



Roj: **SAN 1554/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1554**

Id Cendoj: **28079230062021100145**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/04/2021**

Nº de Recurso: **1/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000001 /2018

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 02656/2018

Demandante: CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES SA, CESPA GESTION DE RESIDUOS SA

Procurador: D. ALVARO ARMANDO GARCIA DE LA NOCEDA DE LAS ALAS PUMARIÑO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a trece de abril de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona bajo el núm. 1/2018, promovido por el Procurador D. Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño, en nombre y representación de las mercantiles **CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A.** y **CESPA GESTION DE RESIDUOS, S.A.** contra la resolución de 18 de abril de 2018 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se acuerda la incoación del expediente sancionador nº S/DC/0628/18 por prácticas restrictivas de la competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, así como el Ministerio Fiscal.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia :

"por la que, con expresa imposición de costas a la Administración, resuelva:

1º) Estimar íntegramente el presente recurso contencioso-administrativo y, en consecuencia, declarar que el Acuerdo de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 18 de abril de 2018 (Expte. nº S/0628/18) ha vulnerado el derecho fundamental de mis mandantes a no ser enjuiciado dos veces en relación con los mismos hechos (arts. 24.1 y 25.1 CE).

2º) Declare la nulidad de pleno derecho del referido Acuerdo de conformidad con el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas "

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO .- El Ministerio Fiscal presentó escrito de contestación a la demanda solicitando la estimación del recurso.

CUARTO.- Una vez pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 10 de marzo de 2021, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso la resolución de 18 de abril de 2018 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se acuerda incoar expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia a las recurrentes, CESP A COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A. y CESP A GESTION DE RESIDUOS, S.A., entre otras empresas.

El acuerdo citado dispone que: *" se acuerda la incoación de expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , que quedará registrado con el número S/DC/0628/18, en el marco del cual se examinarán aquellas prácticas anticompetitivas que fueron objeto del expediente sancionador S/0429/12, para las que la Resolución de 8 de enero de 2015 ha sido anulada y que no han prescrito, bajo una calificación jurídica ajustada al tenor de las sentencias de la Audiencia Nacional recaídas en relación con dicha Resolución del Consejo de la CNMC de 8 de enero de 2015 en el expediente S/0429/12".*

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del proceso se destacan los siguientes hechos:

1. El 4 de julio de 2013, la Dirección de Investigación de la extinta CNC incoó expediente sancionador contra diversas entidades, entre ellas las recurrentes, por posibles conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistentes en: (i) acuerdos colusorios tendentes a repartos de clientes públicos y privados, de actividades, y de fijación de condiciones comerciales; y (ii) decisiones o recomendaciones colectivas con el objeto y/o efecto de restringir la competencia, todo ello referido a los mercados de producto ligados a las actividades de gestión de residuos y de saneamiento urbano en varias comunidades autónomas del territorio nacional, e incluso en el conjunto del territorio nacional.

2. El procedimiento sancionador finalizó con resolución sancionadora dictada el 8 de enero de 2015 por el Consejo de la CNMC que declaró responsables por una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a varias empresas y entidades, entre las que se encontraba la actora.

3. Las mercantiles sancionadas interpusieron recursos contencioso-administrativos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que fueron estimados por diferentes sentencias. Y en lo que se refiere a la recurrente se estimó mediante sentencia dictada en fecha 22 de febrero de 2018 en el recurso nº 115/2015.

4. En la estimación de todos estos recursos, la Audiencia Nacional consideró que no había quedado acreditada la existencia de una infracción única y continuada apreciada en la resolución del Consejo de la CNMC.



5. La Dirección de Competencia, tras valorar que el plazo de prescripción había sido interrumpido, incoó nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos que reputó no juzgados en cuanto al fondo. Y es precisamente este acuerdo de incoación lo que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- El citado acuerdo de incoación del expediente sancionador S/DC/0628/18 aquí recurrido expone que:

"Con fecha 16 de julio de 2012, tras obtener información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el sector de gestión de residuos en España, la Dirección de investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia inició una información reservada (número de referencia S/0429/12) con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de un expediente sancionador, en el marco de la cual se realizaron, con fechas 24 y 25 de julio de 2012, inspecciones en las sedes de FIDOTEC, S.L., y de CESPА COMPАÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A. y su filial CESPА GESTION DE RESIDUOS, S.A.

