



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/051/18 IRMASOL

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 26 de julio de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/051/18 IRMASOL por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por IRMASOL S.A. (**IRMASOL**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2018, de incoación de expediente sancionador S/DC/0628/18- Residuos 2.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 8 de enero de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC dictó resolución en el marco del expediente S/0429/12 Residuos, por la que sancionó entre otras empresas, a IRMASOL con una multa de 1.765.170 euros, por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC 1989**) y del artículo 1 de la LDC.
2. Contra la anterior resolución, IRMASOL interpuso recurso contencioso-administrativo, siendo estimado por sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017, que anula la resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta a la recurrente.

La sentencia de la Audiencia Nacional ha devenido firme el 1 de marzo de 2018.

3. Con fecha 19 de abril de 2018, la Dirección de Competencia (**DC**) remitió a 51 entidades del sector de la gestión de residuos y saneamiento urbano, entre las que

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

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

4. Con fecha 4 de mayo de 2018 IRMASOL interpuso ante la Audiencia Nacional recurso contra el acuerdo de incoación de la DC, por violación de sus derechos fundamentales, y en concreto, su derecho a la tutela judicial efectiva y a la firmeza de las resoluciones judiciales (recurso DF 03 /2018).
5. Con fecha 7 de mayo de 2018, tuvo entrada en CNMC, escrito de IRMASOL en el que solicita se acuerde la nulidad de pleno derecho del acuerdo de la DC de 19 de abril de 2018, por vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva. Subsidiariamente solicita que el acuerdo sea anulado por ausencia de motivación y porque la supuesta infracción investigada habría prescrito.
6. Con fecha 10 de mayo de 2018, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
7. Con fecha 17 de mayo de 2018, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5. En dicho informe la DC considera que no procede admitir a trámite el recurso de IRMASOL, en la medida que el acto recurrido no tiene, ni siquiera a título potencial, aptitud para generar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.
8. Con fecha 22 de mayo de 2018, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso de IRMASOL, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
No se han presentado alegaciones al informe de la DC de 17 de mayo de 2018.
9. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 26 de julio de 2018.
10. Es interesada en este expediente IRMASOL, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

En su recurso, IRMASOL solicita al Consejo de la CNMC que dicte resolución por la que declare la nulidad del acuerdo impugnado por vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva. Subsidiariamente solicita que el acuerdo de la DC sea anulado por ausencia de motivación y/o porque la supuesta infracción investigada habría prescrito.

Los motivos en los que IRMASOL fundamenta su recurso son los siguientes:

La recurrente sostiene que el acuerdo de incoación vulnera el principio de cosa juzgada y el derecho de tutela judicial efectiva. IRMASOL señala que se vulnera el principio de cosa juzgada en la medida en que la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017 (firme) estimó su recurso en relación con el expediente S/DC/0429/12 y la eximió de toda responsabilidad.

IRMASOL entiende que el acuerdo de incoación vulnera el principio de *non bis in ídem* dado que el nuevo expediente S/DC/0628/18 cumple con los requisitos de identidad de sujetos, identidad de hechos e identidad de fundamento jurídico exigidos por la jurisprudencia.

Según IRMASOL, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no es necesario que se adopte una nueva condena, sino que el mero inicio del procedimiento sancionador ya vulnera el principio de cosa juzgada y del derecho fundamental de IRMASOL.

Asimismo, la recurrente considera que el acuerdo recurrido carece de motivación. IRMASOL afirma que la sentencia de la Audiencia Nacional que anula la resolución de la CNMC ha entrado en el fondo del asunto, apreciando que la resolución vulneró el ordenamiento cuando imputó a IRMASOL una infracción única y continuada que IRMASOL no cometió.

Por último, IRMASOL presenta como alegación subsidiaria la prescripción de las conductas incoadas, que impediría a la DC el inicio del nuevo procedimiento.

Asimismo, solicita que se considere la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la caducidad del procedimiento, a pesar de que la sentencia de 28 de diciembre de 2017 estimatoria del recurso interpuesto por IRMASOL desestimó tal motivo.

En su informe de 17 de mayo de 2018, la DC propone la no admisión del recurso, en la medida que el acto recurrido no tiene, ni siquiera a título potencial, aptitud para generar indefensión o perjuicios irreparables a la recurrente.

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

La DC indica que el acuerdo de incoación al iniciar formalmente la tramitación del expediente S/DC/0628/18 garantiza a IRMASOL la defensa de sus derechos e intereses legítimos y no es susceptible de causar perjuicios irreparables, ni siquiera a nivel potencial, dado que no presupone el sentido de la decisión final que pueda adoptar la CNMC, y no tiene efectos directos significativos sobre derechos o intereses legítimos de IRMASOL.

