

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000223/2015
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 02374/2015
Demandante: DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A.
Procurador: D. CARLOS BLANCO SÁNCHEZ DE CUETO
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA
Codemandado: CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

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 cuatro de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 223/15, promovido por el Procurador D. Carlos Blanco Sánchez de Cueto en nombre y representación de **DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A.**, contra la resolución de 20 de febrero de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa

de 1.300.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, así como la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador D. David García Riquelme.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la cual se estime el recurso declarando “... *la nulidad o la anulación de la Resolución recurrida y la sanción impuesta en ella a DISA CORPORACIÓN, o, en todo caso, la reducción de dicha sanción para remediar la desproporción y discriminación en las que incurre la Resolución recurrida*”.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y la entidad codemandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 23 de septiembre de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 20 de febrero de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.300.000 de euros por la comisión de una infracción prevista en el artículo 1 de la 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente S/0474/13 *PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN*, era del siguiente tenor literal:

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

(...).

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

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

(...)

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

(...)

2. DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A., por las conductas de los apartados 2 y 3 anteriores.

(...)

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

(...)

3. A DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A., una multa de 1.300.000 €.

(...)

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

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

1) El 22 de mayo de 2013 la Dirección de Investigación de la entonces Comisión Nacional de la Competencia acordó iniciar una información reservada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, y ello a la vista de diversos

informes emitidos por la propia CNC y por la Comisión Nacional de la Energía con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que pudieran justificar la incoación de un procedimiento sancionador por el alineamiento de precios de venta al público de combustibles en estaciones de servicio.

2) El 27 y 28 de mayo de 2013 se llevaron a cabo inspecciones en las sedes de REPSOL, S.A., DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A., MEROIL, S.A. y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES PETROLÍFEROS (AOP), con arreglo a la correspondiente orden de investigación emitida el 23 de mayo anterior. Asimismo, el 15 de julio de 2013 se formuló requerimiento de información a REPSOL, quien aportó la documentación requerida el 25 de julio siguiente.

3) Con fechas 22 y 24 de julio de 2013 se efectuaron inspecciones en las sedes de BP ESPAÑA, S.A. y CEPSA COMERCAIAL PETRÓLEOS, S.A.

4) Sobre la base de la información recaba como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la Dirección de Investigación que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 29 de julio de 2013 la incoación del expediente sancionador S/0474/13 por la coordinación entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios, clientes y condiciones comerciales y en el intercambio de información comercial sensible en los mercados de distribución de combustibles de automoción; acordando que las actuaciones se entendieron con REPSOL, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, DISA, MEROIL y GALP.

5) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, que fue ampliado el 3 de abril a BP ESPAÑA, S.A, el 12 de mayo de 2014 siguiente la DC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6) Acordado el cierre de la fase de instrucción el 14 de julio de 2014, el día 1 de agosto siguiente la DC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

7) Presentadas alegaciones, el 1 de septiembre de 2014 la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

8) Con fecha 27 de noviembre de 2014 la Sala de Competencia dirigió a las empresas incoadas requerimiento de información acerca del volumen de negocios; y con fecha 18 de diciembre dispuso la remisión de información a la Comisión Europea conforme a lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado.

9) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 20 de febrero de 2015 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO.- En el relato de hechos acreditados la resolución recurrida describe a la entidad actora, DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A., como un grupo de empresas dedicadas a actividades relacionadas con la industria petrolera en España no controlada directa ni indirectamente por terceros. Añade que sus principales actividades son la distribución y comercialización mayorista y minorista de combustibles y gases licuados del petróleo y la prestación de servicios de almacenamiento y transporte de combustibles, señalando que realiza sus actividades principalmente en las Islas Canarias, donde es la primera operadora, aunque dispone también de una red de estaciones de servicio en la península. Indica que en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de estaciones de servicio ostentó en 2010 una cuota del 6% por volumen de ventas y del 5% por número de estaciones de servicio de gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A; mientras que en el mercado mayorista extra red al canal de estaciones de servicio, DISA tuvo una cuota del 5-10% en 2011.

