



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/052/18 RECYPILAS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 26 de julio de 2018

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/052/18 RECYPILAS por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por RECYPILAS, S.A. (**RECYPILAS**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2018, de incoación de expediente sancionador S/DC/0628/18 Residuos 2.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 8 de enero de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC dictó resolución en el marco del expediente S/0429/12 Residuos, por la que sancionó entre otras empresas, a RECYPILAS con una multa de 151.317 euros, por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC 1989**) y del artículo 1 de la LDC.
2. Contra la anterior resolución, RECYPILAS interpuso recurso contencioso-administrativo, siendo estimado por sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017, que anula la resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta a la recurrente.
3. Con fecha 19 de abril de 2018, la Dirección de Competencia (**DC**) remitió a 51 entidades del sector de la gestión de residuos y saneamiento urbano, entre las que

se encuentra RECYPILAS, la notificación del acuerdo de incoación del expediente S/DC/0628/18, adoptado por la DC el 18 de abril de 2018.

La incoación del citado expediente sancionador se ha producido por la existencia de indicios de una posible infracción por parte de estas empresas del artículo 1 de la LDC y del artículo 1 de la LDC 1989 consistente en (i) acuerdos y prácticas concertadas tendentes a repartos de clientes públicos y privados, y de actividades, y a fijación de condiciones comerciales, así como (ii) decisiones o recomendaciones colectivas con el objeto y/o efecto de restringir la competencia. Estas prácticas habrían tenido lugar en relación con actividades de gestión de residuos industriales, recuperación de papel y cartón, y de saneamiento urbano en varias comunidades autónomas y en el conjunto del territorio nacional.

4. Con fecha 7 de mayo de 2018, tuvo entrada en la CNMC, escrito de recurso de RECYPILAS, al amparo del artículo 47 de la LDC, en el que solicita se acuerde la terminación del procedimiento sancionador y el archivo de la actuado.
5. Con fecha 10 de mayo de 2018, 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 (**RDC**), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
6. Con fecha 18 de mayo de 2018, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 4. En dicho informe la DC considera que no procede admitir a trámite el recurso de RECYPILAS, en la medida que el acto recurrido no tiene, ni siquiera a título potencial, aptitud para generar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.
7. Con fecha 22 de mayo de 2018, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso de RECYPILAS, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
8. Con fecha 12 de junio de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de RECYPILAS al informe de la DC de 18 de mayo de 2018.
9. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 26 de julio de 2018.
10. Es interesada en este expediente RECYPILAS, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de la DC de 18 de abril de 2018 por el que se incoa el expediente S/DC/0628/18 Residuos 2.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, 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"*.

En su recurso, RECYPILAS solicita al Consejo de la CNMC que dicte resolución por la que se declare la terminación del procedimiento sancionador y el archivo de lo actuado. La recurrente sostiene que el acuerdo de incoación vulnera la regla del *non bis in idem* en su faceta de garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, RECYPILAS alude al triple requisito de identidad del sujeto, hecho y fundamento para aplicar el principio de *non bis in idem*. En este sentido, señala que la jurisprudencia permite la aplicación del mismo al procedimiento administrativo sancionador si bien reconoce que limita la aplicación a aquellos procedimientos administrativos que, por su complejidad y/o por la naturaleza y magnitud de la sanción que se pueda llegar a imponer, sean equiparables a un proceso penal, como es el caso de los procedimientos sancionadores de la LDC, habida cuenta de las sanciones previstas en dicha ley.

En este sentido, RECYPILAS afirma que por aplicación de la dimensión procesal de la regla del *non bis in idem*, la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017, estimatoria de su recurso frente a la resolución del Consejo de la CNMC de 8 de enero de 2015, relativa al expediente S/0429/12, tiene efecto de cosa juzgada e impide volver a incoar un nuevo procedimiento sancionador contra la misma, argumentando que la sentencia se pronuncia sobre el fondo de las conductas sancionadas, y que no estamos ante un supuesto de anulación de la resolución del Consejo de la CNMC de 8 de enero de 2015, sino ante la anulación de la infracción contenida en la misma.

