

RESOLUCIÓN
(Expte. R0041/10, MERCADONA)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 19 de octubre de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición antedicha, y siendo ponente la Consejera D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/0041/10 por la que se resuelve el recurso extraordinario de revisión interpuesto con fecha 20 de abril de 2010 por MERCADONA S.A. (en adelante “MERCADONA”) contra la Resolución de 21 de junio de 2007 del Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 118.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, con petición subsidiaria de revisión de oficio, así como de devolución a MERCADONA del importe abonado por vía de ejecución de la Tribunal Supremo n^o 970/2008, de fecha de 10 de diciembre de 2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 21 de junio de 2007, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), dictó Resolución en el Expediente 612/06, incoado contra las empresas SOS Cuétara S.A., Centros Comerciales Carrefour S.A., Caprabo S.A., Alcampo S.A., Erosmer Ibérica S.A., MERCADONA S.A., Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIASA), Grupo El Árbol, Distribución y Supermercados S.A. y El Corte Inglés S.A. por presuntas prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

En su resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia acordó:

“PRIMERO.- Declarar que Grupo SOS CUÉTARA y las empresas CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A., CAPRABO S.A., ALCAMPO S.A., EROSMER IBERICA S.A., MERCADONA S.A., DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA), GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A. y EL CORTE INGLES S.A. han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber

realizado acuerdos para el establecimiento de un precio mínimo de venta al público de sus marcas Carbonell 0,4° y Koipesol.

SEGUNDO.- Imponer al Grupo SOS CUÉTARA una multa de dos millones de euros (2.000.000 euros), a CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A. una multa de 112.750 euros, a CAPRABO S.A. una multa de 214.000 euros, a ALCAMPO S.A. una multa de 145.500 euros, a EROSMER IBERICA S.A. una multa de 317.200 euros, a MERCADONA S.A. una multa de 413.800 euros, a DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA) una multa de 338.250 euros, a GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A. una multa de 85.900 euros y a EL CORTE INGLES S.A. una multa de 147.200 euros.

TERCERO.- Intimar a todas las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas.

CUARTO.- Ordenar a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá una multa de EUROS SEISCIENTOS (€600), por cada día de retraso.

QUINTO.- Los sancionados justificarán ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

SEXTO.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución”.

2. Con fecha de 27 de julio de 2007 MERCADONA procedió al abono de la sanción de 413.800 €impuesta en la citada Resolución, no recurriendo la misma. Por lo tanto, para MERCADONA dicha Resolución del TDC devino un acto administrativo firme.

3. Por parte de SOS CUÉTARA fue interpuesto recurso contencioso administrativo contra dicha Resolución del TDC recaída en el expediente 612/06 por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales ante la Audiencia Nacional, que desestimó el mencionado recurso mediante sentencia de 3 de junio de 2009.

4. SOS CUÉTARA recurrió la decisión desestimatoria de la Audiencia Nacional interponiendo un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

5. Con fecha 10 de diciembre de 2009, la sección séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como consecuencia del recurso interpuesto por parte de SOS CUÉTARA. La vulneración que se alegó por dicha empresa fue la del derecho a la

tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la práctica de prueba en el procedimiento sancionador, y en relación con dos pruebas propuestas y rechazadas en su momento por el Tribunal de Defensa de la Competencia. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de la empresa con la siguiente fundamentación:

“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.

CUARTO.- En consecuencia procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona y considerar vulnerado el derecho fundamental alegado, artículo 24.2 de la Constitución, en tanto la sentencia recurrida no rectificó dicha vulneración, casarla y dictar otra en su lugar que estime el recurso contencioso-administrativo anulando el acto recurrido, sin que, a tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, proceda hacer condena en las costas procesales, al no apreciar en las partes circunstancias subjetivas de temeridad o mala fe en su posición procesal.

FALLAMOS

1.- Ha lugar a estimar el recurso de casación, seguido por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona con el número 970/2008, interpuesto por la procuradora DOÑA A, en nombre y representación de la entidad mercantil SOS CUÉTARA S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 16 de enero de 2008, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 8/2007, que se casa y anula.

