



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO 298/2012

DE Ordinario

SENTENCIA NÚMERO 642/2013



SECRETARÍA DE JUSTICIA SALA
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PÚBLICA Y JUSTICIA

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

11 DIC 2013

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

RESEPCIONADO
EL DÍA ANTERIOR

En Bilbao, a dos de diciembre de dos mil trece.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 298/2012 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE 30-12-2011 DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, DERIVADA DEL EXPEDIENTE 04/2011, DISTRIBUCIÓN PRENSA BIZKAIA, POR LA QUE SE ACUERDA ESTIMAR LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL SERVICIO VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE NO INCOACIÓN DE EXPEDIENTE SANCIONADOR. \$.

Son partes en dicho recurso:

-**DEMANDANTE:** ASOCIACIÓN DE EXPENDEDORES DE PRENSA Y REVISTAS DE VIZCAYA, representada por el Procurador D. XABIER NÚÑEZ IRUETA y dirigida por la Letrada D^a. MARÍA JOSÉ TATO MERA.

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

-**OTRA DEMANDADA:** BERALAN, S.L., representada por el Procurador D. ABRAHAM FUENTE LAVÍN y dirigida por el Letrado D. ANTONIO MÚGICA IRAOLA.

**KOPIA DA
ES COPIA**

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12-3-2012 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. XABIER NUÑEZ IRUETA, actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EXPENDEDORES DE PRENSA Y REVISTAS DE VIZCAYA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia fechada el 30-12-2011, en expediente 4/2001, mediante la que se acordaba acoger la propuesta del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia de no incoación de expediente sancionador en relación con la denuncia formalizada por la Asociación recurrente contra la sociedad mercantil Beralan, S.L.; quedando registrado dicho recurso con el número 298/2012.

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 escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal, por ambas demandadas, el dictado de una sentencia por la que se declare la resolución recurrida ajustada a derecho, interesando además la segunda de ellas que se le impongan las costas a la parte actora.

CUARTO.- Por Decreto de 6-11-2012 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- Por resolución de fecha 25-11-2013 se señaló el pasado día 28-11-2013 para la votación y fallo del presente recurso.

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

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es materia del presente proceso la Resolución del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia fechada el 30 de diciembre de 2.011, en expediente 4/2.001, mediante la que se acordaba acoger la propuesta del Servicio Vasco de Defensa

de la Competencia de no incoación de expediente sancionador en relación con la denuncia formalizada por la Asociación recurrente contra la sociedad mercantil "Beralan, S.L".

En un breve escrito de demanda, dirigido doblemente "al Juzgado" y a esta Sala, la parte recurrente ensaya una argumentación relativa a la Ley 15/2007, de 3 de Julio que se comprende en dos párrafos del folio 56 de estos autos, y que dan soporte formal a la solicitud de que se dicte sentencia que le reconozca, "el derecho a unas condiciones de competencia adecuadas para sus asociados, a sancionar a *DISTRIBUCIONES BERALAN S.L.*, anulando el acto administrativo objeto de impugnación".

En este contexto de pretender bastante impreciso y limitado, es la parte codemandada privada la que sin suscitar formal motivo de inadmisibilidad, cuestiona el planteamiento procesal actor por puramente abstracto y en la medida de que nunca podría ir más allá en su alcance que el de dar lugar a la incoación del procedimiento sancionador que el TVDC ha denegado, y a la tramitación de sus fases.

Vamos a hacer, por tanto, una introducción que resulte útil para enmarcar el objeto de las pretensiones del presente litigio, que tiene que venir precedida por citas de la jurisprudencia fundamentales respecto a la legitimación procesal de los denunciantes en vía administrativa, como posición que en origen detenta la Asociación de Prensa vizcaína recurrente.

La doctrina más reiterada y común al respecto se enuncia en los claros términos de la STS de 6 de Octubre de 2.009, (ROJ. 5.907) al decir que, "El problema, tal como reconoció el propio tribunal "a quo" en el fundamento de derecho tercero de la sentencia impugnada y ahora casada, es si los denunciantes tienen legitimación activa para recurrir en vía jurisdiccional frente a la resolución de la Agencia que pone fin al expediente sancionador iniciado a raíz de la denuncia.

