

RESOLUCIÓN (Expte. A 63/93 TV Autonómicas)

Pleno

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vocal

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 18 de octubre de 1993.

Reunido el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia para deliberar y fallar el recurso interpuesto por Gestevisión Telecinco S.A. contra Providencia del Servicio de Defensa de la Competencia, de 3 de septiembre de 1993, (Expte. 813/92 del Servicio); teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 3 de septiembre de 1993 el Instructor del expediente 813/92 seguido ante el Servicio de Defensa de la Competencia dictó una Providencia del tenor literal siguiente: "oficiese a Gestevisión Telecinco S.A. y Canal Sur Televisión S.A. reiterándoles la petición de información que se les solicitó en el escrito de fecha 4 de marzo de 1993 y significándoles que la falta de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia podrá ser sancionada con multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas". Dicha Providencia fue notificada a Gestevisión Telecinco S.A. por escrito de la misma fecha firmado por el Subdirector General de Instrucción, Inspección, Vigilancia y Registro, de la Dirección General de Defensa de la Competencia.
2. Contra la mencionada Providencia interpone recurso el Procurador Sr. Sánchez Puelles y González Carvajal en nombre y representación de Gestevisión Telecinco S.A., cuyo motivo fundamental consiste en señalar la absoluta innecesariedad e impertinencia de las informaciones requeridas. Tras una consideración general en la que se destaca su actitud de colaboración en todo momento con el Servicio y su condición de denunciante en el expediente, señala que los hechos denunciados consisten en la realización por las televisiones autonómicas de acuerdos

para la compra conjunta de derechos televisivos y la venta conjunta de publicidad. La información que le solicita el Servicio fue acordada en Providencia de 4 de marzo de 1993, tras lo cual expuso al Instructor sus razones, en conversaciones telefónicas y en una reunión en su despacho, que el Instructor pareció aceptar, quedando su representada liberada de la obligación de informar, por lo que se ha visto sorprendida por la reiteración de la solicitud de los datos, que ha suministrado parcialmente el 17 de septiembre. El motivo del recurso, insiste, es la innecesariedad y la impertinencia de las informaciones solicitadas para la resolución del expediente. El art. 32 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) contiene límites para las facultades del Servicio sobre requerimientos de información, por lo que los poderes de investigación del Instructor no son absolutos ni el Servicio puede en un expediente concreto realizar estudios sectoriales, como se desprende de la amplitud de la información requerida; así, el Servicio ha hecho un uso ilegítimo de las facultades que le confiere el art. 32, por lo que el acto es nulo de pleno derecho. Además, en un expediente sancionador la posición de las partes influye a efectos de prueba y es de aplicación el art. 24 de la Constitución española que garantiza el derecho a los medios de prueba pertinentes, sin que Telecinco logre adivinar en qué pueda servir al Servicio la información solicitada. Termina suplicando al Tribunal que declare que las informaciones requeridas en la mencionada Resolución no resultan necesarias ni pertinentes para la aplicación de la LDC en el sentido de su art. 32 y declare la nulidad de esa Resolución revocándola y dejándola sin efecto. Por medio de otrosí solicita la suspensión de la ejecución del acto impugnado por las razones expuestas en su escrito de recurso.

3. Recibido el recurso en el Tribunal se solicitó el preceptivo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, emitiéndolo en el sentido de que el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo, que la solicitud de información es un acto de trámite, que no se ha producido indefensión porque Gestevisión Telecinco no se ha visto privada de sus derechos y que el acto recurrido es reiteración de otro acordado previamente y no recurrido.
4. Es interesada Gestevisión Telecinco S.A.