2.- 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.

3.- No ha lugar a la expresa imposición de las costas procesales”.

6. Con fecha, 20 de abril de 2010, la entidad mercantil MERCADONA, presenta un escrito ante la CNC en el que, expresando haber conocido la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009, solicita, de forma principal, que se tenga por presentado e interpuesto recurso extraordinario de revisión contra la Resolución del TDC de fecha 21 de junio de 2007 en el Expediente 612/2006 (Aceites 2), de acuerdo a lo prevenido en el artículo 118.1 causa 2, y que la CNC proceda, en el marco de la ejecución de la Sentencia 970/2008 del TS, a reconocer los efectos de la misma

anulatorios de la Resolución del TDC de fecha 21 de junio de 2007 en el Expediente 612/2006 (Aceites 2) con respecto a MERCADONA y, en su virtud, proceda a la devolución de la cantidad de 413,800 Euros a MERCADONA.

7. Con fecha 17 de mayo de 2010 tuvo entrada en la CNC el Informe de la Abogacía General del Estado con el número de referencia A.G.-Entes Públicos 36/10 (R-562/10), solicitado por la Secretaría del Consejo de la CNC al amparo del Convenio de Asistencia Jurídica suscrito entre la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 1 de septiembre de 2007.

8. Con fecha 16 de junio de 2010, y con carácter previo a dictar Resolución, el Consejo de la CNC acordó solicitar de la Sra. Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda la petición al Consejo de Estado del informe preceptivo previsto por el artículo 22, números 9 y 10, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

9. Con fecha 22 de junio de 2010, la Comisión Nacional de la Competencia remitió a la Secretaría de Estado de Economía del Ministerio de Economía y Hacienda, la propuesta de resolución del recurso, así como el resto del expediente administrativo, con petición de formulación del preceptivo informe del Consejo de Estado.

10. Con fecha 5 de octubre de 2010 se recibió en la CNC Dictamen del Consejo de Estado, emitido con fecha 30 de septiembre de 2010, en el que se concluye que no procede estimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto, ni la solicitud de nulidad formulada con carácter subsidiario, por MERCADONA, S.A, contra la Resolución de 21 de junio de 2007, del Tribunal de Defensa de la Competencia.

11. Es interesado MERCADONA S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

La empresa recurrente invoca la segunda causa establecida en el artículo 118.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), según la cual contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

En este sentido, entiende la mercantil recurrente que la Sentencia 970/2008 del TS de 10 de diciembre de 2009 debe determinar la nulidad de la Resolución del TDC de 21 de junio de 2007, puesto que cumple el doble requisito de que sea un documento esencial para la resolución del asunto y que evidencia el error de la resolución recurrida. Arguye

a este respecto que el TS, en la sentencia 970/2008, reconoce que el error ha tenido el valor esencial de provocar la indefensión de SOS Cuétara hasta el punto de conllevar la nulidad de la Resolución recurrida. Y destaca que el Consejo de Estado ha afirmado que los hechos declarados probados por sentencia judicial firme tienen un efecto probatorio cualificado para la Administración. Por lo tanto, a su parecer, la única cuestión que ha de plantearse es si el hecho de que la sentencia decreta que SOS Cuétara se halla en una situación de indefensión es una circunstancia que sólo debe tener efectos respecto a dicha empresa en relación con la nulidad o la validez de la Resolución o también para MERCADONA.

Subsidiariamente, en el primer OTROSÍ, la recurrente insta a la CNC a que inicie la tramitación del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, al amparo del art. 102. 1 de la LRJAP-PC. Según consta en el escrito de recurso, el artículo 102.1 de la LRJAP-PAC, regula la revisión de oficio de los actos administrativos por causa de nulidad en los supuestos del artículo 62.1 de la misma Ley. En el caso que nos ocupa, se trataría del supuesto previsto en el art. 62.1.a), que se refiere a los actos de las Administraciones Públicas que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y, según ha corroborado el Tribunal Supremo en su sentencia 970/2008 de 10 de diciembre de 2009, el TDC ha vulnerado el derecho fundamental a la prueba en el mencionado procedimiento sancionador.