La respuesta debe ser inequívocamente negativa: quien denuncia hechos que considera constitutivos de infracción de la legislación de protección de datos carece de legitimación activa para impugnar en vía jurisdiccional lo que resuelva la Agencia. Así se desprende de las sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 2007 y, con mayor nitidez aún, de 10 de diciembre de 2008. La razón es, en sustancia, que el denunciante carece de la condición de interesado en el procedimiento sancionador que se puede incoar a resultas de su denuncia. Ni la Ley Orgánica de Protección de Datos ni su Reglamento de desarrollo le reconocen esa condición. Y por lo que se refiere a los principios generales del derecho administrativo sancionador, aunque en algunas ocasiones esta Sala ha dicho que el denunciante puede impugnar el archivo de la denuncia por la Administración, no se admite que el denunciante pueda impugnar la resolución administrativa final. El argumento crucial en esta materia es que el denunciante, incluso cuando se considere a sí mismo "víctima" de la infracción denunciada, no tiene un derecho subjetivo ni un interés legítimo a que el denunciado sea sancionado. El poder punitivo pertenece únicamente a la Administración que tiene encomendada la correspondiente potestad sancionadora -en este caso, la Agencia Española de Protección de Datos - y, por consiguiente, sólo la Administración tiene un interés tutelado por el ordenamiento jurídico en que el infractor sea sancionado. Es

verdad que las cosas no son así en el derecho penal propiamente dicho, donde existe incluso la acción popular; pero ello es debido a que hay normas que expresamente establecen excepciones al monopolio público sobre el ejercicio del ius puniendi; excepciones que no aparecen en el derecho administrativo sancionador y, por lo que ahora específicamente interesa, en la legislación sobre protección de datos. Es más: aceptar la legitimación activa del denunciante no sólo conduciría a sostener que ostenta un interés que el ordenamiento jurídico no le reconoce ni protege, sino que llevaría también a transformar a los tribunales contencioso-administrativos en una especie de órganos de apelación en materia sancionadora. Esto último supondría dar por bueno que pueden imponer las sanciones administrativas que no impuso la Administración, lo que chocaría con el llamado "carácter revisor" de la jurisdicción contencioso-administrativo. En otras palabras, los tribunales contencioso-administrativos pueden y deben controlar la legalidad de los actos administrativos en materia sancionadora; pero no pueden sustituir a la Administración en el ejercicio de las potestades sancionadoras que la ley encomienda a aquélla.

Cuanto se acaba de decir debe ser objeto de una precisión: el denunciante de una infracción de la legislación de protección de datos carece de legitimación activa para impugnar la resolución de la Agencia en lo que concierne al resultado sancionador mismo (imposición de una sanción, cuantía de la misma, exculpación, etc.); pero, llegado el caso, puede tener legitimación activa con respecto a aspectos de la resolución distintos del específicamente sancionador siempre que, por supuesto, pueda mostrar algún genuino interés digno de tutela."

No faltan sin embargo otras aportaciones de la jurisprudencia que permitirían sostener perspectivas más amplias a esa legitimación, como ocurre con la STS (Sección Tercera de lo C-A), de 27 de Noviembre de 2.012, (ROJ. 7.807), referida a la misma materia de Defensa de la Competencia, en que la jurisdicción contencioso-administrativa llega a imponer sanciones, o siquiera a determinar su contenido obligatorio para la Administración, a instancia del mero denunciante.

Se dice en ella que; "consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación aplicativa rigurosa y convincente de esta disposición legal, que estipula que están legitimadas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo «las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo», al reconocer la legitimación de la Asociación de Mayoristas (...) para impugnar la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de junio de 2005, que declaró no acreditada la conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con la denuncia formulada ..."

En efecto, apreciamos que la Sala de instancia fundamenta su pronunciamiento, relativo al reconocimiento de legitimación de la Asociación demandante, en una interpretación del artículo 19 de la Ley jurisdiccional, conforme al derecho de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, acogiendo la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 29 de junio de 2005 (RC 1425/2003), atendiendo a los

potenciales beneficios de carácter competitivo que obtendría de la estimación de la demanda, que determina la concurrencia del presupuesto procesal de interés legítimo.

(...) En razón de la especialidad del Derecho aplicable, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que trata de garantizar, según refiere la Exposición de Motivos, el orden económico constitucional vinculado a la defensa de la competencia, que constituye la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa, y en la que para la represión efectiva de las conductas prohibidas se confiere al Tribunal de Defensa de la Competencia la potestad de imponer sanciones, efectuar intimaciones e imponer multas coercitivas para obligar a cesar en las acciones prohibidas, se deduce que de la eventual estimación del recurso contencioso-administrativo se derivan ventajas concretas para los consumidores de la (...) y para las empresas de distribución de pescado que operan en el sector."