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

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

En relación con la ausencia de motivación, la DC señala que la sentencia de la Audiencia Nacional no conlleva la nulidad de pleno derecho sino la anulabilidad de la resolución de 8 de enero de 2015, por no cumplirse ninguno de los supuestos del artículo 47 de la Ley 39/2015 (anterior artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). En particular, en ningún momento IRMASOL habría justificado de forma suficiente cuál de estos supuestos de nulidad de pleno derecho se daría en el presente caso, nulidad que tampoco ha justificado en su recurso.

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

Por último, con respecto a la caducidad del expediente S/0429/12, la DC se remite a los argumentos expuestos por la Audiencia Nacional en la sentencia de 28 de diciembre de 2017 que resuelve el recurso de IRMASOL.

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

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

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

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

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

a) Ausencia de indefensión

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

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

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

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

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

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

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

En todo caso, en su escrito de recurso la representación procesal de IRMASOL no expone claramente bajo qué supuestos el acto administrativo recurrido le provoca indefensión. No obstante, en opinión de esta Sala del acuerdo de incoación recurrido no puede derivarse la existencia de indefensión para IRMASOL o vulneración de su derecho de defensa.

El acuerdo recurrido no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que no tiene aptitud para tal indefensión. Por el contrario, como afirma la DC en el informe sobre el recurso elevado a esta Sala, el acuerdo de incoación, al iniciar formalmente la tramitación del expediente S/DC/0628118, garantiza a IRMASOL la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En particular, este acuerdo les permite acceder al expediente, conforme a lo previsto en el artículo 31 del RDC. Asimismo, este acuerdo puede conducir a la emisión del pliego de concreción de hechos (previsto en el artículo 50.3 de la LDC) y de la propuesta de resolución (prevista en el artículo 50.4 de la LDC), frente a las cuales IRMASOL podrá alegar lo que estime oportuno para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

De acuerdo con lo anterior, no resulta posible apreciar que el acuerdo recurrido emitido por la DC pueda causar indefensión a IRMASOL.

b) Ausencia de perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos en el artículo 47 de la LDC, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar al respecto que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *“aquel que provoque que el*

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

En su escrito de recurso, la representación procesal de IRMASOL alega que el acuerdo recurrido le produce un perjuicio irreparable, por cuanto vulnera los principios de cosa juzgada y *non bis in idem*, así como el derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa.

Asimismo, invoca que el acuerdo recurrido carece de motivación, presentando como alegación subsidiaria la prescripción de las conductas incoadas que impediría a la CNMC el inicio del nuevo procedimiento.

Ninguno de estos argumentos puede ser acogidos por esta Sala.

- *Vulneración de la prohibición del bis in idem*

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

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

los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer «de los hechos que dieron lugar al proceso» en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero, F. 5).»¹ [Énfasis añadido]

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

Esta doctrina relativa a la prohibición del *bis in idem* en el orden jurisdiccional penal puede resultar aplicable a determinados procedimientos administrativos sancionadores, como ha reconocido la jurisprudencia europea²; pero, en todo caso, las garantías que operan en el orden penal deben ser adaptadas a las peculiaridades de los procedimientos administrativos sancionadores:

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

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

¹ STC 91/2008, de 21 de julio.

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

³ STC 2/2003 de 16 de enero.

recurso la calificación de los hechos, a criterio judicial (sin perjuicio de la sujeción al principio acusatorio).

Dada esta diferencia esencial entre ambos órdenes jurisdiccionales, esta Sala entiende que es necesario que en los casos en los que la jurisdicción contencioso-administrativa revise una actuación administrativa sin sustituir el criterio de la administración, ésta pueda reiniciar o reanudar dicha actuación, salvo que concurra algún factor impeditivo como la declaración judicial de la prescripción de la potestad en el caso concreto o la inexistencia del hecho causante.

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

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

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

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

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

IRMASOL afirma que en este caso se da la triple identidad entre la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017 y el acuerdo de incoación recurrido, dado que dicho acuerdo (i) se ha dirigido a los mismos sujetos sancionados en el procedimiento S/0429/12, (ii) con base en una eventual infracción de los artículos 1 LDC y 1 LDC 1989, y (iii) sobre la base del mismo relato histórico.

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

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

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

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

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

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

“No obstante, no se discute aquí si la conducta de la recurrente en el referido mercado-recuperación del papel y cartón, pudiera ser reprochable desde el punto de vista de las normas de competencia, sino si dicha conducta tiene encaje o no en la infracción única y continuada que le imputa la CNMC y que le ha llevado a sancionarla”.

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

En consecuencia, esta Sala considera que el alcance de la cosa juzgada no puede extenderse a una hipotética valoración de que los hechos que fueron objeto del

⁴ STC 62/2012, de 29 de marzo.

procedimiento S/0429/12 no sean constitutivos de una infracción del artículo 1 LDC y 1 LDC 1989, dado que la SAN de 28 de diciembre de 2017 es clara al acotar su valoración al carácter único y continuado de la infracción imputada.