En todo caso, en el segundo OTROSÍ, solicita la representación de MERCADONA que se proceda, en el marco de la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 970/2008, a reconocer los efectos de la misma anulatorios de la Resolución del TDC de fecha de 21 de junio de 2007 con respecto a MERCADONA, y, en su virtud, se proceda a la devolución de la cantidad de 413.800 € a MERCADONA. Igualmente solicita que todo pronunciamiento sea con constatación de la prescripción de la eventual sanción.

Se analizan seguidamente los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo de forma separada para cada una de las pretensiones de la empresa recurrente.

SEGUNDO.- Improcedencia del recurso extraordinario de revisión: ausencia de los requisitos del artículo 118 de la LRJAP-PAC

Como se ha indicado previamente, la recurrente articula, como pretensión principal, la interposición de un recurso extraordinario de revisión que fundamenta en la segunda causa contenida en el artículo 118.1 de la LRJAP-PAC. Dicho precepto dispone lo siguiente:

“1. Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

(...)

Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

(...)

2. El recurso extraordinario de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa 1, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

3. Lo establecido en el presente artículo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 102 y 105.2 de la presente Ley ni su derecho a que las mismas se substancien y resuelvan”.

A la vista del régimen jurídico del citado recurso, la parte recurrente manifiesta que la Sentencia del Tribunal Supremo nº 970/2008, de fecha de 10 de diciembre de 2009, debe conducir a la declaración de nulidad de la Resolución del TDC de 21 de junio de 2007, puesto que cumple el doble requisito de que sea un documento de valor esencial para la resolución del asunto que evidencia el error de la resolución recurrida. La propia sentencia 970/2008 reconoce que el error ha tenido el valor esencial de provocar la indefensión de SOS Cuétara hasta el punto de conllevar la nulidad de la resolución recurrida.

La única cuestión que, según la recurrente, ha de responderse en este momento es si el hecho de que la sentencia decreta que SOS Cuétara se halla en una situación de indefensión es una circunstancia que sólo debe tener efectos anulatorios respecto a dicha empresa o también para MERCADONA.

El recurso de revisión de los artículos 118 y 119 de la LRJAP-PAC es regulado en nuestra legislación expresamente con carácter extraordinario en la medida en que, de una parte, procede exclusivamente contra actos administrativos firmes, y que, de otra, posee una motivación tasada, ya que ha de basarse necesariamente en alguno de los supuestos que enumera exhaustivamente el artículo 118. Además, los concretos motivos determinantes de su aplicación deben ser interpretados restrictivamente, como corresponde a su carácter de causa específica de apertura de una vía de impugnación extraordinaria de un acto firme. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, más que un recurso propiamente dicho, constituye un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados.

El segundo motivo de los cuatro aludidos por el artículo 118.1 alude a la aparición de documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida. Los requisitos, que como hemos señalado, habrán de ser interpretados de forma estricta, se refieren por tanto al valor esencial del documento y a que dichos documentos evidencien, sin género de duda, el error de la resolución.

Por tanto, es imprescindible partir, en su interpretación y aplicación, del carácter extraordinario y alcance limitado de este especial recurso y su procedencia en todo caso, cuando los nuevos documentos aportados evidencien el error de la resolución recurrida. Estos extremos han sido puestos de manifiesto y enfatizados en diversas ocasiones, tanto por el Consejo de Estado como por nuestro Tribunal Supremo, como ha sido señalado también por el Informe de la Abogacía General del Estado solicitado por la CNC y mencionado en los antecedentes de la presente Resolución.

