



Roj: **STS 2723/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2723**

Id Cendoj: **28079130032022100129**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/07/2022**

Nº de Recurso: **2139/2021**

Nº de Resolución: **916/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4185/2020,**
ATS 12704/2021,
STS 2723/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 916/2022

Fecha de sentencia: 05/07/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **2139/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 21/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: **2139/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 916/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 5 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **2139/2021** interpuesto por el procurador de los tribunales don Jorge Deleito García en nombre y representación de Compañía Española de Petróleos, S.A.U., con la asistencia del letrado don Manuel Vélez Fraga, contra la sentencia de 17 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo nº 208/2015.

Ha comparecido como parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, actuando y representación de la "Compañía Española de Petróleos SAU" (en adelante "CEPSA"), interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2020 (rec. 208/2015) por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por CEPSA contra la resolución de 20 de febrero de 2015 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la que se le impuso una sanción de multa de 10.000.000 € por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La sentencia impugnada rechazó la caducidad del procedimiento sancionador, así como la inexistencia de las infracciones que se le imputaban pero anuló parcialmente la resolución recurrida respecto al cálculo de la sanción al haber tomado en consideración el volumen de negocios de 2013 y no del 2014, como procedía.

SEGUNDO. Mediante Auto de 6 de octubre de 2021 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en completar, reforzar, matizar y, en su caso, corregir, la jurisprudencia existente a fin de determinar si, en los casos de suspensión del procedimiento sancionador por remisión de información a la Comisión Europea, el cómputo de suspensión se inicia desde la fecha del acuerdo de suspensión o desde la fecha de la remisión de la información a la Comisión Europea; así como para, aclarar, a la luz de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE, la noción de afectación del mercado interior cuando las conductas consideradas como infracciones tienen un marcado carácter local.

TERCERO. La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando, en síntesis, que:

1º Infracción de los artículos 36, 37 y 38 de la LDC y del art. 12.1.f) del Reglamento de desarrollo de la LDC, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero ("RDC"), en relación con el art. 11.4 del Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 ("Reglamento 1/2003").

Son hechos pacíficos que:

(i) con fecha 18 de diciembre de 2014, la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea, que tuvo lugar el día 19 de diciembre de 2014;

(ii) con fecha 23 de diciembre de 2014 se dictó acuerdo por el que, en sentido literal, se decidió: "Suspender con fecha 19 de noviembre de 2014 el plazo máximo para resolver el presente expediente hasta que se dé respuesta por la Comisión Europea [...] Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados". Este acuerdo se notificó a los interesados con fecha 29 de diciembre de 2014. Posteriormente se rectificó precisando que la fecha de suspensión correcta era el 19 de diciembre de 2014.

Considera que la suspensión se produce en la fecha en que se dicta el acuerdo de suspensión y no con la resolución que acuerda la remisión de la información a la Comisión Europea. Así resulta del tenor literal tanto del artículo del art. 37.2.c) LDC como del art. 12.1.f) LDC. En efecto:

El art. 37.2.c) LDC establece que el plazo máximo para la resolución de un procedimiento sancionador se suspenderá cuando se informe a la Comisión Europea. El precepto establece el presupuesto de hecho que determina la suspensión, pero no el momento en el que la suspensión se produce.



El artículo que regula el momento en que la suspensión se produce es el art. 12.1.f) RDC. En las letras a) a e) del art. 12.1 del RDC se regula, para otros supuestos del art. 37 LDC, cuándo se produce la suspensión. Ninguno de ellos es el supuesto del art. 37.2.c). Por tanto, resulta de aplicación el art. 12.1.f) RDC que establece que: "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 deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos".

La fecha relevante es la fecha del acuerdo de suspensión y este se adoptó el 23 de diciembre 2014.

La sentencia de instancia considera que la eficacia de la suspensión se produce, de forma automática, desde el momento de la remisión de la información a la Comisión Europea, con independencia de que el acuerdo de suspensión fuera adoptado con posterioridad.

Fue el 23 de diciembre cuando se adoptó el acuerdo si bien se suspendió con fecha 19 de diciembre de 2014, por lo que se adoptó un acuerdo de suspensión con eficacia retroactiva, lo que no está permitido (art. 57.3 Ley 30/1992 y art. 39.3 Ley 39/2015).

