

RESOLUCIÓN DE REVOCACIÓN PARCIAL

(Expte. 558/03 MAYORISTAS PESCADO ALCANTARILLA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 9 de abril de 2015

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 558/03, MAYORISTAS PESCADO ALCANTARILLA, por la que se resuelve la solicitud de revisión de oficio, instancia por D. [CONF], de acuerdo con lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.-Con fecha 30 de junio de 2005, el Pleno del TDC dictó resolución en el expediente 558/03 Mayoristas Pescado Alcantarilla, en la que resolvió declarar no acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia.

2.-Contra la citada Resolución, la Asociación de Mayoristas de Pescado de la Región de Murcia interpuso recurso contencioso-administrativo, siendo estimado parcialmente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 10 de octubre de 2008, que anula la resolución impugnada ordenando se dicte

nueva resolución sobre la base de la calificación de la conducta denunciada como contraria al artículo 1 de la LDC.

3.-Con fecha 27 de noviembre de 2012, el Tribunal Supremo dictó sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto por PESCAMURCIA, S.L., D. [CONF], ALQÁNTARA ASENTADORES DE PESCADO, S.L., y por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2008.

4.-Con fecha 2 de octubre de 2013, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó resolución en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2008, en la que declara que PESCAMURCIA S.L, PETRANSA, S.L., ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADOS S.L, y D. [CONF], son responsables de infringir el artículo 1.1. de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al haber acordado durante más de tres años no desarrollar la actividad de venta de pescado en los módulos que les habían sido adjudicados en la ampliación del Mercado de Mercamurcia, imponiendo a cada una de las infractoras una multa de 250.000 euros.

5.- La anterior resolución de la CNC fue notificada a D. [CONF], de acuerdo con lo previsto en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, mediante edictos en el BOE núm 296, de 11 de diciembre de 2013, al no haber sido posible la notificación en el domicilio conocido de D. [CONF].

6.- Con fecha 25 de febrero de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito del representante de D. [CONF], en el que solicita se inicie procedimiento de revisión de oficio y se declare la nulidad de pleno derecho de la notificación de la Resolución de la CNC de 2 de octubre de 2013 y la notificación del requerimiento de información acordado por el Consejo de la CNC en su sesión de 30 de julio de 2013.

7.- Con fecha 18 de marzo de 2015 tuvo entrada en la CNMC nuevo escrito del representante de D. [CONF], en el que amplía los motivos de nulidad puestos de manifiesto en el escrito presentado el 25 de febrero de 2015, solicitando adicionalmente que se declare la nulidad de la sanción impuesta por haber utilizado un método para su cálculo que el Tribunal Supremo ha declarado nulo en virtud de la sentencia de 29 de enero de 2015.

8.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 9 de abril de 2015.

9. Es interesado en este expediente de recurso D. [CONF].

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

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

Se promueve la presente revisión de oficio de oficio al amparo del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El interesado solicita que se declaren nulas las notificaciones de la Resolución de la CNC de 2 de octubre de 2013 y la notificación del requerimiento de información acordado por el Consejo de la CNC en su sesión de 30 de julio de 2013, y se retrotraigan las actuaciones al momento de notificar el requerimiento de información, toda vez que las notificaciones se practicaron en un domicilio incorrecto.

Asimismo solicita como medida cautelar, sin necesidad de prestar caución, que se suspenda la ejecución de la resolución de la CNC de 2 de octubre de 2013 y se dirija oficio a la Agencia Tributaria para que deje sin efecto la providencia de apremio y diligencias de embargo dimanantes de este procedimiento

TERCERO.- Notificación administrativa.

La práctica de las notificaciones administrativas aparece regulada en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De acuerdo con dicho precepto las notificaciones se han de practicar por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, señala el apartado 2 del artículo 59, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a través del cual se deba practicar la notificación, o bien, cuando intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación, dispone el apartado 5 del mismo precepto, se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el "Boletín Oficial del Estado", de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.¹

La notificación por edictos de acuerdo con reiterada jurisprudencia, (entre otras STS 26-04-2012, 21-07-2014, STC 27-10-2008, STC 25-02-2008, STC 2-07-2007) tiene un carácter supletorio y excepcional, debiendo ser considerada como remedio último, siendo únicamente compatible con el artículo 24 de la Constitución si existe la certeza o, al menos, la convicción razonable de la imposibilidad de localizar al destinatario de la notificación.

La Administración actuante debe por tanto poner una especial diligencia durante toda la tramitación del expediente administrativo para lograr que la notificación personal se produzca efectiva y realmente, extremando las gestiones de averiguación del efectivo paradero del destinatario.

