

Roj: **STS 191/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:191**Id Cendoj: **28079130032013100019**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **31/01/2013**Nº de Recurso: **5821/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 3816/2009,**
STS 191/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Enero de dos mil trece.

VISTO el recurso de casación, registrado bajo el número 5821/2009, interpuesto por la Procuradora Doña Francisca Amores Zambrano, en representación de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A., con asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 261/2007, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, que declaró no acreditada la conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que era objeto del expediente 612/06, e imponiéndole una multa de 214.000 euros. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 261/2007, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 11 de septiembre de 2009, cuyo fallo dice literalmente:

« DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad EROSMER IBERICA, S.A., contra Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de junio de 2007 a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar dicha resolución impugnada, por su conformidad a Derecho. Sin expresa imposición de costas .».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 14 de octubre de 2009 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 1 de diciembre de 2009, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« que habiendo por presentado este escrito, dentro del plazo legal conferido al efecto, se sirva admitirlo, tenga a esta parte por comparecida ante la Excm. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y por interpuesto RECURSO DE CASACIÓN preparado frente a la Sentencia de 11 de septiembre de 2.009 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional, en el Procedimiento Ordinario



261/2007, y en su día, tras los trámites correspondientes en Derecho, dicte Sentencia casando la resolución recurrida, y en consecuencia deje sin efecto la misma y proceda a estimar los pedimentos contenidos en nuestro escrito de demanda, declarando nulo y sin efecto alguno el acto administrativo objeto del recurso contencioso-administrativo, esto es, la Resolución de fecha 21 de junio de 2.007 dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia donde se declara que la Sociedad Eroski ha 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 los productos Carbonell 0,4º y Koipesol.

Subsidiariamente, y para el caso que la Excm. Sala del Tribunal Supremo considerara que existió un acuerdo de fijación de un precio mínimo (*quod non*), solicitamos la no imposición de sanción alguna a Eroski, o en caso de que estimase procedente la imposición de sanción, se proceda a rebajar la multa impuesta a Eroski. ».

CUARTO.- Por providencia de fecha 6 de abril de 2010, se admite el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de 28 de abril de 2010, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado por escrito presentado el día 29 de junio de 2010, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por hechas las manifestaciones que en él se contienen y previa la tramitación que proceda dicte sentencia en su día por la que desestime el recurso e imponga las costas del mismo a la parte recurrente. ».

SEXTO.- Por providencia de fecha 11 de octubre de 2012, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 15 de enero de 2013, fecha en que tuvo lugar el acto, acordándose por providencia de esa misma fecha, suspender el plazo para dictar sentencia y conceder a las partes el plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas sobre la incidencia en la resolución de este recurso de casación, de la sentencia dictada por la Sección Séptima de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009 (RC 970/2008), a los efectos de declarar si procede la pérdida sobrevenida de objeto del recurso de casación, en congruencia con las sentencias dictadas por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2010 (RCA 344/2007), de 17 de enero de 2011 (RCA 294/2007) y de 7 de junio de 2011 (RCA 342/2007), evacuándose dicho trámite con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado presentó escrito con fecha 21 de enero de 2013, en el que manifiesta que « una vez que la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Sala, con fecha 10 de diciembre de 2009 (RC 970/2008), anuló el Acuerdo de la CNC de fecha 21 de junio de 2007 y casó la sentencia de la Audiencia Nacional que lo había confirmado, se ha producido la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, por lo que procede declararlo así y darlo, consiguientemente, por concluido ».

2º.- La Procuradora Doña Francisca Amores Zambrano, en representación de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A., presentó, asimismo, escrito con fecha 29 de enero de 2013, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga a esta parte por cumplimentado en tiempo y forma el trámite concedido en Providencia de 15 de enero de 2.013, y tras los trámites legales correspondientes, proceda a dictar Sentencia donde con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo se DECLARE:

1) NO HABER LUGAR, POR PÉRDIDA SOBREVENIDA DEL OBJETO, a las pretensiones del recurso de casación interpuesto por EROSMER IBÉRICA, S.A., al haber sido anulada la Resolución impugnada, esto es, la Resolución del TDC de 21 de junio de 2007.

2) ESTIMAR el Recurso en lo relativo a la pretensión de esta parte a la cancelación de la garantía otorgada por importe de 317.200€ para responder de la multa impuesta por el Acto declarado nulo, así como los demás gastos derivados del cumplimiento de lo previsto en la parte dispositiva de la Resolución recurrida, más los intereses correspondientes .

3) Y todo ello, sin expresa imposición de costas conforme a los criterios establecidos artículo 139 de la LJCA . » .

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento de los recursos de casación.



El recurso de casación que enjuiciamos tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2009, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, dictada en el expediente 612/06.

Para una adecuada comprensión del debate casacional procede transcribir el contenido dispositivo de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, confirmada íntegramente por la Sala de instancia:

« PRIMERO.- Declarar que Grupo SOS CUETARA 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 0,4º y Koipesol.

SEGUNDO.- Imponer al Grupo SOS CUETARA 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, justificará 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. » .

