



Roj: **SAN 4185/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4185**

Id Cendoj: **28079230062020100393**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/12/2020**

Nº de Recurso: **208/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000208 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02245/2015

Demandante: COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U., (CEPSA)

Procurador: D. JORGE DELEITO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, REPSOL S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

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 diecisiete de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 208/15 promovido por el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de **COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U., (CEPSA)** contra la resolución de 20 de febrero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 10.000.000 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"(i) Anule íntegramente la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de febrero de 2015, dictada en el expediente NUM000 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN, respecto de los pronunciamientos por los que se declara a mi mandante responsable de una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y se le impone una sanción de multa de 10.000.000 €.

"(ü) Subsidiariamente, para el caso de que esta Sala considere que procedía sancionar a mi representada, anule parcialmente la Resolución impugnada, reduciendo el importe de la multa que le fue impuesta a mi mandante, en los términos expuestos en el tercer bloque de fundamentos de esta demanda."

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

TERCERO.- En virtud de diligencia de ordenación de 7 de julio de 2015, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 10.000.000 euros y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

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

Seguidamente, mediante providencia de 17 de julio de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 23 de septiembre de 2020, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 20 de febrero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 10.000.000 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 Precios Combustibles Automoción," era del siguiente tenor literal:

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

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

COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U por las conductas de los apartados 1 y 2 anteriores.

(...).

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

A la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. una multa de 10.000.000 €.

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

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

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

2) Con fechas 27 y 28 de mayo de 2013, fueron efectuadas inspecciones en las sedes de REPSOL S.A. (REPSOL), DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A. (DISA), MEROIL S.A. (MEROIL), y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES PETROLÍFEROS (AOP), de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2013.

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

4) El 29 de julio de 2013, la Dirección de Investigación acordó la incoación del expediente sancionador por la existencia de indicios racionales de la comisión, por parte de distintas petroleras, de conductas contrarias al artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE. Asimismo, se procedió al desglose del expediente NUM000, en dos expedientes: a) el NUM000 por la coordinación entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios, clientes y condiciones comerciales y en el intercambio de información comercial sensible, en los mercados de distribución de combustible de automoción, respecto de REPSOL, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. (CEPSAU), DISA, MEROIL, y GALP. b) y el S/0484/13 por la coordinación en materia de precios entre cada uno de los operadores de productos petrolíferos y los empresarios independientes que operan en sus respectivas redes de distribución de combustible de automoción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Compañía Española de Petróleos SAU y Cepsa Comercial Petróleo, S.A. (CEPSA) es la cabecera de un grupo energético integrado, presente en todas las fases de la cadena de valor del petróleo. Desde agosto 2011, IPIC (International Petroleum Investment Company) es el propietario del 100% de CEPSA (Case No COMP/M.6171 - IPIC / CEPSA). IPIC es una compañía fundada en Abu Dhabi en 1984 con el objetivo de invertir en el sector de la energía y otros sectores afines en todo el mundo. La actividad de distribución de combustibles la lleva a cabo a través de su filial CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A. (CEPSA CP), también personada en el expediente, cuya filial CEDIPSA COMPANIA ESPANOLA DISTRIBUIDORA DE PETROLEOS SA (CEDIPSA), se encarga de la explotación de Estaciones de Servicio.

CEPSA S.A. es propietaria del 100% de CEPSA CP. A su vez, CEPSA CP es la propietaria del 100% de CEDIPSA.

CEPSA ocupa el segundo lugar en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de EESS, ostentando en 2010 una cuota del 16% por volumen de ventas y del 17% por número de EESS en gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A. En el mercado mayorista extra-red al canal de EESS, CEPSA ostentó una cuota del [15-20] % en 2011.

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

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

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

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

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

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

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

Destaca que CEPSA es el segundo operador en el mercado mayorista con una cuota del 15, 20% y una cuota en el mercado minorista a través de estaciones de servicio del 17%.

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

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

- a) "COCO (Company Owned - Company Operated): Instalaciones propiedad del operador al por mayor.
- b) CODO (Company Owned - DealerOperated): Instalaciones en la que el operador al por mayor conserva la propiedad del punto de venta, pero tiene cedida la gestión a favor de un tercero con exclusividad de suministro de los productos del operador.
- c) DOCO (DealerOwned - Company Operated): Instalaciones propiedad de un particular, que cede la gestión del punto de venta a un operador al por mayor.
- d) DODO (DealerOwned - DealerOperated): Instalaciones propiedad de un particular vinculadas al operador al por mayor mediante un contrato de suministro en exclusiva que incluye el abanderamiento".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso de CEPSA, le imputa cuatro conductas:

A) Contactos entre REPSOL y CEPSA en materia de precios en relación con las EESS de Illueca y Brea de Aragón en julio de 2013.

Entiende acreditado por la documentación recabada en la inspección en la sede de CEPSA, que con fecha 12 de julio de 2013, un abanderado de CEPSA 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 las provincia de Zaragoza y le pedía que interviniera para evitar los desfases de precios.

Al día siguiente, 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 enviaré otro e-mail.*" (folio 6873).

De nuevo, 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. Se 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).

B) Contactos entre REPSOL y CEPSA en materia de abanderamientos en julio-agosto de 2011

Con fecha 27 de julio de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA, remitió un correo electrónico al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA, 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 CEPSA, en línea de lo que había ocurrido previamente en sentido inverso. En el mismo 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) Finalmente, 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 CEPESA], dime si es correcto porque lo mismo lo que se está produciendo es algo previsto...* " (folio 6875). -

Con fecha 29 de agosto de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un nuevo correo electrónico al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPESA 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 los siguientes términos: " *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).

A lo anterior añadía: " *Nuestra impresión, y hablo de [DDD, Responsable de la Delegación Este de EESS de CEPESA] y de también lo que nos manifestó 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).

Concluía asegurando que: " *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).

