



Roj: **SAN 2551/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2551**

Id Cendoj: **28079230062021100242**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/06/2021**

Nº de Recurso: **1/2019**

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 /2019

**Tipo de Recurso:** DERECHOS FUNDAMENTALES

**Núm. Registro General:** 01578/2019

**Demandante:** REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.

**Procurador:** DÑA. GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a tres de junio de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **1/2019** promovido por los tramites del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona e interpuesto por la Procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y en representación de la mercantil **REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.**, contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador SNC/DC/144/18 adoptado por la Dirección de Competencia en fecha 24 de enero de 2019 y contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador SNC/DC/44/19 adoptado por la Dirección de Competencia en fecha 26 de marzo de 2019. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, así como el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad.

## **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 se acuerde la nulidad de las resoluciones impugnadas por cuanto vulneran los artículos 24 y 25 de la CE.

**SEGUNDO.-** Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal presentan respectivos escritos de contestación a la demanda en los que suplican se dicte sentencia que confirme los actos recurridos en todos sus extremos.

**TERCERO.-** Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite se presentaron por las partes los correspondientes escritos de conclusiones quedando, posteriormente, las actuaciones pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera. Y se fijó para ello la audiencia del día 17 de marzo de 2021 designándose ponente a la Ilma. Sra. Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. (en adelante, REPSOL) impugna a través de este proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (i) el acuerdo de incoación del expediente sancionador SNC/DC/144/18 adoptado por la Dirección de Competencia en fecha 24 de enero de 2019 y (ii) el acuerdo de incoación del expediente sancionador SNC/DC/44/19 adoptado por la Dirección de Competencia en fecha 26 de marzo de 2019.

**SEGUNDO.-** Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan las siguientes actuaciones que entendemos que son relevantes para la adecuada comprensión y resolución de este proceso:

1. Con fecha 3 de abril de 2014, el Consejo de la CNMC autorizó la operación de concentración consistente en la adquisición de control exclusivo por REPSOL de la Societat Catalana de Petrolis, S.A. (PETROCAT). Autorización que quedó sujeta al cumplimiento de diversos compromisos. Entre esos compromisos estaba el establecido en la Sección C de la referida Resolución de 3 de abril de 2014 que implicaba lo siguiente:

*"1. Respecto al aprovisionamiento de producto (Gasolinas y Gasóleos) para la actividad de distribución de combustibles a través de las EESS gestionadas por PETROCAT distintas de las que se recogen en el Anexo 1 y para la actividad de ventas directas REPSOL se compromete a que al menos [45.189] m3/año del producto a adquirir por PETROCAT, a computar desde la ejecución de la operación, será suministrado por terceros operadores distintos de REPSOL o de sociedades del Grupo Repsol. El compromiso anterior quedará limitado a [34.530] m3/año, una vez se hayan formalizado todas las Transacciones pendientes.*

*2. Con la periodicidad y alcance que se defina en el Plan de Actuaciones, RCPP enviará a la Dirección de Competencia la documentación que permita a ésta última verificar el cumplimiento del compromiso de aprovisionamiento mínimo de terceros.*

*3. La duración de este compromiso será de cuatro años desde la ejecución de la operación con posibilidad de ejecución de reducción de su duración o modificación mediante solicitud motivada por parte de REPSOL a la Dirección de Competencia, en los términos establecidos en la Sección G".*

2. Conforme al artículo 41 LDC, la DC acordó la incoación del expediente de vigilancia VC/0550/14 con objeto de supervisar el cumplimiento de los compromisos de la referida Resolución de 3 de abril de 2014. Y en fecha 7 de noviembre de 2017, la DC remitió al Consejo un Informe Parcial de Vigilancia en el que concluía que REPSOL había cumplido con los compromisos contenidos en la sección B, D y E pero que, sin embargo, consideraba que existían indicios del incumplimiento del compromiso de la Sección C. Y, en fecha 25 de enero de 2018, el Consejo de la CNMC dictó Resolución en el expediente de vigilancia VC/0550/14 declarando que existían indicios de que REPSOL había incumplido algunos de los compromisos recogidos en la resolución del Consejo de la CNMC de 3 de abril de 2014 recaída en el expediente C/0550/14 y ordenaba a la DC la incoación de expediente sancionador por los indicios de incumplimiento por cuanto pudieran integrarse en la infracción muy grave prevista en el artículo 62.4.c) de la LDC.

3. En fecha 27 de agosto de 2018 la Directora de Competencia acuerda la incoación del expediente sancionador con referencia SNC/DC/059/18 contra REPSOL por considerar que el referido incumplimiento pudiera constituir una infracción muy grave conforme a lo establecido en el artículo 62.4.c) LDC.