La Sala de instancia fundamenta la desestimación del recurso contencioso-administrativo, acogiendo los criterios expuestos en la precedente sentencia dictada por ese órgano jurisdiccional de 3 de junio de 2009 (RCA 295/2007), con base en los siguientes razonamientos:

« [...] Primer motivo del recurso es la alegada caducidad del procedimiento sancionador. Sostiene, en efecto, la parte actora que el expediente fue incoado el día 16 de junio de 2005, en relación con la existencia de posibles acuerdos para fijar los precios mínimos de venta al público de las marcas de aceite Carbonell 0,4 y Koipesol; y a punto de cumplirse el décimo mes de instrucción, se dictó providencia, por el Servicio de Defensa de la Competencia, requiriendo a las compañías distribuidoras y minoristas interesadas determinadas informaciones y documentación. Entiende la recurrente que el requerimiento de información no es causa de suspensión del plazo en los procedimientos sancionadores de la Ley de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, no debe ser tomado en cuenta para el cómputo del plazo de 12 meses que tiene el Servicio para la tramitación del expediente.

En síntesis, se afirma por la recurrente que se acordó la suspensión del plazo máximo legal de instrucción del expediente con la finalidad de realizar lo que no eran sino verdaderas actuaciones de instrucción.

Pues bien, la Sala ya ha tenido ocasión de examinar este motivo también invocado por otros recurrentes frente a idéntica resolución y en relación al mismo expediente sancionador.

Así en nuestra SAN de 3 de junio de 2009 rechazábamos tal alegación diciendo al respecto:

"TERCERO.- Se alega en primer lugar la caducidad del expediente administrativo porque la suspensión del procedimiento fue ilegal y no debe tenerse en cuenta; porque la suspensión de diez días causada por el requerimiento de información del SDC era jurídicamente ineficaz al entender la actora que la suspensión prevista en el art. 42.5.a) de la ley 30/1992 no es aplicable a los procedimientos administrativos incoados de oficio y si a los iniciados por instancia de la parte interesada.

El tenor literal del precepto citado es el siguiente:

"Artículo 42. Obligación de resolver.

1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

b. En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

4. Las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.

b. Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c. Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d. Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

e. Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados."

Del propio tenor del precepto resulta que no solo no se efectúa la excepción que alega la actora sino que el mismo comienza señalando expresamente a TODOS los procedimientos: "1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación."

Antes de continuar con el análisis de esta cuestión es preciso recordar que si bien la ley 16/89 de aplicación a este procedimiento administrativo, establece en su artículo 50 la supletoriedad de la ley 30/1992, en este mismo



precepto se establece que "Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la ley 30/92" y en la Ley de Defensa de la Competencia, el artículo 56 regula los plazos máximos del procedimiento:

"1. El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier otro modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio.

Cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia devuelva un expediente por estimación de un recurso contra un acuerdo de sobreseimiento o para la práctica de las diligencias previstas en el artículo 39 de esta Ley, el Servicio de Defensa de la Competencia dispondrá de un plazo máximo de seis meses, a contar desde la notificación de la Resolución del Tribunal, para practicar la instrucción complementaria que resulte necesaria para completar el esclarecimiento de los hechos y determinar responsabilidades.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la posible ampliación del plazo de conformidad con lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

En cualquier caso, el plazo a que hace referencia este apartado se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 47 de esta Ley , o del planteamiento de cuestiones incidentales en que el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , prevé la suspensión, así como cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o la cooperación con autoridades de competencia de otros países. En tales casos, el Servicio deberá dar cuenta de la resolución de interrupción a los interesados.

Transcurrido el plazo previsto en este apartado y, en su caso, el plazo resultante de un acuerdo de ampliación, sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia para su resolución o hubiese acordado su sobreseimiento, se procederá, de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar su caducidad.

2. El Tribunal dictará resolución, y la notificará, en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión, se interpongan recursos y se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente, se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal de Defensa de la Competencia, se deba proceder a cambio de calificación en los términos del artículo 43.1 de esta Ley o se acuerde la suspensión por la concurrencia con un procedimiento ante los órganos comunitarios o con la instrucción de un proceso penal, así como para la presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. También en este caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Transcurridos treinta días desde el vencimiento del plazo anterior, si el Tribunal no ha dictado resolución, procederá de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar la caducidad del procedimiento."

Igualmente sostiene que el expediente caducó el día 16 de junio porque la suspensión fue indebida por no ser imputable al interesado, al amparo de lo dispuesto en el art. 44 de la ley 30/92 en relación con el art. 42.5 de la misma ley . La diligencia que se encuentra en la base de su alegación es la llevada a cabo por el SDC suspendiendo las actuaciones entre el día 11 y el día 25 de abril de 2005 es decir, 14 días naturales.

La actora sostiene que:

- A) La suspensión fue indebida por no ser imputable al interesado.
- B) La información requerida no era necesaria.
- C) De ser legal, la suspensión no impide la caducidad del expediente, que tuvo lugar el día 28 de junio.
- D) Tuvo lugar la caducidad por falta de notificación en el plazo máximo.

En cuanto a la necesidad de que la suspensión sea imputable al interesado, el reproducido artículo 56 en el párrafo 1 establece que "Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la posible ampliación del plazo de conformidad con lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ." Y a su vez este precepto contempla la circunstancia de que "5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:



a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley ."

Es decir, la norma de aplicación no contempla, como sostiene la actora, la necesidad de que la suspensión sea imputable al interesado, sino que ha previsto la necesidad de requerir al interesado para que subsane deficiencias, aporte documentos y otros elementos de juicio necesarios.

