



Roj: **SAN 977/2021 - ECLI:ES:AN:2021:977**

Id Cendoj: **28079230062021100093**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/03/2021**

Nº de Recurso: **641/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000641 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05537/2015

Demandante: CERRO DE LA CABAÑA S.L

Procurador: D. MIGUEL ANGEL HEREDERO SUERO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: CONFEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO CEEES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

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 once de marzo de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **641/2015**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Heredero Suero, en nombre y en representación de la mercantil **CERRO DE LA CABAÑA, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 2 de julio de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador S/0484/13 REDES ABANDERADAS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 148.763 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, y como entidad codemandada ha comparecido la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) 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 de esta Sala que dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad de la resolución sancionadora impugnada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y la defensa de la entidad codemandada presentaron respectivos escritos de contestación a la demanda en los que suplicaban se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 3 de marzo de 2021.

Siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, CERRO DE LA CABAÑA, S.L., impugna la resolución dictada en fecha 2 de julio de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente S/0484/13, REDES ABANDERADAS, por la que se le impuso una sanción de multa por importe de 148.763 euros por la comisión de una infracción consistente en intercambio de información estratégica entre competidores.

En la parte dispositiva de dicha resolución, se indicaba:

"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:

(...)

3. Intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público entre Repsol y Cerro de la Cabaña, S.L. en una reunión mantenida el 21 de marzo de 2013.

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

(...)

4. CERRO DE LA CABAÑA, S.L. por la conducta del apartado 3 anterior.

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

(...)

4. A CERRO DE LA CABAÑA, S.L. una multa de 148.763 euros".

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo:

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

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

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

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

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

6.- El 14 de mayo de 2014 se acordó la incorporación de documentación recabada en formato electrónico durante la inspección de la sede de REPSOL de 27 y 28 de mayo de 2013 (folios 2866 a 3007).

7.- El 26 de junio de 2014, la Dirección de Competencia (DC) formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), presentándose alegaciones por la actora.

8.- El 14 de octubre de 2014, la DC acordó cerrar la fase de instrucción, y el 27 de octubre de 2014, la DC dictó Propuesta de Resolución, presentándose alegaciones por las partes.

9.- El 18 de noviembre de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC (folio 5236); el 5 de marzo de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo.

10.- El 30 de marzo de 2015, se notificó requerimiento de información sobre volumen de negocios.

11.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 2 de julio de 2015.

Tal como se recoge en la resolución sancionadora la mercantil CERRO DE LA CABAÑA, S.L. es una sociedad con sede en Madrid dedicada al comercio al por menor de combustible para la automoción en establecimientos especializados. Gestiona la estación de servicio del mismo nombre situada en el kilómetro 7,1 de la autovía A3, que tuvo imagen Repsol hasta febrero de 2012.

TERCERO.- Comienza el escrito de demanda con un resumen de los acontecimientos donde destacamos la queja sobre la parcial valoración de los hechos que hace la CNMC. Afirma que la Administración lleva a cabo una incorrecta valoración entre lo que puede reputarse lícito o ilícito. Cuestiona el valor incriminatorio de los correos, que no revelan la imputación sustentada por la resolución sancionadora. Denuncia la indefensión que se le ha ocasionado por la restricción que ha tenido para examinar todos los elementos de prueba barajados por la CNMC. Por último, en cuanto a la sanción impuesta, denuncia que no se ha respetado el principio de proporcionalidad.

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

Esta labor es imprescindible y entronca directamente con la ausencia de valor incriminatorio de los correos electrónicos en los que la CNMC apoya la imputación.

En cuanto a la primera de las tareas indicadas, el examen del acuerdo sancionador revela que la imputación se sustentó en los correos que fueron intervenidos en la inspección que tuvo lugar el 27 de mayo en la sede de REPSOL. En este sentido en la resolución impugnada se justifica el intercambio de información estratégica entre REPSOL y la recurrente CERRO DE LA CABAÑA atendiendo a los siguientes hechos:

1. A la vista de una cadena de correos internos de Repsol de 1 de febrero de 2012, 31 y 13 de enero de 2012 recabados en la inspección de la sede de la compañía con la denominación de asunto: "RV: 15109 CERRO DE LA CABAÑA (MADRID)" (folios 2347 y 2348, VNC 2596 y 2597), a principios de febrero de 2012 REPSOL inició una acción de precios en el entorno de la ES Cerro de la Cabaña, como respuesta a la intención manifestada por esta estación de servicio de finalizar su contrato de suministro exclusivo con REPSOL.