La resolución analiza la caracterización del mercado afectado partiendo del marco regulatorio, y se refiere al mercado de producto que identifica con el mercado minorista de carburantes de automoción en España, señalando a continuación las características del mismo.

Además, describe los modelos de propiedad y gestión de las estaciones de servicio y los vínculos contractuales que, tradicionalmente, existen entre los operadores al por mayor y los distribuidores minoristas de las instalaciones pertenecientes a sus redes de distribución.

Se refiere, asimismo, a las dos modalidades de suministro (venta en firme y comisión) existentes en las estaciones de servicio sin gestión directa por parte del operador al por mayor, pero con contratos en exclusiva con este.

Y, por último, menciona la actividad de las estaciones de servicio independientes o marcas blancas, que se aprovisionan en el mercado a través de los operadores al por mayor, pero sin mantener exclusividad con ninguno de ellos.

Por lo que se refiere al mercado geográfico, y tras las consideraciones que recoge en torno al componente local y el solapamiento de distintas áreas de influencia de las estaciones de servicio, concluye que *“... esta Sala entiende que el mercado de distribución minorista de carburantes en el que se enmarcan las conductas investigadas por la Dirección de Competencia que abarcan diferentes provincias y Comunidades Autónomas tiene dimensión nacional, siguiendo los precedentes comunitarios”*.

Al abordar las conductas investigadas para construir el relato de hechos probados que justifican la imputación, la resolución impugnada describe los

contactos entre las distintas empresas, con indicación de la prueba que los acredita; y, en esa sistemática, dedica tres apartados a la entidad aquí recurrente:

- 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

- Contactos entre DISA y MEROIL en relación a los precios aplicados en el entorno de las EESS de Sant Joan Despí en 2012 y en relación a sus márgenes operativos en 2013

- Contactos entre DISA y GALP en relación con la política de precios a aplicar en sus EESS de Palencia en mayo-junio de 2012

Si bien respecto de estos últimos no advierte una conducta infractora (refleja literalmente la misma resolución que *“No se imputan a DISA los contactos con GALP en relación a los precios a aplicar en las estaciones de servicio de Palencia”*), de los dos anteriores deduce la existencia de prácticas anticompetitivas acreditadas imputables a DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A., consistentes en

- Pacto de no agresión en precios con CEPSA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo con CEPSA relativo a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013; e

- Intercambios de información con MEROIL en 2012 en relación a los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí (provincia de Barcelona) y en 2013 en relación a sus márgenes operativos”.

Por ello, considera probado que la entidad actora cometió una infracción 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, por la que le impone una sanción de multa de 1.300.000 euros.

TERCERO.- El primero de los argumentos que esgrime DISA en su demanda denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución al haberse vulnerado, dice, el derecho a la presunción de inocencia pues la imputaciones que le atribuye la resolución (*“Pacto de no agresión en precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo entre ambas en relación a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013”* e *“Intercambios de información entre DISA y MEROIL en 2012 en relación a los precios aplicados en las estaciones de servicio del entorno de Sant Joan Despí y en 2013 en relación a sus márgenes operativos”*) carecerían de una prueba suficiente.

Esta alegación remite al análisis de la prueba en la cual la resolución justifica dichos cargos, prueba que estaría constituida, en cuanto a la primera de las conductas -pacto de no agresión con CEPSA entre julio y septiembre de 2011 -, por las anotaciones manuscritas reflejadas en los cuadernos del Director de la Red de EESS de CEPSA que fueron intervenidos en la inspección de esta entidad realizada

en julio de 2013. Dichas anotaciones se hicieron entre el 27 de julio y el 30 de septiembre de 2011, tal y como resulta de los folios 2641 a 2647 del expediente administrativo.

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”.