Con el fin de profundizar en la investigación de las posibles prácticas anticompetitivas detectadas, la extinta Comisión Nacional de la Competencia llevó a cabo, con fechas 6 y 7 de marzo de 2013, nuevas inspecciones, en este caso en las sedes de FCC MEDIO AMBIENTE, S.A. y su filial FCC ÁMBITO, S.A.; URBASER, S.A., y su filial SERTEGO SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L.; SOCIEDAD ANÓNIMA INDUSTRIAS CELULOSA ARAGONESA, y su filial SAICA NATUR, S.L.; HERA HOLDING HABITAT, ECOLOGIA Y RESTAURACIÓN AMBIENTAL, S.L. y su filial HERA TRATESA, SA.; y VERINSUR, S.A.

Finalmente, a dichas inspecciones se sumó la realizada, con fecha 2 de julio de 2013, en la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE LIMPIEZA PÚBLICA (ASELIP).

Con fecha 4 de julio de 2013, la Dirección de investigación de la extinta CNC incoó expediente sancionador (con el mismo número bajo el cual se llevó a cabo la información reservada) contra diversas entidades, por posibles conductas prohibidas por el artículo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en: (i) acuerdos colusorios tendentes a repartos de clientes públicos y privados, y de actividades, y de fijación de condiciones comerciales, así como en (ii) decisiones o recomendaciones colectivas con el objeto y/o efecto de restringir la competencia, todo ello referido a mercados de producto ligados a las actividades de gestión de residuos y de saneamiento urbano en varias comunidades autónomas del territorio nacional, e incluso en el conjunto del territorio nacional.

El expediente finalizó el 8 de enero de 2015 mediante Resolución del Consejo de la CNMC que declaró responsables por una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a las siguientes empresas y asociaciones: CESPА COMPАÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A. y CESPА GESTION DE RESIDUOS, S.A...". Entre diciembre de 2017 y febrero de 2018 la Audiencia Nacional ha estimado los recursos presentados por las empresas y asociaciones sancionadas contra dicha Resolución del Consejo de la CNMC, anulándola, con la excepción del recurso interpuesto por GARGES RECUPERACION, S.L., todavía pendiente de resolución.

Como motivo común para la estimación de todos estos recursos, la Audiencia Nacional señala que no habría quedado acreditada la existencia de una infracción única y continuada en la Resolución del Consejo de la CNMC, sin que se produzca un pronunciamiento sobre el fondo de las conductas sancionadas.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que un acto administrativo anulado, como ha sido el caso de la Resolución de la CNMC en el expediente S/0429/12, interrumpe el plazo de prescripción, a diferencia de lo que ocurre con los actos declarados nulos de pleno derecho, lo cual permite a esta Dirección de Competencia volver a incoar expediente sancionador por aquellas conductas anticompetitivas analizadas en el marco del expediente S/0429/12 que no hayan prescrito y para las que la Resolución de 8 de enero de 2015 ha sido anulada.

Por ello, se considera que no han prescrito aquellas infracciones muy graves, de acuerdo con el artículo 62 de la LDC, que fueron objeto de examen en el expediente S/0429/12, dado que no han transcurrido más de 4 años desde que el Consejo de la CNMC dictó Resolución en el mismo, el 8 de enero de 2015.

A la vista de lo anterior y, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, se acuerda la incoación de expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que quedará registrado con el número S/DC/0628/18, en el marco del cual se examinarán aquellas prácticas anticompetitivas que fueron objeto del expediente sancionador S/0429/12, para las que la Resolución de 8 de enero de 2015 ha sido anulada y que no han prescrito, bajo una calificación jurídica ajustada al tenor de las sentencias de la Audiencia Nacional recaídas en relación con dicha Resolución del Consejo de la CNMC de 8 de enero de 2015 en el expediente S/D429/12.

Concretamente, estas prácticas anticompetitivas habrían consistido 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 en (ii) decisiones o recomendaciones colectivas con el objeto y/o efecto de restringir la competencia.

Estas prácticas anticompetitivas habrían tenido lugar en relación con las actividades de gestión de residuos industriales, recuperación de papel y cartón y el saneamiento urbano en varias comunidades autónomas y en el conjunto del territorio nacional.

Las actuaciones se entenderán con CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A. y CESPA GESTION DE RESIDUOS, S.A. (...) así como con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con las infracciones investigadas."

CUARTO.- Expuestos, de manera sucinta, los presupuestos fácticos necesarios, denuncia la recurrente, CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A. y CESPA GESTION DE RESIDUOS, S.A. (en adelante CESPA) que, una vez anulada la sanción que se le había impuesto por sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2018, rec. 115/15, la incoación de un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos vulnera el principio non bis in ídem, conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 CE, artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos .

La doctrina constitucional que cita, entre ellas, la sentencia 188/2005 prohíbe la duplicidad de procedimientos sancionadores en el caso de triple identidad de hechos, sujetos y fundamento, prohibición que el Tribunal pone en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y la cosa juzgada.

Comienza diciendo que el Convenio Europeo de Derecho Humanos recoge el principio non bis in ídem en el artículo 4 de su Protocolo número 7, referido a los procedimientos penales si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado el carácter "penal" de los procedimientos de defensa de la competencia desde su sentencia de 27 de septiembre de 2011 (asunto nº 43509/08, Menarini Diagnostics/Italia).

También se contempla el principio non bis in ídem en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que dice " *Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley*".

Y refiere en su defensa que es jurisprudencia consolidada que el principio non bis in ídem debe ser respetado en los procedimientos para la imposición de multas en el ámbito del Derecho de la Competencia. Cita la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2002 (asunto C-238/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij) que interpreta el citado precepto en los siguientes términos:

1. El principio non bis in ídem prohíbe que, tras anularse una resolución sancionadora, se inicie un segundo procedimiento con el mismo objeto (vertiente formal) o se imponga una nueva sanción (vertiente material).
2. El citado principio no se infringe cuando la primera resolución sancionadora se anula por razones formales (como dice el Convenio Europeo de Derecho Humanos, como consecuencia de " *un vicio esencial en el procedimiento anterior*") y ello porque, en tal caso, no ha habido un pronunciamiento de fondo que declare que el interesado no es responsable de la infracción que se le imputa (le " *absuelva*" estimando alguno " *de los motivos de fondo invocados*").

Por esa razón, el Tribunal de Justicia concluye que en tal caso no se infringe el principio de referencia, ya que (i) no existe propiamente un segundo procedimiento, sino que el primero " *se reinicia*", y (ii) la segunda resolución sancionadora no constituye un nuevo reproche sancionador, sino que " *sustituye*" a la primera pues su objeto es " *la subsanación del vicio de forma observado*".

Por lo tanto, una vez se ha anulado una resolución sancionadora por no concurrir alguno de los elementos del ilícito (por una razón de fondo) la Administración "no tiene una segunda oportunidad" para tratar de castigar al interesado. Esta es precisamente la esencia de la vertiente formal del principio non bis in ídem.

Concluye por ello la recurrente que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, el acuerdo de incoación que aquí se recurre vulnera el derecho fundamental al non bis in ídem en su vertiente procesal porque la resolución sancionadora fue anulada por sentencia de esta Sala por un motivo de fondo; es decir, el pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia Nacional fue absolutorio lo que impide la incoación de un nuevo procedimiento sancionador con el mismo objeto.

QUINTO.- El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación. Argumenta que, aun aceptando que las sanciones en materia de defensa de la competencia pudieran ser equiparables a las penales a los efectos de la aplicación de las garantías del proceso penal al correspondiente procedimiento



administrativo sancionador, habría que tener en cuenta las diferencias entre el orden jurisdiccional penal y el contencioso-administrativo para que la aplicación de la prohibición del bis in ídem procesal no hiciera imposible la protección del bien jurídico protegido por las normas de defensa de la competencia.

Cita las sentencias del TS de 19 de febrero de 2018, rec. 3082/2015 y de 10 de abril de 2018, rec. 3568/2015, relativas a sendas resoluciones de la CNMC que sientan el criterio de que no corresponde a los órganos jurisdiccionales sustituir el juicio del órgano administrativo que emite el acto, sino que, tras la anulación del mismo, corresponde al órgano administrativo volver a apreciar los hechos y dictar una nueva resolución.

En este caso, entiende que ni el acuerdo de incoación impugnado ni el nuevo procedimiento iniciado por el mismo suponen un nuevo enjuiciamiento de los mismos hechos sobre los que hay sentencia firme con valor de cosa juzgada. Considera que en el nuevo procedimiento no se analizan los hechos como una infracción global constitutiva de una infracción única y continuada en el sector de gestión de residuos y saneamiento urbano, por lo que entiende que la sentencia dictada por la Audiencia Nacional no produce un efecto de cosa juzgada que impida el reinicio de actuaciones, en la medida en que no priva del ejercicio de nuevo de la potestad sancionadora (no declara la prescripción del ejercicio de la potestad, ni la inexistencia del hecho causante).

