



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/050/17, EUROSPUMA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 07 de septiembre de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/050/17, EUROSPUMA, por la que se resuelve el recurso presentado por EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. (en adelante, EUROSPUMA) contra el acuerdo de la Subdirección de Vigilancia de la Dirección de Competencia de 3 de julio de 2017, que notificaba que no cabía dar trámite de audiencia y plazo para alegar y presentar documentación a EUROSPUMA en el procedimiento administrativo que se iniciase con el objetivo de llevar a cabo el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017, que ordena a la CNMC cuantificar de nuevo la sanción, confirmando la citada resolución en todo lo demás.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante acuerdo de la Subdirección de Vigilancia de la Dirección de Competencia (DC) de 3 de julio de 2017, se notificó a EUROSPUMA que no cabe dar trámite de audiencia y plazo para alegar y presentar documentación en el procedimiento administrativo que debía iniciarse con el objetivo de llevar a cabo lo fallado en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017, que ordena a la CNMC cuantificar de nuevo la sanción, en el marco del expediente VS/0342/11, atendidos los criterios legales de graduación de las multas debidamente motivados, con exclusiva referencia al volumen de negocios total de EUROSPUMA en el año 2012.
2. Con fecha 10 de julio de 2017 EUROSPUMA interpuso recurso, que califica como dealzada, contra el acuerdo de la DC de 3 de julio de 2017, notificado el 6 de julio, alegando que podía causarle una *“evidente situación de indefensión”*.

3. Con fecha 27 de julio de 2017 la Sala de Competencia dictó resolución de ejecución de sentencias del Tribunal Supremo dictadas como consecuencia de los recursos de casación contra la sentencias de la Audiencia Nacional por la que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por diversas empresas sancionadas en el expediente S/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO, entre otras EUROSPUMA.
4. Con fecha 8 de agosto de 2017, EUROSPUMA comunicó por escrito su intención de recurrir en vía contencioso administrativa la resolución de ejecución de la CNMC, de fecha 27 de julio de 2017, que fija la nueva multa.
5. Con fecha 23 de agosto de 2017, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por EUROSPUMA.
6. Con fecha 28 de agosto de 2017 la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 2. En dicho informe, la DC consideró que el acuerdo de la Subdirección de Vigilancia de 3 de julio de 2017 es ajustado a derecho y no procede su anulación, al no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
7. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 7 de septiembre de 2017.
8. Es interesada en este expediente de recurso EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. (EUROSPUMA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Subdirección de Vigilancia de 3 de julio de 2017 por el que se notificaba a EUROSPUMA, en respuesta a su previa solicitud, que no cabía dar trámite de audiencia en el procedimiento administrativo que debía iniciarse al objeto de llevar a cabo lo ordenado en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017, en el marco del expediente VS/0342/11, mediante una resolución de ejecución de sentencia recalculando el importe de la multa correspondiente a EUROSPUMA por la infracción determinada en el expediente S/0342/11 ESPUMA DE POLIURETANO .

EUROSPUMA solicita la anulación del acuerdo de 3 de julio de 2017, por cuanto considera que, en caso de no atender su solicitud, se la estaría situando en una posible posición de indefensión.

La recurrente basa su pretensión en el entendimiento de que EUROSPUMA, habiendo sido sancionada en el expediente que ha dado lugar al procedimiento de vigilancia, adquiere la condición de parte interesada en el mismo, confiriéndole ello el derecho al trámite de audiencia previa anterior a la resolución final que fije la nueva cuantía de la multa.

Alega EUROSPUMA que, en caso de no proceder a la concesión del trámite de audiencia, en el que cabría hacer entrega de nueva documentación, se podría incurrir en una errónea aplicación de los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al calcular el importe de la multa, lo que generaría una *“evidente situación de indefensión”*.

En su Informe sobre el recurso, de 28 de agosto de 2017, la DC considera que el recurso contra el acuerdo de 3 de julio no puede ser estimado, por ser este último ajustado a derecho y, por tanto, no concurrir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en cuanto a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de EUROSPUMA.

La DC precisa que, como ya se indicara en el acuerdo objeto de recurso, *“la ejecución de las sentencias es la fase procesal por la que se procede al cumplimiento, en sus justos términos, de las sentencias dictadas en el orden contencioso-administrativo por los juzgados y tribunales de dicho orden jurisdiccional [...]”*. En particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 se limita a ordenar a la CNMC que cuantifique de nuevo la sanción en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación de las multas debidamente motivados, con exclusiva referencia al volumen de negocios total de EUROSPUMA en el año 2012, confirmando la citada resolución en todo lo demás. Lo anterior supone, en primer lugar, la falta de necesidad de cualquier suerte de actuaciones complementarias, lo cual implica descartar, consecuentemente, aquellas actuaciones que determinen la concurrencia de nuevos elementos de juicio que justificarían dar audiencia a las partes afectadas.

