



Roj: **STS 5550/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5550**

Id Cendoj: **28079130032014100348**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/12/2014**

Nº de Recurso: **6389/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4693/2011,**  
**STS 5550/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil catorce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 6.389/2.011, interpuesto por MERCADONA, S.A., representada por el Procurador D. Luis Fernando Granados Bravo, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 26 de octubre de 2.011 en el recurso contencioso-administrativo número 747/2.010, sobre desestimación de recurso extraordinario de revisión, de solicitud de revisión de oficio y de solicitud de ejecución de sentencia.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 26 de octubre de 2.011, desestimatoria del recurso promovido por Mercadona, S.A. contra la resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2.010 en el expediente R 0041/10. En la misma se resolvía lo siguiente:

" **PRIMERO**.- Desestimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto por MERCADONA contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007 (Expediente 612/06, Aceites 2).

**SEGUNDO**.- Desestimar la petición subsidiaria de revisión de oficio de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, por no concurrir ninguna de las causas previstas por el artículo 62.1 de la LRJPAC.

**TERCERO**.- Denegar, por improcedente, la solicitud de ejecución de la *Sentencia del Tribunal Supremo nº 970/2008, de fecha de 10 de diciembre de 2009, formulada por MERCADONA.* "

**SEGUNDO** .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 13 de diciembre de 2.011, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO** .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Mercadona, S.A. ha comparecido en forma en fecha 27 de enero de 2.012, mediante escrito interponiendo recurso el recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:



- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, en relación con el artículo 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil;
- 2º, que se basa en el mismo apartado que el anterior, también por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en este caso, de los artículos 33.1 y 67.1 de la propia Ley jurisdiccional, en relación con los artículos 208 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;
- 3º, basado en el apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 118.1.2º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y
- 4º, que se ampara igualmente en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 102.1 de la Ley 30/1992.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que, casando y anulando la recurrida, se estime el recurso contencioso-administrativo, declarando la resolución impugnada contraria a derecho.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 27 de febrero de 2.012.

**CUARTO** .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la que en el mismo se impugna, imponiendo las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley de la Jurisdicción.

**QUINTO** .- Por providencia de fecha 6 de octubre de 2.014 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 6 de octubre de 2.014, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Mercadona, S.A., impugna en casación la Sentencia de 26 de octubre de 2.011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, la cual desestimó el recurso contencioso administrativo entablado por la referida mercantil contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2.010. Dicha resolución administrativa había desestimado el recurso extraordinario de revisión formulado contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2.007, la petición subsidiaria de revisión de oficio y la solicitud de ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2.009 (RC 970/2.008).

El recurso se articula mediante cuatro motivos. Los dos primeros se acogen al párrafo 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. En el primero de ellos se aduce la vulneración de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, en relación con el 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por insuficiencia de la motivación.

El segundo motivo se basa en la infracción de los artículos 33.1 y 67.1, en relación con los artículos 208 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haber dado respuesta a la alegación subsidiaria relativa a que la resolución administrativa impugnada en la instancia era un acto de contenido imposible y, por consiguiente, inejecutable.

Los motivos tercero y cuarto se acogen al apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el tercer motivo se aduce la infracción del artículo 118.1.2º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 20/192, de 26 de noviembre), por no haber entendido procedente el recurso de revisión que la recurrente había interpuesto.

En el cuarto y último motivo se aduce la infracción del artículo 102.1 de la citada Ley 30/1992, por no haber considerado que procedía la revisión de oficio de la resolución Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2.007.

**SEGUNDO** .- Sobre los fundamentos de la Sentencia impugnada.

La Sentencia que se impugna funda la desestimación del recurso contencioso administrativo en las siguientes razones:



" 1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de 19 de octubre de 2010 dictada por la Comisión Nacional de la Competencia y cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Desestimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto por MERCADONA contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007 (Expediente 612/06, Aceites 2).

SEGUNDO.- Desestimar la petición subsidiaria de revisión de oficio de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, por no concurrir ninguna de las causas previstas por el artículo 62.1 de la LRJPAC.

TERCERO.- Denegar, por improcedente, la solicitud de ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 970/2008, de fecha de 10 de diciembre de 2009, formulada por MERCADONA."