Respecto a la naturaleza del recurso extraordinario de revisión, el Supremo Órgano consultivo del Gobierno, en su dictamen de 27 de enero de 2005 (expediente 2977/2004), declaró que:

“... el recurso extraordinario de revisión se configura como un cauce impugnatorio singular, que sólo procede en una serie de supuestos taxativamente establecidos por el artículo 118.1 de la Ley 30/1992 (en los que se prevé que ceda la firmeza del acto administrativo ante evidentes razones de justicia, vinculadas a la existencia de un error o la comisión de un delito), y que han de ser objeto de una interpretación estricta, para evitar que se convierta en vía ordinaria de impugnación de actos administrativos firmes, utilizándose como instrumento para reabrir plazos fenecidos o para replantear cuestiones que carecen de la necesaria conexión con alguna de las circunstancias previstas por tal precepto”.

Por lo que respecta al concreto motivo invocado en el presente recurso, el Consejo de Estado, en su dictamen de 12 de noviembre de 2009, señala con meridiana nitidez que *“Este Alto Cuerpo Consultivo tiene una abundante doctrina que interpreta la expresión “valor esencial”, que ya se contenía en la Ley de Procedimiento Administrativo anterior. Así, en el dictamen de 21 de enero de 1988, expediente número 51.367, se decía: “La circunstancia segunda del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo exige, entre otros, el requisito de que los documentos que aparezcan tengan valor esencial para la resolución del asunto, teniendo por tales aquellos documentos cuyo conocimiento previo hubiere comportado una resolución distinta de la adoptada. Así se expresó este Consejo de Estado en sus dictámenes 45.017, 45.022 y 51.345, al afirmar que la aparición de nuevos documentos tiene importancia cuando sirven directamente para demostrar que el acto recurrido habría sido distinto si tales documentos hubiesen obrado en el expediente, ya que habría modificado la situación conocida en aquel momento”.*”.

Por su parte, la jurisprudencia del TS, por todas su sentencia de 24 de junio de 2008, se pronuncia en términos similares al Consejo de Estado sobre el concepto de documento de valor esencial, entendiéndolo que 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, ya que, apartándose de su específica naturaleza y finalidad, se transformaría el recurso de revisión 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.

De lo expuesto, se desprende que los documentos han de poner de manifiesto un error en el presupuesto fáctico que la resolución tomó en consideración, constituyendo de este modo, una realidad independiente de toda opinión o interpretación. Por ello queda excluido del ámbito del recurso todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas o de interpretación, de apreciación del alcance de determinados hechos, de valoración de pruebas, quedando acotado el campo a los hechos tomados en cuenta al decidir y siempre que en ellos se haya incurrido en manifiesto error. Además, tal y como ha apuntado el Consejo de Estado, el contenido de ese documento ha de ser tan concluyente y rotundo que haga incuestionable la revocación de la firmeza del acto administrativo.

Pues bien, aplicadas todas estas previsiones al recurso que nos ocupa, debe coincidir plenamente con el criterio mantenido por la Abogacía General del Estado, que considera improcedente el planteamiento de MERCADONA en la medida en que el conocimiento previo de la sentencia invocada en modo alguno permite afirmar que el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia hubiera adoptado una resolución distinta de la emitida en su momento.

En efecto, la sentencia nº 970/2008, de fecha de 10 de diciembre de 2009, anulatoria de la resolución del TDC cuya revisión se solicita, no alude en ningún momento a que exista un error en el presupuesto fáctico que fue tomado en consideración por la CNC a la hora de dictar resolución, que es conditio sine qua non para que el presente recurso pueda estimarse. Es decir, no expresa que la conducta sancionada no existiera o que no fuera constitutiva de infracción administrativa, ni tan siquiera que no debiera sancionarse a SOS Cuétara ni que el juicio de la Administración, a la hora de adoptar la decisión cuya revisión ahora se solicita, fuera incorrecto.

Por el contrario, lo único que hace es revelar la existencia de una vulneración específica de las normas del procedimiento, en concreto, la falta de motivación por parte de la autoridad administrativa a la hora de denegar los medios de prueba propuestos por otra empresa distinta de la ahora recurrente y que dicha omisión ha vulnerado el derecho de defensa reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española, motivo por el que se declara la nulidad de la sanción impuesta a SOS Cuétara.