C) Contactos entre REPSOL y CEPESA en materia de abanderamiento y suministro entre 2011 y 2013

La resolución sancionadora alude a diversos correos recabados en la inspección realizada en la sede de CEPESA, reveladores de que REPSOL y CEPESA gestionan EESS que se encuentran abanderadas y son suministradas en exclusiva por la otra operadora (abanderamientos cruzados) y establecen contacto e intercambian información sobre las mismas.

Así, en el correo enviado por el Delegado de Levante de CEDIPSA, al Responsable del Departamento de Ingeniería e Imagen, con fecha 21 de junio de 2011, con el asunto "RV: estaciones PERLETA (15785) DOLORES II (12520)" [ambas EESS en la provincia de Alicante] se dice lo siguiente: " *A PARTIR DEL 1 DE JULIO el suministro de carburante comienza a realizarse desde CEPESA. (...) En la actualidad ya gestionamos estas estaciones con bandera Repsol*" (folio 6877).

Por otra parte, en el correo electrónico enviado por el Delegado de Levante de CEDIPSA al Responsable de Filiales EESS de CEDIPSA y al Responsable de Gestores y Abanderados, con fecha 26 de julio de 2011, con el asunto " *perdida estaciones de Valencia*" se indicaba: " *REPSOL, ha firmado con el abanderado nuestro (...). Estaran hasta fin de contrato con nuestra enseña.*" (folio 6878).

Explica que, con fecha 31 de enero de 2012, el Técnico Comercial de la Delegación Este de EESS de CEPESA, 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 hacía referencia a lo siguiente:

"*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).

Respecto a estas EESS con abanderamientos cruzados, con fecha 1 de diciembre de 2011, 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-12609" en el que señalaba lo siguiente:

"*históricamente con las ee.ss 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). -

Cita otros correos electrónicos en relación a estas EESS.

Así, relata que con fecha 8 de febrero de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo electrónico al Responsable de Gestores y Abanderados de CEPESA y al Responsable de Filiales EESS de CEDIPSA, con el asunto "REPSOL CARTAGENA" en el que indicaba que:

"*Hoy he estado con los técnicos de Repsol que corresponden a las EESS que tenemos con su enseña en Alicante*" y añadía lo siguiente: " *Entre otras cosas que me han estado contando hay algo que creo que es muy interesante: ESTE AÑO TIENEN ORDEN DE ABRIR LO MAXIMO 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).

Con fecha 22 de marzo de 2011, el Delegado de Levante de CEDIPSA remitió 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 mandame las claves y pagina" (folio 6892).

Con fecha 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" (folio 6882).

Añadía que *" Debe poder hacerse porque por ejemplo en Ribarroja, durante un tiempo pudimos hacerlo" (folio 6882).*

El Responsable de Gestores y Abanderados de CEPSA contestó, con fecha 7 de octubre de 2011, lo siguiente: *" Cuidado con este tema, debemos estudiarlo previamente, no vayamos a vender producto Repsol y dar descuentos con cargo a Cepsa" (folio 6882).* -

Con fecha 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).* -

Igualmente, con fecha 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 (...)" (folio 6884).

El Delegado de Levante de CEDIPSA contestó a la Jefe de Área de la Delegación Regional Centro de CEDIPSA solicitando lo siguiente:

" enviame si tienes algo en PDF, o los carteles por fax, o los ticket...todo lo que haya por favor" (folio 6884). -

Con fecha 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 PETROLIFEROS, S.A., REFERENTE A LA E.S. Nº 33761 SITA EN SAN PEDRO DEL PINATAR" que recoge las "nuevas condiciones en las comisiones de Repsol para la E.S. 33761 San Pedro I" (folio 6885).

Con fecha 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).

Con fecha 5 de julio de 2013, de 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 indica lo siguiente:

"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).

Asimismo, con fecha 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 precios 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).*

D) Contactos en materia de precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y en relación a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013

Explica la resolución recurrida que durante la inspección realizada en la sede de CEPSA fueron recabadas determinadas páginas de los cuadernos de notas del Director de la Red de EESS. En ellas figuran unas anotaciones realizadas entre el 27 de julio de 2011 (folio 2641) y el 30 de septiembre de 2011 (folio 2647) entre las que cabe destacar: Nombre y apellidos de tres miembros pertenecientes al Consejo de Administración de

DISA (D. [GGG], D. [HHH] y D. [III]) (folio 2646 y las siguientes referencias: " *No salvo que CNC obligue*" (folio 2646).

"*Pacto de no agresión. No se mueve*" (folio 2646).

" *Argumento de protección del precio en EESS para no competir a la baja. No se puede firmar*" (folio 2646). -

Por otra parte, de acuerdo con la documentación electrónica recabada en la inspección en la misma sede, con fecha 27 de mayo de 2013, el Delegado Regional de la Zona Sur de CEDIPSA remitió un correo electrónico al Director General de ATLAS S.A. COMBUSTIBLES Y LUBRIFICANTES (filial de CEPSPA dedicada a la comercialización de hidrocarburos, que desarrolla su actividad en las ciudades de Ceuta y Melilla), con copia al Director de Explotación de CEDIPSA, con el asunto "Promoción 6 céntimos Ceuta" en el que indicaba:

" *En respuesta a lo que me has comentado esta tarde sobre vuestra inquietud por la promoción de los 6 céntimos en Ceuta te comento lo siguiente: La promoción de los 6 céntimos está basada en el sistema de fidelización de Cepsa (Porque tu vuelves), de manera que no bajamos el precio del monolito y en consecuencia no entramos en guerra de precios con otras banderas. (...)*" (folio 6870).

Con fecha 5 de julio de 2013, Delegado de Levante de CEDIPSA remitió un correo electrónico al Delegado Regional de la Zona Sur de CEDIPSA, con el asunto "Paulita y otras ACZs..." en el que preguntaba por la citada promoción de Ceuta en los siguientes términos:

" *pq has quitado lo de ceuta...no entiendo! Tanta guerra que hemos dado*" (folio 2359).