2. Son hechos relevantes para la decisión del recurso:

1º). El 21 de junio de 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el "TDC") dictó Resolución en la que acordó imponer una serie de sanciones a distintas sociedades, por entender que las mismas habían incurrido en una practica prohibida por el artículo 1.1 .a) de la Ley de Defensa de la Competencia (expediente nº 612/2006).

Entre las empresas sancionadas, y en lo que aquí nos interesa, se encontraban las siguientes:

- SOS CUETARA, S.A. (en adelante, "SOS"): sanción de multa de cuantía 2.000.000 Euros.

- DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. (en adelante, "DIA"): sanción de multa de cuantía 338.250 Euros.

- MERCADONA, S.A. (en adelante, "MERCADONA"): sanción de multa de cuantía 413.800 Euros.

2º). A la vista de la referida Resolución sancionadora, SOS y DIA interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos frente a la misma; recursos que fueron estimados previa tramitación de los siguientes procedimientos:

- SOS: presentado recurso contencioso-administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales frente a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, el mismo fue desestimado por Sentencia de 16 de enero de 2008 (vid, folios 137 a 142 e.a.).

Frente a dicha Sentencia, SOS interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo; recurso que fue estimado por Sentencia de 10 de diciembre de 2009. En concreto, esta Sentencia (en adelante, la "Sentencia SOS") estableció lo siguiente:

" *Ha lugar a estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona contra el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 21 de junio de 2007 en el Expediente 612,2006 (ACEITES 2) que se anula por contrario a derecho y se deja sin efecto.* "

- Por su parte, DIA presentó recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, el mismo fue estimado por Sentencia de 16 de marzo de 2010 en la que literalmente se dice:

" *DECLARAR NO HABER LUGAR, POR PÉRDIDA SOBREVENIDA DEL OBJETO a las pretensiones del recurso contencioso-administrativo relativas a la anulación de la Resolución impugnada, al haber sido la misma anulada por Sentencia firme del Tribunal Supremo.* "

*ESTIMAR el recurso en lo relativo a la pretensión de devolución del importe de la sanción y gastos derivados del cumplimiento del acto anulado, reconociendo a la parte actora su derecho a la devolución del importe que hubiera satisfecho en pago de la sanción y los demás gastos derivados del cumplimiento de lo previsto en la partes dispositiva de la Resolución impugnada, en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente Sentencia.* "

3º). A diferencia de las otras empresas afectadas, y esto es fundamental, MERCADONA no recurrió la Resolución del TDC de 21 de junio de 2007.

A la vista de la anterior " SENTENCIA SOS" el 20 de abril de 2010 la hoy recurrente presentó recurso extraordinario de revisión ante la CNC solicitando la anulación de la sanción impuesta; y, subsidiariamente, solicitó que se iniciara procedimiento de revisión de oficio de actos nulos ( art. 102 LRJAP -PAC), peticiones ambas que son desestimadas por la CNC mediante la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.



3. La actora considera improcedente la resolución objeto de recurso y entiende que se han cumplido los requisitos para la interposición del recurso extraordinario de revisión del art. 118.1.2º de la Ley 30/1992 . Y dicha estimación debería conllevar, a su juicio, la devolución del importe de la sanción impuesta.

Subsidiariamente también invoca la nulidad de pleno derecho con arreglo al art. 102.1 de la propia Ley 30/1992 por indefensión o, subsidiariamente, por ser la Resolución del TDC un acto de contenido imposible ( art. 62.1.a ) y c) de la Ley 30/1992 .

4. La recurrente alega en primer término la 2ª causa contenida en el art. 118 LRJAP -PAC; a su juicio la referida STS de 10 de diciembre de 2009 debe conducir a la nulidad de la resolución recurrida. Y es que, en efecto, el recurso extraordinario de revisión es un remedio o procedimiento extraordinario de defensa que únicamente procede contra actos firmes de la Administración y siempre que concorra alguno de los motivos tasados en la ley.

Ahora bien, no discutiéndose en el presente caso la firmeza del acto originariamente impugnado, es necesario considerar la concurrencia de la circunstancia legal y reglamentaria precisa que es sobre lo que ha versado la discusión.