Asimismo, sostiene que la cosa juzgada se predica únicamente del fallo, que es el que fija una determinada situación jurídica, y que no alcanza en ningún caso a razonamientos que no tienen incidencia en el fallo.

Finalmente, RECYPILAS alega la prescripción de las conductas incoadas que impediría a la DC el inicio del nuevo procedimiento. Entiende la recurrente que al existir sentencia estimatoria de la Audiencia Nacional el efecto que se produce, sobre la base del artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), es la anulación del acto administrativo recurrido, por tanto al haber sido erradicada del ordenamiento jurídico la Resolución del Consejo de la CNMC de 8 de enero de 2015, dicha resolución no interrumpe la prescripción de la supuesta infracción

de RECYPILAS, por lo que la misma habría prescrito al haber transcurrido el plazo de cuatro años previsto en la ley.

Es más, incluso en el caso de que se considerase que lo único que anula la Sentencia de la Audiencia Nacional es la resolución de 8 de enero de 2015, las conductas habrían prescrito igualmente en la medida en que la ampliación de la incoación del anterior procedimiento sancionador a RECYPILAS le fue notificada el 21 de marzo de 2014, por lo que habrían transcurrido cuatro años hasta la incoación de este nuevo procedimiento.

En su informe de 18 de mayo de 2018, la DC propone la no admisión del recurso, en la medida que el acto recurrido no tiene, ni siquiera a título potencial, aptitud para generar indefensión o perjuicios irreparables a la recurrente.

La DC argumenta en su informe que el acuerdo de incoación es un acto de trámite no cualificado ante el que no cabe recurso por no cumplir los requisitos del artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Además, el acuerdo de incoación tampoco sería recurrible en el sentido del artículo 47 de la LDC ya que no produce indefensión ni perjuicio irreparable.

La DC indica que el acuerdo de incoación no es susceptible de producir indefensión, ni siquiera potencialmente, ni de causar perjuicios irreparables, ni siquiera a nivel potencial, dado que no presupone el sentido de la decisión final que pueda adoptar la CNMC, y no tiene efectos directos significativos sobre derechos o intereses legítimos de RECYPILAS.

Con respecto a la vulneración del principio de cosa juzgada y el derecho a la tutela judicial efectiva, la DC sostiene que no va a haber identidad de fundamento jurídico, en la medida en que en el expediente S/0429/12 se sancionó una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC, mientras que en el expediente S/DC/0628/18 se va a investigar la posible existencia de múltiples acuerdos o conductos concertados o anticompetitivas, que individualmente podrían ser contrarios al artículo 1 de la LDC.

Para la DC no cabe admitir que la sentencia de Audiencia Nacional produzca efecto de cosa juzgada, imposibilitando un nuevo examen de los hechos, en la medida en que la sentencia no indica que los hechos acreditados en el marco del expediente S/0429/12 sean compatibles con la LDC, sino que simplemente considera que no se ha acreditado la calificación jurídica de infracción única y continuada que la CNMC dio a esos hechos.

Asimismo, señala la DC que la sentencia de la Audiencia Nacional no conlleva la nulidad de pleno derecho sino la anulabilidad de la Resolución de 8 de enero de 2015, y que RECYPILAS no ha justificado la aplicación en el presente caso de ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 47 de la Ley 39/2015 ni del anterior artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Consecuentemente, al no haberse declarado nula de pleno derecho la Resolución de 8 de enero de 2015 en el expediente S/0429/12, no cabe admitir la prescripción de las conductas incoadas en relación con RECYPILAS ya que, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la anulación de un acto administrativo conlleva la interrupción del plazo de prescripción.

En sus alegaciones de 12 de junio de 2018 RECYPILAS reitera los argumentos expuestos en su escrito de recurso, relativos a la vulneración de la garantía del *non bis in idem* y el principio de cosa juzgada, así como la prescripción de la infracción.

SEGUNDO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto del recurso interpuesto por RECYPILAS supone verificar si el acuerdo de la DC de 18 de abril de 2018 de incoación del expediente sancionador S/DC/0628/18 Residuos 2, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre 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*".