SEXTO.- El Ministerio Fiscal propone la estimación del recurso.

Rechaza la afirmación de la CNMC acerca de que la sentencia no se pronunció sobre el fondo del asunto pues lo hizo sobre los mismos hechos en base a los cuales se pretende instruir ahora un nuevo expediente sancionador que se sigue contra todos aquellos contra los que se siguió el primero y en ambos casos por si fueran constitutivos de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Hubo, pues, a juicio del Fiscal, un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Entiende que si la Sala, en la sentencia que anuló la primera resolución, estimó el recurso, razonando que no había infracción única y continuada, fue únicamente porque así calificó la resolución de la CNMC la conducta de los recurrentes en relación con los hechos analizados en la resolución. Si los hubiera calificado de otra forma, la sentencia se hubiera pronunciado sobre esa calificación.

Destaca que la anterior sentencia de esta Sala - dictada en fecha 22 de febrero de 2018- sí se pronunció sobre el fondo y carece de mandato alguno de retroacción de las actuaciones con el fin de subsanar algún vicio formal y no abre la posibilidad de iniciar un nuevo expediente por los mismos hechos, a los mismos responsables, calificándolos de forma distinta.

En segundo lugar, destaca que la apertura de un segundo procedimiento sancionador afecta a la inmodificabilidad de la sentencia que integra el derecho a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24 CE. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, forma parte del derecho que constitucionaliza el artículo 24.1 y así se reconoce por el Tribunal Constitucional de manera unánime y generalizada en Sentencias, entre otras muchas, como las 67/1984, de 7 de junio, 41/1993, de 8 de febrero o 18/1997, de 10 de febrero.

Recuerda que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de julio de 2008 (nº 91/2008), ha especificado que la dimensión procesal del "non bis in ídem" opera siempre que la decisión judicial se pronuncie sobre el fondo del asunto, sea firme y produzca efecto de cosa juzgada al decir que: *"..... El principio non bis in ídem, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la 5TC 2/1981, de 30 de enero (RTC1981,2) parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE RCL 1978, 2836), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre (RTC 1987, 159) ha reconocido relevancia constitucional en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material. Como dijimos en la precitada STC 159/1987 , "en el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario de! amparo constitucional- un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior resolución firme. Por lo tanto, el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca efecto de cosa juzgada (SSTC 222/1997, de 4 de diciembre (RTC 1997-222), F-4 ; 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003-2) F 3.b).3."*

Expone el Fiscal que la Sala ya analizó y enjuició los hechos denunciados y dictó una sentencia estimatoria del recurso que no puede alterarse simplemente para calificarlos de otra manera porque el fallo de la sentencia no contiene limitación alguna al mismo, ni mandato alguno a la CNMC para retrotraer las actuaciones para iniciar un nuevo procedimiento sancionador idéntico al anterior, por lo que en un procedimiento penal estaríamos ante una sentencia simplemente absolutoria, como es la aquí dictada por la Sala.



La incoación de un nuevo procedimiento sancionador implica la falta de respeto a una sentencia firme y por ello mismo inmodificable que pretende justificarse en que aquella tiene un efecto de cosa juzgada limitado y compatible con la instrucción de un nuevo expediente sancionador idéntico al anterior cuya resolución anuló un Tribunal, pero calificando los hechos constitutivos de infracción de forma distinta al amparo del mismo tipo sancionador.

Y el Ministerio Fiscal concluye que ese proceder vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica porque abriría la posibilidad de incoar sucesivos expedientes sancionadores mientras la infracción no prescribiera hasta acertar con la calificación jurídica que mereciera la aprobación del tribunal.

SÉPTIMO.- En relación con lo expuesto por el Fiscal es necesario recordar que el acuerdo recurrido, para justificar la incoación del procedimiento sancionador relata que:

" Entre diciembre de 2017 y febrero de 2018 la Audiencia Nacional ha estimado los recursos presentados por las empresas y asociaciones sancionadas contra dicha Resolución del Consejo de la CNMC, anulándola...

