



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/118/15, FACUA VOLKSWAGEN)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortíz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 25 de febrero de 2016

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/118/15, FACUA VOLKSWAGEN por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción (FACUA) contra las actuaciones de la Dirección de Competencia dando respuesta al escrito de denuncia formulado por FACUA en relación a actos de publicidad engañosa y competencia desleal que habrían desarrollado VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA, S.A. y SEAT, S.A. en relación a los niveles de emisiones de sus vehículos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 8 de octubre de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de FACUA, autocalificado como *denuncia*, en el que ponía en conocimiento de la DC que VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA, S.A. y SEAT, S.A. (en adelante, VOLKSWAGEN) habían incurrido en publicidad engañosa relativa a los niveles de emisiones de sus vehículos y solicitaba a la CNMC que se proceda a iniciar expediente sancionador por tales hechos, así como que se les tenga por parte interesada a efectos de darles traslado de cuantas actuaciones se realicen.

2. La Dirección de Competencia (DC) contestó con fecha 28 de octubre de 2015 señalando que no puede llevar a cabo ninguna actuación relativa a tal escrito, en tanto el procedimiento penal iniciado en la Audiencia Nacional sobre esos hechos no sea resuelto.
3. Con fecha 10 de noviembre de 2015 tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por la representación de FACUA, autocalificado como potestativo de reposición, contra la contestación de la DC de fecha 28 de octubre de 2015.
4. Con fecha 20 de noviembre de 2015, 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 (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
5. Con fecha 24 de noviembre de 2015, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido. En dicho informe, la DC considera que procede la inadmisión del mismo, por no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de FACUA y, por tanto, por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 47.1 de la LDC.
6. Con fecha 3 de diciembre de 2015 la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de FACUA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones. El Acuerdo fue efectivamente notificado el 14 de diciembre de 2015.
7. El 17 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de la recurrente, de la misma fecha.
8. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 25 de febrero de 2016.
9. Es interesada en este expediente de recurso la Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción (FACUA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el presente recurso contra escrito de la DC en el que se notifica a FACUA que no cabe llevar a cabo ninguna actuación relativa al escrito en el que la Asociación denuncia que VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA, S.A. y SEAT, S.A. (VOLKSWAGEN) habrían incurrido en publicidad engañosa relativa a los niveles de emisiones de sus vehículos, y solicita a la CNMC que se proceda a iniciar expediente sancionador por

tales hechos, que la recurrente considera que constituyen actos de competencia desleal que afectan al interés público y suponen una infracción del artículo 3 de la LDC. Asimismo, FACUA solicita que se la tenga por parte interesada a efectos de darle traslado de cuantas actuaciones se realicen.

La recurrente alega que no todas las conductas por ella denunciadas son objeto del proceso penal, por lo que no existiría *bis in ídem*, en el sentido de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, que suponga un obstáculo a la compatibilidad de la apertura de un procedimiento administrativo sancionador con la existencia de un procedimiento penal. También argumenta FACUA que en la actual fase inicial en la que se encuentra el proceso penal iniciado ante la Audiencia Nacional no cabe hablar de prejudicialidad penal. Por ello, la asociación recurrente entiende que resulta desproporcionado que la DC no acepte siquiera iniciar una investigación contra las empresas denunciadas por FACUA.

En virtud de tales consideraciones, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que se estime el recurso y se proceda a investigar las conductas denunciadas.

En su informe de 24 de noviembre de 2015, la DC propone la inadmisión del recurso, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC. Además, para el caso de que no se considere apropiada la inadmisión, la DC considera que el recurso debería ser desestimado, al no aportar FACUA ningún elemento que permita modificar el contenido de la contestación dada por la DC a su denuncia.

Concretamente, la DC argumenta, en síntesis, que el artículo 46 de la LDC establece la prejudicialidad del proceso penal, por lo que no cabe abrir una investigación por la CNMC mientras el procedimiento penal no sea resuelto. Será tras la finalización del procedimiento penal cuando la DC pueda valorar si procede abrir una investigación, al amparo de la LDC, respecto de VOLKSWAGEN en relación a los hechos denunciados por FACUA.

Considera también la DC que el procedimiento penal condiciona directamente el resultado de cualquier investigación de la CNMC, al ser la base factual de ambos procedimientos la misma, esto es, el supuesto engaño en los niveles declarados de emisiones de los vehículos fabricados por VOLKSWAGEN respecto de los niveles reales.