La cuestión se ciñe a determinar si la mera remisión a la Comisión Europea de la información requerida por el art. 11.4 del Reglamento 1/2003 produce, por sí sola, la suspensión o requiere un acuerdo expreso de suspensión.

La recurrente entiende que la suspensión del procedimiento debe ser objeto de un acuerdo expreso (art. 37.2.c) LDC) siendo que los efectos de la suspensión respecto del computo del plazo se produce desde la fecha del acuerdo de suspensión (art. 12.1.f) del RDC).

No existe base para entender que los efectos suspensivos se producen automáticamente desde la remisión de la información a la Comisión. Y esta misma conclusión se obtiene en aplicación del art. 57.3 de la Ley 30/1992, por cuanto la suspensión se computa "desde la fecha del acuerdo de suspensión".

Téngase en cuenta que el oficio remisario de información a la Comisión Europea es confidencial para las partes. Y, en consecuencia, lo que se notifica a las partes es el acuerdo de suspensión.

Siendo pacífico que, de computarse la suspensión desde el 23 de diciembre de 2014 el expediente había caducado, así debió estimarlo la sentencia recurrida.

2º Infracción del art. 101 del TFUE por cuanto se consideró que las conductas tendrían afectación sobre el comercio de los Estados miembros.

Considera que nos encontramos ante conductas aisladas y muy localizadas temporal y geográficamente. De haberlo apreciado así se debería declarar la caducidad del expediente, puesto que habría resultado evidente que no procedía remitir información a la Comisión Europea. O , alternativamente, la estimación íntegra del recurso por defectuosa calificación de la conducta, ya que no hubiera correspondido a la jurisdicción revisora recalificar la conducta examinada. Y subsidiariamente afectaría a la proporcionalidad de la sanción (no puede ser tan grave afectar al comercio intracomunitario como no hacerlo).

De conformidad con el art. 101.1 del TFUE serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

Conforme al art. 3.2 del Reglamento 1/2003, las autoridades nacionales, en aplicación del Derecho nacional, no podrán considerar anticompetitiva una conducta que no resulte contraria al art. 101.1 TFUE. Por tanto, la determinación de si la conducta analizada en particular tiene entidad suficiente para afectar al comercio entre Estados miembros resulta esencial para la imputación de una conducta infractora, en los términos formulados por la resolución impugnada y la sentencia recurrida que la confirma.

En el caso planteado, se trataba de: (i) conductas producidas en el curso de un mes en relación con dos estaciones de servicios en los municipios de Illueca y Brea de Aragón, que son dos localidades de reducida dimensión en la provincia de Zaragoza;

(ii) conductas completamente independientes de las anteriores en dos municipios de la denominada "Zona de Levante". Es pacífico ese carácter eminentemente local de las conductas.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), un supuesto acuerdo entre empresas anticompetitivo no está comprendido en la prohibición de esta disposición cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante (Sentencias de 9 de julio de 1969, Völk, 5/69, Rec. p. 295, apartado 7; de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 77; y de 21 de enero de 1999,

Bagnasco y otros, C-215/96 y C-216/96, Rec. p. I-135, apartado 34, y de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado, C-238/05, Rec. p. I-11125, apartado 50).

La resolución de la CNMC y la sentencia recurrida se limitan a afirmar la existencia de afectación al comercio entre Estados miembros por los siguientes motivos:

- La Resolución impugnada se limita a afirmar, sin mayor desarrollo, que la conducta analizada se trata de una "infracción por objeto" lo que determinaría por sí mismo la afectación al comercio entre Estados miembros. Esto es notoriamente incorrecto, porque una cosa es que una infracción sea "por objeto" y otra que esa infracción afecte al comercio intracomunitario.

(ii) La Sentencia recurrida, al hilo del examen individualizado de las conductas, parece dar a entender que el hecho de que las conductas se traben entre las dos principales operadoras del país daría lugar a ese carácter relevante de las infracciones. Pero el hecho de que las conductas se produzcan entre las dos principales operadora del país no hace que haya una afectación al mercado intercomunitario.

El Tribunal de Justicia ha declarado que la existencia de tal restricción ha de apreciarse en función del marco real en el que se sitúe el acuerdo y, en este contexto, procede examinar particularmente el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe (cfr. STJUE de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión, C-501/06 P, Rec. p. I-9291, apartado 58).