Como motivo común para la estimación de todos estos recursos, la Audiencia Nacional señala que no habría quedado acreditada la existencia de una infracción única y continuada en la Resolución del Consejo de la CNMC, sin que se produzca un pronunciamiento sobre el fondo de las conductas sancionadas.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que un acto administrativo anulado, como ha sido el caso de la Resolución de la CNMC en el expediente S/0429/12, interrumpe el plazo de prescripción, a diferencia de lo que ocurre con los actos declarados nulos de pleno derecho, lo cual permite a esta Dirección de Competencia volver a incoar expediente sancionador por aquellas conductas anticompetitivas analizadas en el marco del expediente S/0429/12 que no hayan prescrito y para las que la Resolución de 8 de enero de 2015 ha sido anulada.

Por ello, se considera que no han prescrito aquellas infracciones muy graves, de acuerdo con el artículo 62 de la LDC, que fueron objeto de examen en el expediente S/0429/12, dado que no han transcurrido más de 4 años desde que el Consejo de la CNMC dictó Resolución en el mismo, el 8 de enero de 2015.

A la vista de lo anterior y, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, se acuerda la incoación de expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que quedará registrado con el número S/DC/0628/18, en el marco del cual se examinarán aquellas prácticas anticompetitivas que fueron objeto del expediente sancionador S/0429/12, para las que la Resolución de 8 de enero de 2015 ha sido anulada y que no han prescrito, bajo una calificación jurídica ajustada al tenor de las sentencias de la Audiencia Nacional recaídas en relación con dicha Resolución del Consejo de la CNMC de 8 de enero de 2015 en el expediente S/0429/12.

(...)

Incorpórese al presente expediente todo lo actuado en el marco del expediente S/0429/12, desde el inicio del procedimiento hasta la Resolución del expediente, en los mismos términos de confidencialidad que fueron acordados en el marco del expediente S/0429/12."

Efectivamente, esta Sala dictó una serie de sentencias en relación a las empresas sancionadas en el expediente " S/0429/12 RESIDUOS" en las que anuló la sanción impuesta al entender no acreditada la participación de las sancionadas en una infracción única y continuada dada la existencia de diversos mercados - gestión de residuos, recuperación de papel y cartón y saneamiento urbano- siendo así que la empresa intervenía en un ámbito de mercado y geográfico muy limitado y no se acreditó la concurrencia de los requisitos que, según la jurisprudencia europea, requiere la apreciación de una infracción única y continuada en materia de competencia, como es, la existencia de un plan global que persiga un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan, y el hecho de que hubiera tenido conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

OCTAVO. - La actora denuncia que la incoación de un segundo expediente sancionador, pese a la sentencia de la Sala que anuló la sanción, vulnera el principio non bis in ídem en su vertiente procesal o procedimental.

Como sabemos el principio non bis in ídem no se recoge expresamente en el texto constitucional, pero se infiere de la vigencia de los principios de legalidad y tipicidad recogidos en el artículo 25 de la CE y tiene una doble significación. Por un lado, es un principio material, conforme al cual nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción. Pero también es un principio de carácter procesal conforme al que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

En su vertiente material, como indicó la STC de 30 de enero de 1981, el principio exige que no recaiga duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento y, por tanto, despliega su eficacia "ex post" ya que impide una nueva sanción por algo que ya ha sido sancionado.



En su vertiente procedimental significa que un mismo hecho antijurídico no puede enjuiciarse simultáneamente por los órganos jurisdiccionales y administrativos pues en las relaciones entre Administración y jurisdicción penal, determina la preferencia de esta última y también, como aquí sucede prohíbe iniciar un nuevo procedimiento sancionador si la sanción impuesta en un procedimiento anterior ya fue anulada.

Para que pueda hablarse de "*bis in ídem*" debe concurrir una triple identidad entre los términos comparados: objetiva (mismos hechos), subjetiva (contra los mismos sujetos) y causal (por el mismo fundamento o razón de castigar).

a) La identidad subjetiva supone que el sujeto afectado debe ser el mismo, cualquiera que sea la naturaleza o autoridad judicial o administrativa que enjuicie y con independencia de quién sea el acusador u órgano concreto que haya resuelto, o que se enjuicie en solitario o en concurrencia con otros afectados.

b) La identidad fáctica supone que los hechos enjuiciados sean los mismos, y descarta los supuestos de concurso real de infracciones en que no se está ante un mismo hecho antijurídico sino ante varios.

c) La identidad de fundamento o causal, implica que las medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza, es decir, si participan de una misma fundamentación teleológica, lo que ocurre entre las penales y las administrativas sancionadoras, pero no entre las punitivas y las meramente coercitivas.

