

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 267/2018

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NÚMERO 136/2019

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. MARÍA JOSÉ ARTAZA BILBAO

En Bilbao, a quince de mayo de dos mil diecinueve.

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 267/2018 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución de 18-01-2018 del Consejo Vasco de la Competencia que acordó no incoar procedimiento sancionador a Auzo Lagun Soocl Cooperativa y Cocina Central Magui Sdad. Cooperativa, y archivar las actuaciones practicadas a resultas de la denuncia presentada por Comercial Aibak Trs S.L. el 15-11-2017.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: COMERCIAL AIBAK TRS S.L., representada por la Procuradora Doña LEYRE CAÑAS LUZARRAGA y dirigida por el Letrado Don MARTÍN EGUÍA BARRIO.

-DEMANDADA: La AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, representada y dirigida por el SERVICIO JURÍDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO.

-OTRAS DEMANDADAS: AUZO LAGUN S. COOP. y COCINA CENTRAL MAGUI SL, represenadas por la Procuradora Doña YOLANDA ECHEVARRIA GABIÑA y dirigidas por el Letrado Don JAVIER DÍAZ FERNÁNDEZ.

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26 de marzo de 2018 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña LEYRE CAÑAS LUZARRAGA actuando en nombre y representación de COMERCIAL AIBAK TRS SL, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 18-01-2018 del Consejo Vasco de la Competencia que acordó no incoar procedimiento sancionador a Auzo Lagun Soocl Cooperativa y Cocina Central Magui Sdad. Cooperativa, y archivar las actuaciones practicadas a resultas de la denuncia presentada por Comercial Aibak Trs S.L. el 15-11-2017; quedando registrado dicho recurso con el número 267/2018.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- En los escritos de contestación de las demandadas, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 16 de noviembre de 2018 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 3 de mayo de 2019 se señaló el pasado día 9 de mayo de 2019 para la votación y fallo del presente recurso.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto contra la Resolución de 18-01-2018 del Consejo Vasco de la Competencia que acordó no incoar procedimiento sancionador a Auzo Lagun Soocl Cooperativa y Cocina Central Magui Sdad. Cooperativa, y archivar las actuaciones practicadas a resultas de la denuncia presentada por Comercial Aibak Trs S.L. el 15-11-2017.

El 18-03-2016 la recurrente (AIBAK) había denunciado ante la Autoridad Vasca de la Competencia a las empresas antes mencionadas y a Gastronomía Cantábrica S.L. por haber llegado a acuerdos previos a la licitación de los lotes 11, 13,14, 15 y 17 del servicio de comedores de gestión directa de los centros dependientes del Departamento de Educación del Gobierno Vasco; y practicadas actuaciones reservadas , el Consejo Vasco de la Competencia acordó el 3-10-2017, a propuesta de la Dirección de Investigación, no incoar procedimiento de investigación y archivar esas actuaciones por no haber apreciado indicios de la comisión de las infracciones previstas por los artículos 1 y 2 de la LDC.

La recurrente no interpuso recurso contra esa resolución.

Con fecha 15-11-2017 la recurrente presentó nueva denuncia contra Auzo Lagun S.Coop. y Cocina Central Magui S. Coop. ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, fundada en los mismos hechos que la anterior pero con referencia a los lotes 13 y 17 del mismo expediente de contratación (C02/010/2015).

A la vista de la información obrante en el expediente y del análisis de las ofertas que habían presentado las denunciadas, la Dirección de Investigación no apreció indicios de la comisión de una infracción contra la LDC y propuso que no se incoara expediente sancionador y se procediera al archivo de la segunda denuncia. Y dicha propuesta fue aprobada por el Consejo Vasco de la Competencia en razón a la identidad de ambas denuncias y de lo instruido en ambos expedientes.

SEGUNDO.- La recurrente no pretende que se anule la resolución recurrida y, en su lugar, se ordene a la AVC la incoación del expediente sancionador instado por esa parte sino que se deje sin efecto dicho acuerdo, “declarando la existencia de una vulneración del artículo 1.1 c) de la Ley de Defensa de la Competencia en los términos señalados en la denuncia formulada el pasado día 15 de noviembre de 2017....”.

