

ACUERDO SOBRE RECUSACIÓN

PLENO

Presidenta

Doña María Fernández Pérez (Vicepresidenta de la CNMC).

Consejeros

Don Eduardo García Matilla.
Don Josep María Guinart Solá.
Doña Clotilde de la Higuera González.
Don Diego Rodríguez Rodríguez.
Don Fernando Torremocha y García-Sáenz
Don Benigno Valdés Díaz.

Secretario del Consejo:

Don Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 20 de febrero de 2015.

Visto el incidente de recusación de tres de los miembros de la Sala de Competencia formulada por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. mediante escrito de 13 de febrero de 2015 en relación con el expediente sancionador SNC/032/13, el Pleno, con la composición arriba expresada, ha dictado el presente acuerdo sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES

Primero.- Ante esta Comisión se sigue procedimiento sancionador (expte. SNC/032/13 REPSOL) incoado por la Dirección de Competencia, con fecha 7 de julio de 2014, contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. (en adelante, RCPP), por posible incumplimiento de la obligación impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) mediante Resolución de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente S/0652/07, REPSOL/CEPSA/BP, lo que podría constituir una infracción del artículo 62.4. c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Segundo.- En el marco de dicho procedimiento sancionador, el órgano instructor remitió con fecha 15 de octubre de 2014 propuesta de resolución al Consejo, de conformidad con lo previsto en el artículo 24.4 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

Tercero.- Con fecha 18 de diciembre de 2014 fueron aprobados por la Sala de Competencia del Consejo de esta Comisión sendos acuerdos de requerimiento de información y de recalificación. Contrás ambos acuerdos interpuso RCPP recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, admitidos a trámite mediante diligencia de ordenación de 14 de enero de 2015. La comunicación de dicha diligencia de ordenación a esta Comisión, a través de su representación procesal, tuvo lugar el 21 de enero de 2015.

Cuarto.- Mediante escritos de 8 y 21 de enero de 2015, RCPP solicitó la suspensión del procedimiento SNC/032/13 con base en la impugnación referida en el anterior antecedente y con motivo de haber solicitado en el marco de dicho proceso la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos impugnados. Dicha suspensión fue adoptada por la Sala de Competencia del Consejo mediante acuerdo de 29 de enero de 2015.

Quinto.- El 13 de febrero de 2015 RCPP presenta escrito en el que propone la recusación de tres de los miembros de la Sala de Competencia por concurrir en ellos los motivos señalados en las letras a) y c) del artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sexto.- Con fecha 19 de febrero de 2015 se constituye el Pleno del Consejo de la Comisión en el que fue tratada la propuesta de recusación formulada por RCPP en el marco del expediente sancionador SNC/032/13. Una vez constituida la sesión, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la citada Ley 30/1992, presentes los tres miembros de la Sala de Competencia recusados, el Presidente D. José María Marín Quemada, la Consejera D^a María Ortiz Aguilar y la Consejera D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain, manifiestan que no concurre en ellos la causa de recusación señalada por RCPP. Acto seguido, los tres recusados se ausentan de la sesión, deliberando a continuación los miembros del Pleno, con la composición *ut supra* referida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 20.12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atribuye al Consejo la competencia para “*resolver sobre las recusaciones y correcciones disciplinarias del Presidente, Vicepresidente y consejeros y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones*”.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la citada Ley 30/1992, supletoriamente aplicable a las funciones desarrolladas por esta Comisión ex artículo 2.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, se han seguido los trámites previstos para la resolución del presente incidente. En particular, en la propia sesión plenaria, los tres recusados han expuesto su juicio sobre la concurrencia o no de los motivos de recusación planteados por RCPP (art. 29.3).

SEGUNDO.- En su escrito de 13 de febrero de 2015 plantea RCPP la recusación de tres de los miembros de la Sala de Competencia sobre la base de “*la pérdida de la debida imparcialidad objetiva*”, así como la “*existencia de un sentimiento personal de rechazo o aversión hacia la citada compañía*”.

