



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 796/2011**

**DE Ordinario**

**SENTENCIA NÚMERO 656/2012**

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:  
D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ  
D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

**KOPIA DA  
ES COPIA**

En BILBAO (BIZKAIA), a diecinueve de septiembre de dos mil doce.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 796/2011 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE 29-12-10 DEL TRIBUNAL VASCO DE LA COMPETENCIA ESTIMATORIA DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL SERVICIO VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE NO INCOACIÓN DE EXPEDIENTE SANCIONADOR. EXPTE. 07/2010. \$.

Son partes en dicho recurso:

**-DEMANDANTE:** ARTEA BALKOIA S.L., representada por la Procuradora Dª. MARTA EZCURRA FONTÁN y dirigida por la Letrada Dª. INGRID CASTELLS GARCÍA.

**-DEMANDADA:** TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, representado y dirigido por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

**-OTRA DEMANDADA:** COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL PARQUE COMERCIAL ARTEA, representada por la Procuradora Dª. IRENE JIMÉNEZ ECHEVARRÍA y dirigida por el Letrado D. FULGENCIO G-SOLANA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

2012

SECRETARIO  
MAGISTRADO

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 18/03/2011 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D<sup>a</sup>. MARTA EZCURRA FONTÁN, actuando en nombre y representación de ARTEA BALKOIA S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 29-12-2010 del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia que estimó la propuesta del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia de no incoar el expediente sancionador instado por Artea Balkoia S.L. por prácticas restrictivas de la competencia imputadas a Eroski S. Coop. y la Comunidad de Propietarios Centro Comercial Artea; quedando registrado dicho recurso con el número 796/2011.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se estimen íntegramente sus pretensiones.

**TERCERO.-** En los escritos de contestación presentados por ambas demandades, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal, por la primera de ellas, el dictado de una sentencia por la que se desestime el recurso formulado de adverso y por la segunda se solicitó su inadmisibilidad o, alternativamente, su total desestimación.

**CUARTO.-** Por decreto de 20/12/2011 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

**QUINTO.-** El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

**SEXTO.-** En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 10/09/2012 se señaló el pasado día 13/09/2012 para la votación y fallo del presente recurso.

**OCTAVO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El recurso se ha interpuesto contra la resolución de 29-12-2010 del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia que estimó la propuesta del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia de no incoar el expediente sancionador instado por Artea Balkoia S.L. por prácticas restrictivas de la competencia imputadas a Eroski S. Coop. y la Comunidad de Propietarios Centro Comercial Artea.

El recurso interpuesto por Artea Balkoia S.L. se funda en los motivos siguientes:

1.- La regla nº 8 apdo. a) de la Comunidad de Propietarios del Parque Comercial Artea en la cual es mayoritaria la participación de la Comunidad denunciada es interpretada por esta y por el otro denunciado en un sentido restrictivo de la libre competencia.

2.- Eroskia, Sociedad Cooperativa se beneficia directamente de la aplicación de la mencionada regla comunitaria ya que su interpretación de la misma consolida las actividades comerciales de esa sociedad y limita el establecimiento de otras en la zona de referencia.

3.- La defectuosa motivación de la resolución recurrida, vulneración de las garantías del procedimiento establecidas por los artículos 35 e) , 54-1 y 138-1 de la Ley 30/1992 e inaplicación de los artículos 1, 61-1 y 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

La Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco se ha opuesto a la estimación del recurso en razón a lo siguiente:

1.- La falta de legitimación pasiva de las entidades denunciadas.

2.- La resolución recurrida examina los hechos alegados por el denunciante, la legitimación de los denunciados, y el carácter anticompetitivo de la conducta denunciada.

3.- La conducta presuntamente anticompetitiva denunciada por la recurrente no puede ser examinada en el ámbito de un determinado centro comercial sino en el mercado relevante configurado por la zona geográfica de influencia de aquél.

La Comunidad de Propietarios del Parque Comercial se opuso a la estimación del recurso por los motivos siguientes:

1.- El ejercicio abusivo y antisocial de la acción.

2.- La conformidad a Derecho del artículo 8 de las reglas del Conjunto Inmobiliario, aceptadas por el recurrente con la adquisición de la parcela 3 C de ese

Conjunto, sin incidir en el ejercicio de la libre competencia entre operadores comerciales ya que la finalidad de dicha regla es armonizar los distintos usos dentro de la unidad comercial.

**SEGUNDO.-** Hay que empezar por desestimar la alegación de que la resolución recurrida adolece de la motivación requerida por el artículo 54 1 a) de la Ley 30/1992 de aplicación supletoria al procedimiento regulado por la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia porque aun no sea con la meticulosidad o esmero señalados deseada por el recurrente expone las razones o fundamentos del acuerdo de no incoar el procedimiento sancionador, conformes con la propuesta del SVDD sobre la incardinación de la cláusula o conducta denunciada en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007.

Asimismo, hay que desestimar la alegación de infracción de procedimiento ya que de conformidad con el artículo 70 de la Ley 15/2007 el procedimiento sancionador previsto por el Título V de la Ley 30/1992 no es de aplicación en los supuestos de que la infracción presuntamente cometida sea la denunciada por el recurrente, esto es, las previstas por el artículo 62 en relación a los artículos 1, 2 y 3 de esa misma Ley.

En cualquier caso y dada la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Común a los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia ( artículo 45 de la Ley 15/2007) debió acreditarse y no se ha hecho la infracción de las garantías o principios establecidos por esa Ley, de aplicación en el procedimiento administrativo general o en el sancionador.