En función de todo ello, y dado, -como se decía-, que esta Sala no tiene que pronunciarse aquí y ahora sobre un motivo de inadmisibilidad de falta de legitimación actora basado en el artículo 69 LJCA, consideramos bastantes las anteriores citas para concluir que en todo caso cabría examinar la pretensión actora desde la vertiente de su derecho a la continuación del procedimiento sancionador, a lo que sin duda contribuye esa especialidad de la defensa de la competencia que el TS destaca, y que permitiría entender implícito cierto carácter público de la acción a favor de la preservación de los principios constitucionales y comunitarios de libre mercado, adornados de un carácter difuso, o, en todo caso, abierta el ejercicio de los intereses colectivos de consumidores u operadores afectados y *legítimamente interesados*, -como parece ser el caso-, con una dimensión de acción efectiva de promoción de medidas de restablecimiento y corrección de desequilibrios y abusos. Incluso es apreciable, *de lege data*, en la nueva Ley 15/2.007, de 3 de Julio, posterior a la que examinaba el Tribunal Supremo, que ese panorama se ha ido perfeccionando.

Así, en la "Iniciación del procedimiento" del artículo 49, se faculta a cualquier persona física o jurídica, *interesada o no*, para formular denuncia de las conductas reguladas por esta Ley, con el contenido que se determine reglamentariamente. La Dirección de la competencia (Investigación) incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificará a los interesados el acuerdo de incoación. Y ya el Artículo 50 sobre "Instrucción del expediente sancionador" toma como activo agente probatorio a, "la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 1 de esta Ley"

Igualmente, la propuesta de resolución será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.

Ya en la fase de resolución, -artículo 51-, cabe ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio. "El acuerdo de práctica de pruebas y de realización de actuaciones complementarias se

notificará a los interesados, concediéndose un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes". Cabe incluso la celebración de "vista", -Apartado 3 art. 51-, junto con otras intervenciones de las partes interesadas en la recalificación de los hechos

Las resoluciones podrán contener la declaración de un amplio elenco de situaciones y la adopción de medidas variadas (muchas de ellas de naturaleza restablecedora y no sancionadora), respecto de la existencia de conductas prohibidas por la Ley o por los artículos 81 y 82 del Tratado CE, con emisión de órdenes de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado; imposición de condiciones u obligaciones determinadas, -ya sean estructurales o de comportamiento-; órdenes de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público; imposición de multas., "y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley".

En suma, no es apreciable óbice procesal para conocer, pese a los confusos términos de la pretensión, de la aspiración de que la decisión de archivo del expediente preliminar o actuación reservada practicada en base al artículo 44 de la LDC 15/2.007, resulte revisada en este proceso, a los eventuales efectos de necesaria prosecución del mismo como tal procedimiento sancionador y, nunca, en cualquier caso, a efectos inmediatos de un pronunciamiento sancionador por parte de este órgano jurisdiccional.

SEGUNDO.- Tras ese extenso pero ineludible prolegómeno, mucho más concisa tiene que ser la respuesta que el recurso permite, pues pese a la convincente y detallada motivación que la Resolución ofrece en torno a los específicos hechos denunciados, falta toda crítica de la misma en términos de hecho o derecho, y la Asociación recurrente dedica los limitados fundamentos del escrito de demanda antes mencionados a enunciar otras confusas hipótesis o alcances de la situación inicial de posición dominante de la sociedad distribuidora denunciada, que ni se corresponden con el fundamento de la denuncia ni cuentan en sí mismos con un soporte alegatorio y acreditativo que les otorgue siquiera indicio real y fundado, al punto de que reconoce esta Sala que no llega a alcanzar una cabal comprensión de lo que la parte recurrente pretende objetar a la Resolución recurrida.

En general, el principio revisor que caracteriza a esta jurisdicción no impone en modo alguno que el proceso se funde en las mismas alegaciones empleadas en vía administrativa previa, -artículo 56.1 LJCA-, pero eso no significa que la respuesta dada a hechos denunciados por una determinada administración o servicio competente en materia de infracciones de orden jurídico, puede ser enervada sobre la base de denunciar o al menos apuntar, hechos o situaciones fáctica distintas de las contempladas en vía administrativa, lo que transferiría indebidamente al proceso la carga de la instrucción de un nuevo procedimiento sobre Derecho de la competencia.