Procede tomar igualmente en consideración la naturaleza de los bienes o de los servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes (cfr. en este sentido, la Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2006, Asunto Asnef-Equifax y Administración del Estado, apartado 49).

Por ello, es preciso tomar en consideración si la conducta es, por su propia naturaleza, objeto y efectos, susceptible de o producir una afectación sensible más allá de un determinado ámbito geográfico regional o local. La Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/ C 101/07) confirma esta cuestión, cuando señala que "Cuando un acuerdo excluye el acceso a un mercado regional, para que el comercio se vea afectado de forma apreciable el volumen de ventas afectado debe ser significativo en proporción al volumen total de ventas de los productos de que se trate en el Estado miembro en cuestión" (ap. 90) y que "Los acuerdos de carácter local no pueden afectar en sí mismos de manera apreciable al comercio entre los Estados miembros. Tal es el caso aun cuando el mercado local esté situado en una región fronteriza" (ap. 91).

Pero en este caso, se trata de conductas aisladas y muy localizadas temporal y geográficamente que afectan a un nivel de servicio escasamente relevante, sin que sea suficiente que las conductas sean realizadas por las principales operadores del país para entender que afecta al comercio de los Estados miembros. En un mercado como el de la distribución de carburantes, pueden existir conductas que por su localización geográfica determinada agoten sus efectos en el ámbito de influencia de las estaciones de servicio concernidas (caso paradigmático sería la situación de las estaciones de Brea de Aragón e Illueca; o el de las estaciones de Beniferri y Requena en Valencia).

3º Infracción de los artículos 1 de la LDC y art. 101 del TFUE respecto del supuesto acuerdo o coordinación de precios entre CEPSA y REPSOL en julio de 2013 referido a los dos estaciones de servicio de Illueca y Brea.

Según la Sentencia recurrida, en el correo electrónico de 15 de julio de 2013 que remite el técnico comercial de CEPSA al Director de Tarifas y Precios y al Delegado de CEPSA de la Zona Noroeste. En ese correo, el técnico comercial de CEPSA menciona haber llamado al abanderado de la estación de REPSOL de Brea de Aragón, D. Samuel. El origen de ese correo está en una petición del gestor de la estación de servicio de Illueca abanderada por CEPSA donde solicita que se le bajen los precios para poder competir más eficazmente con la estación de REPSOL. En el conjunto de esas conversaciones, el técnico de CEPSA menciona haber llamado a ese abanderado de REPSOL: "la semana pasada les llamé para tener precios similares y no estas desviaciones". Pero también es un hecho probado que la invitación realizada por el técnico comercial de CEPSA fue rechazada por el abanderando de REPSOL. Es más, unos días despuestas se produjo una bajada de precios.

Considera, por tanto, que nos encontramos ante una conducta no punible, pues, en el peor de los casos, se trataría de una tentativa inidónea por parte del empleado de CEPSA. Y además inidónea porque los contactos se produjeron entre personas que no tenían ni la información ni la capacidad suficiente para interferir en las decisiones estratégicas o el comportamiento anticompetitivo de ambas empresas, por eso CEPSA solicitaba instrucciones a su superior y el abanderado de REPSOL rechazaba la invitación.



En el ámbito del derecho sancionador, no está previsto el carácter punible de la tentativa inidónea ni la mera tentativa. Por ello es preciso analizar si existió un acuerdo (concurso de voluntades), pues la sentencia del TJCE de 6 de enero de 2004 (C-2/2001P y C-3/2001P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure Ev), en donde se subraya esa necesidad de que existan conductas bilaterales como condición *sine qua non* para la aplicación de la prohibición establecida en el art. 101 TFUE.

No puede afirmarse la existencia de una "acuerdo" sin la participación de dos empresas como mínimo. Y el rechazo o distanciamiento de una propuesta de acuerdo es suficiente para excluir la responsabilidad de una empresa (STS de 8 de junio de 2015 (rec. 2959/2013). Si se está imputando la existencia de un acuerdo REPSOL-CEPSA y ese acuerdo no llegó a trabarse en ningún momento, no puede imputarse infracción alguna: ni a REPSOL (porque se distancia de la invitación), ni a CEPSA (porque no se consuma la tentativa).