A la vista de lo anterior, no resulta posible apreciar que el acuerdo de la DC recurrido haya podido causar un perjuicio irreparable a IRMASOL, en relación a una posible vulneración de los principios de cosa juzgada y *non bis in idem*, así como el derecho a la tutela judicial efectiva de esta empresa.

c) Otras alegaciones

La recurrente también alega la ausencia de motivación del acuerdo de incoación impugnado, lo que supondría un incumplimiento del artículo 35.1 de la Ley 39/2015. En este sentido, IRMASOL entiende que dicho acuerdo de incoación (i) yerra en su motivación al considerar que la SAN de 28 de diciembre de 2017 declara la anulabilidad y no la nulidad de pleno derecho de la resolución de 8 de enero de 2015, y (ii) yerra en su motivación al considerar que la citada SAN de 28 de diciembre de 2017 no entra a valorar fondo del asunto.

Sobre la base de estos errores en la motivación del acuerdo de incoación, IRMASOL considera que las posibles infracciones habrían prescrito porque la sentencia de la Audiencia Nacional que estima su recurso habría declarado nula de pleno derecho la Resolución de 8 de enero de 2015 de la CNMC, y que, al analizar las conductas sancionadas por dicha Resolución, se habría valorado el fondo de las mismas, por lo que no cabría su recalificación.

En su recurso presentado ante esta Sala, la representación procesal de IRMASOL no identifica ninguno de estas cuestiones como causa de indefensión o perjuicio irreparable sino como meros vicios del procedimiento, por lo que esta Sala de Competencia podría diferir su evaluación a la resolución final que, en su caso, se dictase sobre el presente expediente. Como ya se ha señalado, el Tribunal Supremo ha advertido que el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

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

No obstante lo anterior, al respecto de estas alegaciones esta Sala coincide con la DC en que la sentencia de la AN no conlleva la nulidad de pleno derecho sino la anulabilidad de la resolución de 8 de enero de 2018, por no cumplirse ninguno de los supuestos del artículo 47 de la Ley 39/2015 o del 62 de la Ley 30/1992. Por otro lado, en ningún momento IRMASOL ha justificado de forma suficiente cuál de estos supuestos de nulidad de pleno derecho se darían en el presente caso, limitándose a citar que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) no contempla expresamente un pronunciamiento sobre la nulidad de pleno derecho o anulabilidad de los actos administrativos en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo. En este sentido, la recurrente confunde la regulación del contenido estimatorio o desestimatorio de las sentencias dictadas en el orden contencioso-administrativo, que recoge los artículos 70 y 71 LJCA, con los motivos que llevan a los jueces y tribunales a estimar un recurso, que son clasificados como causas de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad por los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015 y 62 y 63 de la Ley 30/1992.

Consecuentemente, tal y como señala la DC no habiéndose declarado la nulidad de pleno derecho de la resolución de la CNMC de 8 de enero de 2015, en el expediente S/0429/2012 no cabe admitir la prescripción de las conductas incoadas contra IRMASOL, ya que, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵, la anulación del acto administrativo conlleva la interrupción del plazo de prescripción.

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

Por otro lado, por lo que respecta a la alegación de IRMASOL de acuerdo con la cual el acuerdo de incoación yerra en su motivación, por considerar que la SAN de 28 de diciembre de 2017 no ha entrado en el fondo del asunto, nos remitimos a las consideraciones hechas en la valoración de la posible existencia de cosa juzgada material, en las que expusimos que el alcance de la cosa juzgada debe determinarse teniendo en cuenta la *ratio decidendi* de la sentencia, y no solo su fallo. Analizando de este modo la SAN de 28 de diciembre de 2017 se observa que el pronunciamiento que contiene solo alcanza a la atribución de responsabilidad a IRMASOL por su participación en una infracción única y continuada que afectaba globalmente a tres segmentos diferentes del sector de gestión de residuos y saneamiento urbano ((i) el de gestión de residuos industriales e hidrocarburos, (ii) el de recuperación de papel y cartón y (iii) el de saneamiento urbano), en todo el territorio nacional.

⁵ Así, por ejemplo, la STS de 20 de enero de 2011 (recurso de casación núm. 120/2005) recoge que:

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

Por lo tanto, esta Sala considera que la motivación del acuerdo de incoación no adolece de ningún error al no haber considerado prescritas las conductas investigadas, y al no haber considerado que la SAN de 28 de diciembre de 2017 había conocido ya del fondo del asunto.

Finalmente, en relación con la caducidad del expediente S/0429/12 invocado por IRMASOL, cabe señalar que la Audiencia Nacional ya se pronunció sobre esta cuestión en su sentencia de 28 de diciembre de 2017, rechazando la pretensión de la recurrente, al considerar que había tenido conocimiento de la suspensión del procedimiento dentro del plazo de 18 meses establecido en el artículo 36.1 LDC.

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

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por IRMASOL S.A. contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2018, de incoación de expediente sancionador por posibles prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 1 de la LDC 1989.

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