La actora sostiene que la expresión "necesarios" debe interpretarse como "indispensables", razonamiento que no puede ser compartido por esta Sala, en primer lugar porque la norma habría utilizado tal expresión y no la que emplea de considerar que únicamente lo imprescindible justifica la suspensión del plazo máximo legal, y en segundo lugar porque vista la información requerida, esta Sala considera que era necesaria para la instrucción del procedimiento y que la ampliación del plazo, dadas las dimensiones de la misma estaba plenamente justificada.

En línea con la jurisprudencia que ha examinado esta cuestión extensamente en materia de actuaciones de comprobación de la Administración tributaria, la Sala no ha apreciado que la diligencia en cuestión tenga, como alega la interesada, características de "diligencia argucia" ni que se trate de un acto de instrucción desmedido, apreciándose una contradicción en la argumentación de la actora, que en primer lugar considera que la información requerida era artificiosa, y en segundo lugar que era equivalente a lo que hubiera debido ser la totalidad de la instrucción ("practicó un acto de instrucción desmedido, solicitando a SOS CUETARA y los demás imputados de manera totalmente desproporcionada que realicen, en el plazo improrrogable de 10 días hábiles, la totalidad de la instrucción que el propio Servicio había tenido ocasión de llevar.").

La propia actora presentó una solicitud de prórroga del plazo concedido para aportar la información requerida, ampliación que le fue denegada.

A continuación, en línea con lo sostenido en el voto particular formulado por uno de los vocales a la resolución impugnada, la interesada sostiene que el plazo de tramitación del expediente ante el SDC, una vez computados los días de la suspensión, terminaba el día 28 de junio, y por lo tanto la resolución dictada el 30 de junio lo fue una vez caducado el expediente.

En efecto, la discusión se centra en el hecho de que los días que se concedieron a la interesada para aportar documentación fueron hábiles, pero los días que se computan para la totalidad del cómputo de duración del procedimiento son días naturales. La primera cuestión es evidente: el cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento es de fecha a fecha. La segunda cuestión, relativa a como sumar a la fecha final los días en que el procedimiento ha quedado suspendido, debe llevarse a cabo una vez más con base en lo dispuesto en el art. 42 pfo. 5 letra a) de la ley 30/92 :

a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley .

Es decir: se computan los días transcurridos entre el requerimiento y el cumplimiento, salvo que no se cumpliera, en cuyo caso se computaran el transcurso del plazo concedido. La providencia en la que tanto el voto particular como las alegaciones del demandante, en línea con aquel, basan sus conclusiones, claramente establece que "habiéndose recibido toda la información en diferentes fechas, se levanta la suspensión decretada en la providencia precitada desde el día 25 de abril del 2006" y resulta evidente en consecuencia que entre la fecha en que se decretó la suspensión y la fecha en que se levanta la suspensión por haberse recibido la totalidad de la documentación reclamada han transcurrido catorce días, habiéndose recibido el expediente en el TDC el último día del plazo.

Para valorar el contenido de la providencia, es fundamental tener en cuenta que el procedimiento sancionador no se dirigía únicamente contra la empresa hoy actora, sino contra otros once interesados, y el requerimiento de información no le afectaba únicamente a la actora. A tales efectos es esclarecedor el texto de la providencia dictada el día 10 de abril de 2006 que suspende el plazo máximo legal por "el tiempo que medie entre la notificación de este requerimiento y su efectivo cumplimiento por parte de todos y cada uno de los requeridos".

Por otra parte, si el artículo 56 de la LDC establece un plazo por meses, (El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses) y para computar los meses deben tenerse en cuenta todos los días del mes, sean o no hábiles, no puede admitirse la convivencia de dos fórmulas de computo, una por días naturales y otra por días hábiles, debiendo interpretarse la suspensión prevista en el artículo 42 citado de forma coherente con el resto de la regulación tanto de la ley 30/92 como, principalmente, de la Ley de Defensa de la Competencia.



Finalmente, la actora sostiene que el plazo no debe computarse en relación con el día en que se remite el informe -propuesta, sino en el día en que se notifica a la interesada la remisión del mismo."

La lectura del artículo 56.1 de la ley 16/89 no deja lugar a dudas y no permite la interpretación que la interesada sostiene: "1. El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier otro modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio." La norma dice en efecto que hay dos posibilidades: que el procedimiento termine con la remisión del expediente, en cuyo caso el día final del plazo es el de la "remisión del expediente" al TDC o que termine de cualquier otra manera en cuyo caso finaliza el día en que tenga lugar "la notificación del acuerdo que ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio".

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del motivo de recurso fundamentado en la caducidad del expediente administrativo."

Estos razonamientos son igualmente aplicables al caso pues las alegaciones en pos de la caducidad se han venido repitiendo por todas las empresas sancionadas en sus respectivos recursos ante la Sala.