El art. 118.1 LRJAP -PAC prevé el recurso extraordinario de revisión:

" ...Contra los actos firmes...podrá interponerse el recurso extraordinario...cuando concorra algunas de las circunstancias siguientes:

**a) Que aparezcan documentos de valor esencial para la decisión del asunto que fueran posteriores al acto o resolución recurridos o de imposible aportación al tiempo de dictarse los mismos y que evidencien el error cometido.**

*b) Que al dictar el acto o la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados nulos por sentencia judicial firme anterior o posterior a aquélla resolución.*

*c) Que el acto o la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme. "*

Y es que, como antes decíamos, se trata de una vía revisoria excepcional, en la medida en que enfrenta el valor de la justicia con el principio de seguridad jurídica y, precisamente por su excepcionalidad, ha de ser interpretada con estricta sujeción a las causas que dan lugar a ella, sin que, por ello, puedan tener cabida en ese concepto aquellos supuestos de sentencias judiciales que interpretan el ordenamiento jurídico aplicado por la resolución administrativa impugnada de modo distinto a como ella lo hizo.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo:

" **TERCERO.-** Examinado el primer motivo no se percibe la lesión por la Sala de instancia del apartado segundo del inciso primero del art. 118 LRJAPAC cuyo tenor literal expresa "que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error en la resolución recurrida".

*Argumenta la Sala de instancia que "el documento nuevo" en que se apoya el recurrente para interesar el procedimiento de revisión de oficio no puede incardinarse en el supuesto esgrimido.*

*Y tal razonamiento es compartido por este Tribunal que en el FJ 3º de su sentencia de 24 de junio de 2008, rec. casación 3681/2005 dice:*

" **F.J TERCERO.-** Lógicamente, la primera y más importante de las cuestiones que suscita un supuesto como el que enjuicamos, es si sentencias como aquellas en que se sustentan los recursos extraordinarios de revisión pueden ser incluidas entre los "documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida" a que se refiere la causa 2ª del número 1 del repetido artículo 118 de la Ley 30/1992 . La respuesta, como vamos a razonar, debe ser negativa.

*Esta Ley, modificando la redacción que entonces tenía la correlativa causa 2ª del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 , que fue interpretada en el sentido de referirse sólo a documentos anteriores a la resolución objeto de revisión, permite ahora incluir en tal causa, también, los documentos posteriores. Pero esos documentos, aunque sean posteriores, han de ser, como dice el artículo 118 y decía el artículo 127, "de valor esencial para la resolución del asunto"; y han de ser unos que "evidencien el error de la resolución recurrida". Estos términos, estas frases, apuntan ya a la idea de que los documentos susceptibles de incluirse en la repetida causa 2ª, aunque sean posteriores, han de ser unos que pongan de relieve, que hagan aflorar, la realidad de una situación que ya era la existente al tiempo de dictarse esa resolución, o que ya era la que hubiera debido considerarse como tal en ese momento; y, además, que tengan valor esencial para resolver el*



asunto por tenerlo para dicha resolución la situación que ponen de relieve o que hacen aflorar. Son documentos que, por ello, han de poner de relieve un error en el presupuesto que tomó en consideración o del que partió aquella resolución. En este sentido, sí es posible que sentencias judiciales que hagan aflorar la realidad de tales situaciones lleguen a ser incluidas entre los documentos a que se refiere la causa 2ª.

Pero lo que no cabe incluir son sentencias que meramente interpretan el ordenamiento jurídico aplicado por esa resolución de modo distinto a como ella lo hizo. Ni tan siquiera aunque se trate de sentencias dictadas en litigios idénticos o que guarden entre sí íntima conexión.

No cabe, porque entonces el recurso extraordinario de revisión, apartándose de su específica naturaleza y finalidad, se transformaría contra la armonía del sistema en una especie de instrumento hábil para extender los efectos de esas sentencias más allá del ámbito subjetivo a que se refiere el artículo 72 de la Ley de la Jurisdicción en sus números 2 y 3.

.../...