En particular, en dicho escrito desarrolla los motivos en los que fundamenta la recusación incidiendo en que (i) el acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014 incorpora hechos nuevos, ajenos a la instrucción, vulnerándose con ello la garantía de separación funcional entre la instrucción y la resolución de procedimientos sancionadores, lo cual supone, además, la privación a la empresa de su derecho de defensa y de las garantías del procedimiento; (ii) la vulneración de la Ley 11/2013 y del principio de irretroactividad de las leyes sancionadoras favorables; (iii) el carácter prejudicial del acuerdo de recalificación y pérdida sobrevinida de imparcialidad.

Todo ello conduce a RCPP a sostener que concurren los motivos de recusación previstos en las letras a) y c) del artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre:

«a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.»

«c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.»

TERCERO.- RCPP señala en su escrito de 13 de febrero de 2015 que el acuerdo de recalificación de 18 de diciembre de 2014 supone la invasión por el órgano resolutorio de funciones propias de la instrucción, al haber ampliado la duración de la conducta, vulnerando con ello la separación entre instrucción y resolución, el derecho de defensa de la empresa, así como prejuzgando el fondo de la resolución con el consiguiente incurso en motivo que denotaría falta de imparcialidad y, por ende, en motivo de recusación.

Esta alegación expresada por RCPP manifiesta ciertas discrepancias jurídicas que, en todo caso, el interesado podrá formular ante los órganos jurisdiccionales que considere competentes. Sin perjuicio de lo anterior, este Pleno considera que, de la adopción de dicho acuerdo no puede deducirse ninguna de las causas de recusación alegadas.

CUARTO.- Habida cuenta de que las alegaciones de RCPP hacen referencia a los votos particulares del acuerdo de 18 de diciembre, este Pleno considera que tanto las resoluciones como los votos particulares están basadas en el ejercicio legítimo de una competencia atribuida legalmente y manifiestan el buen hacer del Consejo en su conjunto.

QUINTO.- La recusación planteada por cualquier interesado en un procedimiento administrativo exige la aportación de un principio de prueba que denote la concurrencia de alguna de las causas enumeradas en el artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o conduzcan a cuestionar la imparcialidad u objetividad de la persona frente a la que dicha recusación se plantea.

En este sentido, señala el Tribunal Supremo (STS, Sala CA, de 26 de abril de 1980):

«[...] la recusación exige el señalamiento concreto de cuál de los motivos previstos por la Ley es el concurrente, sin cuya determinación es totalmente imposible enjuiciar la seriedad y viabilidad de la recusación, no bastando, como ocurre en el caso presente, la genérica invocación de una sospecha de parcialidad en el designado como Instructor, pero sin determinar la causa legal de la cual se desprende la sospecha expresada.».

De ello se desprende, igualmente, que no bastará con la mera referencia formal a alguno de los supuestos enumerados en el artículo 28.2 de la Ley 30/1992, resultando exigible la aportación de elementos de prueba o juicio que permitan subsumir el supuesto de hecho en alguno de los motivos legales de recusación.

RCPD no ha señalado en su escrito, al margen de argumentos de carácter teórico y discrepancias jurídicas sobre las que se ha dado respuesta en fundamentos anteriores, ningún elemento fáctico que conduzca a un indicio o prueba consistente en relación con los motivos de recusación que invoca [es decir, tener interés personal en el asunto (art. 28.2.a) o tener amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los interesados (art. 28.2.c)].

Únicamente alude RCPD en el párrafo 31 de su escrito a *“las declaraciones, de 11 de febrero de 2015, del Presidente de la CNMC sobre los precios de los carburantes en España, publicadas ampliamente en diversos medios de comunicación [...] En concreto, durante una intervención suya en el 12º Encuentro del Sector Energético, organizado por IESE y Deloitte, el Sr Marín Quemada, refiriéndose al sentir colectivo del Consejo declaró que “hemos conseguido que la gasolina esté más barata que el café del Starbucks”*”.

Al margen de que una declaración de tal tipo puede ya de inicio calificarse como insuficiente para cuestionar la imparcialidad de un miembro del Consejo de la Comisión, debe puntualizarse que dicha cita no es correcta y la afirmación se vertió en un contexto y con un sentido radicalmente distinto al expuesto y citado por RCPD.