En la medida en que la sentencia del Tribunal Supremo no evidencia error alguno en el juicio del TDC a la hora de adoptar la resolución sancionadora, simplemente constata la vulneración del procedimiento, es perfectamente posible que, aun conocida dicha sentencia por la Administración al tiempo de resolver, sus efectos se limitasen a la práctica de la prueba solicitada sin que se pueda afirmar que dicha actuación deba predeterminar decisión alguna distinta de la adoptada. Si ello es así para SOS Cuétara, cuanto más lo es para MERCADONA, sobre cuyo procedimiento y decisión sancionadora no se proyecta directamente la resolución administrativa dirigida a SOS Cuétara y menos aún la sentencia del Tribunal Supremo.

En definitiva, si por documento esencial ha de tenerse aquél que hubiera determinado que la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007 fuera necesariamente distinta a la adoptada, no se puede atribuir tal cualidad ni, por lo tanto, los efectos jurídicos de ella derivados, a una sentencia cuya incidencia sobre la decisión sancionadora de fondo, es decir, existencia de la conducta y responsabilidad de los imputados, es, cuando menos, dudosa.

En idéntico sentido, el Consejo de Estado en su dictamen de fecha 30 de septiembre de 2010, emitido a propósito del presente recurso ha señalado que:

“La constancia posterior de esta sentencia, que puede tener efectos procesales de diverso tipo, no es sin embargo suficiente para considerarla "documento de valor esencial que evidencie el error de la resolución recurrida". Como precisa la propuesta de resolución, existió un error en el sentido de omisión procedimental relevante, pero no un error que afectara a los presupuestos de la resolución recurrida: no puso en evidencia la ausencia de conducta sancionable, ni tampoco la ausencia de presupuestos de la sanción impuesta o su falta de proporcionalidad. Demostró la ausencia de un requisito procedimental para una de las partes, pero no pone de relieve con evidencia la existencia de un error que deba llevar a revisar, en forma extraordinaria, el acto dictado.”

En conclusión, y de acuerdo con todo lo expuesto, no procede estimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto por MERCADONA contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007.

TERCERO. Improcedente solicitud de revisión de oficio: ausencia de las causas previstas por el artículo 62.1 de la LRJPAC

La recurrente solicita en segundo lugar, con carácter subsidiario, que en caso de no estimarse el recurso extraordinario de revisión, debe apreciarse que concurre causa de nulidad de pleno derecho del art. 102.1 de la LRJPAC, que apoya en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en virtud del art. 62.1 a) de la LRJPAC al que se refiere el citado 102.1.

Según la recurrente, la jurisprudencia ha declarado que son susceptibles de ser invocados al amparo de esta causa de nulidad, los actos que produzcan indefensión que afecten a la tutela judicial efectiva, como puede ocurrir con la denegación de pruebas pertinentes, razonables y relevantes para el contenido de la resolución, y que, aunque la vulneración del derecho fundamental a la prueba, corroborada por el TS, no resulta de la denegación de pruebas propuestas por MERCADONA, dichas pruebas podían razonablemente influir en el resultado final de la Resolución con respecto a todas las partes imputadas y no únicamente con respecto a SOS Cuétara.

A este respecto, se considera necesario efectuar una serie de precisiones para, por un lado, delimitar con claridad la pretensión planteada por MERCADONA y, por otro,

justificar el sentido de la decisión, ya adelantamos denegatoria, que va a adoptar respecto a su solicitud de revisión de oficio:

1) Si bien el mencionado artículo 102.1 de la LRJPAC permite 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 su pronunciamiento de 10 de diciembre de 2009 en el que la mercantil fundamenta su pretensión, no declara que durante el procedimiento administrativo que llevó a la resolución controvertida del TDC, se hubiera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ni ningún otro derecho fundamental, de MERCADONA. La mencionada Sentencia determina de forma clara y concisa, como ya hemos declarado, la vulneración del derecho fundamental a la prueba ocasionado a SOS Cuétara, pues ésta ha conseguido argumentar razonable y suficientemente la pertinencia de la prueba inadmitida y su potencial relevancia para modificar la resolución sancionadora respecto a ella.