Por fin, otra de las razones que abona la conclusión de que en la causa 2ª del número 1 del artículo 118 de la Ley 30/1992 no deben incluirse las sentencias que meramente interpretan el ordenamiento jurídico de modo distinto a como lo hizo la resolución administrativa objeto de revisión, incluso aunque se trate de sentencias dictadas en litigios idénticos o que guarden entre sí íntima conexión, es el régimen dispuesto para la extensión de efectos de las sentencias en los artículos 110 y 111 de la Ley de la Jurisdicción. En efecto, estos artículos, a pesar de requerir como punto de partida que los interesados en la extensión se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo [artículo 110.1.a)], o que los recursos distintos a los fallados tengan idéntico objeto que éstos (artículo 111, en conexión con el artículo 37.2), ordenan que no procederá la extensión de efectos si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo [artículo 110.5.c), al que también se remite el artículo 111].

La conclusión que alcanzamos y no la contraria es, además, la que cabe deducir de algunas sentencias este Tribunal Supremo dictadas después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992. Así y como más significativas, se desprende del estudio de las de 10 de mayo de 1999, 12 de noviembre de 2001, 30 de septiembre de 2002 y 19 de febrero de 2003, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 664/1995, 6752/1997, 9417/1998 y 5409/1999".

Lo que acabamos de reproducir es perfectamente extrapolable al supuesto de autos lo que conduce a la desestimación del primer motivo. Pues, al amparo de un pronunciamiento judicial dictado en un proceso concreto se pretende la reapertura de otro distinto.

El que la Administración no se ajustase, al dar respuesta a la solicitud de la entidad recurrente, a lo declarado en sentencias firmes, que resolvieron la misma cuestión en virtud de las acciones ejercitadas por dos diferentes entidades contra otras resoluciones administrativas limitadoras del número de cartones a jugar con el mencionado equipo, no constituye, como correctamente se razona en la sentencia recurrida, un error de hecho, que permita hacer uso del recurso extraordinario de revisión contemplado en los artículos 108 y 118 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, sino que, por el contrario, se trataría de un error jurídico, cuya corrección sólo es posible a través de los recursos ordinarios administrativos o jurisdiccionales. "

De ahí la corrección de la resolución impugnada y la pertinencia de su confirmación con la paralela desestimación del primero de los motivos del recurso.

5. Tampoco a juicio de la Sala resulta procedente la vía de la nulidad de pleno derecho instada por la recurrente con carácter subsidiario.

Si bien es cierto que el invocado artículo 112.1 de la Ley 30/1992 prevé la revisión de oficio de los actos administrativos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, lo cierto es que el Tribunal Supremo en la sentencia invocada por la actora, dictada en un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, promovido por otra de las empresas sancionadas (SOS CUÉTARA, S.A.) consideró vulnerado el derecho fundamental a la prueba, pero a la prueba propuesta por la entidad otrora demandante, que no a la hoy actora que, y a diferencia de aquélla, voluntariamente se aquietó con la sanción impuesta que devino firme al no haber sido recurrida en tiempo y en forma.

La STS de constante referencia determinó la vulneración del derecho fundamental a la prueba, repetimos, ocasionada a SOS CUÉTARA, pues ésta consiguió argumentar razonable y suficientemente la pertinencia de la prueba inadmitida y su potencial relevancia para modificar la resolución sancionadora respecto a ella, sin que por ello mismo pueda ser invocada la vulneración de un derecho fundamental, como es el derecho a la

tutela judicial efectiva, por otra empresa que se ha mantenido al margen de la impugnación y, por ende, de sus efectos.

Por lo demás, como tantas veces hemos dicho, se trata de una vía revisoria excepcional y, precisamente por su excepcionalidad, ha de ser interpretada con estricta sujeción a las causas que dan lugar a ella, sin que, por ello tanto, pueda tener cabida en ese concepto cualquier infracción del ordenamiento jurídico o cualquier reacción tardía ante pronunciamientos que quedaron firmes y que, en su caso, pudieran haber tenido la eficacia pretendida en el procedimiento ordinario en donde - entonces sí- hubieran podido hacerse cuantas alegaciones referentes a defectos del procedimiento, en el marco de los derechos fundamentales, pero que no se hicieron, siendo, en definitiva, extender, los efectos de una sentencia a quienes no han sido parte en el proceso en la que se dictó ni siquiera tomadas en consideración en el fallo por el Tribunal Supremo." (fundamentos de derecho 1 a 5)

**TERCERO** .- Sobre el primer motivo, relativo a la motivación.

Según la sociedad recurrente, frente a su alegación sobre la procedencia del recurso extraordinario de revisión que había formulado en la demanda contencioso administrativa, la Sentencia se limita a transcribir en el fundamento de derecho cuarto el contenido del artículo 118.1.2º de la Ley 30/1992, así como el contenido de una Sentencia de este Tribunal Supremo, concluyendo sin más con la aseveración sobre la corrección de la resolución impugnada.