Respecto de ello, alega DISA que nunca existió una reunión entre los consejeros citados y el Director de la Red de EESS de CEPSA. Para justificarlo, propuso en su demanda la testifical de D. Santiago Ruiz Martín, prueba que fue admitida y practicada, y en la cual el testigo manifestó 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 cuales eran las relaciones verticales entre CEPSA y DISA.

En opinión de la recurrente, la vulneración del derecho de defensa se habría consumado con la denegación de la prueba solicitada en vía administrativa, lo que no podría entenderse subsanado por el hecho de haberse practicado después en este proceso.

A juicio de la Sala, sin embargo, 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, y acerca de las cuales la misma DISA no ha ofrecido una explicación creíble distinta de la existencia del pacto que advirtió la CNMC.

Por lo que respecta a la indefensión derivada de no haberse admitido la prueba en el curso del expediente administrativo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de noviembre de 2015, se remite a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 37/2000, 19/2001 y 133/2003 en relación con el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y dice que tal derecho *“... se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso, de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso. Se trata de un derecho no absoluto, que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996 y 246/2000), y no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa, sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000 y 35/2001). Se observa, por*

tanto, que la vulneración del derecho fundamental exige dos circunstancias, por un lado, la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, y por otro lado, que dicha denegación ocasione efectiva indefensión, lo que ocurrirá cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas. A lo que se añade la exigencia del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción de haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello”.

Estas consideraciones son aplicables también a la prueba denegada en vía administrativa, y remiten a un análisis sobre la incidencia que esa denegación pudiera tener sobre el derecho a la defensa de la parte proponente y, en relación con ello, sobre la motivación suficiente de la denegación.

En primer lugar, ha de decirse que la resolución ofrece ya una respuesta motivada a la denuncia de indefensión pues pone de manifiesto que, de acuerdo con la doctrina constitucional que cita, sólo son admisibles como pruebas de descargo aquéllas que tienen potencial influencia decisiva en términos de defensa, lo cual debe ser debidamente argumentado por el interesado.

Pues bien, la testifical practicada en autos no ha hecho sino confirmar la ineficacia de dicha prueba para desvirtuar los hechos imputados en relación a los contactos entre DISA y CEPSA y, por tanto, el criterio acertado que adoptó la resolución en este extremo, sin que exista duda de que la denegación de la prueba testifical solicitada en el expediente administrativo no comprometió en modo alguno el derecho a la defensa de la entidad recurrente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2013, rec. 4934/2009, se pronuncia sobre el alcance del derecho de defensa y la denegación de prueba oportunamente solicitadas. Y si bien lo hace en relación al proceso judicial, en la medida en que en los procedimientos administrativos sancionadores está en juego también el artículo 24 de la Constitución, resulta trasladable a dicho ámbito. Dice la sentencia lo siguiente:

“El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que consagra el artículo 24.2 de la Constitución, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 74/2004, de 22 de abril, que es objeto de reiteración, en términos sustanciales, en las sentencias 165/2004, de 4 de octubre, 3/2005, de 17 de enero, 244/2005, de 10 de octubre, 30/2007, de 12 de febrero y 22/2008, de 31 de enero, tiene el siguiente significado y contenido constitucionales:

« a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio ; 211/1991, de 11 de noviembre ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 351/1993, de 29 de noviembre ; 131/1995, de 11 de septiembre ; 1/1996, de 15 de enero ; 116/1997, de 23 de junio ; 190/1997, de 10 de noviembre ; 198/1997, de 24 de noviembre ; 205/1998, de 26 de octubre ; 232/1998, de 1 de diciembre ; 96/2000, de 10 de abril , FJ 2), entendida la

pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi (STC 26/2000, de 31 de enero , FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000 , FJ 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, FJ 2).

c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3 ; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2 ; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3 ; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5 ; 26/2000, FJ 2 ; 45/2000 , FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, FJ 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2; 45/2000, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28).».