Por ello, para el Tribunal Supremo "*tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados*"

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, la Sala debe evaluar si el acto recurrido por RECYPILAS –es decir, el acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2018, por el que se acuerda la incoación del expediente S/DC/0628/18 Residuos 2- es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

I.- Ausencia de indefensión.

Respecto a la posible existencia de indefensión, la propia recurrente afirma en su escrito de 7 de mayo de 2018, que el acuerdo de incoación que recurre por aplicación del artículo 47 LDC no le produce indefensión.

Esta Sala coincide con esa apreciación de la recurrente dado que, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas su Sentencia de 7 de febrero de 2007: "*tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE sólo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador*", matizando que "*esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite*".

En esta línea, la Audiencia Nacional (entre otras, en su sentencia de 4 de marzo de 2011) ha señalado que los actos administrativos de incoación de procedimiento sancionador son actos de trámite que no prejuzgan los ulteriores, y en cuanto tales, no son susceptibles de recurso independiente, salvo que concurren circunstancias especiales, y todo ello sin perjuicio de las alegaciones que el interesado pueda oponer en caso de que impugne el acto que ponga fin a dicho expediente sancionador.

Así resulta del artículo 112 de la Ley 39/2015, que indica:

“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos deciden directa o indirectamente del fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponer los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquier de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.”

En el presente caso, no concurre ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 112 de la Ley 39/2015, pues el acto de incoación examinado no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, sino que por el contrario, lo inicia o pone en marcha, conforme a lo previsto en los artículos 49 y siguientes de la LDC, que otorga a la parte oportunidad de alegación y prueba, ni causa un perjuicio irreparable, como se verá a continuación, pues no adopta medidas cautelares de clase alguna, sino que se limita a acordar el inicio del procedimiento, a la designación de Instructor y Secretario y a la incorporación al expediente de todo lo actuado en el marco del expediente S/0429/12.

Por todo lo anteriormente expuesto, la consideración de un acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador como acto de trámite que no es susceptible de recurso independiente es constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ha sido mantenida, entre otras, en sentencias de 25 de mayo de 1999 y 6 de octubre de 2009.

En todo caso, el acuerdo de incoación, al iniciar formalmente la tramitación del expediente S/DC/0628/18, garantiza a RECYPILAS la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En particular, este acuerdo le permite acceder al expediente, conforme a lo previsto en el artículo 31 del RDC. Asimismo, este acuerdo puede conducir a la emisión del pliego de concreción de hechos (previsto en el artículo 50.3 de la LDC) y de la propuesta de resolución (prevista en el artículo 50.4 de la LDC), frente a las cuales RECYPILAS podrá alegar lo que estime oportuno para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

De acuerdo con lo anterior, esta Sala coincide con la recurrente en que el acuerdo de incoación impugnado no puede causar indefensión a RECYPILAS.

II.- Ausencia de perjuicio irreparable.

Una vez descartado que el acuerdo de incoación recurrido haya producido indefensión a RECYPILAS, procede analizar si dicho acuerdo de incoación es susceptible de causarle un perjuicio irreparable, de acuerdo con la definición del mismo dada por el Tribunal Constitucional, que entiende por perjuicio irreparable *“aquel que provoque que el*

restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración” (entre otros muchos, Autos del TC 79/2009, de 9 de marzo, y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

Pues bien, RECYPILAS sustenta la existencia de un perjuicio irreparable sobre un único motivo, la vulneración del principio *non bis in idem*.

En primer lugar, cabe poner de manifiesto que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la cosa juzgada y el *bis in idem* son en realidad dos vertientes del mismo principio. Así, el Tribunal Constitucional afirma que la prohibición del *bis in idem* tiene una doble vertiente: (i) la material, que impide que un mismo sujeto sea sancionado dos veces por los mismos hechos y con el mismo fundamento; y (ii) la procesal, que prohíbe dos procedimientos penales en los que concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento:

*“Este Tribunal ha reiterado que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La **material o sustantiva** impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismo hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La **procesal o formal** proscrib, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Igualmente, se ha destacado que este Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo, de modo tal que **se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial**, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer «de los hechos que dieron lugar al proceso» en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación*

jurídica conforme a la legalidad aplicable (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero, F. 5).¹ [Énfasis añadido]

En definitiva, como recoge la propia recurrente, la prohibición del *bis in idem* garantiza que, en el caso de que concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento, y el primer proceso haya terminado con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, no se podrá proceder a un nuevo enjuiciamiento penal.

