

Roj: SAN 5453/2000  
Id Cendoj: 28079230062000100582  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 991/1997  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo  
Ponente: FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Sobreseimiento parcial del expediente contra el Grupo Prisa y Antena 3 de Radio, S.A.

**SENTENCIA**

Madrid, a quince de septiembre de dos mil.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 06/991/1997, se concluyó siendo recurrentes: D. Luis Miguel , D. Valentín , D.

Leonardo , D. Fidel , D. Bruno Y D. Ángel Daniel , representados y defendidos por el Letrado D. Felipe Arrizubieta Balerdi, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de Julio de 1.997, sobre sobreseimiento parcial de expediente, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo Indeterminada. Han sido coadyuvantes TALLERES DE IMPRENTA, S.A., Procuradora Dª Beatriz Ruano Casanova y PROMOTORA DE INFORMACIONES, S.A. (PRISA), Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se interpuso recurso contencioso administrativo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de Julio de 1.997, solicitando a la Sala anule el acuerdo recurrido.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, la Sala dictó auto en fecha 15 de octubre de 1998 con el resultado obrante en autos. Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 13 de Septiembre de 2000.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Fernando Delgado Rodríguez

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en este litigio la Resolución de 29 de Julio de 1.997 del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia en el Expediente "R-185/96) - Radio Fórmula", en que se desestimó el recurso contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 11 de Octubre de 1.996, por el que se sobreseyó en parte un expediente sancionador excluyendo los cargos formulados en base a los arts 6 y 7 de la Ley 16/89, de 17 de Julio, y 86 del Tratado de Roma.

Los hechos objeto de denuncia, origen del citado expediente, según se razona en la pag 12 de la Resolución recurrida "supondrían un Acuerdo entre dos competidores para actuar conjuntamente en el mercado de la radio comercial, que sería encuadrable en el art. 1 de la LDC".

Este cargo se mantiene a efectos de la prosecución del citado Expte "R-185/96".

SEGUNDO.- El TDC entiende que no es aplicable al caso el art. 6 de la LDC, porque éste se refiera a conductas y no a cambios estructurales en los mercados, siendo incompatible la aplicación simultánea de los arts 1 y 6 de la LDC.

El mismo razonamiento para la no aplicación del art. 6 LDC es utilizado por el TDC para la no procedencia del art. 86 TUE pues con la adopción del Reglamento nº 4064/89 del Consejo sobre control de operaciones de concentración ha quedado clarificado que este tipo de operaciones quedan excluidas, salvo raras excepciones, del ámbito de aplicación de los arts. 85 y 86 TUE. En este caso, si es una concentración de dimensión comunitaria, el procedimiento aplicable es el Reglamento CEE 4064/89. Si no es una concentración, no se produce un reforzamiento de posición de dominio, y, en consecuencia, no se produce abuso por esta razón, no pudiendo aplicarse el art. 86 TUE. No siendo concentración, los acuerdos del verano de 1.992 podrían ser encuadrables en el art. 85.1 del TUE como acuerdos restrictivos de la competencia.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la imputación con base en el art. 7 LDC, los recurrentes consideran que los acuerdos suscritos por los Grupos Godó y PRISA en Julio de 1992 constituyen un acto de competencia desleal por violación de normas, y en concreto por violación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

Es doctrina del TDC que para aplicar la prohibición del art. 7 LDC será preciso que en los comportamientos denunciados concurren las siguientes circunstancias: a) Que sean constitutivos de competencia desleal. b) Que puedan producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional, y c) Que en su propia dimensión provoquen una afectación del interés público.

En este caso, el TDC, al entender que no existió infracción del art. 15 de la LCD nº 3/1991, y por lo tanto no se cumple el primer requisito de los enunciados, decidió también sobreseer por dicha causa en parte el expte. "R185/96".

CUARTO.- Con carácter previo al fondo del asunto se opone a la demanda la falta de legitimación activa de la parte recurrente, lo cual no se ha suscitado en la vía administrativa previa; y con base en el art. 28 de la JCA por supuesta falta de interés directo en la anulación de la resolución recurrida.

Dicho argumento no es de recibo por la Sala puesto que el TDC reconoció en el antecedente de hecho 15 de la resolución recurrida el interés de los litigantes, tratándose de una acción pública por lo que de conformidad al principio de tutela judicial efectiva ahora no se puede aceptar la excepción procesal planteada, teniendo en cuenta la doctrina la Sala 3ª del Tribunal Supremo expuesta entre otras en las sentencias de 4-2-99 de su Sección 3ª y 12-4-99 de su Sección 6ª, del siguiente modo:

"Toda persona física con capacidad procesal, puede acudir a la vía jurisdiccional, para defender derechos e intereses legítimos. Por esto, se dice que la persona física o jurídica que acuda al proceso ha de estar legitimada activamente. La mejor doctrina científica expresa que el legitimado debe hallarse en una situación de relación previa con un acto o disposición administrativa. El artículo 28.1.a) de la Ley

