

Roj: **ATS 3328/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3328A**Id Cendoj: **28079130012017200649**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/04/2017**Nº de Recurso: **225/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 10 de abril de 2017

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 14 de octubre de 2016, sentencia estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo número 594/2013 interpuesto por Mémora **Servicios Funerarios**, S.L. contra la resolución de 4 de octubre de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se impone a **Servicios Funerarios FUNERMADRID**, S.L. (del grupo MÉMORA) una multa sancionadora de 141.884 euros por infracción del art. 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

El **Servicio** de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (SDCM) eleva Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNC, llegando a la conclusión de que la conducta llevada a cabo por MÉMORA, consistente en denegar el uso de las salas velatorio del **tanatorio** de Coslada bajo determinadas circunstancias, constituye una infracción tipificada en el artículo 2.2.c) de la LDC, calificada como de muy grave atendiendo a lo establecido en el artículo 62.4 b) de dicha ley. No obstante, el SDCM propone el Consejo que no se imponga sanción a la imputada en base a la no existencia de culpabilidad en el comportamiento de MÉMORA.

La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia aquí recurrida, en cambio, considera que la conducta de MÉMORA no puede ser considerada sino como dolosa, ya que no sólo conocía el carácter ilícito de su conducta, sino que realizó deliberadamente una interpretación de la normativa vigente que amparaba su comportamiento anticompetitivo, y le impone la multa sancionadora de 141.884 euros.

La sentencia estima parcialmente el recurso. Con invocación de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala en relación con el procedimiento administrativo sancionador, y aplicando el art. 51.4 LDC, concluye que <<[...] el derecho de defensa de la actora ha sido conculcado en dicho procedimiento sin que haya existido mínima culpa de la recurrente en la indefensión producida pues, en efecto, ésta no tenía que defenderse nada más que de los hechos que se le Imputaban y de la calificación jurídica que de la misma hacía la Dirección de Investigación, de ahí que ante la declaración de ausencia de culpabilidad no precisase realizar alegación alguna como tampoco tenía que defenderse de que fuera responsable de un eventual abuso de posición de dominio al quedar exonerado de responsabilidad, pues obvio es que nadie está obligado de defenderse de "todo", ni puede decirse que acepte "todo" aquello de lo que no se defiende>>, y ello porque tanto en el pliego de cargos como en la propuesta de resolución, la Dirección de Investigación declaró la no existencia de culpabilidad en el comportamiento de la actora, en cuanto que la normativa aplicable es susceptible de diferentes interpretaciones posibles, y la resolución sancionadora impugnada no tuvo en cuenta lo anterior y entendió que la conducta de Mémora no puede ser considerada sino como dolosa. Esto es, se ha modificado el sentido de la imputación contenida en la propuesta de resolución sin conceder trámite de audiencia previo.



La sentencia anula la resolución recurrida y acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior a la dicción de la resolución que dicte el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, para que proceda a dar trámite del art. 51.4 de la LDC 15/2007.

SEGUNDO.- La procuradora de los Tribunales, D.^a María Pilar Pérez González, en nombre y representación de Mémore **Servicios Funerarios**, S.L., bajo la dirección letrada de D. Manuel Vélez Fraga, ha preparado recurso de casación contra la sentencia de 14 de octubre de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 594/2013.

Denuncia, en síntesis, (i) la infracción de los artículos 33.1 LJCA y 218.1 LEC, en conexión con el art. 24.1 CE; e infracción de la jurisprudencia: SSTs de 30 de octubre de 2013 (rec. 2184/2012) y 21 de mayo de 2014 (rec. 492/2013), por incongruencia *extra petita*. Alega que ni en la demanda ni en la contestación se planteó en momento alguno que la consecuencia anudada a la vulneración del derecho de defensa hubiera de ser una estimación parcial del recurso con retroacción de actuaciones. Añade que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado en supuestos idénticos que no resulta procedente hacer un pronunciamiento relativo a una posible retroacción de actuaciones si no se ha planteado, al menos, por la defensa de la Administración; y (ii) la infracción del art. 62.1.a) Ley 30/1992, en relación con el art. 25.1 CE y art. 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Alega que no procede acordar una retroacción de actuaciones en un supuesto de nulidad de pleno derecho por vulneración de un derecho fundamental, sino la nulidad pura y simple de la resolución sancionadora, y tratándose de un vicio de nulidad de pleno derecho, no cabe su convalidación ni subsanación. Añade que se vulneraría el principio *non bis in idem*, incluido en el catálogo de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, que lo vincula al derecho fundamental de legalidad penal previsto en el artículo 25.1 CE. Asimismo, ese principio ha sido positivizado expresamente por el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH, y las exigencias del CEDH son de plena aplicación al procedimiento sancionador de defensa de la competencia, pues así lo ha declarado sin ambages la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2011 (asunto n.º 43509/08), *Menarini Diagnostics v. Italy*. Por ello, concluye, resulta de aplicación la regla general en virtud de la cual, agotado un primer procedimiento de naturaleza penal (como ocurre con el Derecho de la competencia), no resulta posible un nuevo proceso sobre la misma infracción, lo que implica la improcedencia de la retroacción de actuaciones acordada. La vertiente procesal del principio *non bis in idem* se vería vacía de contenido si, a pesar de incurrirse en la vulneración de un derecho fundamental, la retroacción permitiera un nuevo enjuiciamiento de la misma infracción.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la letras a) del artículo 88.2 LJCA, y las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo 88. Al amparo del apartado a) del artículo 88.2 de la LJCA afirma que la sentencia recurrida ha realizado una aplicación del principio de congruencia contradictoria con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente con la contenida en las sentencias de 30 de octubre de 2013 (rec. 2184/2012) y 21 de mayo de 2014 (rec. 492/2013); además, alega que la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha resuelto de manera contradictoria situaciones idénticas, citando el auto de 12/2/2016 dictado en el recurso 1/2012, seguido por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales. Al amparo del apartado a) del artículo 88.3 de la LJCA alega que no existe jurisprudencia sobre la aplicación del art. 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH a un supuesto como el presente. Añade que la concreta calificación del Derecho de la competencia como Derecho penal a efectos del CEDH, hace extremadamente conveniente que el Tribunal Supremo interprete un precepto como el artículo 4 del Protocolo citado en su proyección sobre el Derecho nacional. Un pronunciamiento en tal sentido del Tribunal Supremo afectaría a un número elevado de casos y se proyectaría de modo general sobre todas las situaciones en las que se produjera la lesión de un derecho fundamental causante de indefensión en la tramitación de los procedimientos sancionadores de la autoridad de competencia. Se aclararía de ese modo cuándo podría existir un pronunciamiento de retroacción de actuaciones, cuándo el vicio sería determinante de una nulidad de pleno derecho y cuándo procedería la "reapertura. Y al amparo del apartado d) del artículo 88.3 de la LJCA afirma el acto recurrido proviene de la Comisión Nacional de la Competencia.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 19 de diciembre de 2016, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se ha personado ante esta Sala como parte recurrida el abogado del Estado, quien se opone a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS



PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 4 de octubre de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se impone a **Servicios Funerarios FUNERMADRID, S.L.** (del grupo MÉMORA) una multa sancionadora de 141.884 euros por infracción del art. 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, «[...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]». Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

TERCERO.- Junto a la invocación del artículo 88.2.a) de la LJCA, en el escrito de preparación se invocan los apartados a) y d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Centrándonos en estos últimos, conviene aclarar que la presunciones recogidas en los meritados apartados no son absolutas pues el propio artículo 88.3, *in fine*, permite inadmitir (mediante «auto motivado») los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Con relación a este inciso procede que hagamos algunas puntualizaciones:

1º) Por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y

2º) La inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso). Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 *in fine* LJCA, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).

Pues bien, a pesar de que la resolución recurrida en la instancia ha sido un acto dictado por uno de los organismos previstos por la letra d) del artículo 88.3 LJCA, aplicando las anteriores premisas al asunto del caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación, en cuanto concierne al tema de fondo debatido en el litigio, deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello por cuanto las cuestiones planteadas por la parte recurrente se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

Además, la parte recurrente invoca, aparte del citado apartado d), el contenido del art. 88.3.a) LJCA, que establece que se presumirá que existe interés casacional objetivo «cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia». El recurrente afirma que no existe jurisprudencia sobre la aplicación del art. 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH a un supuesto como el presente, poniendo dicha alegación en relación con el que denomina segundo motivo casacional, en el que denuncia la infracción del art. 62.1.a) Ley 30/1992, en relación con el art. 25.1 CE y art. 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, por vulneración del principio *non bis in ídem*. No obstante, la jurisprudencia en relación con dicho principio está formada, incluso desde la perspectiva del art. 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales invocado por la recurrente, pudiendo citarse, a título de ejemplo la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014 (RCUD 164/2013), que recoge la doctrina establecida por las sentencias de esta Sala de 26 de marzo de 2012 (rec. casación 5827/09) y 22 de marzo de 2010 (rec. casación 997/06), por la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 188/2005, de 7 de julio, y por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en los asuntos C-17/10 y C- 617/10. Por consiguiente, la vocación nomofiláctica de este recurso extraordinario unida a la aplicación *ad casum* del principio *non bis in ídem* respecto de los cuales existen ya pautas de interpretación, incluso desde la perspectiva del art. 4 del



Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como ya hemos dicho, impide la favorable acogida del interés casacional.

Por último, se invoca el apartado a) del artículo 88.2 de la LJCA, que lo pone en relación con el que denomina primer motivo casacional, por considerar que la sentencia ha realizado una aplicación del principio de congruencia -incongruencia *extra petita*- contradictoria con la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de esta Sala de 30 de octubre de 2013 (rec. 2184/2012) y 21 de mayo de 2014 (rec. 492/2013), y de manera contraria a lo resuelto por la propia Audiencia Nacional en auto de 12/2/2016 dictado en el recurso 1/2012, seguido por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, al acordar una retroacción de actuaciones que no había sido solicitada por las partes. Pues bien, aparte de que no existe contradicción entre las resoluciones que el recurrente invoca y la sentencia aquí recurrida, debe añadirse que la jurisprudencia sobre la incongruencia *extra petita* también está formada, y no se considera necesario matizarla, precisarla o concretarla para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en esa jurisprudencia.

CUARTO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1, párrafo primero de la Ley de esta Jurisdicción, la inadmisión debe comportar la imposición de las costas a la parte recurrente. La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 225/2017 preparado por la representación de **Mémora Servicios Funerarios**, S.L. contra la sentencia de 14 de octubre de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 594/2013, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Publíquese este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente D. Manuel Vicente Garzón Herrero D. Segundo Menéndez Pérez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D. Diego Córdoba Castroverde D. José Juan Suay Rincón D. Jesús Cudero Blas