Ese mismo día, el Delegado Regional de la Zona Sur de CEDIPSA le contesta indicando que le había llamado el Director de Canal de CEPSPA, para indicarle que

" *había que quitar la promoción de todas las estaciones de Ceuta porque había estado en una reunión y alguien de Disa le había dicho que si no la quitábamos ellos empezarían también a hacer algo parecido y empezaríamos una especie de guerra que no beneficiaría a nadie*" (folio 2359)

Añade, asimismo, en el correo que " *a primera hora de hoy ya me había llamado [JJJ] [Responsable de Coordinación de Explotación OIL de CEDIPSA] para decirme que había que quitar urgentemente la promoción siguiendo instrucciones de [KKK] [Director de canal de CEPSPA]*" (folio 2359). Finalmente, el remitente valora que: " *Ya sabes que Ceuta es un corralito*" (folio 2359).

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

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

1. Acuerdo para la coordinación en las Estaciones de Servicio de Brea de Aragón e Illueca en julio de 2013 entre CEPSPA y REPSOL; pacto de no agresión entre CEPSPA 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 CEPSPA 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 CEPSPA 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.

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

La caducidad del expediente sancionador, la arbitrariedad de la resolución recurrida al imputar a CEPSPA como matriz de su filial CEPSPA COMERCIAL PETRÓLEO S A dedicada a la distribución de combustibles en España, la indefensión generada a CEPSPA por la inadmisión de las pruebas testifical y documental propuestas, la omisión del trámite de audiencia ante el órgano resolutorio pues CEPSPA solicitó en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que se celebrase una vista ante la Sala de Competencia para el análisis y enjuiciamiento equitativos de las conductas investigadas petición que fue denegada.

Nulidad de la prueba de cargo por falta de concreción de la orden de investigación y falta de indicios suficientes para justificar las inspecciones realizadas.

Carácter erróneo de la resolución recurrida en la atribución de efectos a las conductas por las que se la sanciona.

Así, en primer lugar, una de las cuatro conductas que se imputan a CEPESA se refiere a un intercambio de información con REPSOL producido en el contexto de una relación contractual lícita (el caso de los abanderamientos cruzados). La controversia radica en este caso no tanto en el intercambio de información en sí como en la supuesta ausencia de cautelas que, según la CNMC, hubieron de aplicarse. No se trata de una infracción "por objeto", sino de una conducta cuya imputación hubiese requerido inexcusablemente de un examen de "efectos" que no se ha llevado a cabo.

En segundo lugar, debe reputarse errónea la consideración de que cada una de las cuatro conductas tiene "afectación sobre el comercio intracomunitario", resultando de aplicación el artículo 101 del TFUE. En todos los casos nos encontramos ante conductas aisladas y muy localizadas temporal y geográficamente, sin que la Resolución impugnada haya realizado ningún esfuerzo por valorar realmente esa "afectación".

Niega la existencia de infracción que pueda imputarse a CEPESA porque:

No existió un acuerdo de precios con REPSOL en julio de 2013 en relación con las estaciones de servicio de Illueca y Brea de Aragón. Afirma que la estación de Illueca solicitó a CEPESA una reducción de precios ante la presión competitiva ejercida por REPSOL y una estación de marca blanca. Y esa reducción efectivamente se produjo con cargo al margen mayorista de CEPESA.

No existió ningún pacto de no agresión con REPSOL en relación con las estaciones de abanderamiento cruzado. En todos estos casos lo único que se produce son contactos con el fin de respetar los contratos por los que, estaciones abanderadas por REPSOL o CEPESA eran gestionadas en sentido cruzado por gestores del otro grupo empresarial.

En lo que se refiere a los intercambios de información producidos en las estaciones de abanderamiento cruzado, afirma que son contactos necesarios para el adecuado cumplimiento del contrato de gestión de la estación y transmisión de información que, en ningún caso puede considerarse estratégica o reservada.

Finalmente, rechaza que existiese un pacto de no agresión en precios con DISA. Niega que se produjera reunión alguna entre CEPESA y DISA en el sentido indicado por la Resolución, que se basa exclusivamente en unas anotaciones manuscritas que no hacen prueba de tal reunión.

Asimismo, la retirada de una promoción en Ceuta por parte de CEPESA fue una actuación unilateral ajena a cualquier entendimiento con DISA.

Denuncia, por último el carácter desproporcionado de la sanción impuesta y la falta de motivación del cálculo realizado para su determinación.

SÉPTIMO.- Vamos a alterar el orden de examen de las cuestiones planteadas para seguir un orden lógico en el análisis de los motivos impugnatorios que deduce la parte recurrente.

Así, en cuanto a la Orden de investigación de 19 de julio de 2013, en ella se hace constar que *"sucesivos informes de la CNMC han puesto de manifiesto la falta de competencia en el sector de los combustibles de automoción en España, tras constatar un incremento significativo en el precio de los carburantes en un contexto de niveles generales de precios minoristas más elevados que los registrados en países de nuestro entorno."*

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

A este respecto, informes recientes de supervisión de la Comisión Nacional de Energía aprecian un alineamiento general de los precios de venta al público. En particular, en el informe mensual correspondiente al mes de mayo se señala que "se vuelve a observar una estrategia de fijación de precios común para ambos carburantes, con porcentajes diarios de variación de precios similares" en línea con lo recogido en su informe del mes anterior, donde concluía que "el diferencial de precios promedio gasolina 95-gasoleo A es el mismo (9ce/lit) para todos, con independencia del tipo de vínculo y régimen de suministro".

Asimismo, la reciente resolución del Consejo de la CNC en el expediente NUM001 derivado de la denuncia presentada por la Confederación Española de Estaciones de Servicio (CEES) contra la Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos (AOP) insta a la Dirección de Investigación a continuar las diligencias de investigación en relación con la denuncia de concertación en materia de precios en determinados momentos puntuales."