El motivo no puede prosperar. Resulta evidente de la lectura del fundamento cuarto que la Sala de instancia asume el razonamiento de la Sentencia que cita de este Tribunal, en el sentido de que no tienen la consideración de documento nuevo, a los efectos de lo dispuesto para el recurso administrativo extraordinario de revisión por el artículo 118.1.2º de la Ley 30/1992, las sentencias que interpretan el bloque normativo aplicado por una resolución administrativa en forma distinta a como se hizo en ésta. Así pues, siendo clara que esa es la tesis de la sentencia que se reproduce y que la Sentencia impugnada se apoya expresamente en la misma para rechazar el argumento de la entidad actora, no puede aducirse en modo alguno una insuficiencia en la motivación. La razón para rechazar el argumento es expresa, aunque se apoye en la jurisprudencia que se reproduce de manera textual y la parte tiene todos los datos necesarios para impugnar dicho rechazo en casación, como efectivamente hace la recurrente en el motivo tercero de este recurso.

**CUARTO** .- Sobre el motivo segundo, relativo a la incongruencia omisiva.

En el segundo motivo la mercantil recurrente sostiene que en su recurso contencioso administrativo había aducido dos causas de nulidad de las establecidas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, la de la letra a) -actos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional- y la de la letra c) -actos de contenido imposible-, pero que la Sentencia impugnada no responde nada en relación con esta última alegación.

Tampoco puede prosperar este motivo. La invocación de la causa de nulidad contemplada en el apartado 2.c) del artículo 62 de la Ley 30/1992 se apoyaba en que la resolución sancionadora de 21 de junio de 2.007 había dejado de existir como consecuencia del fallo anulatorio de esta Sala en su Sentencia de 10 de diciembre de 2.009 (RC 970/2.008) dictada en el recurso de casación que había interpuesto la mercantil SOS Cuétara, igualmente sancionada en la citada resolución sancionadora, contra la Sentencia que desestimó su impugnación de ésta última. Ahora bien, de la lectura de la Sentencia que ahora se impugna se deriva sin ningún género de duda que dicha alegación está rechazada con la argumentación contenida en el fundamento de derecho 5, ya que en ella se afirma con toda claridad que la nulidad decretada en la citada Sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2.009, dictada en un procedimiento de defensa de derechos fundamentales, se basaba en la vulneración del derecho a la prueba de la recurrente en dicho procedimiento y no afectaba a la ahora recurrente, que se aquietó con la Sanción impuesta. Como es evidente, dicha interpretación supone por su propio sentido que la resolución sancionadora no había dejado de existir, sino que su nulidad se circunscribía a la actora en dicho recurso, lo que implicaba el rechazo de la causa de nulidad prevista en el apartado 2.c) del artículo 62 de la Ley 30/1992.

Resulta así que no hay incongruencia omisiva, sino rechazo implícito, si bien evidente, de que pudiera concurrir la causa de nulidad de que la resolución sancionadora fuese de contenido imposible como consecuencia de haber sido anulada por la referida Sentencia de esta Sala. Y consiguientemente, tampoco en este caso se ha causado a la recurrente indefensión alguna, pues ha podido conocer las razones del rechazo de todas sus alegaciones y combatirlas mediante el presente recurso.

**QUINTO** .- Sobre el tercer motivo, relativo a los supuestos del recurso extraordinario de revisión administrativa.

Entiende la parte recurrente que la existencia de una sentencia posterior sí es un supuesto comprendido en la causa de revisión del artículo 118.1.2ª de la Ley 30/1992 relativa a la aparición de documentos "de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución



recurrida". La Sentencia recurrida niega dicha posibilidad apoyándose en la jurisprudencia que cita, que rechaza tal posibilidad de forma clara y argumentada; la mercantil recurrente, por su parte, invoca otra Sentencia de esta Sala en la que parece admitirse dicha posibilidad, si bien se trata de una mera referencia indirecta pues sobre lo que versa dicha resolución es sobre la aplicación del plazo de interposición del recurso de revisión administrativo en los distintos supuestos.