4º Infracción de los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE en relación con la supuesta existencia de pactos de no agresión en julio-agosto de 2011 e intercambios de información entre 2011 y 2013 en el contexto de abanderamientos cruzados entre CEPSA y REPSOL.

a) Respecto a la existencia de pactos de no agresión en julio-agosto de 2011 entre CEPSA y REPSOL, referido a la conducta en la 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 viceversa.

Se refiere a los casos en que, en un contrato en vigor entre el mayorista (CEPSA o REPSOL) y la estación de servicio (propiedad respectiva de REPSOL o CEPSA), existen cláusulas "en las que se recogen las compensaciones correspondientes en caso de rescisión anticipada por las partes" (FJ 11º, pág. 22 de la Sentencia). Lo que la Sentencia califica como pacto de no agresión y renuncia a "competir por el mercado" serían conversaciones en virtud de las cuales, dentro de la necesaria interlocución entre las dos compañías (por relacionarse entre sí en el seno del abanderamiento cruzado), se hablaba de cumplir los contratos en vigor.

No puede entenderse que las normas del Derecho de la competencia impongan el deber positivo de provocar el incumplimiento de un contrato para que se activen las cláusulas penales que en su caso liquiden las compensaciones derivadas por una resolución anticipada. El art. 1 LDC y el art. 101 TFUE no obligan a competir mediante la incitación al incumplimiento contractual. No puede considerarse que exista una conducta exigible consistente en forzar el incumplimiento de un contrato mediante la activación de esas cláusulas penales. Y que pueda considerarse un ilícito concurrencial una conversación en que se hable de cumplir los contratos en vigor.

B) Intercambios de información entre 2011 y 2013 en el contexto de abanderamientos cruzados. En este caso, la Sentencia se refiere a situaciones en donde CEDIPSA gestiona estaciones de servicio abanderadas por REPSOL y a la inversa y se plantea la cuestión del alcance de la información que puede intercambiarse en el seno de esas relaciones.

La Sentencia recurrida parte del principio de que los abanderamientos cruzados son lícitos ("no se cuestion[a] por la resolución recurrida las relaciones en las que CEDIPSA gestiona estaciones de servicio abanderadas por REPSOL y a la inversa"). Pero plantea que la información debería quedarse solo al nivel del gestor de la estación de servicio, sin extenderse más allá. La información intercambiada en este caso se quedó en todo momento en la esfera de CEDIPSA, que es la entidad del Grupo CEPSA encargada de la gestión de estaciones de servicio. Que llegase determinada información al Responsable de Gestores y Abanderados de CEDIPSA es lógico y constituye una consecuencia accesoria y necesaria de la relación lícita consistente en el abanderamiento cruzado.

Podría entenderse ilícito que la información trascendiera a CEDIPSA y llegara a CEPSA CP, que es el mayorista que establece la estrategia empresarial a nivel mayorista. Pero no puede considerar anticoncurrencial que una persona responsable en CEDIPSA conozca información que, como resulta del ejercicio de su función, es necesaria para la gestión de las estaciones de servicio propiedad del Grupo CEPSA.

Considera que resulta de aplicación al caso la doctrina de las restricciones accesorias en el ámbito de las relaciones contractuales lícitas. La llamada doctrina de las restricciones accesorias sostiene que cualquier restricción de la competencia que, siendo parte de un acuerdo principal que, en sí mismo, no es anticompetitivo, sean necesarias para que dicho acuerdo principal pueda ejecutarse o alcanzar su objetivo lícito, quedan amparadas por la licitud del acuerdo principal y, en consecuencia, son compatibles con las normas de defensa de la competencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2018, Remia B.V. y otros c. Comisión).

Para poder calificar una restricción de la competencia como accesoria, es necesario que concurren tres elementos:



(i) Existencia de un acuerdo principal compatible con las normas de defensa de la competencia. En este caso, el acuerdo principal es el contrato de abanderamiento cruzado que, como hemos visto, es calificado como lícito por la Sentencia recurrida.

(ii) Existencia de un pacto potencialmente restrictivo de la competencia necesario para la puesta en práctica del acuerdo principal. En este caso, el pacto potencialmente restrictivo son los intercambios de información producidos en el contexto del abanderamiento cruzado.