En sus alegaciones de 17 de diciembre de 2015, la recurrente reitera someramente los motivos del recurso interpuesto el 10 de noviembre de 2015.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto y requisitos del artículo 47 de la LDC.

La recurrente califica como Resolución el escrito de la DC de 28 de octubre de 2015 y su propio recurso como de reposición.

Tal calificación no puede ser compartida por esta Sala de Competencia ya que, de conformidad con el artículo 45 de la LDC, los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos de la Dirección de Competencia, al indicar 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”*. No obstante, dado que el artículo 110.2 LRJPAC dispone que: *“El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, el presente recurso se considera interpuesto al amparo de lo establecido en el artículo 47 de la LDC.

La determinación de la normativa aplicable es obligada ya que el Tribunal Supremo ha subrayado las especiales características del recurso previsto en el artículo 47 de la LDC señalando que *“no se trata de una vía que abra 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’”* y concluyendo que *“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 [actual Dirección de Competencia] han producido indefensión u ocasionado perjuicios irreparables”*. Así lo ha recordado esta Sala en anteriores resoluciones de 1 de noviembre (R/0153/13, T.M.E. LLAMADAS MÓVILES) y 19 de diciembre de 2013 (R/0154/13 REPSOL 2) y de 31 de enero (R/DC/0001/14, ALMENDRA Y MIEL) y 23 de octubre de 2014 (R/AJ/309/14, AUDITORÍAS DE GESTIÓN INTEGRAL).

Conforme lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por FACUA supone verificar si la actuación recurrida ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

FACUA no hace referencia en su recurso ni en sus alegaciones complementarias a la existencia de indefensión o perjuicio irreparable derivados de la respuesta de la DC a su escrito denunciando las prácticas supuestamente desleales de VOLKSWAGEN, lo que podría determinar la desestimación directa de su recurso en ausencia de cualquier razonamiento sobre los requisitos exigidos por la LDC para la estimación del mismo.

No obstante lo anterior, corresponde analizar si de los hechos denunciados y de la información aportada por la recurrente cabe deducir indicios de infracción de la LDC que justifiquen la investigación por el órgano de instrucción de la CNMC de las conductas denunciadas, desde la perspectiva de una eventual vulneración de la normativa de la competencia.

Conforme a la argumentación de FACUA, las declaraciones públicas del grupo VOLKSWAGEN reconociendo la manipulación de los niveles de emisiones teóricos declarados en relación con los reales, ponen de manifiesto una práctica previa de publicidad engañosa del grupo en relación con los niveles de emisiones de sus vehículos. FACUA entiende a su vez que esa publicidad engañosa da lugar a actos de competencia desleal que tienen capacidad para afectar al interés público, y que en tal medida suponen una infracción del artículo 3 de la LDC.

La DC no valora los hechos denunciados por FACUA en cuanto a su fondo, dado que considera que la prejudicialidad penal que establece el artículo 46 de la LDC le impide abrir una investigación sobre los hechos señalados en relación a VOLKSWAGEN, al *“ser públicamente notorio que la Audiencia Nacional ha iniciado una investigación penal en relación con los hechos que se recogen”* en el escrito de denuncia de FACUA. Sin embargo, salvo esta referencia a la notoriedad pública de la investigación penal referida, la DC no proporciona ningún dato adicional sobre la misma que permita evaluar la posible incidencia actual de dicho proceso judicial sobre el posible procedimiento administrativo, si bien se estima que debe referirse al procedimiento abreviado 91/2015, iniciado mediante Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 2, de 28 de octubre de 2015.

Efectivamente, el artículo 46 de la LDC prevé que *“La existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda.”*

Ello es coherente con el hecho de que la normativa sancionadora administrativa postule la subordinación de la potestad administrativa sancionadora a la actuación judicial penal, que tiene prevalencia. Así, el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora, establece: *“1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que **los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal**, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. [...] 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial”*.

Siendo ello así, no obstante, esta Sala no comparte el criterio de la DC de que, en la medida en que la investigación correspondiente debería necesariamente ser suspendida, no es posible iniciar ningún procedimiento administrativo en relación a los hechos denunciados por FACUA en su escrito de 8 de octubre de 2015.