Ha sido Ponente el Vocal D. Eduardo Menéndez Rexach.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se interpone el presente recurso sobre la base del art. 47 LDC contra el Acuerdo del Subdirector General de Instrucción, Inspección, Vigilancia y Registro, que se limita a dar traslado de la Providencia dictada el 3 de septiembre por el Instructor del Expediente 813/92 seguido en el Servicio de Defensa de la Competencia, en la que se reitera la solicitud de información a la ahora recurrente, acordada por Providencia de 4 de marzo de 1993, que le fue debidamente notificada y no ha sido impugnada. Por ello, junto a las razones de inadmisibilidad expuestas por el Servicio en su informe -carácter de acto de trámite de la Resolución impugnada y ausencia de indefensión- el Tribunal ha de examinar si el acto verdaderamente atacado fue consentido por el ahora recurrente como una tercera causa de posible inadmisión del recurso. El recurrente, por su parte, alega, tras una consideración general sobre el objeto del recurso en la que recuerda su condición de denunciante y su actitud colaboradora con el Servicio de Defensa de la Competencia y "advierte" a éste sobre los riesgos derivados de la actitud que refleja en su Providencia si se convierte en práctica habitual, basando su recurso en que las informaciones a él solicitadas son innecesarias e impertinentes para resolver el expediente.
2. Como ponen claramente de manifiesto las alegaciones del recurrente, el acto verdaderamente impugnado es la Providencia del Instructor del expediente, de 4 de marzo de 1993, en que acuerda requerirle determinada información conforme a lo dispuesto en los arts. 37.1 y 2 LDC; esta Providencia fue consentida por el recurrente quien alude a unas conversaciones telefónicas y entrevistas con el Instructor en su despacho, en las que éste "pareció aceptar las razones" de Telecinco, que quedaba, así, liberada de la obligación de informar; tan subjetiva apreciación, desmentida, por otra parte, por el posterior recuerdo del requerimiento acordado en Providencia de 3 de septiembre, contra cuya notificación se interpone formalmente el recurso, no constituye una razón válida y suficiente para entender que el acto inicial del Instructor no fue recurrido por los cauces procesales legales y debe, por tanto, concluirse en que se trata de un acto que reproduce otro anterior no recurrido por Gestevisión Telecinco; no cabe duda de que en el presente caso concurren las identidades subjetiva, objetiva y causal que exige al respecto una conocida y reiterada doctrina del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en sts. de 20 de octubre de 1981, 14 de febrero de 1984, 14 de julio de 1986 y 30 de septiembre de 1991, ni, tampoco, la Providencia de 3 de septiembre supone ampliación esencial de la anterior al no ser tal el anuncio de una posible imposición de sanción por falta de colaboración con el Servicio basada en el art. 32.2 LDC.

3. Por si lo anterior no bastara para declarar inadmisibile el recurso, es preciso añadir que el art. 47 LDC, en el mismo sentido que los arts. 113.1 LPA y 107 LRJAP y PAC, admite recurso contra los actos definitivos del Servicio y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión; es conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo que distingue los actos que ponen fin directa o indirectamente al procedimiento y que son, por ello, susceptibles de recurso, de los actos de puro trámite, que no lo son (STS 18 de octubre de 1979 y 7 de junio de 1982); así en la st. de 5 de febrero de 1991 distingue "los actos de trámite, que preparan y hacen posible la decisión dirigiéndose al mejor acierto de ésta, y, por otro, las resoluciones, que son las que deciden las cuestiones planteadas" y "es al recurrir la Resolución cuando podrán suscitar las cuestiones relativas a la legalidad de los actos de trámite". Por su parte, este Tribunal ha considerado como actos de trámite no susceptibles de recurso, los que acuerdan la acumulación de dos expedientes (Resolución de 13 de enero de 1992, Exp. A 17/91), el traslado de la denuncia a quien no era inicialmente denunciada (Resolución de 16 de octubre de 1990, Expte. A 5/90, LNPF); la denegación de práctica de algunas pruebas en la fase de instrucción (Resolución de 22 de abril de 1992, Expte. A 20/92), entre otras. El acto por el cual el funcionario del órgano administrativo nombrado instructor de un expediente acuerda la práctica de determinadas diligencias tiene el carácter de mero trámite que ni resuelve el fondo del asunto ni paraliza el procedimiento, antes bien, se dirige a la averiguación de los hechos inicialmente denunciados o de los que, relacionados con ellos, aparezcan a lo largo de la instrucción.

