



Roj: **SAN 1685/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1685**

Id Cendoj: **28079230062023100192**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/03/2023**

Nº de Recurso: **707/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000707 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06748/2018

Demandante: RECYPILAS, S.A.

Procurador: D. ARTURO ROMERO BALLESTER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta de marzo de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo nº **707/2018** promovido por el Procurador D. Arturo Romero Ballester, que actúa en nombre y representación de la mercantil **RECYPILAS, S.A.**, contra la resolución dictada en fecha 26 de julio de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que desestima el recurso interpuesto contra la resolución dictada en fecha 18 de abril de 2018 por la Dirección de Competencia que acuerda la incoación del expediente sancionador S/DC/0628/18 RESIDUOS 2 por la realización de prácticas restrictivas de la competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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 que se dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas.

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. Una vez pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 29 de marzo de 2023, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente procedimiento la parte actora impugna la resolución dictada en fecha 26 de julio de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que desestimó el recurso administrativo interpuesto al amparo del artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia contra la resolución de 18 de abril de 2018 dictada por la Dirección de Competencia que acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0628/18 RESIDUOS 2 contra las empresas activas en los mercados 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 por la realización de prácticas restrictivas de la competencia. Empresas entre las cuales se encuentra la ahora recurrente, RECYPILAS, S.A. que se dedica a la gestión de residuos procedentes de pilas, acumuladores y lámparas fluorescentes.

Concretamente, en el acuerdo de incoación del citado expediente sancionador se dice:

"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 CESPA COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A. y su filial CESPA 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 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistentes en: (i) acuerdos colusorios tendentes a los repartos de clientes públicos y privados, 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: (...) RECYPILAS, 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 acordando, en consecuencia, su nulidad.

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 RECYPIILAS, S.A. (...) así como con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con las infracciones investigadas."

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 la recurrente RECYPIILAS; S.A., 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 mercantil ahora recurrente a quien impuso la sanción de multa por importe de 102.396 euros.
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 el recurso interpuesto se estimó mediante sentencia dictada en fecha 28 de diciembre de 2017 en el recurso nº 107/2015. Sentencia que es firme.
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 analizados en la citada sentencia estimatoria porque entendió que no habían sido juzgados en cuanto al fondo. Y es este acuerdo de incoación lo que constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo que se ha confirmado por la Sala de Competencia de la CNMC al desestimar el recurso administrativo que se había interpuesto al amparo del artículo 47 de la LDC.

TERCERO. En el escrito de demanda presentado por la recurrente RECYPIILAS, S.A. se solicita la nulidad de las resoluciones impugnadas y ello porque considera que, una vez que en virtud de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 28 de diciembre de 2017 (recurso nº 107/2015) se ha anulado la sanción impuesta en el expediente S/DC/0429/12 Residuos, la incoación de un nuevo procedimiento sancionador- S/DC/0628/18 Residuos 2- 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. Y entiende que la vulneración del derecho fundamental relativo al principio non bis in ídem le está ocasionando perjuicios irreparables como así se exige

en el artículo 47 de la LDC para que pueda admitirse la impugnación de un acto de trámite como es el acuerdo de incoación de un expediente sancionador.

Sostiene que numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional permiten concluir que en nuestro ordenamiento jurídico se prohíbe la duplicidad de procedimientos sancionadores cuando, como es el caso, concurre la triple identidad de hechos, sujetos y fundamento. Prohibición que el Tribunal Constitucional 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.

Y añade que, además, existe jurisprudencia que señala que el principio non bis in ídem debe también ser respetado en los procedimientos sancionadores 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 sostiene que:

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 Derechos 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 no existe propiamente un segundo procedimiento, sino que el primero "se reinicia" y 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".

Y la recurrente concluye que, una vez que 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. Y, en definitiva, según expone, el acuerdo de incoación de expediente sancionador que ahora se impugna vulnera el derecho fundamental al non bis in ídem en su vertiente procesal porque la resolución sancionadora inicial fue anulada por sentencia de esta Sala por un motivo de fondo; es decir, como el pronunciamiento de la Sentencia dictada en fecha 28 de diciembre de 2017 fue absolutorio ello que impide la incoación de un nuevo procedimiento sancionador con el mismo objeto. Y en esos casos la incoación de un nuevo procedimiento sancionador, según expone, le ocasiona perjuicios irreparables.

CUARTO. 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.

En este caso, entiende que no se ocasiona a la recurrente perjuicios irreparables por cuanto 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).