2. En un correo interno de REPSOL de fecha 13 de febrero de 2012 con el asunto "SEGUIMIENTO ACCION PRICING "CERRO DE LA CABAÑA" se describen los elementos esenciales de esta acción de precios, y la reacción del entorno. En particular, y en relación a la ES Cerro de la Cabaña, se indica que no ha habido reacción por su parte.

3. En los gráficos de los folios 2353 y 2354 elaborados por REPSOL bajo las rúbricas "CERRO CABAÑA: EVOLUCIÓN PVP G95 ENTORNO" y "CERRO CABAÑA: EVOLUCIÓN PVP GOA ENTORNO" se recoge la evolución de los pvp en el entorno de Cerro de la Cabaña entre el 1 de enero y el 1 de marzo de 2012. En ellos se refleja lo siguiente:

Hasta el 2 de febrero de 2012 los pvp de Cerro de la Cabaña y de las 3 estaciones involucradas en la acción de precios (Fundosa, GPV y Guibe) eran iguales entre sí y coincidentes con el precio de referencia provincial de Repsol.

A partir de esa fecha, REPSOL aplica en las tres estaciones de servicio citadas una rebaja de tres céntimos en el precio de venta al público respecto al precio de referencia. Cerro de la Cabaña, que mantiene bandera REPSOL al menos hasta el 16 de febrero, aplica un precio igual a la referencia de REPSOL.

A partir del 21 de febrero Cerro de la Cabaña abandona el precio de referencia de REPSOL. Ya con otra bandera, establece un PVP igual al de las estaciones involucradas en la acción de precios. A partir de este momento puede observarse como REPSOL inicia un descenso de precios que es, a su vez, seguido por la estación de servicio, operación repetida por ambos en sucesivas fases a modo de guerra de precios. A partir de enero de 2013 los precios de Cerro de la Cabaña y de las EESS de REPSOL del entorno se igualan, estableciéndose en el nivel marcado por la referencia provincial de REPSOL menos tres céntimos. Esta igualdad se mantiene hasta principios de abril de 2013 (folios 2357, 2362, y 2925 a 2963).

4. Con fecha 21 de marzo de 2013 tuvo lugar una reunión entre representantes de REPSOL y D. ATM (administrador único CERRO DE LA CABAÑA S.L.), D. AOH14 (administrador de la empresa SETOR, S.A., con varias EESS abanderadas por REPSOL en la Comunidad de Madrid) y D. FJVB (apoderado de CERRO DE LA CABAÑA S.L.). Consta en el expediente el acta de esta reunión ("REUNIÓN GRUPO MADRID 21/MARZO/2013"), que fue recabada en la inspección de la sede de REPSOL. Según consta en el acta, se trata de la "tercera reunión, continuación de las celebradas el 14/01 y el 18/02".

5. En un correo electrónico de fecha 26 de marzo de 2013 REPSOL enviado por el

Director Ejecutivo de Estaciones de Servicio España y Marketing Portugal al Gerente de Desarrollo Oil y Precios de REPSOL, hace referencia a un cambio en su política de precios en el entorno de Cerro de la Cabaña, dando por finalizada la guerra de precios y subiendo los precios. Los correos internos de REPSOL de abril de 2013 reflejan la aplicación de esta nueva regla. A partir de entonces tiene lugar un acercamiento progresivo de los precios de REPSOL en el entorno de Cerro de la Cabaña a la referencia provincial y un incremento relativo de precios. Así lo muestran los correos de 2 de abril de 2013, en el que para Cerro de la Cabaña se recoge una rebaja máxima de este entorno respecto a la referencia provincial, y el correo de 4 de abril de 2013, donde la regla ya recoge una rebaja máxima en el entorno respecto a la referencia provincial.

No consta en la resolución impugnada ningún otro dato fáctico sobre el que la CNMC pudiera justificar la imputación a la recurrente ahora revisada. Es decir, todas las pruebas incriminatorias en las que se sustenta la sanción fueron recabadas con ocasión de la inspección que tuvo lugar en la sede de REPSOL.