Esa pretensión suscita la falta de legitimación de la recurrente, opuesta por las demandadas (defensas del Gobierno Vasco y de Auzo Lagun S.Coop.) ya que una cosa es

que el Consejo Vasco de la Competencia no haya discutido el interés de “AIBAK” en la presentación de la denuncia e incoación de actuaciones para la investigación de los hechos denunciados y obra bien distinta que ese interés “competitivo” y en la legalidad legitime a la recurrente para solicitar la declaración de responsabilidad de las denunciadas como autoras de la infracción tipificada por el artículo 1.1 c) de la Ley 15/ 2007 de 3 de julio, de defensa de la competencia.

Como ha sostenido este Tribunal en asuntos anteriores- entre otras sentencias, la dictada el 4-11-2013 en el Rec. de apelación 308/2013, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la legitimación de los denunciantes por la comisión de infracciones se ha consolidado en la sentencia de 6 de octubre de 2009 (ROJ, 5.907):

“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.

Por todo lo expuesto, contrariamente a lo afirmado en su día por el tribunal a quo con base en su propia doctrina, debe acogerse la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa de los actores.”

Así, salvando la diferencia entre materias, concerniendo la pretensión del denunciante directamente al ejercicio de la potestad sancionadora, esto es, a la tipificación de los hechos denunciados como constitutivos de una infracción lo cual, se pretenda o no expresamente, comporta la imposición de una sanción (y en el ámbito de defensa de la competencia, en su caso, las medidas correctoras o de cesación de la conducta sancionada) no puede reconocerse la legitimación de la parte recurrente.

TERCERO.- A la causa de inadmisibilidad del recurso examinada en el fundamento anterior (la del artículo 69 b de la Ley Jurisdiccional) se une una segunda causa que también obsta al examen de la cuestión de fondo, esto es, la de no ser recurrible la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia, objeto de este recurso por constituir la reproducción de una Resolución anterior, notificada y consentida por la recurrente (Artículo 69 c de la LJCA en relación al artículo 28 de esa norma).

Y esa causa de inadmisibilidad también deber ser apreciada toda vez que concurre que la más completa identidad de elementos subjetivos, objetivos y causales entre los dos Acuerdos del Consejo Vasco de la Competencia a que se ha hecho mención, que archivaron las denuncias presentadas sucesivamente por la recurrente, al punto que la segunda, a la que se contrae la Resolución recurrida, se sustenta en los mismos hechos o imputación de conductas anticompetitivas que la primera; ambas denuncias con alusión al mismo expediente de contratación, si bien la segunda, lo que es intrascendente a los efectos, se limita a dos de los cinco lotes comprendidos en la primera; limitación que, por otra parte, no ha sido atendida por la recurrente en la fundamentación del recurso contencioso lo que, aun no constituyendo propiamente el supuesto de desviación procesal, también opuesta por las demandadas, si se entendiese que tal incongruencia con los

motivos y objeto de la denuncia archivada por el acuerdo recurrido y, por lo tanto, con el objeto de ese acuerdo, no altera el objeto del recurso contencioso; más concretamente, la pretensión de la recurrente; según decimos, ya no la de que se incoe el procedimiento sancionador instado por esa parte sino que se declare la comisión de la infracción del artículo 1.1 c) de la LDF,; calificación que con sus consecuencias solo podría producirse previa incoación del procedimiento archivado o práctica de nuevas actuaciones de investigación, con audiencia a los denunciados, ya que el órgano jurisdiccional no puede sustituir, en lo que hace al caso, a la Autoridad Vasca de la Competencia en el ejercicio de su potestad sancionadora.

CUARTO.- Hay que imponer a la recurrente las costas del procedimiento, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo presentado por COMERCIAL AIBAK TRS S.L. contra la Resolución de 18-01-2018 del Consejo Vasco de la Competencia que acordó no incoar procedimiento sancionador a Auzo Lagun Soocl Cooperativa y Cocina Central Magui Sdad. Cooperativa, y archivar las actuaciones practicadas a resultas de la denuncia presentada por Comercial Aibak Trs S.L. el 15-11-2017; e imponemos a la recurrente las costas del procedimiento.

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 **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0267 18, 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 Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 15 de mayo de 2019.