En análogo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2003, recurso núm. 4996/1998, señala que "Conforme a la doctrina reiterada de este

Tribunal y del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que, como elemento inseparable del derecho mismo a la defensa, opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado y consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal que no podría desconocer ni obstaculizar su efectivo ejercicio, sin que ello implique, como recuerda el Tribunal Constitucional «desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que les es propia para apreciar la pertinencia, por relación al thema decidendi, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan. Pero basta con que la inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional» (STC 59/1991, de 14 de marzo, F. 2).

El derecho de toda persona a quien se atribuye la comisión de una infracción disciplinaria a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la Constitución) no es un derecho ilimitado, que obligue al Instructor del expediente a admitir y practicar todas pruebas que el interesado proponga. El derecho no resulta vulnerado si las pruebas que se rechazaron eran innecesarias para el enjuiciamiento de la falta disciplinaria, o los datos de hecho que se pretendía acreditar con ellas figuraban suficientemente justificados en el expediente disciplinario.

Como ha reconocido también esta Sala y Sección en las precedentes sentencias de 24 de noviembre de 1999 y 24 de febrero de 2003, las denunciadas denegaciones y omisiones de pruebas al respecto, no impiden ni implican infracción del artículo 24.2 de la Constitución, que, justamente, alude a pruebas pertinentes, en el sentido de relevantes, lo que conduce a la conclusión de que la sentencia recurrida no es nula de pleno derecho, en este punto, como se desprende de una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, reflejada, por ejemplo, en sentencias como las de 27 de septiembre de 1988, 23 de enero y 22 de febrero de 1989, 15 de febrero de 1990 y 29 de noviembre de 1993, entre otras, que excluyen de tal derecho a la utilización de pruebas a aquellas que no se relacionan con el objeto del proceso, o que sean impertinentes, inútiles, innecesarias o inidóneas, o que no guardan conexión con aquél, tomando en cuenta su genuino contenido, delimitado aquí por el Acuerdo originario impugnado”.

Por último, incide también el Tribunal Supremo en las facultades que, en orden a la valoración de la prueba, corresponden al órgano judicial de instancia y que recordábamos antes al invocar las de esta Sala para ponderar la prueba practica en autos:

“En todo caso, en materia de valoración probatoria, ha declarado esta Sala que la interpretación de la voluntad manifestada en los dictámenes, en los informes y en los documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo, es una labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hacia el Tribunal a quo, no tiene cabida objetiva en sede casacional después de la Ley 10/92, de 30 de abril, pues como ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal (en sentencias de 25 de enero, 8 y 26 de mayo, 2 de diciembre de 1989, 2 y 13 de marzo de 1990, 11 de marzo, 7 de mayo y 30 de julio de 1991, 7 y 20 de mayo de 1994), han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la sentencia de instancia.

Es doctrina reiterada y constante de esta Sala, que no es procedente en el recurso de casación hacer un supuesto de la cuestión, dada la naturaleza extraordinaria y específica

que reviste el recurso, que no permite proceder en él a una revisión de las pruebas, convirtiéndolo en una tercera instancia, y este recurso no consiste en contraponer el resultado probatorio al que llega subjetivamente el recurrente, al obtenido por la Sala de instancia, no habiéndose alegado como infringidos preceptos o jurisprudencia en que se contengan criterios específicos para la valoración de la prueba sometida a la sana crítica, como han reconocido las sentencias de la Sala Tercera, Sección Quinta del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, de la Sala Tercera, Sección Segunda, de 27 de mayo de 1994, de la Sección Séptima de la Sala Tercera de 28 de diciembre de 1994 y 21 de marzo de 1995 y de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de 14 de octubre de 1994, entre otras sentencias”.

Si, en razón a cuanto venimos exponiendo, la prueba de los contactos entre CEPESA y DISA referente a los pactos de no agresión entre julio y septiembre de 2011 sería suficiente, lo mismo puede decirse de los acuerdos entre ambas compañías sobre intercambios de información relacionados con los precios a aplicar en Ceuta en 2013, imputación que la resolución sostiene sobre la base del contenido de los folios 6870 y 2359.