Sin embargo, no es preciso entrar aquí en tal cuestión, pues la Sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2.008 , que sería el "documento nuevo" que evidenciaría el error de la resolución administrativa, no tiene el alcance que le otorga la parte recurrente, ya que su fallo va referido sólo a la recurrente en el procedimiento en que se dictó. En efecto, aunque el fallo se limita a acordar sin más especificaciones, en lo que respecta al recurso contencioso administrativo *a quo* , que se anula el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia por contrario a derecho, el cual se deja sin efecto, dicho fallo ha de entenderse en relación con los razonamientos que conducen al mismo. Y en el fundamento de derecho tercero de dicha Sentencia se dice:

" **TERCERO** .- Como sostiene la recurrente el derecho a la prueba consagrado por el art. 24.2 de la CE es, como ha reiterado el TC, un derecho de configuración legal, por lo que el respeto de las condiciones relativas al tiempo y forma de proponer la prueba son condiciones necesarias para tener un derecho fundamental a que se admita y practique la prueba propuesta. Como sostiene el TC, "puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos" ( STC 131/2003, de 30 de junio y, en el mismo sentido, SSTC 26 y 96/2000, de 31 de enero y 10 de abril).

Recuerda la recurrente que la prueba se propuso en tiempo y forma, de conformidad con lo prescrito en el art. 37.1, párrafo segundo , y 40.1 y 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , que regulan el derecho de los imputados a proponer la práctica de pruebas en el expediente sancionador ante el servicio y el TDC.

Añade la recurrente que la solicitud de pruebas que ha sido objeto de inadmisión no hace sino reiterar la ya realizada en un procedimiento sancionador anterior que caducó y cuya denegación se fundó entonces por el TDC no en su improcedencia material, sino en la afirmación de que el momento más adecuado para su práctica era el de la tramitación del expediente ante el SDC.

Para el recurrente, la inadmisión de las pruebas no ha sido motivada de forma razonable y suficiente por el TDC.

Recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional que ha declarado de forma constante que "del derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, aplicable al procedimiento sancionador (...) deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos" ( SSTC 157/2000, de 12 de julio ; 81/2000, de 27 de marzo ; y 42/2000, de 14 de febrero ), hasta el punto de que si la proposición de prueba ha sido presentada en tiempo y forma y se trata de una prueba pertinente "resulta vulnerado el derecho fundamental, tanto cuando no hay respuesta alguna a la solicitud (...) como cuando la misma se rechaza sin motivación o la que se ofrezca puede tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable" ( STC 104/2003, de 2 de junio y, en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 27/2001, de 29 de enero ; 104/2002, de 6 de mayo ; 116/2002, de 20 de mayo ; y 9/2003, de 20 de enero ).

Como sostiene la recurrente una prueba es pertinente si se refiere a cualquier hecho que, de alguna forma, sea tomado en cuenta por el Derecho aplicable en la resolución que haya de dictarse o, dicho de otro modo, si "guarda relación con el proceso (...) entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y *el tema decidencia* " ( SSTC 74/2004, de 22 de abril ; 131/2003, de 30 de junio ; 52 y 91/2004, de 13 de abril y de 19 de mayo); y a estos efectos añade que, desde la perspectiva del derecho fundamental del imputado a la prueba, puede ser prueba pertinente tanto la que pretenda negar la existencia de los hechos imputados o la participación del interesado en los mismos como la propuesta con el propósito de desvirtuar la credibilidad de las pruebas de cargo.

Aceptando esta Sala la tesis de la actora, en contra de lo que afirma la sentencia impugnada para fundar la desestimación del recurso, las pruebas denegadas, resultaban decisivas en términos de defensa para la recurrente por su potencial valor exculpante, aun admitiendo la tesis que sustenta la sentencia impugnada, mantenida por la doctrina del Tribunal Constitucional en virtud de la cual, como han señalado, entre otras muchas las Sentencias las SSTC 25/1991 , 205/1991 , 1/1996 , 217/1998 y 101/1999 , "la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE cubre únicamente aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa", indefensión que deberá ser justificada por el propio recurrente en su demanda de amparo, pues "la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa constitucionalmente trascendente, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión en la demanda habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo".