3. *También se alega que los hechos constitutivos de la infracción imputada y sancionada no han sido probados suficientemente. Se dice en la demanda que la uniformidad del precio en los supermercados no constituye prueba de existencia de un acuerdo de fijación de precios, ya que ello puede surgir de la interacción competitiva entre los minoristas y suponer el resultado de la mera competencia horizontal, sin que ello se deba a ninguna forma de restricción vertical de precios.*

Pero tal afirmación ya fue también desechada por la Sala en las sentencias dictadas en los recursos interpuestos por SOS, Cuétara S.A. y en otras empresas sancionadas que articulaban dicha argumentación en análogos términos.

"CUARTO- Se alega en segundo lugar la indefensión por la denegación de la práctica de la prueba. El motivo se articula en idénticos términos a los suscitado en el recurso 8/2007 por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, que fue resuelto por sentencia desestimatoria de fecha dieciséis de enero de dos mil ocho dictada por esta misma Sala y Sección.

En aquella sentencia se razonó como sigue:

"El examen de los motivos de impugnación alegados requiere en primer lugar recordar cual es la jurisprudencia en materia de denegación de pruebas y que circunstancias deben valorarse para que tal denegación cause, como alega la recurrente, indefensión.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han señalado que para que tal denegación alcance la dimensión que la parte recurrente sostiene ha tenido, su indefensión, y con ella la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado por violación de su derecho fundamental de defensa, debe traducirse en un impedimento o limitación improcedente del derecho de alegar en el procedimiento administrativo sancionador los propios derechos o intereses, de oponerse y replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio indispensable del derecho de contradicción o de acreditar en el proceso hechos relevantes para su resolución o sentido de la decisión (STC 51/1985, STS 29-VI-1999).

Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente o lo que es lo mismo que "sea decisiva en términos de defensa "(STC 1/1996 , 219/I.998, 101/I.999). El Alto Tribunal ha señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, 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 material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987 y 131/1995 y, de otra, "quien en la vía de amparo 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" (SSTC 116/1983 , 147/1987, 50/1988), 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 (SSTC 30/1986 , 1/1996 , 170/1998 y otras).

Pues bien, en el caso presente no concurren las notas requeridas para que pueda y deba apreciarse la vulneración del derecho fundamental que se invoca: el examen de la resolución denegatoria de las pruebas no admitidas, y de la propia resolución sancionadora, pone de manifiesto, a juicio de esta Sala que efectivamente la recurrente



ha razonado la relación entre las pruebas inadmitidas y su finalidad, en este caso, no probar hechos, sino privar de validez a otras "pruebas" sobre las que, al menos parcialmente, descansa el pliego de cargos. Sin embargo, no ha resultado razonado de modo convincente que la resolución del procedimiento hubiera sido absoluta si se hubieran practicado.

A juicio de esta Sala en el fundamento jurídico segundo del Acuerdo del TDC impugnado se razona como se han valorado las alegaciones de la recurrente respecto a las declaraciones del presidente de la empresa, y en el conjunto de los restantes razonamientos jurídicos de dicho acto administrativo aparecen diversas referencias a las encuestas de la OCU y a las relaciones con el Grupo Carrefour. Y tales razonamientos permiten comprobar que dichas "pruebas" han sido contestadas por la hoy actora en el seno del expediente administrativo, y que no son las únicas pruebas que han sustentado la resolución sancionadora."

El motivo se articula doblemente: en primer lugar, reproduciendo las alegaciones ya formuladas entonces, que deben ser desestimadas en los términos utilizados en la sentencia, y en segundo lugar, como una crítica de dicha sentencia, "indebida desestimación del recurso por infracción de derechos fundamentales".

La posible utilización de estas dos vías de recurso, no permite transformar esta instancia en una vía de impugnación de la sentencia, que tiene los trámites establecidos en la ley. En consecuencia, resulta improcedente a juicio de esta Sala que la misma reexamine su sentencia en este recurso contencioso-administrativo, bien para llegar como pretende la actora a una conclusión distinta, bien para repetir una vez más los argumentos que ya llevaron a fundamentar la desestimación del recurso, máxime cuando se plantea una vez más como vulneración del derecho fundamental protegido por el artículo 24.2 de la Constitución Española ."

4. La demandante insiste en que su situación era particular, sucediendo que si bien el Grupo SOS Cuétara promovió los acuerdos y consiguió alcanzarlos con alguna de las cadenas, desde luego no lo consiguió con ALCAMPO. Ello no obstante reconoce que vendió los productos en cuestión al precio modal.

La actora dice que se ha vulnerado la presunción de inocencia, que no hay pruebas directas concluyentes, la inconsistencia de los indicios y la existencia de una explicación alternativa.

Pues bien, en lo atinente al fondo, la cuestión radica en la valoración de la prueba en la que se sostienen por el TDC la existencia de una concertación respecto a fijación de precios mínimos. En este punto hemos de volver a recordar el examen que de la prueba que nos ocupa se realiza en la sentencia antes citada - los hechos imputados en el presente recurso son idénticos a los examinados en los recursos 259 y 289/2007 -:

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de enero de 1.999 actuando como Sala de Instancia en el recurso contencioso administrativo 263/1.995, citada en otras posteriores como la de 31 de marzo de 2005, ha razonado como sigue:

"De la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

En nuestro caso, hemos de señalar que existe el dato de que las ofertas presentadas en sobre cerrado por todos los laboratorios concursantes eran idénticas, hasta el extremo de que en alguno de los concursos aparecen cifras decimales iguales. La conjunción de elementos tales como pluralidad de oferentes y presentación en sobre cerrado que imposibilitaría el conocimiento mutuo, hace impensable, que se pueda llegar a una identidad de precios sin un concierto previo entre los concursantes; pues aún en el supuesto, invocado por el recurrente, de que en el mercado de productos zoosanitarios los precios son resultado de unos costes económicos que en gran medida están determinados por exigencias muy concretas y detalladas, con márgenes comerciales muy cortos, de que en este sector son frecuentes los contactos entre los funcionarios de la Administración sanitaria y los laboratorios, que permite conocer cuáles van a ser los precios que se van a abonar, y de que éstos resultan de los datos suministrados por aquélla, ello podría producir precios homogéneos con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta en la de todos los oferentes.