El acuerdo recurrido únicamente podría ser declarado nulo de pleno derecho cuando se haya generado indefensión al afectado, indefensión que, según las sentencias firmes de la Audiencia Nacional de 16 y 22 de diciembre de 2016, *“ha de ser real y efectiva y no meramente aparental”*. Habiendo examinado y ponderado el contenido del expediente y no habiendo la CNMC requerido de nueva información o nueva documentación que considerara necesaria, al objeto de dictar la correspondiente resolución de ejecución, considera la DC que no puede admitirse el alegado carácter de ineludible del trámite de audiencia en este caso.

Con respecto a la segunda alegación que conforma el escrito del recurso, la DC recalca en su Informe que el trámite de audiencia no es oportuno cuando no hayan existido

“informaciones o pruebas adicionales sobre las que la parte hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse”. Señala la DC que resulta evidente que la existencia de otros hechos, pruebas o alegaciones distintos de los ya incluidos en el expediente, que justificarían la audiencia al interesado no concurre en el marco de la ejecución de una sentencia que obliga exclusivamente al recalcuro de la multa conforme a los parámetros establecidos en la propia fundamentación de la sentencia que se ejecuta. También añade la DC en su informe que “la recurrente no especifica de qué forma se estaría produciendo la alegada indefensión”, por lo que no se estarían cumpliendo los requisitos de realidad y efectividad que la jurisprudencia exige a la hora de declarar la nulidad de la actuación de la Administración.

Por otra parte, apunta la DC, la hipotética “errónea aplicación” de los criterios establecidos por el TS a la hora de fijar la nueva multa, podrá ser atacada mediante la interposición del correspondiente recurso contencioso administrativo frente a la misma. En este sentido, el Informe menciona la comunicación realizada por EUROSPUMA, con fecha 8 de agosto de 2017, de su intención de recurrir la Resolución de ejecución de la CNMC, de fecha 27 de julio de 2017, que fija la nueva multa, lo que evidencia adicionalmente la inexistencia de indefensión material.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

EUROSPUMA califica su recurso como de alzada, con cita tanto de los artículos 112 y 121 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo, como del artículo 36 de la Ley 3/2003, de creación de la CNMC y los artículos 18 y 19, letra m) del Estatuto Orgánico de la CNMC (Real Decreto 657/2013).

Como aclara la Audiencia Nacional en sentencia de 18 de mayo de 2011: *“El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC”*.

Asimismo, la Resolución de 16 de julio de 2009 (Expte R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *“los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI”*. Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la precitada Ley 39/2015 (LPAC).

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la Ley 39/2015, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia. Por tanto, en la medida en que el art. 115.2 de la LPAC dispone que *“El error o la ausencia de la calificación del recurso*

por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”, el presente recurso se considera, pues, interpuesto al amparo de lo establecido en el artículo 47 de la LDC.

Tal artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte de que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la DC deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo: *“En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos".*

TERCERO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

Como se acaba de señalar, el artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la CNMC, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días".*

El recurrente no alega explícitamente ni concreta en su escrito de recurso la concurrencia de perjuicio irreparable derivado del acuerdo que se recurre.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de indefensión, EUROSPUMA no especifica en su breve escrito de recurso la concurrencia de indefensión derivada del acuerdo de la DC de 3 de julio de 2017, si bien el perjuicio cabe deducirse de la mención que formula relativa al riesgo de que se produzca una errónea aplicación de los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al calcular el importe de la multa.

La doctrina del Tribunal Constitucional, reiteradamente expuesta por la Autoridad de la competencia en sus resoluciones sobre recursos, en la que se declara que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*, conduce a entender que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

A la vista de la actuación que motiva este recurso, resulta no sólo que el acuerdo de la DC de 3 de julio de 2016 no ha supuesto, evidentemente, la imputación de cargo alguno a la ahora recurrente, sino también que no se ha incorporado al expediente, en el marco de la ejecución de la sentencia del TS, información o pruebas adicionales sobre los que la parte debiera haber tenido la oportunidad de pronunciarse.

Por otro lado, a través de la resolución de la CNMC de 27 de julio de 2017 se ha fijado la nueva multa, en cumplimiento del fallo sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017. Tal como recoge la resolución, la determinación de la nueva sanción se realiza atendiendo exclusivamente a los hechos probados en la previa resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013 (S/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO) y los criterios de determinación de la sanción expuestos por el Tribunal Supremo. Cualquier objeción de EUROSPUMA sobre tal determinación de la multa deberá ser resuelta a través de recurso contencioso administrativo contra tal resolución de ejecución de sentencia de 27 de julio, como la propia EUROSPUMA viene a reconocer en el escrito de 8 de agosto de 2017 en el que comunica a la CNMC su intención de interponer tal recurso contencioso.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala de Competencia considera que bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que la actuación administrativa de la DC, en la que se fundamenta el presente recurso, pueda causar indefensión ni perjuicio irreparable alguno a los derechos de EUROSPUMA, en tanto que se limita a notificar que el trámite de audiencia no corresponde en supuestos como los derivados de la ejecución de aquellas sentencias que se limitan a ordenar a la CNMC una nueva determinación del importe de la multa, cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las ya existentes en el expediente.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A contra el acuerdo de la Subdirección de Vigilancia de la Dirección de Competencia de 3 de julio de 2017, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.