Como vemos, la Orden incorpora los antecedentes e indicios que revelarían un posible acuerdo de precios y por esa razón expone que "la Dirección de Investigación ha iniciado una información reservada para verificar la existencia y alcance de una posible coordinación de conductas entre operadores de productos

petrolíferos en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustible de automoción que actualmente se tramita bajo la referencia NUM000 .

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

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

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

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

OCTAVO.- En cuanto a la negativa a la celebración de vista, el art. 51.3 de la Ley 15/2007 y el art. 37.2 de su reglamento configuran la celebración de vista como una facultad de la CNMC cuando la considere adecuada para el análisis o enjuiciamiento de las pretensiones objeto del expediente y aunque la Sala no desconoce la previsión del artículo 12 del Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, y que se refiere a la necesidad de que la Comisión Europea garantice a las partes que así lo solicitaran a las que hubiere notificado un pliego de cargos " la oportunidad de exponer sus argumentos oralmente en una audiencia", la denegación de tal posibilidad no produce una vulneración automática del derecho a la defensa con trascendencia constitucional a los efectos del artículo 24, pues esa relevancia se condiciona a la causación de una indefensión real que no consta se produjera en el caso de autos, en el que la parte ha tenido oportunidad de hacer valer sus alegaciones frente a la propuesta de resolución.

Por otra parte, analizando el siguiente motivo sobre la denegación de prueba testifical es preciso recordar la doctrina jurisprudencial según la cual la denegación de prueba en el procedimiento administrativo no determina per se la nulidad de la resolución que finalmente se dicte, pues es preciso que dicha denegación haya generado una indefensión real y efectiva a la parte, ya que solo así se produce una lesión en el derecho de defensa y la quiebra de las garantías reconocidas en el artículo 24 de la Constitución.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2015, recurso núm. 297/2013, declara lo siguiente:

"El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.

La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, (STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podrá ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE, pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión. La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (STC 258/2007, de 18 de diciembre), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa".

La resolución recurrida considera innecesaria la prueba testifical en la medida en que se trata de la versión de dos empleados de CEPSA. En este sentido, argumenta que resulta indiferente que una de las empleadas

actualmente ya no trabaje en la empresa, no sólo porque en el momento de los hechos objeto de controversia sí lo hiciera sino porque la empresa ya ha dado su versión de los hechos, pudiendo aportar junto a ella la versión de dichos empleados, por lo que no se estima que la versión de éstos pueda desvirtuar los hechos acreditados.

En cuanto al requerimiento a REPSOL, CEPSA afirma que no puede comprobar las afirmaciones realizadas por la DC en relación con: (i) la "correspondencia exacta en el tiempo y en el importe de un ajuste" de CEPSA CP y REPSOL al no disponer de los precios recomendados por REPSOL para este período ni de los precios aplicados por la estación; y (ii) la "evolución paralela de los pvp de Brea y de los precios máximos recomendados por REPSOL".

Ahora bien, dice la resolución recurrida, que la información controvertida versa sobre los precios máximos recomendados por REPSOL a una de sus EESS, razón por la que REPSOL solicitó expresamente su confidencialidad en su escrito de 14 de agosto de 2013 (con entrada en la CNMC de 20 de agosto; folios 3879 a 3885). La DC valoró la concurrencia de los requisitos y criterios fijados en la Comunicación para ser declarada confidencial y mediante acuerdo de 13 de enero de 2014 acordó conceder la misma (folio 4910) e incorporar al expediente la versión no confidencial aportada por REPSOL.

Asimismo, la DC ha acreditado que todos los interesados han tenido la posibilidad de acceder a la documentación no confidencial del expediente desde su incoación, a medida que ésta ha ido incorporándose al mismo, por lo que han podido defenderse en términos reales y efectivos, sin que su derecho de defensa se haya visto menoscabado.

Por tanto, no vemos que la argumentación de la resolución recurrida al denegar dichos medios probatorios sea arbitraria o irrazonable ni cause indefensión.

Por lo demás y siendo cierto que una indefensión generada en el procedimiento sancionador no es subsanable en el posterior proceso contencioso administrativo, la testifical se ha practicado y a ella haremos referencia más adelante.

NOVENO.- En cuanto a la caducidad del procedimiento sancionador, la demanda expone que la suspensión del procedimiento se acordó el día 23 de diciembre de 2014 con pretendidos efectos retroactivos desde el 19 de diciembre de 2014.

Recuerda que la posibilidad de acordar la suspensión del procedimiento sancionador con efectos retroactivos ha sido expresamente rechazada por esta Sala en sus Sentencias de 13 de marzo de 2015 (rec. no 30/2012, caso Montesa Honda; y 25 de marzo de 2015, rec. no 76/2012, caso Motor City). Por ello, la suspensión solo puede considerarse eficaz desde el Acuerdo de 23 de diciembre de 2014 y hasta la fecha en la que se levanta la suspensión, esto es, el 18 de enero de 2015 (folio 10482 del expediente) 26 días naturales, por lo que la Resolución impugnada hubiese de haberse notificado el día 24 de febrero de 2015 y no el día 25 de febrero de 2015 (folio 10756.1.1), en un momento en el que ya se había producido la caducidad.

No podemos acoger ese planteamiento.

La resolución recurrida relata 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 artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, la cual tuvo lugar en fecha 19 de diciembre de 2014. Con fecha 23 de diciembre de 2014 se dictó Acuerdo por el que se resolvió informar a las partes de la remisión efectuada a la Comisión Europea señalando que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la LDC, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 20 de enero de 2014, y con efectos desde el 18 de enero de 2014, la Sala resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes."

El art. 37.2.c) de la Ley 15/2007, dice que se acordará la suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos.

Cuando se informe a la Comisión Europea.

A su vez, el art. 12.1.f) del Reglamento dice que "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."