En el primero de ellos, se reflejan los correos intercambiados entre ATLAS, S.A., y CEDIPSA, con el contenido literal siguiente:

“David, de acuerdo con el planteamiento. Lo que si te ruego, es que con cierta frecuencia (podría ser semanal), nos paséis los litros vendidos a través de esta promoción”.

“Hola Juan.

En respuesta a lo que me has comentado esta tarde sobre vuestra inquietud por la promoción de los 6 Ceuta te comento lo siguiente: La promoción de los 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.

Únicamente se benefician de ella aquellos clientes dados de alta en el sistema de fidelización de Cepsa y que pasen su tarjeta en el momento del repostaje, obteniendo el descuento en puntos, pudiendo canjear los puntos obtenidos por carburante, tienda o servicios.

La promoción no es compatible con la tarjeta de manera que va dirigida únicamente a aquellos clientes particulares de contado. Además tiene para éstos una limitación de por suministro.

Vendría a ser algo similar con la promoción que empieza mañana con C..., en la que damos el 4 de descuento a todos los socios del pero no bajamos el precio del monolito.

Un saludo”.

En cuanto al segundo de los folios -2359-, refleja dos correos cruzados entre personal de CEDIPSA con el siguiente contenido:

- *“Es uno de los temas que te quería comentar anoche... Me llamó Carlos de Diego para decirme 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. Yo le argumenté a Carlos que no habíamos tocado el monolito, sino que premiábamos la fidelidad de nuestros clientes particulares con un descuento y dentro de unos límites.*

Me dijo que le enviara datos de la promoción (solo lleva un mes puesta) y es lo que os he pasado esta mañana, pero a primera hora de hoy ya me había llamado Enrique Ugarte para decirme que había que quitar urgentemente la promoción siguiendo instrucciones de Carlos de Diego.

Ya sabes que Ceuta es un corralito y con cosas así lo seguirá siendo, pero lo haremos lo mejor posible.

Recuerda las sabias palabras de Fernando Palacios el martes pasado: “Los Delegados cada vez mandamos menos...” me gustó que lo dijera él porque no es lo mismo que si lo hubiera dicho yo que sólo llevo dos años en el puesto”.

- *“Claro esta pensado así...estoy en praga...pq has quitado lo de ceuta...no entiendo! Tanta guerra que hemos dado”.*

Es decir, existe una referencia a DISA que hacen terceros sin intervención de ninguna persona vinculada a la entidad actora.

Al plantear la recurrente esta circunstancia ante la CNMC, la Comisión recuerda las dificultades de la acreditación plena de las conductas colusorias, dificultades que esta Sala ha reconocido en diversos pronunciamientos.

Pero ello no puede exonerar de la carga de incorporar otros elementos probatorios que permitan llevar a la convicción, en un análisis conjunto, de que las prácticas anticompetitivas se produjeron en efecto.

Y esa prueba adicional, en este caso, entendemos que es suficiente, y se encontraría en la evolución de los precios de los combustibles en julio de 2013 en estaciones de servicio de DISA y CEPSA ubicadas en Ceuta que, sin duda, apunta a un alineamiento de los precios.

En este punto, coincidimos en lo sustancial con la crítica que en la resolución recurrida se contiene sobre la evolución de precios plasmada en el informe pericial aportado por la actora e incorporado en el expediente. En efecto, en dicho informe se recoge que *“Tres de las cuatro estaciones abanderadas por el grupo DISA en Ceuta tienen los mismos precios que la ES de CEPSA PUNTA ALMINA entre el 53% y el 75% de los días del periodo analizado. Esta coincidencia de los precios de las*

EESS en un área geográfica tan reducida (por ejemplo, DISA PUERTO y SHELL MUELLE están ubicadas en la misma calle que CEPSA PUNTA ALMINA) es consistente con un comportamiento competitivo y, por tanto, no indica “per se” una coordinación de precios entre DISA y CEPSA”.