Esta doctrina relativa a la prohibición del *bis in idem* en el orden jurisdiccional penal puede resultar aplicable a determinados procedimientos administrativos sancionadores, como ha reconocido la jurisprudencia europea citada por RECYPILAS²; sin que este reconocimiento obste para que, en todo caso, las garantías que operan en el orden penal deben ser adaptadas a las peculiaridades de los procedimientos administrativos sancionadores:

*“Como tiene declarado este Tribunal, las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución»; de modo que **la traslación de las garantías del proceso justo al procedimiento sancionador no conlleva su aplicación literal «sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional»** (STC 18/1981, de 8 de junio, F. 2; reiterado entre otras en STC 14/1999, de 22 de febrero, F. 3), **y se condiciona a que se trate de garantías que «resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador»** (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, F. 7; 14/1999, de 22 de febrero, F. 3).³ [Énfasis añadido]*

Por lo tanto, a la hora de determinar el alcance de la prohibición penal del *bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador es necesario tener en cuenta que, a diferencia del orden penal, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es esencialmente un orden judicial de revisión que no puede sustituir la actuación administrativa [artículo 71.2 LJCA; asimismo, recientes SSTs, de 19 de febrero de 2018 (recurso de casación núm. 3082/2015) y de 10 de abril de 2018 (recurso de casación núm. 3568/2015)]. Por el contrario, la jurisdicción penal, en ejercicio pleno, ejercerá en instancia o sustituirá vía recurso la calificación de los hechos, a criterio judicial (sin perjuicio de la sujeción al principio acusatorio).

Dada esta diferencia esencial entre ambos órdenes jurisdiccionales, esta Sala entiende que es necesario que en los casos en los que la jurisdicción contencioso-administrativa

¹ STC 91/2008, de 21 de julio.

² Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2013, en el asunto C-501/11P, *Schindler Holding Ltd et al. c. Comisión*, apartado 33; sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 2011 (recurso nº 43509/08), en el asunto *A. Menarini Diagnostics c. Italia*.

³ STC 2/2003 de 16 de enero.

revise una actuación administrativa sin sustituir el criterio de la administración, ésta pueda reiniciar o reanudar dicha actuación, salvo que concurra algún factor impeditivo como la declaración judicial de la prescripción de la potestad en el caso concreto o la inexistencia del hecho causante.

Además, en este caso hay que tener en cuenta las diferencias entre el orden jurisdiccional penal y el contencioso-administrativo para que la aplicación del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal no haga imposible la protección del bien jurídico protegido por las normas de defensa de la competencia, encomendada a esta Comisión.

En todo caso, esta Sala considera que, en este caso, no concurren los requisitos exigidos en el orden penal para apreciar ninguna de las dos vertientes de la prohibición del *bis in idem*.

En primer lugar, la anulación de la primera resolución por la sentencia de la Audiencia Nacional hace inviable, a juicio de esta Sala, hablar de ***bis in idem* en sentido material** dado que, anulada la primera decisión, no podrá darse (aun en el caso de que el procedimiento S/DC/0628/18 finalizara con una resolución sancionadora) una doble sanción (no podrá producirse un *bis in idem*).

En segundo lugar, para apreciar la **vertiente procesal de la prohibición del *bis in idem*** es necesario analizar si existe la triple identidad entre sujetos, hechos y fundamento, entre la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017 y el nuevo procedimiento sancionador incoado.

Para llevar a cabo este análisis, y valorar correctamente la concurrencia de esa triple identidad, sería necesario poder determinar si los sujetos a los que eventualmente se les impute cada una de las infracciones que pudieran resultar acreditadas en este procedimiento son los mismos; así como si la dimensión territorial y temporal de dichas hipotéticas infracciones son las mismas que las analizadas en el procedimiento S/0429/12.