(iii) Carácter proporcional de la posible restricción accesoria respecto de los fines legítimos del contrato principal. Esta sería la pieza clave. De hecho, la Sentencia recurrida señala que lo importante es la "necesidad de una especial diligencia en el manejo de la información". Y, en este sentido, efectivamente cabe entender que la existencia de un abanderamiento cruzado no podría utilizarse como pretexto para que, al socaire de esa situación, CEPSA y REPSOL compartieran información estratégica entre las entidades del grupo que definen sus respectivas estrategias. Es importante, por ello, que la información recibida se quede en el ámbito en el que esa información es necesaria para la gestión del acuerdo principal. Y ese requisito se cumple, porque la información se queda en la esfera de CEDIPSA que es la sociedad encargada de la gestión de estaciones de servicio y no trasciende nunca más allá.

En efecto, el intercambio de información que consta acreditado en el expediente está acotado a los datos imprescindibles para permitir el cumplimiento de las obligaciones contractuales que la propia CNMC reconoce como lícitas. Debe partirse una vez más de la declaración de hechos probados, en donde la Sentencia considera que el componente ilícito del intercambio se encuentra en el hecho de que "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". A juicio de esta parte, ese enunciado demuestra que la información se quedó dentro del círculo propio de la gestión de las estaciones de servicio.

No es CEDIPSA la sociedad del grupo CEPSA que define la estrategia en el mercado de la distribución, sino que esa sociedad es otra (CEPSA CP). Por consiguiente, el hecho de que la información no desbordase la esfera de actuación de CEDIPSA y no llegara a CEPSA CP pone de manifiesto que su conocimiento estuvo limitado a lo imprescindible para la gestión de las estaciones de servicio concernidas.

Por todo ello solicita se anule la Sentencia recurrida; estime el recurso contencioso-administrativo; y acuerde la anulación de la resolución impugnada en la instancia en relación a la sanción aquí controvertida, ordenando a la Administración estar y pasar por esa declaración de nulidad a todos los efectos, con imposición a la Administración de las costas causadas.

CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

Por lo que respecta a la caducidad alegada, aduce que la discrepancia en los hechos es la siguiente: la sentencia recurrida considera que la fecha de 23 de diciembre de 2014 es en la que se dictó el Acuerdo por el que se resolvió informar a las partes de la remisión efectuada a la Comisión Europea señalando que había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente. Frente a ello la admisión, la preparación y la interposición entienden que el 23 de diciembre de 2014 es la fecha en que dicta el acuerdo de suspensión, no de informar de la suspensión. Por lo que la admisión está defectuosamente planteada y carece de sentido pronunciarse.

El precepto que determinó la suspensión del procedimiento fue el 11.4 del Reglamento 1/2003, que dice: "A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión [...], las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión".

Y el artículo 37.2.c) LDC: Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, se acordará la suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos: c) Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 [...]. Por lo que la suspensión del procedimiento debe necesariamente acordarse 30 días antes de que se resuelva. Lo que hace que la suspensión sea automática. Por ello si no se resuelve expresamente acerca de la suspensión del procedimiento, pero se informa de que ha sido suspendido, no cabe duda de que se trata de un defecto puramente de formal, que no índice a error ninguno sobre la situación real del procedimiento y no da lugar a indefensión alguna.

En todo caso, el anuncio de la suspensión posterior del procedimiento al momento real efectivo de la suspensión no supone defecto alguno. Por cuanto en una secuencia natural y lógica de acontecimientos, primero será necesario suspender y luego comunicar la suspensión.

Por ello, concluye que el acuerdo de informar a la Comisión Europea determina en sí mismo la suspensión del procedimiento, que surte efectos desde la efectiva información a la Comisión. Aunque existiera el defecto, que



no consta o no se ha constatado, que el acuerdo de informar a la Comisión Europea no hubiera expresado su efecto suspensivo del procedimiento. Porque va de sí mismo, y no produce indefensión.