**TERCERO.-** La denuncia de conducta restrictiva de la libre competencia se funda en que la interpretación que hacen las denunciadas de la regla 8 apdo. a) de la Comunidad de Propietarios del Parque Comercial " Artea " vulnera la normativa sobre defensa de la competencia ya que impide el establecimiento de un centro comercial ( supermercado ) en la parcela y edificio " 3C" de los que es propietaria la recurrente.

Esa regla dice : "Las actividades de Galería Comercial, Hipermercado, Hard Discount, ocio y restauración, incluyendo en todo caso y sin carácter exhaustivo los de máquinas recreativas (excepto tragaperras), realidad virtual, restaurantes, autoservicios, hamburgueserías, pizzerías, cafeterías, bares y comidas rápidas, solo podrán instalarse en la parcela nº 2 del Conjunto Inmobiliario ".

La recurrente considera que el establecimiento de un supermercado en su parcela es compatible con la regla que se acaba de transcribir; subsidiariamente, alega la disconformidad de esa regla con el derecho a la libre competencia.

La resolución recurrida del TVDC, contraria a la incoación del procedimiento sancionador instado por la recurrente se sustenta en dos razones :

a) Las denunciadas no fueron requeridas por la denunciante y una de ellas, la Sociedad Cooperativa Eroski no pertenece ni al Conjunto Inmobiliario Parque Comercial Artea ni a la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial del mismo nombre.

b) La denunciante no ha aportado datos actuales sobre el estado de la competencia en el mercado relevante de distribución minorista de bienes de consumo en el área de influencia del Parque Comercial Artea.

La primera de esas razones no puede ser obstáculo a la incoación del procedimiento sancionador dada la posición comercial de sobra conocida de la Sociedad Cooperativa Eroski así en el área geográfica de influencia del Parque Comercial Artea como en este ámbito más limitado además de su participación o si se quiere influencia en la administración de la Comunidad de propietarios de ese parque comercial a través de una de las sociedades participes en la Comunidad del Centro Comercial Artea que en razón a su cuota (superior al 60 %) en la Comunidad del Conjunto Inmobiliario ejerce el control efectivo en los órganos de gobierno de esta última ; item, la modificación o renuncia a la limitación denunciada y las autorizaciones de usos concretos que comporte ese acuerdo requiere el consentimiento de la mayoría de los propietarios de la Comunidad del Centro Comercial constituida sobre la finca (nº 2) beneficiada por dicha limitación.

Dicho lo cual hay que traer a colación el artículo 61-2 de la Ley 15/2007: “A los efectos de esta Ley la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlen excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas “.

Al menos ab initio no puede considerarse indiferente la vigencia, aplicación o interpretación de la cláusula comunitaria en cuestión con la posición de control y/o influencia de las entidades denunciadas en la Comunidad del Parque Comercial Artea; por lo tanto las razones de titularidad simplemente formal alegadas por el TVDC no pueden ser óbice a la incoación de las actuaciones necesarias para la investigación de los hechos denunciados como presuntamente constitutivos de infracción a las prohibiciones establecidas por la Ley 15/2007 en defensa de la competencia.

En cambio, es distinta la consideración a los efectos que nos merecen los elementos objetivos de la denuncia referidos a la actuación de los denunciados en el ámbito comercial de constante alusión.

**CUARTO.-** No hay un acuerdo, práctica o decisión de las denunciadas que pueda constituir alguna de las conductas tipificadas por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de defensa de la competencia que indiciariamente repercuta en el mercado relevante señalado por la resolución recurrida del TVDC. .

La contestación de la Comunidad del Parque Comercial Artea y de la propia Sociedad Cooperativa Eroski a las consultas de la recurrente sobre el alcance de la regla 8 apdo a) de esa Comunidad de propietarios (documentos 3, 4 y 5 adjuntos a demanda) no traspasan el ámbito de relaciones “civiles” entre los miembros de esa Comunidad ya que

los acuerdos de aquellas, incluido el de la Junta General de la Comunidad celebrada el 24-03-2010 tienen un valor simplemente interpretativo de la precitada norma constitutiva y por lo tanto adolecen de virtualidad suficiente para limitar, menoscabar o falsear la competencia comercial no ya en la zona comercial de influencia del Parque Artea sino en el ámbito más reducido del propio Centro Comercial Artea a favor de cuya comunidad de propietarios se ha establecido la servidumbre que la recurrente estima disconforme con la Ley de defensa de la competencia en la interpretación que de esa limitación hacen los denunciados.

Y tampoco esa norma por si sola, esto es, al margen de un acuerdo formal de la Junta de Propietarios que prohíba o impida el establecimiento de una determinada actividad comercial en parcela distinta a la número 2 del Conjunto Inmobiliario y que trascienda al ámbito de eficacia de dicho acuerdo puede constituir la infracción denunciada.

En definitiva, los hechos que fundan la denuncia no revelan, al menos prima facie, la realización de una conducta típica, constitutiva de infracción a las normas de defensa de la competencia y, por lo tanto, hay que declarar la validez del acuerdo recurrido.

**QUINTO.-** No hay motivos que justifiquen la imposición de costas (artículo 139-1 LJCA).

### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo presentado por D<sup>a</sup>. MARTA EZCURRA FONTÁN, actuando en nombre y representación de ARTEA BALKOIA S.L., contra la resolución de 29-12-2010 del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia que estimó la propuesta del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia de no incoar el expediente sancionador instado por Artea Balkoia S.L. por prácticas restrictivas de la competencia imputadas a Eroski S. Coop. y la Comunidad de Propietarios Centro Comercial Artea, declarando la conformidad del acto recurrido con el ordenamiento jurídico; sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS**, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 4697 0000 93 0796 11, de un depósito de **50 euros**,

debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe en BILBAO (BIZKAIA), a 19 de septiembre de 2012.