4. Posteriormente, en fecha 24 de enero de 2019 la Dirección de Competencia acuerda incoar un segundo expediente sancionador contra REPSOL por los mismos hechos y fundamento que el anterior, SNC/DC/059/18, y ello porque entiende que se había producido la caducidad en el expediente SNC/DC/059/18.



5. El 7 de febrero de 2019, y conforme al artículo 114 LJCA, REPSOL interpuso el presente recurso contencioso-administrativo por los tramites del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra el acuerdo de incoación de expediente sancionador SNC/DC/144/18, de 24 de enero de 2019 por vulneración de las garantías constitucionales recogidas en los artículos 24 y 25 de la CE. Una vez interpuesto el referido recurso contencioso administrativo, el Consejo de la CNMC dicta resolución en fecha 28 de febrero de 2019 por la que acuerda el archivo del expediente sancionador SNC/DC/059/18 por caducidad (en cumplimiento del artículo 21.1 de la Ley 39/2015) y acuerda, también, el archivo de las actuaciones practicadas en el marco del procedimiento sancionador SNC/DC/144/18 por cuanto se había incoado previamente a que se acordara formalmente la terminación del procedimiento SNC/DC/059/18. Expedientes sancionadores que se han archivado por la CNMC por las razones expuestas.

6. Posteriormente, la Directora de Competencia dicta en fecha 22 de marzo de 2019 acuerdo de incoación de un nuevo expediente sancionador con referencia SNC/DC/044/19 cuyo objeto era determinar si REPSOL había cometido una infracción muy grave conforme a lo establecido en el artículo 62.4.c) LDC en relación con el cumplimiento de los compromisos asumidos en la operación de concentración autorizada en el expediente C/0550/14. Incumplimientos que podían constituir una infracción muy grave conforme a lo establecido en el artículo 62.4.c) de la LDC. Resolución esta que constituye también el objeto de este proceso jurisdiccional por cuanto la mercantil recurrente solicitó su ampliación y así se admitió mediante providencia de fecha 29 de abril de 2019.

**TERCERO.-** En el escrito de demanda presentado por la entidad recurrente REPSOL COMERCIAL PRODUCTOS PETROLIFEROS se solicita la nulidad de las actuaciones administrativas impugnadas por cuanto entiende que vulneran derechos fundamentales tales como el derecho a la defensa y el derecho a no ser sometida de forma sucesiva y reiterada a diversos procedimientos sancionadores por los mismos hechos y fundamento. Garantías constitucionales reconocidas en los artículos 24 y 25.1 CE, en el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europea de Derechos Humanos, en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el apartado 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas ratificado por España.

Sostiene que el principio non bis in ídem tiene una referencia material que impide la imposición de dos o más sanciones que se deriven de unos mismos hechos, pero entiende que tiene también una referencia procedimental que impide la reiteración sancionadora que se produce con la sustanciación de una pluralidad de procedimientos sancionadores por los mismos hechos y fundamento (entre otras, STC 2/2003, STC 334/2005). Principio que se aplica tanto en el proceso penal como en el procedimiento administrativo sancionador.

Por el contrario, en las contestaciones a la demanda presentadas por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal se solicita la desestimación del recurso interpuesto porque entienden que no se han vulnerado los preceptos constitucionales invocados afirmando que no existe una reiteración de sanciones por los mismos hechos y fundamento ya que el presente recurso contencioso administrativo tiene como objeto los acuerdos de incoación de expediente sancionador.

**CUARTO.-** Centrado el objeto y vistas las posiciones enfrentadas de las partes, esta Sala destaca que la mercantil recurrente ha interpuesto recurso contencioso administrativo al amparo del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona lo que implica que el análisis de la legalidad de la actuación administrativa impugnada debe efectuarse exclusivamente con arreglo a parámetros de legalidad constitucional. En este caso, la recurrente apoya su pretensión de nulidad en la vulneración de los artículos 24 y 25 de la CE de tal manera que cualquier otra consideración diferente quedara al margen del estudio en este proceso. Por ello no corresponde analizar en este proceso si existen o no indicios de incumplimientos de los compromisos adoptados por el Consejo de la CNMC en la resolución dictada en el expediente de concentración C/0550/14; ni tampoco si se han respetado y cumplido todos los tramites que garantizan, en su caso, el derecho de defensa del interesado en el procedimiento de vigilancia VC/0550/14. Y tampoco procede analizar en este proceso si es conforme a derecho la decisión de acordar la incoación del expediente sancionador por los posibles incumplimientos detectados ni tampoco si la conducta está o no prescrita.