Por lo tanto, la suspensión se produce desde que se informa a la Comisión Europea lo que tuvo lugar el 19 de diciembre, posteriormente, el 23 de diciembre se acordó informar a las partes de esa decisión, pero eso no significa la aplicación retroactiva a la que se refiere la actora.

Por lo tanto, incoado el procedimiento sancionador el 29 de julio de 2013, los dieciocho meses vencían el 29 de enero de 2015, a esa fecha hay que sumarle desde el 19 de diciembre de 2014 hasta el 18 de enero de 2015, 31 días, por lo que el plazo para dictar y notificar la resolución sancionadora vencía el 1 de marzo, de manera que al haberse notificado el 25 de febrero se efectuó dentro de plazo y no se produjo la caducidad del procedimiento.

DÉCIMO.- En trando en el análisis de las conductas imputadas, la actora sostiene en cuanto a la primera conducta que la bajada de precios responde a una presión competitiva del entorno. La supuesta invitación del técnico de CEPSA es rechazada por el de REPSOL que manifiesta su falta de capacidad para influir en los precios porque el cambio se produce desde Madrid sin que ellos intervengan.

Sin embargo, la demanda no desmonta los argumentos de la resolución recurrida para apreciar la existencia de un acuerdo de precios y coordinación en la distribución entre las estaciones de servicio de Illueca y Brea de Aragón entre CEPSA y Repsol porque lo cierto es que CEPSA reconoce la existencia de una reunión entre los técnicos comerciales de ambas compañías "y no niega que pueda ser considerada impropia o incorrecta" (folio 9846) lo que excluye el carácter unilateral de la oferta o invitación.

Otro dato revelador del acuerdo de precios es la falta de reacción del Director de Tarifas y Precios de EESS al envío del correo por parte del técnico comercial de CEPSA. Aquel ocupa un puesto relevante pues informa directamente al Director de la Red de Estaciones de Servicio CEPSA, (folio 1242) sometido únicamente al presidente de la compañía. El Director de Tarifas no se extraña del contenido del correo ni reprime al técnico por mantener conversaciones sobre precios a pesar del Manual de cumplimiento de normas de competencia de CEPSA.

También entendemos razonable la valoración que se hace por la resolución recurrida a la alegación de la falta de capacidad de los empleados de CEPSA y Repsol para acordar precios una vez que se acredita la conducta y la forma en que se comunicó al Director de Estaciones de Servicio y la reacción de éste, 11 minutos después ante un incumplimiento evidente de su código interno.

Y aunque CEPSA alega que el reproche se podía haber producido por otra vía, lo cierto es que el correo del técnico comercial fue respondido por el Director de Tarifas y Precios de EESS tan sólo 11 minutos después de recibido.

También entendemos acreditado el intercambio de información determinante de la modificación de los precios de la ES de Illueca tras el contacto con REPSOL porque como revelan los correos electrónicos enviados entre los empleados de CEPSA entre el 12 y el 15 de julio de 2013, evidencian contactos entre las dos operadoras con la finalidad de coordinar precios entre las EESS de Brea e Illueca. Está acreditada la existencia de comunicaciones previas con REPSOL, anteriores al correo de 15 de julio, con el fin de coordinar precios porque el técnico de CEPSA reconoce que *"la semana pasada les llamé para tener precios similares y no estas desviaciones"* (folio 6872).

Como destaca la resolución recurrida y no encontramos una explicación alternativa, el hecho de que, a partir del día 19 de julio, se aprecie un acercamiento de los precios de ambas estaciones que no resultaría del libre funcionamiento del mercado, confirma que la conducta imputada a CEPSA y REPSOL ha tenido efectos en el mercado afectado, reduciendo las condiciones competitivas del mismo (folios 7000 y siguientes).

Efectivamente, en el caso de Brea e Illueca, se percibe una coordinación de precios entre ambas ES independientemente del día de la semana, de hecho, el problema se plantea un viernes, 12 de julio, y es el viernes 19 de julio cuando se observa un acercamiento (reducción) de los precios, consecuencia del contacto entre ambas, confirmado, dice la resolución recurrida, tras el análisis tanto de los pvp como de los precios recomendados del gasóleo y de la gasolina.

DÉCIMOPRIMERO.- La segunda conducta imputada se refiere a la existencia de un pacto de no agresión en julio-agosto de 2011, entre CEPSA-REPSOL.

La actora la enmarca en los casos en que CEDIPSA, la filial de CEPSA encargada de la gestión de estaciones de servicio está interesada en asumir la gestión de estaciones de servicio abanderadas por REPSOL y a la inversa, es decir, cuando otra compañía está interesada en una estación de servicio suministrada por su competidor.

Insiste en que las comunicaciones que describe la resolución recurrida son contactos verticales entre gestores de estaciones de servicio y mayoristas para solventar los problemas que surgen de esa relación contractual.

Critica la resolución recurrida al calificar como pacto de no agresión la voluntad de las partes de cumplir los contratos de abanderamiento en vigor en los que CEDIPSA se subrogaba al asumir la gestión de una estación de servicio y a la inversa en el caso de REPSOL, al entender la resolución recurrida que CEPSA y REPSOL deberían competir por el mercado mayorista mediante la resolución anticipada de los contratos en vigor abonando las correspondientes indemnizaciones.

CEPSA rechaza esa valoración porque considera que el cumplimiento de un contrato supone atenerse a lo pactado de buena fe incluida la duración y que la aplicación de una cláusula compensatoria no es lo propio del cumplimiento de un contrato sino el incentivo contractual impuesto para evitar el incumplimiento de mala fe.

A juicio de la Sala, la conducta analizada va más allá de las relaciones verticales y de respetar las cláusulas del contrato porque presenta un claro carácter anticompetitivo que la resolución recurrida describe y que la demanda no desvirtúa.

Se explica que mediante estos contratos de suministro las dos mayores operadoras del país, que aglutinan más del 50% de la cuota en el mercado tanto mayorista extra-red como minorista a través de EESS, pactan el mantenimiento de un statu quo por el que renuncian a competir por el mercado.