QUINTO. Centrado el objeto de debate corresponde analizar la legalidad del acuerdo de la Dirección de Competencia dictado en fecha 18 de abril de 2018 que ha acordado la incoación de un nuevo expediente sancionador, S/DC/0628/18 RESIDUOS 2, en cuanto que como acto de trámite cualificado puede ocasionar perjuicios irreparables toda vez que, según expone la parte actora, implica la vulneración del principio non bis in ídem.

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 varias sentencias en relación a las empresas sancionadas en el expediente "S/0429/12 RESIDUOS" que estimaron los recursos contencioso-administrativos interpuestos anulando las sanciones impuestas al entender que no estaba acreditada la participación de las empresas 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. Sentencia estimatoria que, en relación con la recurrente RECYPIILAS, S.A. se dictó en fecha 28 de diciembre de 2017, en el recurso nº 107/2015, que es firme.

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

El planteamiento que realiza la recurrente ahora en este proceso ya se ha analizado por esta misma Sección en diversas sentencias estimatorias dictadas en varios procedimientos tramitados con arreglo al proceso especial de protección de los derechos fundamentales de las personas (nº 2/2018, 3/2018, 4/2018, 5/2018, 6/2018 y 7/2018, entre otros) en los que también se impugnaba el acuerdo de incoación de expediente sancionador adoptado por la Dirección de Competencia en fecha 18 de abril de 2018. En las sentencias dictadas en esos procedimientos se estimaron los recursos contenciosos- administrativos interpuestos anulando el citado acuerdo de incoación porque se consideró que vulneraba el principio non bis in ídem. Sentencias que han quedado firmes. Por ello, entendemos procedente acudir a los razonamientos jurídicos recogidos en las sentencias estimatorias dictadas en esos procedimientos dada la identidad que existe con el planteamiento del presente proceso.

En dichas sentencias decíamos que 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 cual 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).

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.

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.

Y 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 con 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 con 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 participantes 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 "non 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 *"l a 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-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 dictada en fecha 28 de diciembre de 2017 por esta Sala anuló la sanción impuesta a RECYPILAS, S.A. y se pronunció sobre el fondo del asunto al entender que no se había acreditado la participación de la recurrente en la realización de conductas colusorias que implicasen una infracción única y continuada que se le había imputado.

Hubo pues un pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto que impide, como así 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.

No cabe ninguna duda de que la sentencia estimatoria y firme dictada por esta Sala en fecha 28 de diciembre de 2017 (rec. n.º 107/2015) se pronunció sobre el fondo teniendo en cuenta los hechos declarados probados por la resolución sancionadora inicialmente impugnada y analizó su calificación jurídica que consideró incorrecta y por eso acordó la nulidad de la resolución sancionadora. Sentencia que 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.

Por otra parte, la sentencia dictada por esta Sala el 28 de diciembre de 2017, rec. n.º 107/2015, 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, hubo, por tanto, un pronunciamiento sobre el fondo del asunto con efectos de cosa juzgada que impide iniciar un segundo procedimiento sancionador por los mismos hechos y contra las mismas empresas que, aunque ya habían sido sancionadas la sanción ya se había anulado por la referida sentencia estimatoria. Todo lo cual, nos lleva a declarar la nulidad de la resolución que acuerda la incoación de ese segundo expediente sancionador, S/DC/0628/18 RESIDUOS 2, por cuanto que ocasiona perjuicios irreparables a las empresas que se ven sometidas a ese segundo procedimiento que, como hemos referido, podemos apreciar ya con el dictado del acuerdo de incoación del nuevo expediente sancionador que está vulnerando el principio non bis in ídem. Conclusión que obtenemos siguiendo al Tribunal Constitucional que en el auto de 9 de marzo de 2009 ha interpretado el término "perjuicio irreparable" como aquel que provoque que el reestablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío.

SÉPTIMO. 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 nº **707/2018** promovido por el Procurador D. Arturo Romero Ballester, que actúa en nombre y representación de **RECYPILAS, S.A.**, contra la resolución dictada en fecha 26 de julio de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que desestima el recurso interpuesto contra la resolución dictada en fecha 18 de abril de 2018 dictada por la Dirección de Competencia que acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0628/18 RESIDUOS 2 por la realización de prácticas restrictivas de la competencia. Y, en consecuencia, declaramos la nulidad de las citadas resoluciones porque entendemos que son contrarias al ordenamiento jurídico.

Con expresa imposición de las costas procesales a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el artículo 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.