Por lo que respecta a la escasa importancia de las conductas sancionadas a efectos del artículo 101 TFUE. La admisión centra la cuestión diciendo: "Esta cuestión entronca, a su vez, con la propia tipificación de la infracción pues la parte actora entiende que no resulta de aplicación el artículo 101 TFUE ya que las conductas consideradas como infracción han tenido un alcance local o infra-autonómico; cuestión sobre la que la Sala parece entender, de forma indirecta, que el hecho de que las conductas se hayan realizado por las dos principales operadoras del país, daría lugar a ese carácter relevante".

Carece de sentido apelar al artículo 101 TFUE, el artículo 3.2 del Reglamento 1/2003, y la doctrina del TJUE. Se trata de las llamadas "conductas de menor importancia". La normativa española -a menos que se planteara su incompatibilidad con la europea, que no se hace- se ocupa de la materia en el artículo 5 LDC y los artículos 1 a 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

A falta de su invocación ni alegación sobre la infracción de las concretas normas que se ocupan de ello, la apreciación de que se trate de cuestiones de menor importancia, insignificantes o faltas de relevancia es una cuestión puramente casuística y de apreciación de los hechos. Ajena a la casación.

Más aún en este caso en que la sentencia recurrida no lo trata, a pesar de haber sido alegado. Sin que se pidiera complemento de sentencia. Lo que hace imposible que la Sala se pronuncie sobre la cuestión planteada, porque no lo está correctamente, en cuanto obvia la normativa específica, y de que se trata de una cuestión fáctica y casuística. La cuestión planteada es de imposible respuesta en el marco en el que se ofrece.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, acordándose la celebración de vista pública, que tuvo lugar el día 21 de junio de 2022, y cuyo contenido quedó documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo en Sala a continuación a la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El representante legal de CEPSA interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2020 (rec. 208/2015) por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por dicha compañía contra la resolución de 20 de febrero de 2015 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la que se le impuso una sanción de multa de 10.000.000 € 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.

La resolución administrativa aprecia la existencia de cuatro infracciones del art. 1 de la LDC y del art. 101 del TFUE en relación con las siguientes conductas:

- (i) Acuerdo para la coordinación en las Estaciones de Servicio de Brea de Aragón e Illueca en julio de 2013 entre CEPSA y REPSOL.
- (ii) Pacto de no agresión entre CEPSA y REPSOL en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra.
- (iii) Intercambios de información estratégica entre CEPSA y RESOL durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora.
- (iv) Pacto de no agresión en precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo entre ambas en relación a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013.

SEGUNDO. Caducidad. Fijación del *dies a quo* en el caso de comunicaciones a la Comisión.

La primera de las cuestiones planteadas por la parte recurrente, y recogida en el Auto de admisión, está referida a la fijación del *dies a quo* para el computo del plazo de suspensión en los casos en los que se informa a la Comisión europea de la existencia de un procedimiento sancionador por conductas contrarias a la competencia, a los efectos de establecer la caducidad del procedimiento.

El artículo 36.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dispone que "El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente".



Por su parte, el art. 37 de dicha norma regula los supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo, afirmando en su apartado segundo:

"[...] se acordará la suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos:

c) Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado con respecto a una propuesta de resolución en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea".

A juicio de este Tribunal, el artículo 37 de la LDC establece los supuestos en los que procede acordar la suspensión de los procedimientos seguidos ante la CNMC, diferenciando aquellos casos en los que los plazos máximos para dictar una resolución "se podrá suspender por resolución motivada", previstos en el apartado primero; de aquellos en los que se dispone que "será acordada" la suspensión, supuestos del apartado segundo. La norma, tanto en uno como en otro caso, se limita a enunciar los casos en los que se puede o se debe acordar la suspensión del procedimiento.

El art. 11.4 del Reglamento 1/2003 que establece la obligación de informar a la Comisión ante determinados procedimientos por infracciones en defensa de la competencia, no establece indicación alguna en torno a la suspensión del plazo del procedimiento nacional, ni se dispone que esta suspensión sea automática en tales casos, omitiendo la regulación respecto al *dies a quo* para el cómputo del plazo de suspensión, por lo que toda previsión en cuanto a la suspensión del plazo y su cómputo se rige por las normas nacionales en virtud del principio de autonomía procedimental nacional.

De ahí que, para determinar el comienzo del plazo de suspensión hay que acudir al artículo 12 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en el que se dispone respecto del cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión, lo siguiente:

"1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;

b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;

c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;

d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio;

e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;

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".