Como sostiene la recurrente esta doctrina exige para apreciar la relevancia constitucional de la denegación de prueba dos exigencias:

- a) Que sea el recurrente quien demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieran probar y las pruebas inadmitidas.
- b) Que quien invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia", ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo.

La sentencia impugnada considera que en el presente caso se cumple el primero de estos requisitos, reconociendo, que "la recurrente ha razonado la relación entre las causas inadmitidas y su finalidad, en este caso, no probar hechos, sino privar de validez otras "pruebas" sobre las que, al menos parcialmente, descansa el pliego de cargos" pero sostiene que no se cumple la segunda de las exigencias, por cuanto "no ha resultado razonado de modo convincente que la resolución del procedimiento hubiera sido absoluta si se hubieran practicado". Sin embargo como sostiene la recurrente solo se exige demostrar que la resolución podría haberle sido favorable y no que la resolución habría sido favorable, como exige la sentencia impugnada.

En efecto, como sostiene la recurrente, requerir una demostración plena y absoluta de la influencia de la prueba omitida en la resolución supone una *probatio diabolica* imposible de llevar a cabo, pues en última instancia será el órgano judicial el que valore las pruebas. Lo que corresponde al actor es demostrar que las pruebas son pertinentes. En el presente caso tratan de desestimar pruebas de cargo en que, al menos en parte se basa la resolución. Por otra parte la sentencia dice que la actora ha podido alegar, sobre la validez de unas pruebas de cargo, pero no es lo mismo alegar sobre la validez de unas pruebas, para lo que no se necesita prueba alguna, que probar, pues es evidente que el Tribunal que se basa en pruebas no va a dar el mismo valor a unas meras manifestaciones que niegan los hechos supuestamente probados, que a pruebas que desvirtúen las pruebas de cargo.

Recuerda la recurrente que en el presente caso la circunstancia, del carácter decisivo en términos de defensa de las pruebas denegadas, ha sido objeto de reconocimiento expreso en su escrito de alegaciones por el Ministerio Fiscal que, en el proceso de instancia, abierto el trámite de alegaciones que prevé el artículo 119 de la Ley Jurisdiccional, se limita a dar "por reproducido el contenido de su escrito de 4 de abril de 2005, dada la identidad sustancial del presente procedimiento con el 1/2005, que caducó por excederse los plazos legales, lo que lleva al Ministerio Fiscal a dar por válidas las alegaciones entonces realizadas sobre el carácter decisivo de las pruebas y la motivación arbitraria de su denegación y, en concreto: en relación a determinadas pruebas propuestas sobre las encuestas de la OCU, el Ministerio Fiscal entendió que "los citados oficios a la OCU son esenciales al ejercicio del derecho de defensa de la parte actora, y que la causa de inadmisión es arbitraria". En relación a las pruebas propuestas consistentes en "declaraciones testificales de D. José María Música, Director General de OCU, para aclarar determinados puntos de la documentación aportada y solicitada por la OCU; y D. Vidal Maté, periodista del Diario "El País" autor del artículo "Pulso de Koipe a la distribución", para formularle determinadas preguntas en relación con dicho artículo, también sostiene el Fiscal que eran relevantes al ejercicio del derecho de defensa de la parte actora.

Como sostiene la recurrente si hubiera que demostrar que de haberse practicado la prueba se hubiese comprobado que no se cometió la infracción, o que el autor no es el sancionado, o que la infracción ha prescrito, o que hay una eximente, sería absurdo anular por el vicio de forma vulnerador del derecho a la prueba y no por el vicio de fondo. Por ello, esta Sala comparte el criterio de que debe bastar con una argumentación razonable sobre la posible influencia en la resolución sancionadora, y la carga que recae sobre el sancionado recurrente que alega este vicio es sólo la de argumentar esa influencia y no la de probarla en sentido estricto.