RECYPILAS afirma que la triple identidad es indiscutible en este caso porque la incoación (i) se ha dirigido a los mismos sujetos sancionados en el procedimiento S/0429/12, (ii) con base en una eventual infracción de los artículos 1 LDC y 1 LDC 1989, y (iii) examinando las mismas prácticas anticompetitivas.

Sin embargo, en el estado actual de tramitación del procedimiento S/DC/0628/18, no es posible alcanzar esta conclusión, dado que todavía no se ha concretado la existencia de ninguna infracción ni, por supuesto, se ha determinado la autoría de la misma. En el momento actual solo se ha incoado un procedimiento sancionador respecto del cual la DC afirma que se va a investigar la posible existencia de múltiples acuerdos o conductas concertadas anticompetitivas, que individualmente podrían ser contrarios al artículo 1 LDC y al artículo 1 LDC 1989.

Es decir, la DC ha observado indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por los artículos 1 LDC y 1 LDC 1989, lo que, de acuerdo con el artículo 49.1 LDC, le ha llevado a iniciar un procedimiento sancionador en cuya tramitación se determinará si dichos indicios se corresponden con la existencia real de alguna infracción y, en ese caso, quiénes serían los autores y cuáles serían los actos que ejecutados en un territorio

concreto y con una duración determinada, delimitarían los hechos constitutivos de infracción.

Finalmente, como indica la recurrente, es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que afirma que la **cosa juzgada material** impide un nuevo pronunciamiento judicial sobre el fondo conocido en una resolución firme. Sin embargo, para determinar el alcance de la cosa juzgada, contrariamente a lo señalado por la recurrente, debe tenerse en cuenta no solo el fallo de la resolución, sino también las premisas fácticas y jurídicas que conducen al mismo:

*“Por otra parte, para perfilar desde la óptica del art. 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución judicial «resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión», pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio, F. 2). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, **la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen ratio decidendi de la resolución, aunque no se trasladen al fallo** (STC 15/2006, de 16 de enero, F. 6) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan relevantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre, F.5).”⁴ [Énfasis añadido]*

En consecuencia, el fallo de la SAN de 28 de diciembre de 2017, que estima el recurso de RECYPILAS, debe ser interpretado conforme a los fundamentos jurídicos de la propia sentencia, que se limitan a analizar el carácter único y continuado de la infracción por la que la recurrente había sido sancionada.

En este sentido, el fundamento jurídico séptimo de la mencionada sentencia expresamente señala lo siguiente:

“No se discute aquí si su conducta en el referido mercado y ámbito geográfico pueda ser reprochable desde el punto de vista de las normas de competencia, sino si dicha conducta tiene encaje o no en la infracción única y continuada que le imputa la CNMC y que le ha llevado a sancionarla”.

Por lo tanto, la cosa juzgada material solo alcanza a la declaración de responsabilidad de la recurrente por la comisión de una infracción única y continuada, y no al análisis de si su conducta puede ser constitutiva de una infracción del derecho de la competencia.

En consecuencia, esta Sala no puede acoger la pretensión de la recurrente de que la cosa juzgada alcance a que los hechos que fueron objeto del procedimiento S/0429/12 no sean constitutivos de una infracción del artículo 1 LDC, dado que la SAN de 28 de diciembre de 2017 es clara al acotar su valoración al carácter único y continuado de la infracción imputada.

⁴ STC 62/2012, de 29 de marzo.

Esta Sala tampoco puede compartir con la recurrente su apreciación de que en realidad resulta indiferente que la infracción del artículo 1 LDC sea única y continuada o que sea una infracción simple porque la responsabilidad exigible a RECYPIILAS sería, en todo caso, la misma.

En este sentido, la jurisprudencia de la Unión Europea ha establecido que la definición de los hechos materiales incluye el período de tiempo y el territorio en los que el acuerdo colusorio produjo o pudo producir efectos anticompetitivos⁵. Es decir, los hechos que pueden constituir una infracción única y continuada son sustancialmente diferentes a los que pueden constituir una infracción simple, dado que el periodo de tiempo y el territorio en los que pueden producir efectos son también distintos.