4. La denuncia, admitida en el art. 36.1 LDC como forma de iniciación de un expediente, no puede suponer una delimitación "ab initio" del objeto de la investigación que quedaría, pues, al exclusivo arbitrio del denunciante y conferiría a éste una especie de inmunidad procesal; es cierto que la LDC no atribuye facultades omnímodas o absolutas al Servicio de Defensa de la Competencia para la averiguación de los hechos, que ha de practicar las investigaciones necesarias para ello; pero las facultades del órgano instructor, para determinar cuáles sean adecuadas y pertinentes y cuáles no, sólo a él corresponde ejercitar con moderación y observancia de la legalidad, admitiendo o rechazando motivadamente las propuestas por los interesados (art. 80.3 LRJAP y PAC) quienes no pueden sustituir a la Administración en el ejercicio de estas facultades ni rige en el procedimiento administrativo el principio dispositivo propio del enjuiciamiento civil; tampoco cabe hablar, como hace el recurrente, de presuntos infractores, pues no lo son aquéllos contra los que se dirige una denuncia sin que la Administración haya formulado cargos contra ellos. El juicio que hace el recurrente sobre las intenciones del Instructor carece por completo de fundamento y no hay razones para pensar que la petición de

los datos e informaciones "necesarios para la aplicación de la Ley" (art. 32.1 LDC), no para la comprobación de la denuncia, que se contiene en la Providencia de 4 de marzo, obedezca a la realización de un estudio del sector audiovisual o a la más torticera de evitar futuras denuncias o impulsar al ahora recurrente a retirar la suya, lo que, sobre carecer de cualquier apoyo diferente de la simple alegación, no eximiría al Servicio de proseguir la investigación ni a Gestevisión de la obligación de proporcionar los datos interesados.

5. Tampoco se ha colocado a Gestevisión Telecinco en posición de indefensión con la solicitud de información que se le ha hecho, pues no se le ha impedido formular alegaciones o solicitar la práctica de pruebas y, si en el futuro, del resultado de la investigación, se deducen cargos contra ella, habría de tener la posibilidad de defenderse ante el Servicio como ante el Tribunal en el procedimiento administrativo, con todas las garantías y medios legales; en el actual estado del procedimiento no puede hablarse de indefensión respecto de Gestevisión, aunque una interpretación extensiva y favorable de los derechos y garantías procesales pudieran impulsar al Instructor, ante la posibilidad de que de las informaciones solicitadas pudieran derivarse responsabilidades por infracción de las normas de la LDC, para que, desde un primer momento, los interesados pudieran ejercitar los derechos de la defensa en su plenitud y no sólo desde la concreta formulación del pliego de concreción de hechos de posible infracción, lo que, en el presente caso, pudiera ser considerado por el buen criterio del órgano instructor ante la similitud de los datos solicitados a todos los que, hasta el momento, intervienen en el expediente. Por otro lado, la petición de datos confidenciales no causa tampoco indefensión y la LDC prevé mecanismos para su protección (arts. 52 y 53), aparte de la imposibilidad de su uso a efectos probatorios para usos y en procedimientos distintos del presente.
6. La declaración de inadmisibilidad, que procede por las razones expuestas, hace innecesario que el Tribunal se pronuncie sobre la solicitud de suspensión contenida en el otrosí del recurso.

VISTOS Los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Declarar inadmisibile el recurso interpuesto por D. Manuel Sánchez Puelles y González Carvajal en nombre y representación de Gestevisión Telecinco S.A. contra Providencia del Servicio de Defensa de la Competencia, de fecha 3 de septiembre de 1993.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra esta Resolución no cabe recurso alguno, salvo los que procedan contra la Resolución definitiva.

OPINION CONCURRENTENTE DE LA VOCAL SRA. ALCAIDE GUINDO

1. Comparto el fallo de la Resolución del Pleno, pero considero necesario puntualizar algunos extremos.

En primer lugar, me parece obligado explicar que un anuncio de posible iniciación de expediente sancionador no produce indefensión y cuáles son las garantías del administrado en tal caso.

En segundo lugar, el caso discutido pone de manifiesto el vacío de garantía procesal que se ha producido con la supresión del recurso de reposición.

En tercer lugar, no puedo por menos de expresar mi preocupación por los efectos que la actuación del instructor de un expediente sancionador puede producir sobre el funcionamiento del sistema de defensa de la competencia.

2. El anuncio de la posible iniciación de un expediente sancionador por falta de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia al amparo de lo establecido por el artículo 32 de la Ley 16/1989 no produce indefensión a quien se solicita la colaboración. Y ello por la sencilla razón de que para que se produzca indefensión es necesaria la existencia de la imputación de un cargo del que no pueda defenderse.