Así, este Consejo ha podido contrastar la grabación de la mencionada intervención del Presidente en el referido *Encuentro*, en la que puede escucharse lo siguiente (minutos 17-18):

“[...] y a esa situación, que podríamos decir la envolvente internacional, pero que en el caso de la energía es inseparable del día a día de los negocios, del acontecer y de la toma de decisiones de todos ustedes, pues, se suma después, el esquema de fuerzas, de acciones y de reacciones, en España. Y nos encontramos con que la actividad normativa a nivel español, la reforma eléctrica o los mercados del gas, etcétera, añaden, no deberían añadir incertidumbre, pero añaden, para algunos, y es perfectamente comprensible, elementos de inquietud, cuando lo que deberían es

añadir elementos de tranquilidad. Sea como fuere, ese panorama internacional que hace que se comente en las conversaciones entre colegas norteamericanos que “por fin hemos conseguido que la gasolina esté más barata que el café del Starbucks”, se unen las circunstancias que están en la mente de todos y que nos son más propias, que nos son más cercanas, que son las nuestras, son sobre las que tenemos más acción. En este esquema comprenderán ustedes que no sobran en España foros de discusión sosegada, como es el que hoy nos tiene, les tiene especialmente a ustedes, los grandes actores del día, aquí reunidos. [...]”

La simple audición de este fragmento de la intervención del Presidente de la CNMC excluye toda nota de parcialidad, *aversión* o *enemistad manifiesta*, resultando de ello totalmente infundada la invocación que a tal efecto hace RCPP.

SEXTO.- Ahondando en lo anterior, resulta conveniente traer a colación los argumentos que, con cita de abundante doctrina jurisprudencial, se hace en el informe de la Abogacía del Estado de 14 de abril de 2011 [Ref. AG Entes Públicos 25/11 (R-349-11)] en un supuesto en el que se analizó la recusación de un miembro del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia por las manifestaciones vertidas en un acto o foro académico, en relación con cierto aspecto de la regulación del sector eléctrico.

En primer lugar, el mencionado informe afronta de forma detallada el distinto tratamiento que la normativa y la jurisprudencia dan a las figuras de la abstención y la recusación en el ámbito judicial, por un lado, y administrativo, por el otro. La primera, regulada en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, somete a Jueces y Magistrados a un régimen que, por la naturaleza de la función jurisdiccional, resulta más riguroso que el previsto en la legislación administrativa.

Señala el mencionado informe:

«Como estudia la mejor doctrina, la aplicación de las causas de abstención y recusación en el proceso judicial y en el procedimiento administrativo no se produce con el mismo rigor porque el estatuto de los cargos públicos y funcionarios que actúan en la Administración Pública es distinto respecto de los Jueces y Magistrados y restantes personas que intervienen en el proceso judicial.

Las causas de abstención del Poder Judicial se fundamentan en un derecho fundamental, previsto en el artículo 24.1 de la Constitución Española y en los Convenios internacionales sobre derechos fundamentales, que exigen la más completa independencia e imparcialidad del Juez que ha de decidir sobre un conflicto.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 22/1990, de 15 de febrero, declara que la imparcialidad judicial no es, por ejemplo, una de las garantías trasladables, sin más, al procedimiento administrativo sancionador. En el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 186/2008, de 25 de junio, contemplando el importante aspecto de la separación de las fases de instrucción y de resolución en el procedimiento administrativo sancionador, afirma que dicha diferenciación no tiene trascendencia constitucional. “La pretendida necesidad de unas fases separadas en el procedimiento administrativo sancionador representa una garantía legal que no tiene contenido constitucional, pues si bien la STC 145/1988, de 12 de julio [...]

declaró inconstitucional la acumulación en una misma persona de las fases de instrucción y fallo de un proceso penal, por vulneración de la garantía de la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), dado que la actividad instructora “puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar”, sin embargo la garantía de la imparcialidad judicial no constituye una de esas garantías que son trasladables, sin más, al procedimiento administrativo sancionador”. [...]

Es cierto que, siempre debe garantizarse, por una parte, la tutela efectiva de los jueces y tribunales, de un proceso público con todas las garantías y de la independencia e imparcialidad judicial (arts. 24 y 117 CE), y, por otra, la objetividad propia de la Administración Pública y la imparcialidad de los funcionarios (art. 103 CE).