El Abogado del Estado niega la triple identidad y para ello se apoya en una afirmación que hizo la sentencia que anuló la primera sanción. Se decía, en el penúltimo fundamento, que "*La consecuencia de todo ello es que el recurso debe estimarse pues no se ha acreditado, en definitiva, que la sancionada haya cometido la infracción única y continuada que se le imputa; sin perjuicio de que dicha infracción pudiera, eventualmente, ser apreciada en relación a otras entidades frente a las que se siguió el mismo expediente y que resultaron también sancionadas...*".

En primer lugar, esta frase en ningún caso constituye un título habilitante para que la Administración pudiera reabrir un nuevo procedimiento sancionador. En segundo término, lo único que hizo la sentencia fue salvar las consecuencias que la anulación de un acto administrativo complejo pudiera tener respecto de otras entidades sancionadas que no lo hubieran atacado o lo hubieran cuestionado por otras razones. En tercer lugar, la Sala sí hizo un pronunciamiento sobre el fondo. No puede ser entendida de otro modo la valoración que en la citada sentencia se efectúa en relación a la calificación jurídica con la que la Administración sancionó a la actora. La decisión de si se trataba o no de una infracción única y continuada, y si esta calificación fue ajustada a derecho, constituye un pronunciamiento sobre el fondo del ejercicio del ius puniendi de la Administración.

Recordemos que la STEDH de 23 de octubre de 1995, caso Gradinger c. Austria, para explicar la prohibición de incurrir en *bis in ídem*, consideró que no basta con que las infracciones aplicadas presenten diferencias, o que una de ellas represente solo un aspecto parcial de la otra. La cuestión de si se ha violado o no el principio *non bis in ídem* protegido en el artículo 4 del Protocolo 7 CEDH, atañe a las relaciones entre los dos ilícitos aplicados, si bien este artículo no limita su protección al derecho a no ser sancionado en dos ocasiones, sino que la "*extiende al derecho a no ser perseguido penalmente*".

En las SsTEDH de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer, de 30 de mayo de 2002, caso W. F. c. Austria, y de 6 de junio de 2002, caso Sallen c. Austria, se puntualizó que el artículo 4 del Protocolo 7 "*no se refiere al mismo ilícito, sino a ser perseguido o sancionado penalmente de nuevo por un ilícito por el cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado*".

Todo ello hace inviable la tesis del Abogado del Estado sobre la posibilidad de retomar un nuevo procedimiento sancionador, bajo la premisa de que no se hace desde la calificación de infracción única y continuada y sí de una manera aislada por cada una de las posibles cometidas por las empresas partícipes de un cártel.

Y centrándonos en la modalidad procedimental del principio citado, que impide abrir un nuevo procedimiento sancionador anulada la sanción por los mismos hechos, este criterio se encuentra avalado tanto por el Tribunal Supremo como por el TJUE.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de septiembre de 2014, rec. unif. doc. 1014/2013 entendió que, "*anulada una liquidación tributaria por defectos materiales o sustantivos, aunque no quepa retrotraer las actuaciones, la Administración puede dictar una nueva liquidación siempre que su potestad de liquidar no haya prescrito y que, con el nuevo acto, no se incurra en "reformatio in peius". Cuando el acto tributario sea sancionador, no cabe la posibilidad de, una vez anulada la sanción, imponer una nueva. Chocaría con el principio "ne bis in ídem"*". Ratifica en este punto la doctrina sentada en las precedentes sentencias de 22 de marzo de 2010, rec. 997/06, 26 de marzo de 2012, rec. 5827/09, 7 de abril de 2014, rec. 3714/11 y 11 de abril de 2014, rec. unific de doctrina 164/13. Y en el mismo sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2015, rec. 1500/2013.



También puede citarse la sentencia de 27 de enero de 2016, rec. 1413/2015, a propósito de una sanción de la CNMC, en un caso muy parecido a este en el que el Tribunal Supremo dice que " *la sentencia anuló la resolución sancionadora y no se habló de retroacción del procedimiento administrativo sancionador. Esto es, no se otorgó ningún efecto retroactivo, ni limitativo a la nulidad, pues el pronunciamiento anulatorio era claro y no contenía ningún matiz. El hecho de que la sentencia se refiriera a una nulidad parcial, no comprendía una posible retroacción, sino que iba referido a que la nulidad sólo afectaba a la resolución en tanto sancionaba a la recurrente, dejando intactos los pronunciamientos referidos a otras entidades también sancionadas en la misma resolución.*"

También el TJUE ha confirmado la vigencia del principio non bis in ídem en los procedimientos para la imposición de multas en el ámbito del Derecho de la competencia. Así, en la Sentencias de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij en los asuntos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 59 (conocido como el asunto PVC II). En la Sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland, en los asuntos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, el Tribunal declaró que, " *la aplicación de este principio está supeditada a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. El citado principio prohíbe, por tanto, sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico.*"

Y según el Tribunal de Justicia en el asunto C-17/10 Toshiba, " *dicho principio prohíbe, en materia de competencia, que se condene o se inicie de nuevo un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable mediante una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso.* (asimismo, la Sentencia de 17 de octubre de 2017 Marine Harvest ASA, asunto T-T-704/14).