QUINTO.- Estamos obligados a reflexionar sobre los extremos y datos en que descansa el acuerdo sancionador cuando en otro litigio, directamente relacionado con la investigación llevada a cabo por la CNMC, se cuestionó la validez de las pruebas obtenidas en la sede de Repsol por la eventual vulneración de derechos fundamentales. Y en este aspecto acogemos ahora los argumentos jurídicos recogidos en las sentencias firmes dictadas por esta misma Sección en fecha 12 de noviembre de 2020 en los recursos contenciosos administrativos nº 612/2015 y nº 632/2015 en las que se planteaba idéntica cuestión y que se han resuelto en sentido favorable para los recurrentes. Concretamente en la sentencia dictada en fecha 12 de noviembre de 2020 en el recurso nº 612/2015 decíamos:

"En el recurso 482/2013, se impugnó por REPSOL la resolución dictada en fecha 24 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el expediente que resolvía el recurso administrativo interpuesto contra la actuación inspectora de la DI de 27 y 28 de mayo de 2013, en el marco de la información reservada tramitada en ese expediente. Se cuestionaba la actuación inspectora domiciliaria desarrollada en la sede REPSOL.

El recurso fue desestimado por SAN de 21 de julio de 2016, recurso 482/2013. Fue recurrida ante el Tribunal Supremo que, en sentencia de 17 de septiembre de 2018, recurso 2922/2016, lo estimó anulando la de esta Sala. El Tribunal Supremo anuló esa concreta actuación inspectora que «no ha de producir efecto alguno y reconocerse el derecho de la recurrente a que le sea devuelta la documentación incautada como consecuencia de la actuación administrativa que ahora se anula».

La decisión de Tribunal Supremo podría tener alcance en lo que aquí resolvamos, en cuanto que nada de lo obtenido o recogido con ocasión de la inspección llevada a cabo en la sede de REPSOL podría ser utilizado como sustento de la imputación que es objeto del presente litigio, por el origen ilícito de las pruebas obtenidas. Recordemos que toda la carga incriminatoria se sustenta en los correos intervenidos a REPSOL, con ocasión de la entrada y registro que tuvo lugar en su sede.

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

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

En la posterior STC 49/1999, reproduce la doctrina del Tribunal, en cuyo FJ 12º, y al introducir el término «en ocasiones», parece excluir el que siempre la consecuencia directa en estos casos de exclusión de la prueba tenga un carácter absoluto. Con esta evolución no extraña que en la STC 22/2003, (FJ 10º), a pesar de reconocer que la prueba se había obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, se admitió su valoración en el proceso al no apreciarse dolo ni culpa en la actuación de los agentes policiales actuantes, quienes en todo momento «creyeron estar actuando conforme a la Constitución». Esta doctrina ha sido recogida por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre las que podemos recordar la STS de 17 de febrero de 2014, recurso 889/2013, FFJJ 9º y ss, en la que se reconoce que se admiten excepciones «que se traducen en la práctica en limitaciones de la prohibición absoluta de valoración de las pruebas indirectamente derivadas de una infracción constitucional (...) cuando concurra un supuesto específico de desconexión de la antijuridicidad (...) la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender absolutamente dicha prohibición a todas las pruebas derivadas [...]».

También ha sido reflejada en materia de competencia por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia STS 1 de junio de 2015, recurso 874/2014 (FJ 4º), que ante la imposibilidad de discriminar con claridad que documentación había resultado contaminada por la actuación de investigación anulada concluyó que «debe prevalecer la presunción de inocencia y hemos de declarar que en las circunstancias concurrentes y ante el examen conjunto del material probatorio, en parte relevante inválido, efectuado por la Comisión Nacional de la Competencia, no es posible considerar acreditada la conducta infractora imputada por la resolución sancionadora, por lo que procede estimar el recurso contencioso administrativo a quo y anular la referida resolución impugnada en el mismo».

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

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

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

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

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

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo núm. **641/2015**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Heredero Suero, en nombre y en representación de la mercantil CERRO DE LA CABAÑA, S.L., contra la Resolución dictada en fecha 2 de julio de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador S/0484/13 REDES ABANDERADAS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 148.763 euros. Resolución sancionadora que anulamos por no ser ajustada a Derecho.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia.

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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.