En el supuesto que nos ocupa, la sentencia de instancia, por lo que respecta a la invocada caducidad del procedimiento, afirma que "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", razonamiento que, a la vista de los plazos, le lleva a rechazar la invocada caducidad.

Dicha argumentación no puede acogerse.

De la lectura estos preceptos se desprende que en los casos en los que procede la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento la CNMC debe adoptar un acuerdo de suspensión en el que se señale el motivo por el que se adopta. Así mismo, las previsiones referidas al comienzo del cómputo del plazo de suspensión se concretan en lo dispuesto en el art. 12 apartado f): "se entenderá suspendido el cómputo del

plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados". En definitiva, se refuerza la idea de que es necesario un acuerdo expreso de suspensión y es desde la adopción de este acuerdo cuando se comienza el cómputo del plazo de suspensión.

El procedimiento se incoó el 29 de julio de 2013 y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó el 18 de diciembre de 2014 la remisión de información a la Comisión Europea sin que conste que en esa fecha adoptase ningún acuerdo de suspensión del procedimiento sancionador. Fue el 23 de diciembre de 2014 cuando se dictó un Acuerdo acordando suspender con fecha 19 de noviembre de 2014 el plazo máximo para resolver el expediente hasta que se dé respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurra el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 y se acordó comunicar este Acuerdo a la Dirección de Competencia y notificarlo a los interesados. Resolución que fue notificada a los interesados.

En definitiva, el acuerdo de suspensión se adoptó el 23 de diciembre 2014 sin que fuese posible otorgarle efectos retroactivos (art. 57.3 Ley 30/1992 y art. 39. 1 y 3 Ley 39/2015), por lo que cuando se volvió a levantar la suspensión con efectos 18 de enero de 2015 habían transcurrido 26 días naturales.

Este tiempo de suspensión ha de sumarse al *dies a quem* inicialmente fijado para concluir el procedimiento (el 29 de enero de 2015) lo que implicaba que la fecha máxima de finalización del procedimiento pasó a ser el 24 de febrero de 2015. De modo que la resolución sancionadora, si bien fue dictada el 20 de febrero de 2015, fue notificada a las partes el 25 de febrero 2015 (fecha esta última que ha de tomarse en consideración a los efectos del cómputo del plazo de caducidad según dispone el artículo 21.2 de la Ley 39/2015), por lo que procede declarar la caducidad del procedimiento (art. 38.1 de la LDC).

Apreciada la caducidad resulta innecesario cualquier otro pronunciamiento sobre las demás cuestiones planteadas en el Auto de admisión.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia impugnada y estimar el recurso contencioso-administrativo anulando la resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de febrero de 2015 (expediente NUM000 "precio de combustibles de automoción") por la que se impuso a dicha compañía una sanción de multa de 10.000.000 €.

CUARTO. En respuesta a las cuestiones que presentaban interés casacional ha de afirmarse que en los casos de suspensión del procedimiento sancionador por remisión de información a la Comisión Europea, al amparo de lo dispuesto en el art. 11.4 del Reglamento 1/2003, el cómputo del plazo se inicia desde la fecha del acuerdo de suspensión y concluye cuando se levanta la suspensión.

El plazo transcurrido se suma al termino inicialmente fijado a los efectos de establecer el plazo máximo para resolver el procedimiento y no incurrir en caducidad.

QUINTO. Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de casación sin que haya lugar a imponer las costas causadas en casación al no apreciarse temeridad o mala fe (art. 93.4 de la LJ). Por lo que respecta a las costas causadas en la instancia se imponen, conforme al criterio del vencimiento objetivo, a la Administración demandada, sin que se aprecien razones que no justifiquen su imposición.

La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de tres mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

1º Estimar el recurso de casación de la "Compañía Española de Petróleos SAU" ("CEPSA"), contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2020 (rec. 208/2015) que se casa y anula.

2º Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Compañía Española de Petróleos SAU" ("CEPSA") contra la resolución de 20 de febrero de 2015 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se le impuso una sanción de multa de 10.000.000 €, que se anula

3º No imponer las costas del recurso de casación. Imponer a la Administración demanda las costas de instancia con el límite fijado en el último fundamento jurídico de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.