Y la resolución recurrida para justificar la incoación del nuevo procedimiento sancionador pretende ampararse en lo que señalaba el Tribunal de Justicia en el apartado 62 de la sentencia PVC II (asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P), en la que el Tribunal consideró que no infringía el principio non bis in ídem iniciar un nuevo procedimiento con el mismo objeto y respecto a los mismos hechos cuando, " *una primera decisión ha sido anulada por motivos de forma sin que haya habido un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos imputados, de manera que la decisión de anulación no tiene el valor de una «absolución» en el sentido que se atribuye a dicho término en el ámbito punitivo.*" Esta doctrina no es de aplicación aquí porque la sentencia de esta Sala que anuló la sanción impuesta a CESP A se pronunció sobre el fondo del asunto. Cuando la sentencia estimatoria dictada refiere que: " *De entre los restantes motivos de la demanda, razones de lógica procesal justifican que nos pronunciemos en primer lugar sobre la existencia de la infracción única y continuada que se imputa a la entidad recurrente y que ésta cuestiona al entender que faltan "... los requisitos exigidos jurisprudencialmente para considerar acreditada la participación de CESP A en una infracción única y continuada". Pues la estimación de tal motivo haría innecesario el análisis de los demás.*"

Es claro que la sentencia elige un motivo de fondo que de acogerse determina la estimación definitiva del recurso, de ahí la innecesariedad de abordar otros motivos de fondo alegados, pues el analizado conduce indefectiblemente a la estimación del recurso. Por esa razón, resultaba necesario analizar los hechos para a partir de ahí, verificar que la calificación jurídica de infracción única y continuada aplicada por la CNMC era correcta. Al entender que no se ajustaba a la configuración que de esa figura hace la jurisprudencia del TJUE se estimó el recurso, sin necesidad de analizar los restantes motivos impugnatorios aducidos por CESP A pues el acogimiento de aquel era definitivo al no ser posible que la Sala estableciera una calificación jurídica alternativa y anulaba con ese carácter la sanción.

Esa circunstancia no vinculaba necesariamente a las demás empresas que habían recurrido la resolución sancionadora y por eso la sentencia dice:

" *La consecuencia de todo ello es que el recurso debe estimarse pues no se ha acreditado, en definitiva, que la sancionada haya cometido la infracción única y continuada que se le imputa; sin perjuicio, insistimos, de que las conductas desplegadas por CESP A resultaran contrarias a la competencia y constitutivas de una infracción distinta de la sancionada y de que dicha infracción pudiera, eventualmente, ser apreciada en relación a otras entidades frente a las que se siguió el mismo expediente.*"

Hubo pues un pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto que impide como pretende la CNMC iniciar un segundo procedimiento sancionador contra las mismas empresas sancionadas en el primero, en atención a los mismos hechos ya enjuiciados con el fin de verificar si son constitutivos de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, es decir, las mismas normas jurídicas aplicadas en la resolución anulada.



La sentencia de esta Sala se pronunció sobre el fondo y carecía de mandato alguno de retroacción de las actuaciones con el fin de subsanar algún vicio formal ni abría la posibilidad de iniciar un nuevo expediente por los mismos hechos, a los mismos responsables, calificándolos de forma distinta. A esta conclusión no se oponen las sentencias del Tribunal Supremo que cita el Abogado del Estado que se refieren a un supuesto diferente y no son aplicables, a juicio de esta Sala, al presente caso. En la sentencia de 19 de febrero de 2018, rec. 3082/2015, se enjuiciaba el archivo de un expediente sancionador por la CNMC. Sin embargo, esta Sala en la citada sentencia estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la denunciante, anuló la decisión de archivo y ordenó que *"la Sala de Competencia dicte nueva resolución en la que tenga por acreditados los hechos probados por la Comisión de Investigación en la propuesta de resolución impugnada"*. Sin embargo, el Tribunal Supremo censuró que la Sala de instancia:

"fije por sí mismo los hechos que deben considerarse probados -ni siquiera a base de asumir como tales los que fijó la Dirección de Investigación en su propuesta- sino que debe ordenar que se retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo, a fin de que el órgano actuante reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada."