Alega el recurrente que la coincidencia obedece al previo conocimiento que los oferentes tenían de los precios máximos por dosis y el número de éstas, lo que determinó, mediante una sencilla división, obtener el importe. Tal argumento no puede acogerse porque, como señala el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia "el precio máximo por dosis a pagar sólo aparece en uno de los concursos... En todos los demás, figuran únicamente las



sumas presupuestadas para la adquisición de la vacunas para las que se convoca el concurso". En cualquier caso, aun admitiendo el conocimiento de ambos elementos de la operación, las ofertas no tenían por qué ser idénticas, ya que al ser precios máximos cabía rebajar su importe, siendo ilógico que -sin previo acuerdo- todos los concursantes o bien no hiciesen bajas o que éstas fuesen absolutamente iguales. La misma actora reconoce la existencia de "unos márgenes mínimos que resultaban muy inferiores a los del mercado libre", con lo que se está admitiendo la posible oscilación del precio dentro de ese margen, oscilación que resulta incompatible con la total y absoluta identidad de los ofrecidos.

Existe, en definitiva, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado -identidad de precios- y la consecuencia - convenio entre los laboratorios- que permite concluir, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, que no se ha producido la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque el proceso deductivo, según las reglas del criterio humano, realizado en el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, no es arbitrario, caprichoso ni absurdo."

La argumentación la resume la propia actora en la página 75 del escrito de demanda en los siguientes términos:

No se cumplen los requisitos de la prueba de indicios porque no se han demostrado plenamente los hechos de base o indicios, ni la relación causal entre los indicios y las presunciones está suficientemente razonada, y porque existen otras razones para explicar los indicios que no han sido analizadas ni se han explicado las causas de su rechazo.

La lectura de la resolución impugnada permite comprobar que en la página 8 de la misma se fundamenta como base de la imputación a la hoy actora las declaraciones de su Presidente en el periódico "El País" el día 19 de mayo de 2002, según las cuales, "la empresa ha fijado un precio de venta único en toda España para sus aceites, rechazando el suministro de sus productos a quienes no cumplan sus exigencias... el grupo Koipe ha decidido que su aceite de oliva Carbonell 0,4º se venda en toda España a 2,70 euros litro, (450 pesetas).

La Administración autora del acto ha negado la declaración testifical del periodista, y el TDC razona que debe tenerse por cierta porque el supuesto declarante ni puntualizó ni rectificó en su día el contenido del artículo ni se niega su autenticidad. La propia resolución reconoce que se alegó por la recurrente que no se habían interpretado correctamente las declaraciones y que la coincidencia entre los precios minoristas y el artículo periodístico acredita que las informaciones no podían sino proceder de la propia empresa.

Si bien esta Sala estima que el derecho de SOS CUETARA a utilizar determinados medios de prueba esenciales para su defensa no ha sido vulnerado, al tiempo considera que si debe prosperar su alegación de que tratándose por la resolución impugnada esta declaración periodística como prueba de cargo, debió darse a la interesada la oportunidad de practicar prueba de descargo, a fin de que se acreditase o bien que efectivamente declaró tales aseveraciones o que por el contrario las conclusiones fueron resultado de la propia elaboración del entrevistador.

En estas circunstancias, tal declaración no puede constituir la prueba de cargo sobre la que se sustente la conclusión alcanzada por la resolución del TDC máxime teniendo en cuenta las fechas en que se publicaron y la fecha en que se desarrolla la instrucción de este expediente.

Así deben interpretarse las restantes pruebas practicadas en el expediente con abstracción de dicha noticia periodística.

Distinta consecuencia debe extraerse en relación con las encuestas regularmente practicadas por la OCU. El hecho de que no se encuentren unidas físicamente no permite dudar de su existencia, y si bien la OCU aporta un resultado de las mismas, se han realizado comprobaciones por los órganos encargados de la instrucción del expediente dirigidas a completar tales informaciones.

5. Retomando la valoración de los indicios llevada a cabo por la Administración, el hecho esencial sobre el que descansa toda la argumentación que lleva a la condena de la hoy actora es el siguiente:

"En la práctica totalidad de los establecimientos de las ocho empresas distribuidoras imputadas, el precio de venta al público del aceite Carbonell 0,4 no fue inferior a 2,69 euros por litro, y el de Koipesol no fue inferior a 1,19 euros por litro, siendo ambos precios mínimos los efectivamente aplicados en la mayor parte de los establecimientos de casi la totalidad de las imputadas".

Este hecho se ha probado porque se han probado los datos sobre los que se sustenta:

- Desde agosto de 2002 desaparecen del mercado los precios inferiores a los precios modales.
- SOS CUETARA remite un fax a Carrefour en junio de 2003 proponiendo una subida de los precios de cesión superior al 25% (folio 6768).



- La actora según las codemandadas, específicamente, la codemandada Carrefour, no solo fijó los precios sino que adoptó medidas relacionadas con el suministro de sus productos relacionadas con la referida política de fijación de precios.

La actora se ampara en el informe pericial practicado en el expediente, según el cual la coincidencia en los precios sería la consecuencia no del acuerdo sobre precios, ni de la imposición del fabricante de tales precios, sino del propio juego del mercado: "la interacción competitiva entre supermercados puede llevar a una uniformidad en los precios de venta al público en el caso de productos de marca clave, aunque los minoristas soporten costes diferentes". En este litigio, se ha acreditado en el expediente que la compañía ahora recurrente decidió una subida de precios considerable, que se mantuvo durante un tiempo relevante, y dicha subida fue la misma para un conjunto importante de establecimientos distribuidores, y esa uniformidad se alcanzó únicamente en un sentido, subida y nunca venta por debajo de un precio determinado en consonancia con las indicaciones efectuadas por la hoy actora a dichos distribuidores. Es relevante e inexplicable por los distintos documentos obrantes en el expediente y por el citado informe pericial que tal subida de precios, y el mantenimiento en un precio determinado, tuviera lugar para las dos marcas de aceite, Carbonell 0,4 y Koipesol que eran las marcas líderes del Grupo SOS CUETARA y que tal comportamiento de los precios tuviera lugar inmediatamente después de la reestructuración empresarial sufrida por el grupo aceitero Koipe y no antes. Esta Sala considera que, en contra de lo razonado por la recurrente, lo relevante no es la convergencia de precios, que según sostiene sería (siempre según la tesis actora) lo habitual en el mercado para las marcas estrella, sino el mantenimiento de un precio mínimo que era muy elevado durante un determinado periodo de tiempo, y como punto de partida, una elevación fija del precio de cesión superior en el 25% al precio modal. El informe pericial que sustenta la pretensión actora podría justificar la venta a precios parecidos de productos estrella en todos los distribuidores más importantes, pero no justifica lo que sanciona el TDC, el precio mínimo de venta para dos concretas marcas: como resume el acto administrativo impugnado debe concluirse que la actora llevó a cabo una estrategia de fijación de precios mínimos, adoptando todas las medidas necesarias para la aceptación de tales precios por los distribuidores, con el correlativo beneficio mutuo, para la actora el mantenimiento de unos precios estables y para los distribuidores, la desaparición de un elemento de competencia en el sector, flexibilizando sus márgenes en los aceites de marca blanca, que precisamente por no ostentar las marcas Carbonell y Koipe pueden venderse a precios inferiores.

La actora sostiene que al igual que hizo el Servicio de Defensa de la Competencia en otro expediente (en el que consideró que había tenido lugar la confluencia natural de precios en el Mercado por alineación inteligente), debió archivar la denuncia.

La lectura del texto que la propia actora reproduce en la página 54 del escrito de demanda revela que en aquel caso se trataba de un supuesto de líder barométrico o al menos, la Administración declara que "no existen elementos suficientes para eliminar la teoría del liderazgo", y especialmente según resulta del referido texto en ese supuesto el paralelismo de precios no quedó demostrado que fuera consecuencia de un acuerdo entre los competidores. En el supuesto de autos, por el contrario quedó demostrado, con fundamento en indicios probados, que la actora decidió una subida del precio de sus dos marcas de aceite más punteras elevación que fue determinada por la ahora actora."

Pues bien, lo declarado anteriormente recoge la doctrina que esta Sección ha venido manteniendo en orden a la valoración de la prueba en casos de conductas conscientemente paralelas y, concretamente, uniformidad de precios. En nuestra sentencia de 31 de octubre de 2008, dictada en el recurso 469/2006, afirmábamos:

"...En el presente caso existió transferencia de información, y ello es algo plenamente probado y aceptado por la actora, y se aplicaron idénticos cargos en diferentes agencias de viajes por la emisión de billetes. Esta identidad no puede ser explicada por la mera operativa del mercado. Pues bien, probado que la actora conocía las circunstancias de los cargos que se aplicaría, y que los cargos son idénticos, es inevitable concluir que se ha producido o bien un acuerdo tácito o bien una conducta conscientemente paralela - que para aplicar el tipo infractor es igual -, y ello no supone una prueba de indicios, como parece entender la recurrente, sino una prueba plena. Es indiferente que las entidades integradas en la recurrente no aplicasen los cargos directamente, pues la imputación se basa en un acuerdo expreso o tácito en el que tomo parte a través de las actuaciones de CAAVE a quien había transferido la toma de decisiones en esta materia y llevó a la aplicación de idénticas tarifas por las Agencias.

No existe pues una vulneración de la presunción de inocencia, tampoco falta de prueba, lo que ocurre es que la recurrente no comparte las conclusiones extraídas de la prueba practicada. Pero ocurre, que la única forma de explicar la identidad en los precios, partiendo de la idea de que las compañías afectadas conocían la estrategia de las demás en la materia, es que conscientemente se fijaron precios idénticos. Para lo cual no es necesaria una presión o compulsión, ni un acuerdo expreso. Basta con que se actúe de forma igual a un competidor conociendo su estrategia en materia de precios, para que ello suponga la infracción del artículo 1..."



Por más que la actora afirme que en los precios por ella determinados se distinguían diversos grupos, y que los precios, en lo que a ella se refiere venían determinados en función de los costes, lo cierto es que tampoco en su caso se bajó del precio mínimo antes señalado, y ello no responde a razones de mercado, pues, con anterioridad al 2002, la diversidad de precios era muy intensa, diversidad que desapareció con posterioridad a esa fecha.

En cuanto a la proporcionalidad de la sanción la Sala aprecia que en el fundamento jurídico séptimo de la resolución impugnada aparece descrita la base fáctica sobre la que se ha calculado el importe de la multa, que la actora no ha impugnado. En segundo lugar, no cabe duda de que en España el aceite es un producto de consumo de primera necesidad, que la dimensión del mercado afectado es el territorio nacional, la duración es larga, y la cuota de mercado de las empresas imputadas alta, fijada por el TDC para la recurrente es del 5% y no discutida en autos.

Se ha repartido la cuantía correspondiente a la multa impuesta a Sos Cuétara, entre las restantes implicadas, atendiendo a su tamaño medido en metros cuadrados.

Con este fundamento no se aprecia falta de proporcionalidad en el importe de la multa que, por lo demás, no se ha planteado en el presente recurso . » .

El recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de la de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A., se articula en la formulación de un único motivo de casación, que se desarrolla en cuatro subapartados, fundados al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En el primer subapartado del motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 56 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y del artículo 42.5 b) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , se cuestiona el pronunciamiento de la Sala de instancia relativo a no apreciar la caducidad del procedimiento sancionador tramitado ante el Servicio de Defensa de la Competencia, a pesar de haberse excedido del plazo de doce meses, computados desde la fecha de incoación del expediente (16 de junio de 2005) hasta su remisión al Tribunal de Defensa de la Competencia (30 de junio de 2006), teniendo en cuenta que el requerimiento de información efectuado por el SDC a una de las mercantiles imputadas, la Sociedad Cuétara, S.A., con fecha 10 de abril de 2006, no es causa de suspensión del plazo de tramitación del expediente.

En este sentido, se arguye que del contenido del artículo 56 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia se infiere la intención del legislador de establecer un régimen regulatorio de la interrupción del plazo determinado para tramitar el expediente sancionador de carácter autónomo, que haría inaplicable la regulación de todos los supuestos contemplados en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , de modo que el Servicio de Defensa de la Competencia no podía fundamentar la suspensión del expediente sancionador mas que en los supuestos enunciados en los apartados b) y e) del artículo 42.5 LRJAP -PAC.

El segundo subapartado del motivo de casación se fundamenta en la infracción del artículo 24.2 de la Constitución , y la jurisprudencia aplicable sobre la prueba indiciaria, en la medida en que la infracción imputada a la mercantil Erosmer Ibérica, S.A., que confirma la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional, carece de base que lo justifique, pues no existe ni una sola prueba directa ni ningún indicio suficientemente acreditado de un supuesto acuerdo con el Grupo Sos Cuétara para establecer un precio de venta al público mínimo de las marcas Carbonell 0,4 y Koïpesol.

Al respecto, se arguye que las muestras aportadas por la OCU sobre el pretendido paralelismo de precios carecen del mínimo rigor metodológico y estadístico para considerar válidos los hechos que se declaran acreditados, por contener errores y lagunas, y referirse, exclusivamente, a un número muy limitado de establecimientos de Eroski.

En último término, se aduce la total ausencia de relación de causalidad entre los hechos probados y la conducta presunta de concertación con Sos Cuétara para fijar un precio mínimo de venta de sus productos, y se considera la valoración de la prueba que ha realizado la Audiencia Nacional inconsistente.

El tercer subapartado del motivo de casación se basa en la infracción de la jurisprudencia sobre la existencia de una práctica o acuerdo concertado para declarar que ha cometido una infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Se refiere que la sentencia de la Audiencia Nacional incurre en error al tener por ajustada a Derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, sin tener en cuenta que es insuficiente la constatación de un seguimiento de precios fijados por el proveedor para declarar que Eroski, igual que el resto de empresas distribuidoras minoristas, ha incurrido en una infracción del artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , derivada de un acuerdo tácito con Sos Cuétara, que cabe reputar de irrelevante.



Se aduce que no cabe entender que la conducta investigada sea restrictiva de la competencia, por cuanto, atendiendo a las peculiares características del mercado de distribución minorista afectado, no se han producido efectos restrictivos que sean especialmente graves.

El cuarto subapartado del motivo de casación se sustenta en la infracción de la jurisprudencia dictada en relación con el artículo 46.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por cuanto la Sala de instancia debió declarar que no procedía imponer sanción alguna a Eroski por su condición de distribuidora minorista de bienes de consumo, atendiendo a la propia práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia, que, en numerosas resoluciones, ha modulado la imposición de sanciones en supuestos en que, aún declarando la existencia de una infracción, aprecia que no resulta procedente la imposición de sanción a las empresas infractoras.

Se aduce que la sanción impuesta a Eroski debió haberse rebajado por la Audiencia Nacional, en aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, que deroga la anterior, y que determina que la conducta colusoria deba calificarse de infracción grave.

SEGUNDO.- Sobre la prosperabilidad del recurso de casación.

El recurso de casación, en los estrictos términos planteados, debe acogerse, en cuanto que la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, recaída en el expediente 612/2006, ha sido anulada y dejada sin efecto por la sentencia dictada por la Sección Séptima de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009 (RC 970/2008), ya que de dicho pronunciamiento judicial se infiere que no se puede imputar a la empresa recurrente una conducta antijurídica que ha sido acreditada con violación del derecho fundamental a la prueba, garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución.

En efecto, cabe poner de relieve que habiéndose decretado por la referida sentencia, dictada por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la eficacia invalidante de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, ello comporta revocar y dejar sin efecto el pronunciamiento de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2009 (RCA 261/2007), en cuanto por circunstancias sobrevenidas dicha resolución judicial ha devenido ilegítima al confirmar una resolución administrativa que ha sido declarada nula de pleno derecho y, en consecuencia, dejada sin efecto y eliminada del mundo jurídico.

Al respecto, cabe referir que la declaración de nulidad de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, decretada en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 10 de diciembre de 2009 (RC 970/2008), que resuelve el recurso de casación interpuesto por la mercantil Sos Cuétara, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 8/2007, se sustenta en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] 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 absolutoria 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 diabólica 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. Simón , Director General de OCU, para aclarar determinados puntos de la documentación aportada y solicitada por la OCU; y D. Jesus Miguel , 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 . » .

En suma, de acuerdo con los criterios jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2013 (RCA 486/2009), procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 261/2007 , que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede, tal como aduce el Abogado del Estado, atendiendo a las pretensiones efectivamente deducidas en el escrito de demanda, declarar terminado por pérdida sobrevenida de objeto el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, recaída en el expediente 612/2006, por cuanto dicha resolución administrativa, como hemos expuesto, ha sido declarada nula de pleno derecho por resolución judicial firme con posterioridad a la formulación del recurso contencioso-administrativo.

Al respecto, cabe recordar la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 15 de abril de 2009 (RC 1470/2005), sobre la procedencia de declarar terminado el recurso contencioso-administrativo por pérdida sobrevenida del objeto, cuando se haya producido la declaración de nulidad del acto administrativo por sentencia firme con posterioridad al planteamiento del recurso contencioso-administrativo, ya que resulta superfluo mantener la controversia jurídica:

« [...] A la vista de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que esta Sala ha venido considerando en numerosas ocasiones, como recuerda el Auto de 21 de marzo de 2007 (JUR 2007\98024), que la desaparición el objeto del recurso es uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo. Por todas, en nuestra STS 15 de julio de 2005 (RJ 2005\5475) hemos reiterado que "tal como dice nuestra sentencia de 19 de mayo de 2003 (RJ 2003\4891) (casación 5449/98), este Tribunal ha recordado en sus recientes sentencias de fechas 19 (RJ 1999\4156) y 21 de mayo de 1999 (RJ 1999\4160) , 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000\7690) , 19 de marzo y 10 de mayo de 2001 y 10 de febrero y 5 del corriente mes y año, que la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada, en muchas otras, como uno de los modos de terminación del proceso Contencioso- Administrativo; tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real, (así sentencias de 24 de marzo (RJ 1997\2448) y 28 de mayo de 1997 (RJ 1997\4449) o 29 de abril de 1998 (RJ 1998\3334). como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia, (así en sentencias de 31 de mayo de 1986 (RJ 1986\2783) , 25 de mayo de 1990 (RJ 1990\4564) , 5 de junio de 1995 (RJ 1995\4867) y 8 de mayo de 1997 (RJ 1997\3921))".

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en sus Sentencias de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6991) (recurso de casación 4453/2001), 19 de septiembre de 2003 (recurso de casación 6838/2001), 20 de septiembre



de 2003 (recurso de casación 3790/2001), 22 de septiembre de 2003 (recursos de casación 5365/2000 y 7468/2000), 15 de enero de 2004 (recursos de casación 4485/01 , 5177/01 y 381/02), 28 de junio de 2004 (RJ 2004\4831) (recurso de casación 6968/01), 25 de octubre de 2004 (recurso de casación 2838/02), 20 de diciembre de 2004 (RJ 2005\279) (recurso de casación 5800/2001) y 20 de junio de 2005 (RJ 2005\5979) (recurso de casación 568/03)".

Estas consideraciones resultan asimismo extensibles a los recursos de casación contra las sentencias recaídas en los procesos contencioso-administrativos en los que se impugnen de modo directo disposiciones generales, si la desaparición del objeto del proceso se produce una vez dictadas las sentencias de instancia, Sentencia de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001\4046) (recurso de casación 6715/1993) y Autos de fecha 28 de febrero de 2006 (JUR 2006\124610) (recurso de casación 3978/2003) y 31 de mayo de 2006 (Recurso nº 1099/2001). ».

TERCERO .- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el presente recurso de casación.

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

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 261/2007 , que casamos.

Segundo.- Declarar terminado por pérdida sobrevenida de objeto el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil EROSMER IBÉRICA, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007, recaída en el expediente 612/2006.

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.

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.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.