En el presente caso, la representación de D. [CONF], denuncia la existencia de dos notificaciones defectuosas:

- la notificación del requerimiento de información acordado por el Consejo de la CNC en su sesión de 30 de julio de 2013, en el que se solicitaba al Sr. [CONF], que aportase:
a) el Volumen de Ingresos realizado en la Lonja de Alcantarilla desde el año 1998 hasta

¹ La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público, y otras medidas de reforma administrativa, ha modificado el apartado 5 del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De acuerdo con la Disposición transitoria tercera de la Ley 30/92 lo dispuesto en dicho apartado resultará de aplicación a partir del 1 de junio de 2015, tanto a los procedimientos que se inicien con posterioridad a dicha fecha como a los ya iniciados.

2001, ambos incluidos, desglosado por años, y antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados; b) el Volumen de Ingresos Totales del año 2012, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.

- La notificación de la Resolución de la CNC de 2 de octubre de 2013.

En relación con la primera, consta en el expediente que el primer intento de notificación del requerimiento de información se produjo el 5 de agosto de 2013 en la dirección [CONF], y el segundo intento el 3 de septiembre del mismo año señalándose en el acuse de recibo del servicio de correos remitido a la CNC “Domicilio desconocido.-Se Marchó”.

Con respecto a la notificación de la Resolución de la CNC de 2 de octubre de 2013, la misma se practicó por mensajería, en la dirección [CONF], realizándose dos intentos el día 4 de octubre de 2013, el primero a las 11.38 y el segundo a las 12.46. Ante la imposibilidad de entrega, la referida resolución se publicó en el BOE núm 296, de 11 de diciembre de 2013, y en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento de Alcantarilla, del 7 de noviembre de 2013 al 23 de noviembre de 2013.

En atención a los anteriores hechos, esta Sala considera que en el presente procedimiento, la CNC vulneró la normativa reguladora de las notificaciones, así como la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. En efecto, si bien la CNC procedió a realizar las diversas notificaciones dentro del procedimiento sancionador en el domicilio de [CONF], una vez frustradas las posibilidades de notificación personal, y teniendo conocimiento, tal y como consta en el acuse de recibo de Correos del segundo intento de notificación del requerimiento de información, que el interesado ya no vivía en ese domicilio, no podía limitarse a proceder a la notificación edictal sin desplegar una mínima actividad indagatoria en oficinas y registros públicos para lograr determinar un domicilio de notificaciones alternativo en que pudiera ser notificado personalmente. Ello le hubiera llevado, sin mayor esfuerzo a una correcta determinación del domicilio del Sr. [CONF], tal y como se verifica con la aparente normalidad con la que en vía de ejecución se accedió a dichos datos para la notificación de la providencia de apremio.

Según consta en el volante de empadronamiento aportado por la representación de D. [CONF], con fecha 27 de enero de 2009 causó alta procedente de [CONF], en [CONF], por tanto ha quedado acreditado que el interesado no vivía en el domicilio en que se practicaron la notificaciones.

CUARTO.- Revocación de actos administrativos.

Conforme al artículo 105 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables siempre que tal revocación no constituya dispensa o

exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”.

En el presente caso, es evidente que la notificación defectuosa del requerimiento de información acordado por el Consejo de la CNC en su sesión de 30 de julio de 2013 tuvo consecuencias en la resolución del procedimiento, dado que se impuso al interesado una multa de 250.000 euros, sin disponer de datos sobre su volumen de ingresos, y sin conocer si dicha cifra respetaba el 10% del volumen de negocios del año anterior al de imposición de la sanción a que se refiere el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, conforme al cual se calculó la sanción.

Siendo ello así, y no habiendo transcurrido el plazo de prescripción de la sanción de cuatro años previsto en el artículo 12 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, conforme al cual se calculó la sanción, dado que el recurso de casación fue resuelto mediante Sentencia de 27 de noviembre de 2012 (por tanto hasta esa fecha no devino firme la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2008), procede revocar parcialmente la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia en lo relativo a la sanción impuesta a D. [CONF], y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la notificación del requerimiento de información acordado por el Consejo de la extinta CNC en su sesión de 30 de julio de 2013, formulando nuevo requerimiento de información en el nuevo domicilio del interesado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Revocar parcialmente la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de octubre de 2013, dictada en el expediente 558/03 Mayoristas Pescado Alcantarilla, en lo relativo a la sanción impuesta a D. [CONF], y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la notificación del requerimiento de información acordado por el Consejo de la CNC en su sesión de 30 de julio de 2013.

SEGUNDO.- Requerir a D. [CONF], para que en un plazo de quince días aporte:

- a. el Volumen de Ingresos realizado en la Lonja de Alcantarilla desde el año 1998 hasta 2001, ambos incluidos, desglosado por años, y antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados,
- b. el Volumen de Ingresos Totales del año 2012, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, 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.