2) Debe recordarse en este sentido, por la incidencia que tiene en la solicitud de revisión de oficio efectuada por MERCADONA, que el derecho fundamental reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española tiene una naturaleza estrictamente subjetiva. Tal y como apunta la Abogacía General del Estado en el informe emitido en el presente procedimiento y confirma el Consejo en su dictamen de 30 de septiembre de 2010, *“cuando el supuesto elegido es el de la vulneración de un derecho fundamental, como es el derecho a la tutela judicial efectiva, las especiales características de la acción de nulidad exigen que la vulneración del derecho fundamental deba ser invocada por quien formula la acción de nulidad, en la medida en que haya resultado víctima de la vulneración de este derecho y, además, conforme exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, haberla alegado en tiempo y forma”*.

3) En este supuesto, tal vulneración no ha sido puesta de manifiesto por la parte ahora recurrente, como lo demuestra el hecho de que en su momento no recurrió, como lo hicieron las otras sancionadas, la resolución del TDC, ni siquiera ahora en su escrito de recurso aclara, justifica o concreta de qué forma la inadmisión de tales pruebas propuestas por SOS Cuétara pueden tener un efecto lesivo sobre su derecho fundamental, más allá de la alegación genérica de la que repetidamente hace uso de la relación indisoluble existente entre la sanción impuesta a SOS Cuétara y la impuesta a MERCADONA.

Tal y como ha señalado el Consejo de Estado en el dictamen emitido en el presente procedimiento: *“en este caso la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se ha producido a MERCADONA, sino a SOS Cuétara, y la existencia de relación entre la sanción impuesta a las dos entidades no justifica que se pueda extender la legitimación de SOS Cuétara a MERCADONA”*

Siendo cierta dicha relación entre las sanciones impuestas en una misma Resolución administrativa, ello no imposibilita reconocer la independencia procesal de la que gozan las interesadas en un mismo expediente. Además dicha vinculación no puede ser utilizado por una de las partes como instrumento para servirse de las actuaciones –

medios de prueba, recursos- llevadas a cabo por una de las partes en ejercicio de su defensa, mientras ella reconoce la conformidad a derecho de la resolución sancionadora otorgándole firmeza al no recurrirla..

En idéntico sentido, el Consejo de Estado en su informe afirmó que: *“la hoy solicitante de la nulidad no empleó en su momento la vía ordinaria de recurso para alegar esta violación de su derecho a la defensa, de modo que no procede ahora declarar su nulidad mediante este cauce excepcional”*.

De otra parte, tal y como venimos afirmando, tal vulneración tampoco ha sido reconocida por la sentencia del TS, la cual sólo declara la nulidad de determinadas actuaciones administrativas en relación con SOS Cuétara.

Por todo ello, debe mantenerse que la recurrente carece de título jurídico justificante de su petición de nulidad, pues no tiene cabida, en lo que a ella respecta, en ninguno de los supuestos señalados en el artículo 62.1 de la LRJAP-PAC, por lo que procede desestimar su petición de revisión de oficio de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007.

CUARTO. Improcedente solicitud de ejecución de sentencia: inaplicabilidad del artículo 72.2 de la LJCA

Finalmente, la empresa solicita, como petición subsidiaria a las anteriores, la devolución a MERCADONA del importe abonado por vía de ejecución de la Sentencia 970/2008, y lo hace acogándose a la siguiente fundamentación. La citada sentencia comporta la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada del TDC, de tal forma, que no puede producirse la consolidación del pago de la sanción por parte de ninguno de los interesados, ni siquiera por quien no recurrió frente a la resolución, por lo que debe reconocerse su derecho a la recuperación de la sanción. El cauce procedimental para dicha devolución sería el previsto por el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), el cual dispone que *"la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. (...)"*.