El supuesto investigado y archivado por el TVDC recayó sobre la subdistribución que determinados clientes de la firma *Beralan, S.L* harían de los productos (prensa diaria y revistas), que esta les suministra, bajo la alegada tolerancia o

consentimiento de dicha firma distribuidora. El Tribunal, con lógica argumentativa que ni siquiera se ha intentado enmendar, concluye en primer término que nada hay de censurable en esa subdistribución que, lejos de configurar un "mercado conexo", se concibe como el mercado de venta propiamente dicho de tales productos, y que esas redistribuciones entre diferentes operadores gremiales le son completamente ajenas a la sociedad distribuidora denunciada que no las determina ni pacta, favorece o impide, y que suscribe contratos mercantiles con iguales condiciones para cualquiera que aspire a vender prensa y revistas. Como se apunta de contrario, si hay puntos de venta y expendedores de prensa en establecimientos de panadería, estaciones de servicio y similares, que no se benefician de las ventajas de ser clientes de *Beralan, S.L.*, es su propio ámbito de libertad el que les dicta esa decisión, pidiendo ser clientes también de la distribuidora, y, en cualquier caso, de existir condiciones distintas y perjudiciales para ellos, serían las impuestas en el seno de las relaciones entre *subdistribuidor*, (punto de venta de un cliente de *Beralan, S.L.*) y *subdistribuido*, (aquellos expendedores en otro tipo de establecimientos), pero en manera alguna derivan de los compromisos que las primeras establecen con la distribuidora denunciada, ni cabe concebir que la misma aplique condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, en la medida elemental en que *Beralan, S.L.*, por definición, no mantiene la menor relación comercial con esos terceros.

En definitiva, para esta Sala, y desde la perspectiva del supuesto examinado y decidido en la vía administrativa del sector de Defensa de la Competencia por los organismos e instituciones vascas dedicadas a ese objeto, no hay más detallada posibilidad de examinar cuestiones que resulten reconducibles a infracciones o lesiones del ordenamiento protegido, que la entidad recurrente no ofrece y que no constituirían sino simple especulación sobre situaciones generales del mercado de productos de que se trata. Se concluye además que cualquier otra exigencia referida a la Empresa o operadora que detenta la posición de dominio, y que pudiera ir más allá de la *neutralidad* con respecto a lo que los clientes decidan redistribuir en el marco libre de las relaciones con otros terceros expendedores, convirtiéndose en cambio la distribuidora en auténtica reguladora contractual del mercado, prohibiendo, permitiendo y decidiendo así cuales son los puntos de venta que van a ser suministrados, es lo que realmente apuntaría serios riesgos de abuso de posición dominante por su parte, si no ya a los efectos del artículo 2.2.d) LDC, si con alta probabilidad en otras de las manifestaciones de explotación abusiva de esa parte del mercado, que, conforme al citado precepto, comprende también:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

(...) e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

En suma, coincide plenamente esta Sala con las apreciaciones del TVDC, que descartan la presencia de la actuación abusiva precisamente, -y no sin paradoja-, en la abstención de esos comportamientos por parte de la distribuidora monopolista, (parecería concurrir en la parte actora una exigencia subyacente de que el mercado sea regulado por "alguien"), y la resolución revisada debe ser objeto de plena confirmación.

TERCERO.- La desestimación del recurso conlleva la preceptiva imposición de las costas a la parte recurrente por expresa disposición del artículo 139.1 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala emite el siguiente,

FALLO

QUE DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES DON XABIER NUÑEZ IRUETA EN REPRESENTACIÓN DE LA "ASOCIACIÓN DE EXPENDEDORES DE PRENSA Y REVISTAS DE VIZCAYA", FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 2.011 QUE, ACOGIENDO PROPUESTA DEL SERVICIO INSTRUCTOR DEL EXPEDIENTE Nº 4/2.011, DIRIGIDO CONTRA LA SOCIEDAD MERCANTIL "BERALAN, S.L." ACORDABA EL ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES SIN INCOAR PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, Y CONFIRMAMOS DICHO ACTO, CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA PARTE RECURRENTE.

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 0298 12, 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 dejará testimonio completo en 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 Secretario doy fe en Bilbao, a 2 de diciembre de 2013.