Jurisdiccional de 1.956, disponía que estaban legitimados para demandar "los que tuvieren interés directo en ello". En dicho precepto se comprendía tanto las personas físicas como las jurídicas. (La nueva y vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que están legitimados ante la jurisdicción contencioso-administrativa las personas físicas y jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo <art. 19.1.a>). Desde la perspectiva de un correcto análisis del concepto legitimación activa, se verá siempre que quien acude a la jurisdicción es por defender un derecho subjetivo propio o que le es encomendado válidamente; y ello se concreta, en términos procesales, en que el acto o la disposición administrativa que se impugne lesiones (esto es lo que se va a debatir en el proceso, controlando así la legalidad del acto o de la disposición) un interés. Debemos consignar a continuación que el Tribunal Constitucional en sus sentencias 160/85, 24/87, 93/90, entre otras, nos ofrece un concepto amplio de la legitimación para impugnar un acto o una disposición, como medio de acceder a los Tribunales y obtener la tutela judicial efectiva. Esta enseñanza ha sido recogida por el Tribunal Supremo (SSTS, entre otras de 26-12-84, 2-7-85, 28-6-94 y 26-7-96). Incluso, en el concepto legitimación se incluye los supuestos de intereses colectivos y los difusos (STC 71/82)."

QUINTO.- En cuanto al fondo del asunto debemos delimitar la cuestión litigiosa al contenido estricto del sobreseimiento parcial cuestionado, rechazando las argumentaciones que versan sobre otras circunstancias ajenas a la normativa de la defensa de la competencia, no siendo analizables planteamientos de derecho civil ó mercantil, o de legislación sectorial que no afecten directamente a dicha materia desde la perspectiva de los arts. 6 y 7 de la LDC y 86 del T.R.

Todo lo referente al art. 1 de la LDC, es objeto de la continuación del expediente administrativo R-185/96 y no es susceptible de examen en el presente litigio.

El art. 6 de la LDC se refiere al abuso de posición dominante, y la tesis actora versa sobre dicho presunto supuesto con la adquisición previa de dicha posición, que es encuadrable dentro de la temática del art. 1 nº 1 de la LDC. La Resolución recurrida en este punto se basa en que para que haya abuso es preciso la previa consolidación de una posición dominante en el mercado, y esta concreta actividad debe examinarse desde la perspectiva jurídica del citado art. 1 de la LDC.

La sentencia de 9 de Junio de 2000 de la Sala 3ª, Sección 3ª del Tribunal Supremo, que figura unida a autos mediante diligencia para mejor proveer determina que si hubo concentración autorizada por el Gobierno el 20 de Mayo de 1.994, y por lo tanto debe prosperar la demanda en cuanto que pretende la prosecución de actuaciones investigadoras del cargo sustentado en el citado art. 6 de la LDC por concurrir indicios suficientes de que los acuerdos litigiosos de julio de 1.992, pudieran estar incursos en la temática del art. 6 de la LDC, más aún cuando la referida sentencia del Tribunal Supremo anuló el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de Mayo de 1.994, por entender que la operación de concertación debió ser declarada improcedente según el art. 17 de la ley 16/89, y los acuerdos de Julio de 1.992 formaron parte inicial de la misma, según resulta de la concatenación de acontecimientos relatados en el fundamento de derecho segundo H) e I) de la citada sentencia, en relación con el párrafo quinto del fundamento decimotavo de la misma, en que se alude expresamente el Acuerdo recurrido en el presente litigio.

SEXTO.- En cuanto al art. 7 de la LDC sobre falseamiento de la libre competencia por actos desleales, el criterio del TDC, es que tales presuntos actos, en su caso, serían posteriores a la consolidación examinada en el último párrafo del fundamento precedente, y que primero se pronuncie el TDC sobre dicha cuestión jurídica con arreglo al art. 1 de la LDC, para luego poder derivar los efectos oportunos en relación a la problemática del art. 7 de la LDC, en su caso, y por medio de otro expediente en que se analicen las consecuencias futuras desde el punto de vista del momento de incoación del ahora enjuiciado, nº 185/96. Lo mismo razona el TDC en referencia al art. 86 del T.R., respecto del art 85 nº 1 del mismo Tratado, según hemos comentado al finalizar el fundamento jurídico segundo de esta sentencia.

Esta cuestión jurídica ha sido considerada en los fundamentos decimotavo a vigésimo primero de la sentencia del T.S. de 9 de Junio de 2000, llegándose a la conclusión que el legislador al establecer la norma de la letra e) del nº 1 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/87, consideró no deseable la posición equivalente a la asunción por PRISA en dos sociedades concesionarias SER y A3, en suma del poder de control en la toma de decisiones de una y otra.

En consecuencia el sobreseimiento por supuesta no infracción del art. 15 de la L.C.D en relación con el art. 7 LDC, entendemos que tampoco resultó procedente a la vista de la mencionada sentencia del T.S.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa.

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Luis Miguel , D. Valentín , D. Leonardo , D. Fidel , D. Bruno Y D. Ángel Daniel , revocando la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de Julio de 1.997.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma cabe recurso de casación, conforme previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1.985 de 1 de Julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. Presidente D. FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-