La normativa precitada prevé claramente que en casos de prejudicialidad penal corresponde suspender el procedimiento iniciado. La esencia de la figura de la prejudicialidad penal es evitar que se de un supuesto de *bis in ídem* (conurrencia de sanciones) y permitir que en el proceso penal puedan dilucidarse las cuestiones que condicionan la resolución que se adopte en el procedimiento administrativo. Para que se de tal prejudicialidad tendría que haber un análisis previo del que se derive la estimación de que existe identidad de sujeto, hechos y fundamento entre la eventual infracción administrativa y la infracción penal correspondiente. Sólo a la vista de esa valoración inicial de la identidad de sujetos, hechos y fundamentos de la actividad sancionatoria se activa el instituto de la prejudicialidad con la consecuencia obligada de suspensión del procedimiento administrativo. Pero este procedimiento debe haberse iniciado para que se pueda realizar tal valoración y en ese contexto tiene sentido la previsión de su suspensión en tanto no se resuelva la cuestión prejudicial penal.

Igualmente, para que opere el efecto suspensivo previsto en el citado artículo 46, se requiere que el procedimiento penal haya sido iniciado, sin que la simple presentación de una denuncia o de una querrela pueda provocar la prejudicialidad prevista en el mencionado precepto.

Esta Sala entiende que, habiéndose iniciado un procedimiento penal sobre hechos relacionados con los denunciados por FACUA mediante Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 2, de 28 de octubre de 2015, resulta oportuno que la DC realice las investigaciones correspondientes para determinar, bien que no corresponde incoar procedimiento sancionador alguno porque no hay indicios de vulneración de la normativa de la competencia, o bien que sí existen tales indicios, en cuyo caso lo obligado sería incoar el procedimiento sancionador y suspenderlo motivadamente en el caso de que se aprecie que existe tal identidad de sujeto, hechos y fundamento.

Sobre la oportunidad de suspender el procedimiento administrativo sancionador en supuestos de prejudicialidad penal ya en la fase en que el expediente administrativo esté pendiente sólo de resolución, se ha pronunciado el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia con argumentos relativos a la conveniencia de evitar que con el transcurso del tiempo desaparezcan medios de prueba que permitan tanto acreditar la existencia de la eventual infracción de la normativa de competencia como garantizar la adecuada defensa de los presuntos infractores, que también resulta oportuno traer a colación en el presente caso: *“Resulta cuestionable si la interposición de una querrela por injurias ante el Juzgado de Instrucción, por unas declaraciones referidas a los hechos denunciados ante el Servicio de Defensa de la Competencia, constituían razón suficiente para apreciar la existencia de prejudicialidad penal, de resolución preferente sobre el expediente administrativo que, en su caso, hubiera dado lugar a la aplicación del principio “non bis in ídem”, extremo éste que no estaba previsto por la Ley 110/1963; es más difícil, sin embargo, justificar la suspensión de la tramitación del expediente, no su simple resolución, por el riesgo de que con el transcurso del tiempo desaparezcan elementos de prueba que permitan acreditar la existencia de la infracción y garantizar la adecuada defensa de los presuntos infractores”* (Resolución del TDC de 26 de mayo de 1994, expte. r 77/94 Rutas a caballo).

En la medida en que la actuación de la DC no resulta en este caso conforme con la interpretación debida del artículo 46 de la LDC, se dan los elementos que justifican que el recurso examinado en la presente resolución deba ser estimado parcialmente.

Corresponde, por tanto, estimar la pretensión de FACUA en el sentido de instar a la Dirección de Competencia a que proceda a la práctica de las actuaciones de investigación oportunas a la vista de los hechos denunciados, que permitan la ulterior incoación de expediente sancionador si, a raíz de tales las actuaciones de investigación, se derivan indicios de infracción que justifiquen tal incoación. Y ello se entiende sin perjuicio de que, en el mismo acto, pueda acordarse la suspensión por prejudicialidad penal ex artículo 46 de la LDC si concurre la mencionada triple identidad.

No cabe sin embargo estimar la solicitud de FACUA de que se la tenga por parte interesada a efectos de darle traslado de cuantas actuaciones se realicen. La valoración por la DC de la condición de interesado, y su revisión en su caso por esta Sala, corresponden a una fase posterior del procedimiento, en la que se valore conforme a las previsiones del artículo 31 de la LRJ-PAC la concurrencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, individual o colectivo, en FACUA.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción (FACUA) contra el escrito de la DC de 28 de octubre de 2015, ordenando a ésta que realice las actuaciones necesarias para determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de expediente sancionador por infracción de la LDC en relación a los hechos denunciados por FACUA en su escrito de 8 de octubre en relación con las declaraciones de VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA, S.A. y SEAT, S.A. sobre los niveles de emisiones de sus vehículos.

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 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.