Afirma la recurrente que según la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 7 de junio de 2005, recurso de casación 2492/2003, queda delimitado el concepto de *"personas afectadas"* partiendo del significado del verbo afectar como equivalente a menoscabar, perjudicar o dañar, para concluir que personas afectadas son aquellas que pueden ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efectos de la ejecución o inejecución de la sentencia, sin que lo anterior precise de ningún otro requisito o presupuesto adicional como, en concreto, que la *"persona afectada no hubiera podido ser parte en el proceso declarativo o de conocimiento"*.

Así, defiende la representación de MERCADONA, que su representada es una "persona afectada" por el acto administrativo dictado por el TDC, ya que a través de este acto se le ha imputado la responsabilidad de un ilícito y se le ha impuesto una multa de 413.800

euros, por lo tanto, resulta de aplicación el artículo 72.2 de la LRJCA antes mencionado. Dicho precepto se refiere a "personas afectadas", concepto éste mas amplio que el de "partes" por lo que a MERCADONA, como tal persona afectada, ha de alcanzarle la ejecución de la sentencia 970/2008.

Como bien señala la Abogacía del Estado en su informe, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005 invocada como precedente no condiciona la extensión de la sentencia al hecho de que quien la solicite haya sido parte en el mismo procedimiento que ha dado lugar a la sentencia por razones que dependen de su voluntad –aunque existe división de criterios al respecto, como demuestra el voto particular- pero sí se exigen dos requisitos: (i) que quien solicite la extensión de la sentencia tenga la consideración de persona “afectada” por ella y (ii) que la pretensión que se ejercite no sea de plena jurisdicción. Si concurren estas circunstancias, se predica el efecto erga omnes de la declaración de nulidad. Si no fuera así, y la persona no resultara “afectada” según la Ley o la pretensión que se ejercitase fuera de plena jurisdicción, la sentencia sólo produciría efectos entre las partes y no alcanzaría a MERCADONA.

Pues bien, entendemos que MERCADONA no puede ser considerada como persona afectada por la sentencia a los efectos de la aplicación del art. 72.2 LJCA, por falta de los requisitos que se acaban de apuntar:

1) En primer lugar, porque la sentencia invocada por MERCADONA no extiende los efectos de la nulidad que declara a todas aquellas personas que pudieran resultar afectadas por el acto en cuestión, sino solamente a SOS CUETARA.

La sentencia 970/2008 se ha dictado en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, por lo que presenta indudables analogías con los pronunciamientos del TC en recursos de amparo, cuyos principios subyacentes deben ser aplicados a este supuesto por la identidad de las pretensiones en juego. Pues bien, en casos en que se ha pretendido la extensión de sentencias de amparo, el TS ha denegado tal extensión a aquellos interesados que no hayan sido parte en el procedimiento. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007, a la que alude el Informe de la Abogacía General del Estado, señala con meridiana nitidez que: “[L]a condición de persona afectada por el pronunciamiento de anulación de una determinada sentencia (sea ésta de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sea ésta del Tribunal Constitucional) exige, ineludiblemente, que dicha sentencia haya dispuesto de manera inequívoca que los efectos de esa anulación que se declara para el acto que haya sido objeto de impugnación lo son erga omnes o se han de proyectar hacia otras personas distintas de las que hayan sido litigantes principales en el proceso donde se dictó la sentencia. Es decir, para la apreciación de personas afectadas en estos casos no basta con que el inicial acto impugnado haya tenido como destinatarios a una pluralidad de personas y no sólo a los litigantes del proceso de que se trate, es necesario que la sentencia extienda claramente los efectos de la nulidad que declare a todas aquellas personas y no la circunscriba sólo a los litigantes.”

Por lo tanto, en casos donde esté comprometido un derecho fundamental, como el supuesto que nos ocupa –artículo 24 de la Constitución-, por el carácter marcadamente subjetivo que, como venimos sosteniendo, le caracteriza, la extensión de la sentencia a otras personas distintas que las que hayan formado parte de dicho proceso, resulta irrealizable, a no ser que la sentencia que determine la estimación subjetiva de ese derecho y anule la resolución que haya impedido el pleno ejercicio del mismo, así lo declare expresamente.