En este caso se pide la colaboración de la denunciante que consiste en que facilite cuantiosa información de su actividad.

Si la empresa decide facilitar la información puede solicitar que se declare confidencial y se abra pieza separada con ella.

Si la empresa decide no facilitar la información solicitada y, como consecuencia de ello, el Servicio de Defensa de la Competencia (no el Instructor) decide incoar expediente sancionador por falta de colaboración, se producirá una resolución de la Dirección General de Defensa de la Competencia que, ésa sí, podrá ser objeto del recurso ordinario previsto en el artículo 107 de la Ley 30/1992 y regulado en sus artículos 114 a 117.

3. La nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en sus artículos 107 y 108 suprime el recurso de reposición, creando un vacío de garantía procesal dentro de la tramitación del procedimiento.

Cuando la Administración, en la tramitación de un expediente, comete un error procesal o se desvía del procedimiento, el interesado carece de la posibilidad de interponer recurso alguno si dicho acto no paraliza el procedimiento ni produce indefensión aún cuando produzca efectos perjudiciales para el interesado que éste no deba soportar. Sin embargo, debe alegar su oposición para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento y para la impugnación de tales actos en el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra la misma.

De modo que en el caso que nos ocupa, la recurrente debe alegar su oposición a la solicitud de información ante el órgano que la realizó.

4. El Instructor de un expediente sancionador debe contar con un amplio margen de maniobra para investigar los hechos objeto de dicho expediente. La nueva Ley 30/1992 le otorga una notable independencia de actuación (artículo 78) pero, en contrapartida, le hace responsable del respeto de los intereses legítimos de los interesados y de evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos (artículo 41), teniendo en cuenta que el particular puede exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración y ésta la de sus autoridades y demás personal (artículo 145).

Los límites con que se encuentra el Instructor para la averiguación de los hechos se recogen en los siguientes artículos de la Ley 30/1992:

El artículo 35 f) establece el derecho del ciudadano a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.

El artículo 89.2 establece que, en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

En mi opinión, ni siquiera está muy claro si el derecho contenido en el artículo 89.2 ampara o no a los denunciadores, puesto que la redacción del artículo 69 deja margen a la interpretación de si puede considerarse o no que una denuncia puede provocar la tramitación de un procedimiento "a solicitud del interesado". Yo me inclinaría más bien por la negativa, ya que una interpretación integrada del contenido de los artículos 68 y 69 me induce a pensar que los procedimientos se clasifican en dos tipos excluyentes entre sí:

- los de oficio (a iniciativa del órgano competente, por orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia)
- los iniciados a solicitud del interesado, que normalmente consisten en la solicitud de una autorización, concesión, licencia o dispensa.

Y en este caso, solamente los segundos gozarían de la protección del artículo 89.2.

Pero, en todo caso, al no existir todavía interpretación jurisprudencial alguna, solamente el Instructor puede valorar el alcance de dichos preceptos y actuar en consecuencia.

5. En el caso que nos ocupa, la empresa recurrente se encuentra metida de lleno en una trampa: por haber denunciado unas prácticas presuntamente restrictivas de la competencia de algunos de sus competidores, ha puesto en funcionamiento la maquinaria coactiva de la Administración sin que, por lo que se ve, los resultados de tal actividad administrativa la satisfagan ni la favorezcan. Ese es un riesgo que corre todo operador económico que decide presentar una denuncia.

Sin embargo, la Administración ha de ser consciente de que debe utilizar sus capacidades coactivas prudente y positivamente, es decir en favor y no en contra de los objetivos que persigue.

Si el mundo empresarial interpreta este caso - como parece que hace la recurrente - como un aviso de que el Servicio de Defensa de la Competencia va a utilizar las denuncias como arma arrojada contra el denunciante, la Administración corre el riesgo de terminar con la denuncia

como principal instrumento de impulso de la actuación administrativa contra las prácticas restrictivas de la competencia. Los órganos de competencia estarían tirando piedras contra su propio tejado.

OPINIÓN CONCURRENTE DEL VOCAL SR. DE TORRES SIMÓ

Coincido con el fallo de la Resolución y con la opinión de la Sra. Alcaide.