En el mismo sentido, resolvió la sentencia de 10 de abril de 2018, rec. 3568/2015.

A diferencia del presente caso, en las sentencias citadas el Tribunal Supremo advierte que *"compartimos el parecer de la Sala de instancia en cuanto a la apreciación de que la resolución que acuerda el archivo del procedimiento sancionador no realizó una valoración pormenorizada del material probatorio disponible, ni examinó con el necesario detenimiento la relación de hechos que la Dirección de Investigación recogía en su propuesta como acreditados"*. Ahora bien, la anulación del acuerdo de archivo, dice el Tribunal Supremo *"no debe conducir a ningún pronunciamiento sobre los hechos que deben considerarse probados ni, desde luego, sobre su calificación jurídica o su encaje en un tipo infractor, sino que debe determinar, únicamente, que se ordene la retroacción del procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo a fin de que el órgano actuante reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada."*

Es decir, en aquellos casos no existió como aquí acontece un pronunciamiento sobre el fondo del asunto pues lo que se enjuició fue la motivación del acuerdo de archivo y se ordenó la retroacción de actuaciones para en virtud de la necesaria instrucción fijar unos hechos y dictar la resolución que proceda.

En el presente supuesto, la sentencia de esta Sala partió de los hechos declarados probados por la resolución inicialmente recurrida y analizó su calificación jurídica que consideró incorrecta por lo que anuló la resolución sancionadora. Hubo por tanto un pronunciamiento sobre el fondo del asunto con efectos de cosa juzgada.

NOVENO.- Por otra parte, en relación con lo anterior, la sentencia dictada por esta Sala el 22 de febrero de 2018, rec. nº 115/2015, no fue recurrida en casación, era firme y gozaba de la eficacia de la cosa juzgada, concepto que se encuentra en estrecha conexión con el principio non bis in ídem pues aquella se traduce en que resuelto por sentencia firme un recurso no puede enjuiciarse de nuevo en el mismo proceso o en otro distinto teniendo lo así decidido en la sentencia carácter inmutable y vinculante.

La ejecución de las sentencias en sus propios términos, forma parte del derecho que constitucionaliza el artículo 24.1 y así se reconoce por el Tribunal Constitucional en Sentencias, entre otras muchas, como las 67/1984, de 7 de junio, 41/1993, de 8 de febrero o 18/1997, de 10 de febrero.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2015 (rec. 1818/2014), recuerda que *"el derecho a la ejecución de Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren serían meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial (STC 37/2007 de 12 de febrero, FJ 4º, con cita de otras muchas anteriores, STC 211/2013, de 16 diciembre FJ 3º)*.

Además, forma parte de este derecho fundamental a la ejecución de la sentencia su inmodificabilidad (STC 152/1990, de 4 de octubre o 3/1998, de 12 de enero) y por esa razón los órganos judiciales no pueden apartarse sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse (STC 1/1997, de 13 de enero).

El derecho a que se ejecute la sentencia "en sus propios términos", es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho subjetivo del justiciable, que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley (SSTC 119/1988, de 20 de junio) y "por lo tanto, en estos casos, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, al constituir un presupuesto lógico del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, se integra en el citado



derecho fundamental" (SSTC 49/2004, de 30 de marzo , FJ 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; 139/2006, de 8 de mayo , FJ 2°) .

En consecuencia, dictada la sentencia por esta Sala que anuló la sanción impuesta a CESP A y una vez firme, solo procedía su ejecución sin que pudiera la CNMC abrir un nuevo procedimiento sancionador contra ella por los mismos hechos.

DÉCIMO.- Procede, en atención a lo expuesto, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida, con imposición de las costas a la Administración demandada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

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

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona bajo el núm. 1/18, promovido por el Procurador D. Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño, en nombre y representación de **C ESP A COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A. y CESP A GESTION DE RESIDUOS, S.A.**, contra la resolución de 18 de abril de 2018 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se acuerda incoar el expediente sancionador S/DC/ 0628/18 por prácticas restrictivas de la competencia, y, en consecuencia, declaramos que la citada resolución es contraria a derecho por lo que la anulamos.

Con expresa im posición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.