Es cierto que la recurrente impugna actos administrativos de trámite, como son los acuerdos de incoación de expediente sancionador; sin embargo, a efectos de entender si son o no impugnables debemos atender no tanto a la calificación del acto, como refiere el Abogado del Estado, sino a sus efectos de tal manera que, es suficiente con que el acto pueda afectar a un derecho fundamental, que deba ser objeto de defensa o tutela, lo que determinara si el acto es o no recurrible; y, desde este punto de vista, los derechos fundamentales pueden verse afectados tanto por los actos definitivos como por los actos de trámite.

En este caso, la recurrente sostiene que la actuación administrativa ha vulnerado el principio non bis in ídem en dos ocasiones: primera, cuando se adopta en fecha 24 de enero de 2019 el acuerdo de incoación



del expediente sancionador SNC/DC/144/18 porque el recurrente se encontraba todavía incurso en otro procedimiento sancionador, el SNC/DC/059/18 incoado por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, ya que hasta el 28 de febrero de 2018 el Consejo de la CNMC no dicta la resolución por la que se acuerda el archivo por caducidad del expediente SNC/DC/059/18; segunda, porque entiende que, a pesar de que mediante resolución de 28 de febrero de 2019 se acuerda el archivo del expediente sancionador SNC/DC/144/18 por haberse incoado previamente a que se acordara la terminación del expediente SNC/DC/059/18, no obstante la Dirección de Competencia dicta en fecha 22 de marzo de 2019 un nuevo acuerdo de incoación de expediente sancionador, SNC/DC/44/19, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos que los dos anteriormente incoados y archivados.

No se discute ni se pone en duda que los tres expedientes sancionadores que se han incoado a la recurrente tienen origen en los mismos hechos, como son los indicios del incumplimiento de alguno de los compromisos fijados en la resolución que acuerda autorizar la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo por parte de REPSOL de la entidad PETROCAT. Y esos indicios de incumplimiento fueron constatados por la CNMC durante la tramitación del correspondiente expediente de vigilancia del cumplimiento de los compromisos a los que se condicionó la autorización de la operación de concentración; sin embargo, esta Sala no puede examinar en este proceso especial, por cuanto excede de la alegación de vulneración del principio non bis in ídem, la legalidad de la resolución que puso fin a ese expediente de vigilancia en cuanto que apreció ese incumplimiento y en cuanto que, además, ordenó la incoación de expediente sancionador por ese motivo.

Lo que constituye el objeto de este proceso supone analizar si la CNMC ha vulnerado el principio non bis ídem en el aspecto procedimental por cuanto, como dice la recurrente, le ha sometido a tres sucesivos expedientes sancionadores por los mismos hechos y fundamentos jurídicos destacando que los dos primeros se han archivado por la CNMC. Queda, por tanto, delimitado el estudio al análisis de si el último acuerdo de incoación del expediente sancionador SNC/DC/44/19 adoptado por la Dirección de Competencia en fecha 22 de marzo de 2019 vulnera el principio non bis ídem en su vertiente procedimental porque, como ya hemos indicado, se había incoado a la recurrente con anterioridad dos expedientes sancionadores por los mismos hechos y fundamentos jurídicos que se habían archivado de oficio por defectos procedimentales.

Es decir, debemos analizar si se vulnera dicha garantía cuando, como es el caso, la CNMC acuerda respecto de un mismo sujeto la incoación de diversos expedientes sancionadores por los mismos hechos y fundamentos.

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 invocado por la recurrente y tiene una doble significación. Por un lado, es un principio material, conforme al cual nadie puede ser castigado dos veces por los mismos hechos con idéntico fundamento jurídico. Pero también es un principio de carácter procesal o formal 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. Y en su vertiente procedimental se ha entendido en el sentido de que un mismo hecho antijurídico no puede enjuiciarse simultáneamente por los órganos jurisdiccionales penales y por los órganos administrativos pues en las relaciones entre Administración y Jurisdicción penal se determina la preferencia de esta última; asimismo ese principio también prohíbe iniciar un nuevo procedimiento sancionador si la sanción impuesta en un procedimiento anterior se ha anulado.

Aunque esta Sala pueda compartir la situación de inseguridad jurídica que ocasiona al administrado verse sometido a tres sucesivos expedientes sancionadores incoados por la misma autoridad administrativa y por los mismos hechos, no obstante, no apreciamos, como luego razonaremos, que esa actuación administrativa vulnere la garantía constitucional invocada por la recurrente, como es la vulneración del principio non bis in ídem.