Pero, como expresa la doctrina, si, en el caso del ámbito judicial –STC 60/1995, de 16 de marzo-, “sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, los órganos administrativos deben actuar con objetividad, es decir, ajustándose a los criterios establecidos por las normas jurídicas y con neutralidad frente a los intereses particulares existentes, pero su misión esencial es la de procurar la definición y satisfacción de los intereses públicos. En el ámbito de la Administración, el servicio de los intereses generales supone que la actividad de la Administración se ejerce de manera dinámica a través de políticas, programas, decisiones, que persiguen mediante su actuación dichos fines, con respeto al Derecho. En cambio, la función jurisdiccional no persigue la consecución de fines, sino la resolución de los conflictos que se planteen de manera objetiva y ajena a las posiciones de las partes enfrentadas. En el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, su función es controlar la sumisión de la actuación de la Administración a Derecho, no sustituir su ámbito de decisión. [...]

Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, no puede omitirse que el resultado de la función jurisdiccional, las sentencias, cuando alcanzan el carácter de firmes, constituyen la última decisión, con valor de cosa juzgada, mientras que en el caso de la Administración los actos administrativos son objeto de control jurisdiccional lo que puede determinar su eventual anulación por los órganos jurisdiccionales,

Por ello, si en el ordenamiento administrativo, “la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido” (artículo 28.3 LRJAPAC), en el ámbito judicial la intervención de un Juez que debió haberse abstenido determina la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a un juez imparcial garantizado por el artículo 24 de la Constitución Española tal y como establece el artículo 228.3 de la LOPJ.

[...]

En consecuencia, y por lo que aquí respecta, el régimen aplicable a las causas de abstención de los miembros del CNC es el previsto en la LRJAPAC, de acuerdo con los criterios interpretativos que acaban de exponerse y no son, en consecuencia exigibles las garantías adicionales previstas para los Jueces integrantes del Poder Judicial. Los ejemplos proporcionados por la propia jurisprudencia son ilustrativos de que no puede producirse una traslación mimética de las normas aplicables a cada

caso. Todo ello, sin merma de las garantías de objetividad e imparcialidad que, como también se ha expuesto, resultan en este caso completamente asegurada.».

Se constata que las referencias jurisprudenciales que incorpora RCPP a su escrito (párrafos 25, 26 y 29) guardan relación con la abstención o recusación de Jueces y Magistrados, sometidos al régimen del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, régimen que como expone el informe citado no resulta miméticamente trasladable al que aquí nos ocupa.

En segundo lugar, el mencionado informe incorpora juicios de importante valor para la interpretación del artículo 28.2.a) de la Ley 30/1992, invocado por RCPP, que conducen igualmente al rechazo de los argumentos esgrimidos por la compañía. Así, se señala:

«En este contexto de respeto a los principios de objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, la causa de abstención alegada, prevista en el artículo 28.1. a) LRJPAC, exige la concurrencia de dos requisitos: de una parte, la existencia de un "interés personal" que afecte o beneficie a quien debe adoptar la decisión y, de otra, una relación directa entre el asunto de que se trate y la esfera de intereses de la Autoridad llamada a decidir. Además, la jurisprudencia ha considerado, en el ámbito de la legislación de procedimiento administrativo que aquí resulta aplicable, que el interés que relacione a la autoridad con el asunto debe ser de carácter particular, en cuanto la decisión que se adopte pueda ocasionarle un beneficio individual o perjuicio, como exige la Ley al mencionar la concurrencia de "interés personal" con el asunto de que se trate.

[...]

[Cita de STSJ Castilla La Mancha de 24 de febrero de 2003 y STSJ de Galicia de 22 de mayo de 2002, confirmada por la STS de 4 de abril de 2005]

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 octubre de 1998, manifiesta que "pues siendo el interés personal la relación que une a la autoridad decisoria con el objeto del expediente, de forma que la primera pueda experimentar algún tipo de beneficio o perjuicio como consecuencia de la resolución del procedimiento (vgr. STS 2.a, 28 junio 1982), es obvio que en el presente caso tal relación no puede ser apreciada, porque con independencia de que en la fecha de producción de la resolución impugnadas el Alcalde de Magán fuera o no socio de la sociedad contratante con la mercantil coadyuvante, lo cierto es que de la resolución del presente proceso -determinar si la actividad ganadera del actor cumple o no con los requisitos legales-, no se derivan para el mismo ni para la sociedad a la que pertenecía beneficio o perjuicio alguno que haya sido alegado y acreditado»

[...]