Ciertamente, no se alcanza a comprender, sin otras explicaciones adicionales, como puede ser manifestación de un comportamiento competitivo la sensible coincidencia de precios entre estaciones de servicio de CEPSA y DISA en el período analizado. En especial cuando el mismo informe, de manera, a juicio de la Sala, contradictoria, señala que *“los precios de otra de las EESS abanderadas por el grupo DISA, la estación de servicio (en adelante, “ES”) SHELL CATENA, sólo coinciden con los precios de la ES CEPSA PUNTA ALMINA en menos del 1,5% de los días del periodo analizado. Para más del 70% de los días, las diferencias de precios entre estas dos EESS fueron superiores a los 4 c€/litro. Esta evidencia es inconsistente con la supuesta coordinación de precios entre DISA y CEPSA”)*.

Es decir, la coincidencia de precios entre estaciones de servicio de DISA y de CEPSA en un período determinado sirve para justificar la inexistencia de acuerdo y, al propio tiempo, esa falta de acuerdo estaría evidenciada, según la actora y conforme al informe pericial aportado, por la divergencia de precios.

De todo ello cabe concluir que las prácticas anticompetitivas advertidas en Ceuta en julio de 2013, consecuencia de los acuerdos entre DISA y CEPSA, no se fundamentarían en un único documento -el correo de 5 de julio de 2013, folio 2359-, como sostiene la actora en su demanda, sino que contarían con una prueba adicional suficiente -la coincidencia de precios entre estaciones de servicio de sus respectivas banderas en el período de referencia- que no habría sido desvirtuada de contrario.

CUARTO.- Además de los acuerdos con CEPSA que hemos analizado, se atribuye a DISA el haber tenido contactos con MEROIL *“... en relación a los precios aplicados en el entorno de las EESS de Sant Joan Despí en 2012 y en relación a sus márgenes operativos en 2013”*.

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

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

“- En materia de precios, de acuerdo con la documentación recabada en la inspección en la sede de MEROIL, con fecha 27 de diciembre de 2012 el Director General de MEROIL, remitió un correo electrónico al Director de Relaciones Institucionales de DISA, con el asunto “Precios Sant Joan Despí” en el que le indicaba lo siguiente: “Un abanderado que se encuentra alrededor de una estación vuestra situada en Avda. Baix Llobregat de Sant Joan Despí (Barcelona) me indica

que observa ciertas diferencias de precios en la gasolina 95. No sabe si es fruto de un error de apreciación o una política específica" (folio 2366).

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

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

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

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

En cuanto al intercambio de información en relación a márgenes, está acreditado con el correo (folio 3758) que el 21 de febrero de 2013 el Director General de MEROIL remitió a un Consejero de DISA bajo la rúbrica "Evolución márgenes", correo en el que indicaba lo siguiente: *"(...), te envío la información que me solicitaste"*, adjuntando un cuadro con indicación de Pesetas/litro por tipo de combustible y mes, al cual respondió el directivo de DISA: *"Para tu administración. Evolución del margen bruto del gasolinera en el red de Meroil. Lo comentamos (sic)"*.

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

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

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

QUINTO.- Se cuestiona, por último, la determinación del importe de la sanción, y que la entidad actora considera desproporcionado, carente de motivación y no

ajustado a las previsiones de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, además de discriminatorio respecto de la situación de otras sancionadas.

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

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

A pesar de ello, el volumen de negocios remitido por la empresa recurrente para el cálculo de la multa (folios 10432 a 10437) a requerimiento de la Sala de Competencia (acuerdo de 27 de noviembre de 2014, folios 10322 y siguientes), y que fue finalmente tomado en consideración para cuantificar la sanción, fue el del ejercicio 2013, en clara contravención del precepto transcrito.

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

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

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

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Carlos Blanco Sánchez de Cueto en nombre y representación de **DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A.**, contra la resolución de 19 de febrero de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los

Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.300.000 euros por la comisión de una infracción muy grave.

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

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

Sin hacer expresa imposición de costas.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