El cumplimiento de los contratos de suministro exigiría respetar las cláusulas en las que se recogen las compensaciones correspondientes en caso de rescisión anticipada por las partes.

Sin embargo, al pactar las operadoras no realizar ofertas a EESS abanderadas por la otra hasta que finalizaran los contratos deja las cláusulas de rescisión anticipada de los contratos vacías de contenido y ello reduce el poder de negociación de los gestores independientes y paralelamente que los operadores puedan obtener mejores condiciones en los contratos y aumentar sus márgenes.

El efecto del pacto trasciende de una relación meramente vertical entre socios y prueba de ello es lo que se afirma: *"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).

Además, la resolución recurrida no limita la conducta citada a dos estaciones, Beniferri y Requena, en la provincia de Valencia, pues las conversaciones mantenidas entre REPSOL y CEPSA comprendían un círculo más amplio que las citadas reclamándose respeto mutuo, así como a los contratos vigentes:

"Nuestra impresión, y hablo de [DDD] y de también lo que nos manifestó 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).

DÉCIMOSEGUNDO.- La tercera conducta imputada se refiere a intercambios de información en el contexto de los abanderamientos cruzados entre CEPSA-REPSOL entre 2011 y 2013.

Recordemos que se trata de correos electrónicos recabados en la inspección en la sede de CEPSA que acreditan que REPSOL y CEPSA gestionan EESS que se encuentran abanderadas y son suministradas en exclusiva por la otra operadora (abanderamientos cruzados) y establecen contacto e intercambian información sobre las mismas.

CEPSA afirma, que los intercambios de información son contactos necesarios para el adecuado cumplimiento del contrato de gestión de la estación y transmisión de información que en ningún caso puede considerarse estratégica o reservada.

No podemos acoger ese planteamiento porque de conformidad con la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, considera que el secreto comercial es *"la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas"*.

Por esa razón, tanto la comunicación de precios de venta máximos (folio 6883, 6890) o recomendados (folio 6891), de política de comisiones de REPSOL (folio 6885 y 6881), de descuentos (folio 6878 y 6882) y de promociones (folio 6884) como el acceso por CEDIPSA al sistema de REPSOL (folio 6892) debe de considerarse información estratégica.

A partir de ahí, una cosa es que no se cuestione por la resolución recurrida las relaciones en las que CEDIPSA gestiona estaciones de servicio abanderadas por REPSOL y a la inversa y otra es que ello legitime un intercambio de información estratégica.

Precisamente, la resolución recurrida destaca que CEPSA y REPSOL al ser las dos mayores operadoras del país y aglutinar más del 50% de la cuota tanto en el mercado mayorista extra-red como minorista a través de EESS, y estar ambos grupos energéticos presentes en todas las fases de la cadena de valor del petróleo es muy elevado el riesgo de que los intercambios de información entre ambas puedan producir efectos anticompetitivos.

Coincidimos por ello, con la resolución recurrida, en la necesidad de una especial diligencia en el manejo de la información pues CEPSA debía de haber evitado que la información llegara a empleados diferentes de los encargados de la gestión de la ES y sin embargo, la información relativa a precios y promociones llega al Responsable de Gestores y Abanderados de CEDIPSA.

Sin embargo, destaca la resolución impugnada, la ausencia de toda medida efectiva para el control de la información transmitida pese a lo que CEPSA indica en su "manual interno de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia", dando lugar a la difusión e intercambio de información confidencial sobre precios futuros, campañas de descuento, etc. conseguida a través las EESS en abanderamiento cruzado, lo que constituye claramente una práctica restrictiva por objeto.

DECIMOTERCERO.- La cuarta y última conducta imputa una serie de contactos en materia de precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y en relación a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013.

La actora se limita a negar la existencia de la reunión entre CEPSA y DISA afirmando que es una simple conjetura a partir de la aparición de unos nombres en una libreta pero no cuestiona la argumentación de la resolución recurrida cuando descarta la veracidad de la reunión que sí reconoce CEPSA, de carácter interno relacionada con la adquisición de CHESA por parte de CEPSA (expediente de concentración gestionado por la extinta CNC bajo la referencia C/0366/11 CEPSA/CHESA) y en ella el Sr. [UUU] debía de ser informado por sus colaboradores de las relaciones comerciales y contractuales entre CEPSA y DISA en las Islas Canarias porque en las anotaciones que aparecen en el folio 2646 no se hace referencia en ningún momento a las mismas, ni siquiera se efectúa ninguna alusión al ámbito geográfico (Islas Canarias) al que CEPSA se refiere.

Efectivamente, en el folio 2646 se consignan los nombres y apellidos de tres miembros del Consejo de Administración de DISA y, a continuación, las indicaciones siguientes: "*No salvo que CNC obligue*"; "*Pacto de no agresión. No se mueve*"; "*Argumento de protección del precio en EESS para no competir a la baja. No se puede firmar*".

Se admitió la prueba testifical de D. Gerardo, manifestando éste que dicha reunión no se produjo, en efecto, y que las anotaciones de referencia tuvieron lugar en una reunión interna con unos colaboradores de la propia CEPSA cuyo objeto era conocer las relaciones verticales entre CEPSA y DISA.

A juicio de la Sala y en el ejercicio de las facultades que le corresponden en orden a la libre valoración de la prueba, las manifestaciones del testigo resultan insuficientes para explicar el concreto contenido de las anotaciones manuscritas cuando aluden de manera literal a la CNC y a una supuesta obligación que pudiera imponer esta; a la existencia de un pacto de no agresión; o a la protección del precio para no competir a la baja, con mención, también explícita, a que "No se puede firmar".

Indicaciones todas de una expresividad e intencionalidad notorias, respecto de las que la actora no ha ofrecido una explicación creíble distinta de la existencia de los contactos en materia de precios que refleja la CNMC en la resolución recurrida.