En la presentación no se alude a procedimiento alguno, y la conexión que se expresa en el escrito de recusación a que el interés personal de la [recusada] se concreta en su "evidente interés personal (...) en mantener un determinado criterio (pese a haber sido corregido por los Tribunales) frente a una interpretación objetiva e imparcial de cada supuesto de hecho y de sus subsunción, en su caso, la correspondiente norma sancionadora", no puede compartirse. La [recusada] realiza una exposición de tipo doctrinal sobre la situación del mercado eléctrico, en los términos que considera, en su opinión personal, que debe modificarse por resultar anticompetitivo, pero no manifiesta en absoluto que pueda obtener, en los términos

antes expuestos un beneficio o perjuicio personal con la decisión que pueda adoptar y que sea ese interés el que comprometa su objetividad e imparcialidad. La [recusada] no pierde ni gana nada personalmente sea cual sea la decisión que en su momento adopte el Consejo. No puede omitirse que la CNC no es, como se insistirá más adelante, un órgano jurisdiccional llamado a resolver conflictos, sino una Entidad administrativa que, dotada de autonomía funcional para el ejercicio de sus objetivos, debe promover la defensa de la competencia. En este contexto, los miembros de la Entidad pueden expresar sus opiniones sobre el ámbito de actuación institucional de la Comisión, sin que ello implique un interés personal. En definitiva, el deber de abstención previsto en la LRJPAC, que debe ser interpretado restrictivamente en la medida en que supone una excepción al deber de toda autoridad o funcionario público a ejercer sus funciones, se justifica para asegurar la imparcialidad en la toma de decisión en relación con un asunto determinado, y no concurren aquí ninguno de los antes citados requisitos exigibles para apreciarlo.».

Las consideraciones citadas son perfectamente trasladables al caso que aquí nos ocupa. No concurre en las declaraciones del Presidente de la CNMC citadas por RCPP elemento o juicio que denote parcialidad. No se asocia, ni a dichas declaraciones, ni a otras consideraciones que RCPP incorpora en su escrito, interés *personal* de ninguno de los recusados en relación con el objeto del procedimiento SNC/032/13, más allá del derivado del cumplimiento de sus deberes, de conformidad con los fines que tiene atribuida la Comisión (art. 1.2 y 5 a 12 de la Ley 3/2013). No se alcanza a deducir el beneficio o detrimento que los recusados pudieran sufrir en su esfera jurídica o patrimonial como consecuencia de la resolución, cualquiera que fuere su sentido, del expediente SNC/032/13. Por último, idénticas consideraciones conducen a rechazar cualquier atisbo de *íntima amistad* o *manifiesta enemistad* de cualquier de ellos con la compañía RCPP.

SÉPTIMO.- RCPP plantea en su escrito otras cuestiones que no guardan relación con el incidente, como son la vulneración de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de creación de empleo y del principio de irretroactividad de las leyes sancionadoras favorables que recoge el artículo 9.3 de la Constitución y el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Ambos argumentos deben rechazarse *ad limine*. Ninguna de las cuestiones tiene anclaje ni relación con la recusación formulada, ni puede asociarse con falta de imparcialidad u objetividad de los miembros de la Sala de Competencia encargada de resolver el expediente SNC/032/13. Así, se trata de cuestiones de discrepancia jurídica que el interesado podrá hacer valer, tanto en el recurso ya interpuesto contra el mencionado acuerdo de 18 de diciembre, como contra el que en su caso pueda interponer contra la resolución que ponga fin al procedimiento SNC/032/13.

Por todo lo anterior, el Consejo en Pleno

HA RESUELTO

ÚNICO.- Rechazar la propuesta de recusación presentada por RCPP en el marco del expediente SNC/032/13 en relación con D. José María Marín Quemada, Presidente, D^a María Ortiz Aguilar, Consejera, y D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain, Consejera, todos ellos de la Sala de Competencia.

Incorpórese este incidente como pieza separada del expediente SNC/032/13 y notifíquese el presente acuerdo al interesado, haciéndole saber que de conformidad con lo previsto en el artículo 29.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, contra el misma no cabe recurso alguno en vía administrativa ni judicial, sin perjuicio de la posibilidad de alegar lo que a su derecho convenga al interponer el recurso que proceda contra la resolución que ponga fin al procedimiento SNC/032/13.