Esta diferente dimensión territorial y temporal de la infracción repercute también en el cálculo de la sanción que pueda corresponderle, toda vez que la valoración global de la infracción única y continuada siempre será más gravosa que la resultante de una eventual infracción simple con un alcance territorial y temporal más limitado.

Por lo tanto, esta Sala rechaza que la responsabilidad exigible por una infracción única y continuada y por una infracción simple sea la misma.

III.- Otras alegaciones

Finalmente, la recurrente también alega la prescripción de la supuesta infracción investigada en el procedimiento S/DC/0628/18, matizando que esta alegación excede el ámbito de este recurso del artículo 47 LDC.

Sobre esta cuestión, esta Sala coincide con la recurrente en que esta alegación no se refiere a una causa de indefensión o perjuicio irreparable, sino que se refiere a una cuestión de fondo cuya evaluación podría ser diferida por esta Sala de Competencia a la resolución final que, en su caso, se dictase sobre el presente expediente. Como ya se ha señalado, el Tribunal Supremo ha advertido que el artículo 47 de la LDC no abre 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*".

En efecto, la autoridad de competencia puede diferir la evaluación del resto de las cuestiones planteadas a la resolución final. Según señala el Alto Tribunal "[n]o es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados. Pero, repetimos, no cabe en el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u ocasionado perjuicios irreparables. El resto de motivos impugnatorios eventualmente oponibles frente a aquellos actos queda reservado, repetimos, al enjuiciamiento de la resolución final del expediente sancionador".

⁵ STJUE (Gran Sala) de 14 de febrero de 2012, en el asunto C-17/10, *Toshiba Corporation y otros*.

En todo caso, sobre esta cuestión esta Sala coincide con la DC en que la sentencia de la Audiencia Nacional no conlleva la nulidad de pleno derecho sino la anulabilidad de la Resolución de 8 de enero de 2018, por no cumplirse ninguno de los supuestos del artículo 47 de la Ley 39/2015 o del 62 de la Ley 30/1992. Por otro lado, en ningún momento RECYPILAS ha justificado de forma suficiente cuál de estos supuestos de nulidad de pleno derecho se darían en el presente caso, limitándose a citar que la LJCA no contempla expresamente un pronunciamiento sobre la nulidad de pleno derecho o anulabilidad de los actos administrativos en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo. En este sentido, la recurrente confunde la regulación del contenido estimatorio o desestimatorio de las sentencias dictadas en el orden contencioso-administrativo, que recoge los artículos 70 y 71 LJCA, con los motivos que llevan a los jueces y tribunales a estimar un recurso, que son clasificados como causas de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad por los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015 y 62 y 63 de la Ley 30/1992.

Consecuentemente, tal y como señala la DC no habiéndose declarado la nulidad de pleno derecho de la Resolución de la CNMC de 8 de enero de 2015, en el expediente S/0429/2012 no cabe admitir la prescripción de las conductas investigadas respecto de RECYPILAS, ya que, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶, la anulación del acto administrativo conlleva la interrupción del plazo de prescripción.

Por lo tanto, al investigarse en el expediente S/DC/0628/18 la posible comisión por parte de RECYPILAS de una infracción muy grave (acuerdos entre empresas competidoras contrarios al artículo 1 de la LDC y 1 de la LDC 1989) y al haber interrumpido el expediente S/0429/12 la prescripción de dicha infracción, resulta evidente que no ha transcurrido el plazo de prescripción de 4 años previsto en el artículo 68.3 de la LDC, respecto de las prácticas investigadas.

Por todo lo expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por RECYPILAS, S.A. contra el acuerdo de la DC de 18 de abril de 2018, de incoación de expediente sancionador por posibles prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC.

⁶ Así, por ejemplo, la STS de 20 de enero de 2011 (recurso de casación núm. 120/2005) recoge que:

“En particular, frente a lo que parecen mantener las Sentencias de contraste, no puede negarse, con carácter general, efectos interruptivos de la prescripción a las reclamaciones o recursos instados contra actos declarados nulos, sino únicamente cuando se trata de la impugnación de actos nulos de pleno derecho.” [Énfasis añadido]

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede 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.