En consecuencia se considera por la Sala, que se ha vulnerado el derecho fundamental a la prueba reconociendo como sostiene el recurrente, su eficacia invalidante de las actuaciones administrativas lesivas del derecho a la prueba cuando, como en el presente caso concurra una argumentación razonable y suficiente por el recurrente de la pertinencia de la prueba inadmitida y de su potencial relevancia, para modificar la resolución sancionadora." ( Sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2.009 -RC 970/2.008 -, fundamento de derecho tercero)

Pues bien, a tenor de lo resuelto en aquel recurso es preciso extraer dos conclusiones. Una, que se trata de un procedimiento de defensa de los derechos fundamentales, y que lo que se acuerda en el mismo es que se había vulnerado el derecho a la prueba de la entidad recurrente en el procedimiento administrativa, y que dicha violación no había sido reparada en fase judicial. Y segundo, que consiguientemente, el fallo anulatorio ha de circunscribirse por necesidad a la entidad recurrente, puesto que no se trata de que la



resolución sancionadora fuese contraria a derecho por su propio contenido material, sino por haberse vulnerado un derecho exclusivamente atinente a la sociedad recurrente en aquél procedimiento, SOS Cuétara. Y no puede admitirse que dicha vulneración sean predicable de la mercantil ahora recurrente, que se aquietó ante la sanción impuesta y que no puede invocar en su beneficio que viese vulnerados sus derechos en el procedimiento sancionador, algo sobre lo que en ningún caso existe pronunciamiento administrativo ni judicial alguno.

Así las cosas, no resulta relevante que la Audiencia Nacional, al enjuiciar el recurso entablado por la tercera de las mercantiles sancionadas en la referida resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2.007 (la sociedad DIA) declarara que el recurso carecía en realidad de objeto porque la citada resolución sancionadora había desaparecido del mundo jurídico por virtud de la Sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2.009 y estimara su pretensión de reintegro de la multa ( Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2.010 ). En primer lugar, frente al aquietamiento ante la sanción por parte de Mercadona, DIA sí recurrió contra la multa. Pero, sobre todo, por las razones ya expresadas, esta Sala entiende que el fallo anulatorio de la referida Sentencia de 10 de diciembre de 2.009 sólo afecta a la parte recurrente.

En definitiva, no alcanzando la nulidad de la resolución sancionadora acordada en la referida Sentencia a la ahora recurrente, resulta irrelevante invocar la misma como documento nuevo, dado que no resulta aplicable al litigio resuelto en la instancia en el presente procedimiento. Debe pues desestimarse el motivo.

**SEXTO** .- Sobre el motivo cuarto, relativo a la revisión de oficio.

En el cuarto motivo, la parte recurrente aduce la infracción del artículo 102.1 de la Ley 30/1992 , por entender que la Administración debía haber admitido, en contra de lo resuelto por la Sala de instancia, la solicitud de iniciar una revisión de oficio de la resolución sancionadora por concurrir dos de los supuestos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 62.1 de la referida Ley , los enunciados en las letras a) -lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional- y c) - actos de contenido imposible-.

Tampoco puede prosperar este motivo, puesto que no resulta acreditado en forma alguna que concurren tales causas de nulidad de pleno derecho de manera que la Administración hubiera debido iniciar el procedimiento de revisión de oficio. En efecto, en cuanto a la supuesta lesión de derechos fundamentales, la parte aduce a su favor la reiteradamente citada Sentencia de esta Sala relativa a SOS. Pero, por las razones ya expresadas en el anterior fundamento de derecho, hemos visto que la lesión de derechos fundamentales afectaba exclusivamente a la allí recurrente, puesto que se trataba de la indebida denegación de una prueba en vía administrativa.

En cuanto a la pertinencia de iniciar la revisión de oficio, se debería a que la resolución sancionadora había devenido una resolución inaplicable (de contenido imposible) por haber sido anulada por la referida Sentencia del caso SOS. No es preciso reiterar que tal afirmación parte del error de entender que la nulidad decretada en la Sentencia de esta Sala en dicho asunto tiene un alcance general, más allá de sus efectos sobre las partes en el procedimiento en el que se dictó, interpretación que hemos descartado en el anterior fundamento de derecho.

**SÉPTIMO** .- Conclusión y costas.

El fracaso de los motivos en que se funda el recurso de casación supone que no ha lugar al mismo. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas a la parte recurrente, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Mercadona, S.A. contra la sentencia de 26 de octubre de 2.011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 747/2.010 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho séptimo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-