Tampoco se cuestiona el razonamiento de la resolución recurrida de la interpretación de la expresión "pacto de no agresión" por lo que, entendemos acreditada la existencia de contactos en materia de precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011.

En cuanto a la retirada de la campaña promocional en Ceuta denominada "6 CÉNTIMOS" argumenta la actora que obedeció a una decisión unilateral de CEDIPSA cuando comprobó que los resultados de la campaña no conseguían superar el nivel de ventas de la anterior.

Sin embargo, esa explicación no se corresponde con el contenido de los correos que obran al folio 2359 del expediente en los que se refleja que el Director de canal de CEPSA había ordenado suprimir la promoción porque DISA había advertido que de no hacerlo "*ellos harían algo parecido entrando en una guerra que no beneficiaría a nadie*".

Además, los correos transcritos reflejan una decisión tomada de inmediato y no fruto de la evaluación de unos resultados económicos como sostiene CEPSA.

Por otra parte, la supuesta racionalidad de la explicación de la retirada de la promoción es desvirtuada por la CNMC en la resolución sancionadora al cuestionar el método y las conclusiones del informe de Compass Lexecon de 27 de agosto de 2014, "*Análisis económico de las imputaciones a DISA en el pliego de Concreción*".

de Hechos" (folios 10069 a 10128) y explicar por qué DISA puede presionar a CEPSA y la existencia de coordinación de precios.

A juicio de la Sala no se ha desvirtuado el dato de que en más de la mitad de los días analizados entre junio y julio de 2013, los precios de las EESS, DISA PUERTO y SHELL MUELLE ubicadas en la misma calle que CEPSA PUNTA ALMINA coinciden y entre estas dos últimas, en un porcentaje superior al 70% los precios de SHELL MUELLE, única que es COCO coinciden con los de la ES de Punta Almina de CEPSA (en concreto, un 75,51% en gasolina 95 y un 73,97% en GOA, folio 10082).

Acreditada la realización de las conductas imputadas no ofrece duda que integran un intercambio de información confidencial constitutivo de una práctica restrictiva por objeto.

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

Sin embargo, la «[e]xigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado (sentencia T-Mobile 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 T-Mobile Netherlands y otros, EU:C:2009:343, apartado 35 y jurisprudencia citada). [...]».

No ofrece duda que los intercambios de información analizados reducían la incertidumbre entre los competidores del nivel de precios a aplicar.

DECIMOCUARTO.- Denuncia seguidamente la actora la arbitrariedad de la resolución recurrida al imputar a CEPSA como matriz de su filial CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S A dedicada a la distribución de combustibles en España.

Sobre la imputación a la matriz por la actuación de su filial, la sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2017, dictada en los asuntos acumulados C-457/16 P y C-459/16 P a C-461/16 P, explica que:

"una infracción de las normas sobre competencia cometida por una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas. En efecto, en tal situación, dado que la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por lo tanto, integran una única empresa en el sentido del artículo 101 TFUE, la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción (véanse, en particular, las sentencias de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartados 54 y 55; de 5 de marzo de 2015, Comisión y otros/Versalis y otros, C-93/13 P y C-123/13 P, EU:C:2015:150, apartado 40, y de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314, apartado 52).

84. En el caso específico de que una sociedad matriz sea titular, directa o indirectamente, de la totalidad o la casi totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas en materia de competencia, el Tribunal de Justicia ha precisado que, por una parte, dicha sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante sobre el comportamiento de su filial y que, por otra parte, existe una presunción iuris tantum de que, de hecho, ejerce tal influencia. En estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad o la casi totalidad del capital social de ésta para poder presumir que ejerce una influencia determinante sobre la política comercial de la filial. Consecuentemente, la Comisión puede considerar que la sociedad matriz es responsable solidaria del pago de la multa impuesta a su filial, a no ser que dicha sociedad matriz, a la que incumbe destruir esa presunción, aporte suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se

conduce de manera autónoma en el mercado (véanse, en particular, las sentencias de 29 de septiembre de 2011, *Elf Aquitaine/Comisión*, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartados 56 y 57, y de 5 de marzo de 2015, *Comisión y otros/Versalis y otros*, C-93/13 P y C-123/13 P, EU:C:2015:150, apartados 41 y 42).

85. Una presunción como ésta implica, salvo que se logre desvirtuarla, que se considera acreditado el ejercicio efectivo de una influencia determinante por la sociedad matriz sobre su filial y permite a la Comisión estimar que la primera es responsable del comportamiento de la segunda sin tener que aportar ninguna prueba adicional (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2017, *Akzo Nobel y otros/Comisión*, C-516/15 P, EU:C:2017:314, apartado 55).

86. Así pues, la aplicación de la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante no está supeditada a la aportación de indicios adicionales relativos al ejercicio efectivo de una influencia de la sociedad matriz (sentencia de 29 de septiembre de 2011, *Elf Aquitaine/Comisión*, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartados 80 y 96).

87. No obstante, cuando se trate de una decisión que se basa exclusivamente en la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante, la Comisión está en todo caso obligada -so pena de que dicha presunción se convierta, de hecho, en una presunción iuris et de iure- a exponer de manera adecuada las razones por las que los elementos de hecho y de Derecho invocados no han sido suficientes para enervar dicha presunción (sentencias de 29 de septiembre de 2011, *Elf Aquitaine/Comisión*, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 153, y de 10 de abril de 2014, *Areva y otros/Comisión*, C-247/11 P y C-253/11 P, EU:C:2014:257, apartado 35).

88. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión no está en absoluto obligada a apoyarse únicamente en esa presunción. En efecto, nada impide que demuestre el ejercicio efectivo por una sociedad matriz de una influencia decisiva en su filial con otros medios de prueba o con una combinación de esos medios y de la referida presunción (véanse las sentencias de 19 de julio de 2012, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión*, C-628/10 P y C-14/11 P, EU:C:2012:479, apartado 49, y de 10 de abril de 2014, *Areva y otros/Comisión*, C-247/11 P y C-253/11 P, EU:C:2014:257, apartado 36)."