No se ha vulnerado en su aspecto material por cuanto que cuando se dicta el acuerdo de incoación del último expediente sancionador, SNC/DC/44/19, ninguno de los dos expedientes sancionadores incoados con anterioridad, SNC/DC/059/18 y SNC/DC/144/18, habían terminado con resolución sancionadora sino que se habían archivado de oficio por defectos formales en la tramitación apreciados con anterioridad a que se dictara, en su caso, resolución sancionadora, tales como la caducidad del procedimiento administrativo en el SNC/DC/059/18 y defectos procedimentales al haberse acordado la incoación del expediente sancionador SNC/DC/0144/18 sin que se hubiera acordado formalmente la terminación del expediente anterior SNC/DC/059/18. Y esa declaración de archivo no impide que puedan incoarse nuevos expedientes sancionadores mientras no haya prescrito la acción de la Administración para perseguir esa conducta infractora y no haya recaído sanción administrativa, pues como señala el Tribunal Constitucional en la sentencia 177/1999, de 11 de octubre, en





su FJ3, ese principio *"impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta"*.

Tampoco se ha vulnerado dicha garantía en su vertiente formal que lo que pretende evitar es la duplicidad de procedimientos sancionadores por los mismos hechos y fundamentos incoados por los órganos judiciales penales y por los órganos administrativos toda vez que ello implica una reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado y supone una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado ( SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3). Y como ha dicho el Tribunal Constitucional el presupuesto para la aplicación del non bis in ídem procesal *«es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada»* ( SSTC 229/2003, de 18 diciembre, FJ 3).

Situación procedimental que no concurre en el caso analizado porque aunque estamos ante una reiteración en la incoación de expedientes sancionadores por la misma autoridad administrativa, al mismo sujeto y por los mismos hechos, no obstante, esa actuación no vulnera el principio non bis in ídem porque no estamos ante el supuesto en el que ya se ha "juzgado" o "enjuiciado" al administrado varias veces por un mismo hecho incoando sucesivamente expedientes sancionadores en los que ya ha recaído resolución sancionadora sino que, los expedientes sancionadores anteriores al último incoado, SNC/DC/044/19, se han archivado por defectos formales, como es la caducidad en la tramitación del procedimiento sancionador, apreciados de oficio antes de que recayera resolución sancionadora. Y en estos casos el artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone que: *"En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95"*. Y el artículo 95 permite que: *"La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción"*. Preceptos que permiten a la Administración incoar nuevos y reiterados expedientes sancionadores mientras no exista prescripción y siempre que, insistimos, la caducidad se haya acordado, como es el caso, antes de recaer resolución sancionadora. Idénticos argumentos se pueden trasladar para el acuerdo de archivo del procedimiento sancionador SNC/DC/0144/18 que se había iniciado sin que se hubiera declarado formalmente la caducidad del procedimiento sancionador anterior, SDC/DC/059/18, irregularidad formal que no integra la vulneración de la garantía constitucional invocada ni tampoco ocasiona indefensión material por cuanto que en el momento de acordarse su archivo tampoco había recaído resolución sancionadora.

En este sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia, en el asunto C-17/10 Toshiba, cuando dice *"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.

En consecuencia, la garantía constitucional solo puede entenderse vulnerada cuando en el ámbito sancionador se reiteran las sanciones por los mismos hechos y fundamentos lo cual implica que si se reproduce el camino para volver a castigar ello si contravendría el principio non bis in ídem en su dimensión procedimental ( TS sentencia 26 de marzo de 2012). Y en la sentencia de 22 de marzo de 2010 se dice que *"no cabe iniciar una investigación penal (o administrativa) por unos hechos sobre los que la jurisdicción (o la Administración) ya se ha pronunciado sobre el fondo concluyendo que, a luz de los elementos de juicio disponibles, no constituyen una infracción criminal (o administrativa). En otras palabras, una vez que los tribunales (o los órganos administrativos competentes) han juzgado definitivamente una conducta, no cabe que abran otro procedimiento para enjuiciarla de nuevo"*

**QUINTO.-** Por todo lo expuesto anteriormente debemos desestimar el presente recurso contencioso administrativo interpuesto y, en consecuencia, procede imponer a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

## FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 1/2019 promovido por los tramites del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona e interpuesto por la Procuradora



Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y en representación de la mercantil **REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.**, contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador SNC/DC/144/18 adoptado por la Dirección de Competencia en fecha 24 de enero de 2019 y contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador SNC/DC/44/19 adoptado por la Dirección de Competencia en fecha 26 de marzo de 2019. Y confirmamos las actuaciones administrativas impugnadas al entender que no vulneran las garantías constitucionales invocadas por la recurrente.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO