



Roj: **SAN 5027/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5027**

Id Cendoj: **28079230062023100646**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/10/2023**

Nº de Recurso: **859/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000859 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 7854/2018

Demandante: CLUB DE VARIEDADES VEGETALES

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a nueve de octubre de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 859/18 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación del **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES** contra la resolución de 11 de octubre de 2018, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, mediante la cual se acordó revocar la resolución de 9 de febrero de 2017 dictada por la propia Sala en el expediente indicado. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el



que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que acuerde "... la anulación de la resolución de fecha 11 de octubre de 2018, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con imposición a dicha Comisión de las costas causadas en este procedimiento".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en los que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 13 de septiembre de 2023, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 11 de octubre de 2018, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, en cuya parte dispositiva se acordaba lo siguiente:

"ÚNICO. - Revocar la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de febrero de 2017, dictada en el expediente VS/0312/10 CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS".

Como antecedentes, la resolución resume los acontecimientos que precedieron a su dictado de este modo:

"1. Por Resolución de 4 de julio de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó en relación con CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS (en adelante CVVP):

"PRIMERO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que son responsables NADORCOTT PROTECTION S.A.R.L. (NCP), CARPA DORADA S.L. (CD) y el Club de Variedades Vegetales Protegidas (CVVP)

SEGUNDO.- Imponer (...) al Club de Variedades Vegetales Protegidas (CVVP) una multa sancionadora por importe de cuatro millones novecientos setenta y cuatro mil veintisiete euros (4.974.027€).

TERCERO.- Intimar a NADORCOTT PROTECTION S.A.R.L. (NCP), CARPA DORADA S.L. (CD) y al Club de Variedades Vegetales Protegidas (CVVP) al cese de la conducta infractora eliminando las restricciones a la comercialización del fruto identificadas en el Fundamento de Derecho.

SEXTO así como a abstenerse de introducir restricciones equivalentes en el futuro.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

2. Con fecha 5 de julio de 2013 le fue notificada a CVVP (folio 83.2) la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (nº 385/2013), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.

3. Mediante Auto de 7 de octubre de 2013, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 4.974.027 €, que fue declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2014.

4. Mediante Sentencia de 18 de junio de 2015, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (385/2013) interpuesto por CVVP contra la Resolución de 4 de julio de 2013, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa, y ordenando a la CNMC que realice un nuevo cálculo de la multa de acuerdo con lo expuesto en su Fundamento Jurídico Octavo. Contra ella se interpuso recurso de casación (2653/2015).

5. Frente a la referida sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2015 presentaron recurso de casación tanto la representación procesal CVVP (rec. nº 2841/13) como la CNMC, a través de la Abogacía del Estado (rec. nº 2653/2015).

6. Mediante Auto de 12 de mayo de 2016 el Tribunal Supremo inadmite por cuantía el recurso de casación interpuesto por la representación procesal CVVP contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2015, recaída en el recurso 385/2013 que se declara firme.



7. Con fecha 9 de febrero de 2017, a la vista de la citada sentencia de 18 de junio de 2015, la Sala de Competencia dictó Resolución en el expediente VS/0312/10 CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, imponiendo una multa de 64.998 euros a CVVP.

El volumen de negocios total de CVVP en el ejercicio 2012 había sido comunicado a la antigua CNC mediante escrito de 1 de julio de 2013 (folio 671) en respuesta al requerimiento efectuado mediante Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 10 de junio de 2013. En dicha respuesta CVVP señaló, entre otros extremos, que su volumen de negocios total en 2012, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, ascendió a 1.203.665,10 € (1.052.004,79 por cuotas de asociados y 151.660,31 por prestación de servicios).

8. Con fecha 17 de febrero de 2017 CVVP procedió a realizar el pago de la sanción por importe de 64.998 euros (folio 895.1).

9. Con fecha 21 de marzo de 2018 (rec. 2653/2015), la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado en representación de la CNMC frente a la referida sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2015, declarando en el fallo lo siguiente:

"Primero. - Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2015, dictada en el recurso contencioso administrativo 385/2013, que casamos.

Segundo. - Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal del CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de julio de 2013, recaída en el expediente S/0312/10, que impuso al referido Club la sanción de 4.974.027 €, por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que anulamos, por ser disconforme a Derecho, en lo que concierne a la fijación de la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y al volumen de negocios, en los términos fundamentados".

10. Frente a dicha sentencia CVVP interpuso incidente de nulidad de actuaciones.

Mediante Auto de 14 de junio de 2018, la Audiencia Nacional ha desestimado el incidente de nulidad de actuaciones promovido por CVVP contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018.

A lo anterior cabe añadir que ante esta misma Sección, y bajo el número 760/2020, se sigue procedimiento ordinario instado por la entidad aquí recurrente contra la resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha 4 de junio de 2020 mediante la cual, en ejecución de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018, se acordó imponer al CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS una sanción de 4.974.027 euros "... en sustitución de la inicialmente impuesta".

SEGUNDO. - En su fundamentación jurídica, la resolución recurrida invoca el artículo 109.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, según el cual "Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico".

Recuerda a continuación que la propia Sala de Competencia de la CNMC procedió a ejecutar la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 18 de junio de 2015, declarada firme por Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2016; y que, con fecha 9 de febrero de 2017, dictó resolución en el expediente VS/0312/10 por el cual acordaba imponer a la entidad actora una multa de 64.998 euros. Multa que fue satisfecha por la sancionada.

Añade que, después de dicho acuerdo, el Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado "... contra la resolución de 4 de julio de 2013" (sic) y que, mediante sentencia de 21 de marzo de 2018, ordenó a la CNMC que procediese a realizar un nuevo cálculo de la multa.

Tras estas consideraciones, resuelve a continuación que "... procede revocar la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de febrero de 2017, sin perjuicio del posterior trámite de ejecución de sentencia que realice el Consejo en cumplimiento de lo establecido en la citada sentencia de 21 de marzo de 2018".

Frente a ello, el Club recurrente esgrime como principal motivo de impugnación que la referida decisión no podría adoptarse al amparo del artículo 109 de la Ley 39/2015 por cuanto el acuerdo revocado no es desfavorable, presupuesto necesario para la aplicación de ese precepto, sino favorable.

Al objeto de acreditar esa circunstancia, acompañó junto con escrito de 13 de julio de 2020, ya presentadas conclusiones, copia de la resolución de la CNMC de 4 de junio de 2020 por la cual, en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018, se le impuso una sanción de 4.974.027 euros "... importe setenta y seis veces superior al de la sanción revocada".

Argumentaba así que los efectos de la revocación que ahora se cuestiona no son beneficiosos para el Club, y que dicha revocación "... se hace in peius, esto es, para agravar la situación de mi representada, lo que incide en la consideración de que el acto revocado no tiene la condición de acto desfavorable o de gravamen".

De este modo, la primera, y principal, cuestión a dilucidar es si la resolución de 9 de febrero de 2017, dejada sin efecto por la que ahora se impugna, era un acto favorable o desfavorable para el Club recurrente pues solo en este segundo supuesto podría seguirse la vía revocatoria del artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que fue la utilizada por la CNMC.

En otro caso, es decir, si se concluye que se trataba de un acto favorable, tesis de la entidad recurrente, habría de haberse seguido el procedimiento que, para la revocación de oficio de los actos favorables al administrado, establece la misma Ley 39/2015.

Es por ello por lo que en la demanda se aduce que "... la resolución de 11 de octubre de 2018 incurre en vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de de la LPA, al revocar un acto con un procedimiento de revisión que no le es aplicable, e incurre también en causa de anulabilidad del artículo 48.1 de la LPA por infracción del artículo 109.1 de la citada Ley".

TERCERO.- Como ha declarado el Tribunal Supremo, la posibilidad de revocar de oficio los actos favorables al administrado solo puede hacerse en aquellos casos en que existe una grave quiebra de la legalidad, y con estricta observancia del procedimiento que al efecto establece la Ley.

En este sentido, razona la sentencia de la Sala 3ª de 17 de enero de 2006, recurso número 776/2001, que *"La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico solo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros"*.

Por el contrario, la revocación de oficio de los actos desfavorables se despoja de dichas garantías y no requiere de más requisitos de los que relaciona el artículo 109.1 de la Ley 39/2015, en el que como hemos visto se ampara la resolución aquí recurrida: que no haya transcurrido el plazo de prescripción, y que la revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

Es por tanto decisiva para determinar cuál sea el procedimiento de revocación la calificación que merezca la resolución que se deja sin efecto, esto es, que se determine si resulta favorable o desfavorable para el administrado.

En el caso que analizamos, cabría pensar en principio que la resolución de 9 de febrero de 2017, en la medida en que impone una sanción al CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, tiene la naturaleza de acto desfavorable y que, por tanto, la vía revocatoria del artículo 109.1 de la Ley 39/2015 seguida por la Administración es correcta.

Sin embargo, es evidente que la finalidad que ha perseguido la CNMC al acordar la revocación no es favorable para la entidad sancionada, pues tenía por objeto posibilitar la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 que había de suponer la imposición de una sanción de mayor cuantía que la revocada. Esta previsión se materializó en la resolución de 4 de junio de 2020 por la cual la CNMC, en ejecución de la citada sentencia, impuso al CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS una sanción de multa de 4.974.027 euros en lugar de los 64.998 euros que había fijado la resolución revocada de 9 de febrero de 2017.



Entendemos de este modo que la determinación del carácter favorable o desfavorable del acto administrativo que se revoca de oficio ha de determinarse a la vista del conjunto de circunstancias que inciden en el afectado por dicho acto, y a la totalidad de las consecuencias que para el mismo se siguen de su revocación, y no a la naturaleza aislada del acto en sí. Es claro que un acuerdo sancionador tiene en principio un carácter desfavorable para el sancionado. Pero es de la misma manera indiscutible que pierde esa naturaleza si su revocación resulta imprescindible para poder dictar otro mucho más gravoso, que sería inviable de mantener la vigencia del primero.

Eso es lo que ocurre, precisamente, en el supuesto que enjuiciamos, en la que la situación creada con la revocación agrava sin duda la situación del administrado. Y la consecuencia directa de ello es que la CNMC no podía revocar de oficio la resolución de 9 de febrero de 2017 por el trámite del artículo 109.1 de la Ley 39/2015, como hizo, sino que, al tratarse de un acto favorable, debió seguir el procedimiento de revisión de oficio del artículo 106.1, caso de tratarse de un acto nulo, o el de declaración de lesividad y posterior impugnación antes este orden jurisdiccional previsto en el artículo 107, si se trataba de un acto anulable.

Ha de concluirse entonces que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en los términos en los que el artículo 47.1.e) de la misma Ley 39/2015 describe este motivo de nulidad de pleno derecho, por lo que procede estimar el recurso y anular la resolución impugnada sin necesidad de otras consideraciones.

A ello no afectan los argumentos que se invocan en la contestación a la demanda relacionados con la necesaria ejecución de las sentencias pues lo que determina la estimación del presente recurso es, insistimos, la omisión del procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo la revisión de oficio de un acto que no es desfavorable para el interesado.

CUARTO.- Las costas de esta instancia deberán ser satisfechas por la Administración demandada en aplicación de lo prevenido en el artículo el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación del **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES** contra la resolución de 11 de octubre de 2018, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, mediante la cual se acordó revocar la resolución de 9 de febrero de 2017 dictada por la propia Sala en el expediente indicado.

2.- Anular la citada resolución, que se deja sin efecto.

Con imposición de las costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.