En este sentido, como bien pone de manifiesto el Informe de la Abogacía del Estado, no se trata de la anulación de un acto administrativo por un motivo objetivo generalizable a todas las personas que tuvieron cabida bajo la Resolución controvertida -como podría ser si la misma se hubiera dictado en vulneración del derecho fundamental a la legalidad del art. 25 de la CE-, sino a la anulación de la sanción impuesta a SOS Cuétara en su día por haberse vulnerado, en aquel procedimiento, su derecho a la prueba, al haber sido denegada por la Administración, sin motivación y justificación suficiente, una prueba propuesta por ella. Pero a MERCADONA, quien ahora pretende la extensión de la sentencia, ni le fue denegada dicha prueba, ni reaccionó ante la denegación de dicha prueba, ni recurrió la resolución del TDC, ni se unió a la reclamación de SOS Cuétara. Por lo tanto, el único titular del derecho vulnerado lo constituye SOS Cuétara, por lo que MERCADONA no puede ser considerada persona afectada por dicho pronunciamiento del Alto Tribunal en materia de derechos fundamentales, más aún cuando la pretendida extensión conllevaría la derogación de una resolución firme.

En razón a todo lo expuesto, la CNC debe considerar incompetente, en el marco de la estimación de derechos fundamentales, para adoptar pronunciamientos en ejecución de la sentencia en cuestión a personas que no han sido parte en dicho proceso ni mencionadas en el fallo por el TS. Pues, aunque el fallo anulatorio no especifica si la anulación es para todos los interesados o sólo para SOS Cuétara, es evidente que la misma se refiere constantemente durante toda su argumentación de forma individual a SOS CUÉTARA y la resolución va dirigida explícita y únicamente a ella. No es difícil imaginar que si el TS hubiera querido anular todas las sanciones impuestas a todas las empresas mencionadas en la resolución examinada, lo hubiera hecho constar expresamente. En este sentido, debe hacerse notar que, en la actualidad, varias de las empresas sancionadas por la Resolución del TDC de 21 de junio de 2007 se encuentran pendiente de pronunciamiento en casación ante el Tribunal Supremo.

2) En segundo lugar, no se puede estimar la solicitud de MERCADONA porque tampoco concurre el segundo de los requisitos exigidos por el artículo 72.2 de la LJCA, es decir, que la pretensión ejercitada haya sido la de mera anulación del acto.

En efecto, es evidente que al acudir SOS CUÉTARA al cauce excepcional del procedimiento para la protección de derechos fundamentales, artículo 114 y siguientes de la LJCA, no estaba solicitando meramente la anulación de un acto administrativo, sino el reconocimiento de la vulneración de un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva por la inadmisión injustificada de una prueba y que dicha lesión solo podía ser restablecida privando de eficacia a la sanción impuesta. Tal pretensión,

que ha sido la acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia cuya ejecución ahora se solicita, debe calificarse como una pretensión de plena jurisdicción por lo que la reclamante no puede invocar una sentencia que, en este caso, no puede producir efectos más que entre las partes que han concurrido en el proceso por prohibir dicha extensión el artículo 72.3 LJCA, salvo en los casos previstos en el artículo 110 LJCA que la propia reclamante estima no concurren en este supuesto.

Si el legislador hubiera querido extender la aplicación del artículo 72.2 de la LJCA a las sentencias por las que se acojan pretensiones de plena jurisdicción no habría hablado de “*anulación de una disposición o acto*” sino también, como con meridiana nitidez hace en el artículo 72.3, de “*estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada*”.

En definitiva, tampoco procede estimar la última de las pretensiones formuladas por MERCADONA.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, de acuerdo con el Consejo de Estado, **EL CONSEJO**

RESUELVE

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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que se puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.