Ha de tenerse en cuenta, además, que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2019, rec.2117/2018, anuló la dictada por esta Sala el 22 de diciembre de 2017, en el recurso 3/2015, precisamente por acoger la tesis actora.

En esa sentencia reprochábamos a la CNMC que "hubiera declarado autora y responsable de los acuerdos colusorios a la matriz cuando se han realizado materialmente por la filial lo que ha supuesto que la CNMC aplicara la responsabilidad objetiva y razonábamos que sin que el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de noviembre de 2010, a la que se remite la resolución sancionadora, altere en modo alguno la conclusión expuesta pues en el supuesto abordado por dicha sentencia la imputación a lo largo del expediente sancionador se había dirigido también contra la sociedad matriz, que resultó sancionada junto con la filial. A diferencia de lo que ha sucedido en el caso analizado aquí, en el que la autoría material se atribuye solo a la filial, que no ha sido finalmente declarada responsable ni sancionada, mientras que la matriz sí lo ha sido por causa de la aplicación del 61.2 de la LDC"

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2019, rec.2117/2018, anuló la dictada por esta sala razonando que:

"se infringirían tales principios (personalidad y culpabilidad) si se sancionase sólo a la matriz por hechos también imputables a la filial, pero no cuando se ha tenido por probado que los hechos son imputables en exclusiva a la matriz por razón de la concreta integración que se ha hecho del concepto "influencia decisiva", integración basada, repetimos, en la valoración de las pruebas de cargo. Y cuestión distinta será si tal responsabilidad debe exigirse a la matriz en exclusiva al amparo del artículo 61.1 y no del apartado 2 de la LDC pues lo determinante es que se ha sancionado a la matriz por hechos que se entienden que le son atribuibles en exclusiva."

En el presente caso, y de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, el control funcional absoluto por parte de la matriz respecto de CEPSA CP figura acreditado pues conviene recordar que CEPSA, S.A. es la cabecera de un grupo energético integrado, presente en todas las fases de la cadena de valor del petróleo. Desde agosto 2011, IPIC (International Petroleum Investment Company) es el propietario del 100% de CEPSA (Case No COMP/M.6171 - IPIC / CEPSA). IPIC es una compañía fundada en Abu Dhabi en 1984 con el objetivo de invertir en el sector de la energía y otros sectores afines en todo el mundo. La actividad de distribución de combustibles la lleva a cabo a través de su filial CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A. (CEPSA CP), también personada en el expediente, cuya filial CEDIPSA COMPANIA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETROLEOS SA (CEDIPSA), se encarga de la explotación de Estaciones de Servicio. CEPSA S.A. es propietaria del 100% de CEPSA CP. A su vez, CEPSA CP es la propietaria del 100% de CEDIPSA.

Comercial Petroleo es una de las cinco direcciones operativas del grupo, junto con las de Exploración y Producción, Refino, Petroquímica y Gas y Electricidad y todas ellas dirigidas por el mismo Director General de Operaciones, D. Raúl que depende de la Comisión Ejecutiva.

Por lo tanto, no existe duda de la dependencia funcional de CEPSA CP respecto de la matriz y acreditada la afectación en el mercado afectado por las conductas descritas más arriba, CEPSA como matriz de su filial CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S A dedicada a la distribución de combustibles en España, es responsable.

No apreciamos con ello una aplicación discriminatoria y arbitraria del criterio de atribución de responsabilidad, al entender la actora que se discrimina a las sociedades matrices en función exclusivamente de su nacionalidad.

La recurrente sostiene que cuando se trata de grupos empresariales cuya matriz tenía nacionalidad española, la CNMC ha dirigido el reproche sancionador a la matriz (REPSOL y CEPSA). Sin embargo, cuando el grupo en cuestión tenía una matriz de nacionalidad extranjera (GALP y BP), el procedimiento sancionador se dirige contra su filial española presente en el mercado de la distribución de combustibles.

Esta alegación se ha introducido por la recurrente en el último momento y carece de fundamento probatorio alguno por lo que debemos rechazarla.

DECIMOQUINTO.- Finalmente la recurrente discute la cuantificación de la sanción.

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

En todo caso, la sanción ha de recalcularse sobre el volumen de negocio de la matriz y no el de la filial que opera en el mercado en el que se ha cometido la infracción como sostiene la recurrente.

Se funda esta para sostener dicho criterio en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de junio de 2016, Expte NUM002 que responde a una situación fáctica diferente a la que aquí se enjuicia.

Efectivamente, en aquel caso, ISTOBAL S.A. se segregó en dos empresas el 1 de enero de 2013.

ISTOBAL MANUFACTURING SPAIN SLU e ISTOBAL ESPAÑA SL y en aquel caso, desde aquella fecha solo constaba el volumen de negocios de ISTOBAL ESPAÑA SLU porque la actividad de ISTOBAL SA se reduce a operaciones intragrupo y sus resultados se integran contablemente en la cifra de negocios de ISTOBAL ESPAÑA SLU.

Por esa razón, en aquel caso se toma en consideración el volumen de negocio consolidado y dada la segregación, identifica el periodo temporal en el que cada empresa resulta responsable de la infracción, declarando su responsabilidad solidaria en el pago total de la multa al resultar ISTOBALSA titular del 100% de sus filiales.

En el presente caso, ya razonamos en su momento que CEPSA, matriz de CEPSA CP ostenta pleno control sobre esta, es autora de la infracción y, en consecuencia, la sanción debe calcularse sobre el volumen de negocios total de la matriz.

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

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

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

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de **COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U., (CEPSA)** contra la resolución de 20 de febrero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 10.000.000 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, resolución que anulamos en los términos expresados en el fundamento jurídico decimocuarto de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.



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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