose alegaciones por las partes.
- 9.- El 18 de noviembre de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC (folio 5236); el 5 de marzo de 2015, 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) nº 1/2003 del Consejo.
- 10.- El 30 de marzo de 2015, se notificó requerimiento de información sobre volumen de negocios.
- 11.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 2 de julio 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. Afirma que la Administración lleva a cabo una incorrecta valoración entre lo que puede reputarse lícito o ilícito. Cuestiona el valor incriminatorio de los correos, que no revelan la imputación sustentada por la resolución sancionadora. Denuncia la indefensión que se le ha infligido a la actora, por la restricción que ha tenido para examinar todos los elementos de prueba barajados por la CNMC. Por último, en cuanto a la sanción impuesta, denuncia que no se ha respetado el principio de proporcionalidad.

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, y aunque con ello alteremos el orden fijado, es necesario tener presente dos extremos. Primero hay fijar cuales son los hechos probados en los que se sustenta la infracción imputada y, en segundo término debemos comprobar el resultado de otros litigios directamente relacionados con el presente recurso, en la medida que pudieran incidir o condicionar el resultado de las pruebas en las que se sustenta la resolución sancionadora; con lo que entraríamos de lleno en el segundo de los argumentos invocados en el escrito de demanda sobre el alcance de la inspección llevada a cabo en la sede de REPSOL.

Esta labor es imprescindible y entronca directamente con la ausencia de valor incriminatorio de los correos.

En cuanto a la primera de las tareas indicadas, el examen de acuerdo sancionador revela que la imputación se sustentó en los correos que fueron intervenidos la inspección que tuvo lugar el 27 de mayo en la sede de REPSOL. Se destaca en la resolución impugnada que:

1.- De acuerdo con la documentación recabada en la inspección de la sede de REPSOL, en abril de 2013 tuvo lugar una reunión entre el propietario del Grupo LENCE y el Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL, en la que, entre otras cuestiones, se discutieron los precios de venta al público (PVP) de las estaciones de servicio con bandera REPSOL en Lugo.

Acto seguido transcribe el contenido del correo de 17 de abril de 2013, (folio 22 de la resolución publicada en la página web de la CNMC).

2.- El 23 de mayo de 2013 en un correo interno de REPSOL relativos a la situación competitiva de Lugo, se decía [E]l 17 de abril se desplazó el Director de Desarrollo y Red Abanderada de REPSOL, a la Delegación y se reunió con [JLF] (propietario del Grupo LENCE), (...) en dicha reunión, entre otras cosas, acordaron que los precios de todas las EES del Grupo LENCE fueran los mismos y que no fueran superiores a los precios de CEPSA en Lugo. [...], (folio 23 de la resolución publicada en la página web de la CNMC).

3.- En las contestaciones alegaciones de REPSOL, se afirma que «[l]os diferentes correos que obran en el expediente evidencian cómo REPSOL no trata su política comercial frente a CEPSA al margen de una actuación concertada con el Grupo LENCE en Lugo, sino que ésta última queda insertada en la misma dada la "relevancia que el (...) tiene para la (...)» (folio 93) por el alto porcentaje de la cuota de ventas de este Grupo en Lugo ("un [30-40% de la cuota de ventas de Lugo (y el [60-70] % de la cuota de ventas de REPSOL en Lugo)" (folio 96)) que lo convierte en el "[...]", en referencia a la Delegación Regional 6 de REPSOL (folio 98) [...], (folio 58 de la resolución publicada en la página web de la CNMC).

Ningún otro dato fáctico sobre el que se llevara a cabo la valoración de la responsabilidad se recoge el acuerdo sancionador respecto de la conducta imputada a quien aquí recurre. Es decir, todas las pruebas incriminatorias

en las que se sustenta la sanción fueron recabas con ocasión de la inspección que tuvo lugar en la sede de REPSOL.

CUARTO.- Estamos obligados a reflexionar sobre los extremos y datos en que descansa el acuerdo sancionador cuando en otro litigio, directamente relacionado con la investigación llevada a cabo por la CNMC, se cuestionó la validez de las pruebas obtenidas por la eventual vulneración de derechos fundamentales.

En el recurso 482/2013, se impugnó por REPSOL 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 ese 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 podría ser utilizado como sustento de la imputación que es objeto del presente litigio, por el origen ilícito de las pruebas obtenidas. Recordemos que toda la carga incriminatoria se sustenta en los correos intervenidos a REPSOL, con ocasión de la entrada y registro que tuvo lugar en su sede.

Sobre esta cuestión se han dictado varios pronunciamientos, sobre todo en el ámbito penal, que han ido matizando el alcance incriminatorio sustentado en prueba 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 jurisprudencia 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 que *«[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 como doctrina conocida como *«la conexión de antijuridicidad»* para justificar la total anulación de las pruebas irregularmente obtenidas y matizó 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; así como si desde una perspectiva externa, analizar necesidad de la tutela y la efectividad del derecho, pues solo si la prueba *«resulta 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, entre las que podemos recordar 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 concorra 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 otras diligencias o intervenciones llevadas a cabo por la CNMC, desvinculadas de aquella entrada, pudieran constituir soporte probatorio suficiente para 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 y cuando se pueda apreciar la desconexión de antijuridicidad.

Podemos anticipar que solo si existieran otros elementos incriminatorios y se diera esta desconexión podría mantenerse la imputación de la infracción impugnada.

No es el caso, ninguna prueba más allá de las obtenidas con ocasión del ilícito registro en la sede de REPSOL justifica la incriminación de la actora, por lo que anulado el resultado de los correos intervenidos nada queda con lo que pueda sostenerse la conducta anticompetitiva imputada.

QUINTO.- Los anteriores razonamientos nos llevan a la integra estimación del presente recurso, toda vez que no ha quedado acreditada la infracción imputada a la actora, sin que sea necesario entrar a examinar el resto de los motivos invocados en el escrito de demanda.

SEXTO.- La total estimación del recurso implica la condena en costas a la Administración de conformidad con el artículo 139 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **LENCE TORRES y COMPLEJO SAN CRISTOBAL, S.L.** contra la resolución de 2 de julio de 2015, S/484/13, Redes Abanderadas, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que anulamos por no ser ajustada a Derecho, con expresa condena en costas a la Administración.

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.

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

En Madrid a 20/11/2020 doy fe.