

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 206/2018

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NÚMERO 64/2019

ILMOS./AS. SRES./AS.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS/AS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.^a PAULA PLATAS GARCÍA

En Bilbao, a seis de marzo 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 206/2018 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: la Resolución de 27-12-2017 del Consejo de la Autoridad Vasca de la Competencia que impuso a la recurrente, Transportes Pesa S.A. la sanción de 277.800 euros por participar en los acuerdos referidos al transporte regular de uso especial, en la modalidad de colectivos privados, entre 1989-2015.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: TRANSPORTES PESA S. A., representada por el procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN y dirigida por el letrado D. JOSÉ MANUEL SIPOS GÁLVEZ.

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

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de febrero de 2018 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que el procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN, actuando en nombre y representación de TRANSPORTES PESA S. A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 27-12-2017 del Consejo de la Autoridad Vasca de la Competencia que impuso a la recurrente, Transportes Pesa S.A. la sanción de 277.800 euros por participar en los acuerdos referidos al transporte regular de uso especial, en la modalidad de colectivos privados, entre 1989-2015; quedando registrado dicho recurso con el número 206/2018.

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 él expresados y que damos por reproducidos.

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

CUARTO.- Por Decreto de 19 de noviembre de 2018 se fijó como cuantía del presente recurso la de 277.800 euros.

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 04 de febrero de 2019 se señaló el pasado día 07 de febrero 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 presentado contra la Resolución de 27-12-2017 del Consejo de la Autoridad Vasca de la Competencia que impuso a la recurrente, Transportes Pesa S.A. la sanción de 277.800 euros por participar en los acuerdos referidos al transporte regular de uso especial, en la modalidad de colectivos privados, entre 1989-2015.

Previa actividad inspectora realizada los días 3 y 4-12-2015 en los domicilios de la recurrente y otras empresas del sector, la Dirección de Investigación de la AVC incoó con fecha 9-02-2006 expediente sancionador contra la recurrente y otros operadores del servicio de transporte por carretera por la presunta comisión de acciones previstas por el artículo 1.1 de la LDC “que se habrían materializado en diversos contactos e intercambios de información entre compañías y un acuerdo de reparto de mercado entre competidores en el mercado del transporte de viajeros por carretera en Euskadi, tanto de uso general como especial, principalmente en Gipuzkoa”.

Según el Pliego de concreción de hechos entregado a la recurrente el 5-07-2017, esa empresa infringió- supuestamente los artículos 1 y 3 de la LDC por haber participado en “acuerdos referidos al transporte regular de uso general interurbano; al especial y al transporte discrecional desde 1988 hasta la actualidad”.

La recurrente hizo alegaciones al antedicho Pliego mediante escrito presentado el 27-07-2017.

La Propuesta de resolución de la Dirección de Investigación trasladada a Transportes Pesa S.A. el 24-10-2017 imputó a la recurrente la comisión de una infracción del artículo 1.1 de la LDC “por participar en los acuerdos referidos al transporte regular de uso especial, en la modalidad de colectivos privados en el período 1989-2015” y propuso al Consejo Vasco de la Competencia que declare la comisión de una infracción muy grave por la conducta prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC consistente en la fijación de tarifas y la comisión de otra infracción de la misma clase por la conducta de reparto de los mercados.

La Resolución de 28-12-2017 de la AVC impuso a la recurrente la sanción de 277.800 € por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC.

SEGUNDO.- El recurso contencioso-administrativo se funda en los motivos siguientes:

1.- La vulneración del artículo 24 de la Constitución española, en particular del derecho de defensa, en relación al artículo 51.4 de la LDC porque la Resolución recurrida de la AVC recalificó la conducta imputada a la recurrente en la propuesta de la Dirección de Investigación sin audiencia previa al interesado sobre la nueva calificación.

2.- La vulneración del principio de tipicidad de la infracción, Art. 25 de la CE, por inadecuación entre la conducta imputada a la sancionada y el tipo infractor aplicado a esa conducta:

a) la recurrente ejerció el derecho legal de preferencia en la prestación del servicio regular de transportes de uso especial, modalidad de transportes colectivos

privados, como concesionaria de transporte regular de uso general interurbano en itinerarios y zonas coincidentes.

b) la aplicación a la recurrente del criterio aplicado a otras empresas de transporte de viajeros, excluidas del expediente sancionador por haber operado en modalidades distintas a las que fueron objeto de los acuerdos supuestamente anticompetitivos tomados con su asistencia en las reuniones de AVITRANS.

c) la recurrente ha prestado el servicio de transporte únicamente en una sola de las cuatros modalidades que la resolución sancionadora agrupa en la de “transporte regular de uso especial y discrecional”.

d) Los intervalos de 39, 132 y 48 meses, sin constancia de la participación de la recurrente en acuerdos de AVITRANS con la finalidad anticompetitiva imputada a las sancionadas. Tipificación de la infracción como continua (se computa todo el período comprendido entre las fechas inicial y final de ejecución de la actividad ilícita) vs. infracción continuada (no se tienen en cuenta los intervalos para la imposición de la multa). Acreditación de que la conducta infractora se mantuvo en los períodos en los que no haya constancia de su ejecución por parte de la sancionada: carga de la AVC.

e) La vulneración del artículo 68.1 de la LDC: prescripción de la infracción (plazo de cuatro años) imputada a la recurrente, computado ese plazo desde la última reunión de AVITRANS con la participación de la recurrente (el 28-06-2011) y la incoación del expediente sancionador (10-06-2016), y habida cuenta de que a la fecha (19-06-2015) de la reunión-acuerdo en los que se ha tenido a la recurrente como participe ya había cesado (el 31-12-2014) en la prestación del servicio de transporte en la modalidad atendida por la resolución sancionadora.

3.- La vulneración del derecho a la presunción de inocencia (Art. 24.2 de la CE): falta de elementos de prueba sobre la participación de la recurrente en los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado que la AVC considera probados y constitutivos de la infracción sancionada.

4.- Defecto de la resolución sancionadora por no dar razón del método aplicado para fijar la cuantía de la multa en el 1,86% del volumen total de negocios de la recurrente en 2016, y de la ponderación de los criterios establecidos por el artículo 64 de la LDC.

5.- Vulneración del principio de proporcionalidad en materia sancionadora. Aplicación errónea de los criterios de graduación del art. 64 de la LDC:

a) periodo de participación de la recurrente en la conducta infractora entre la primera y última reunión de AVITRANS a las que asistió, y sucesivos intervalos entre ambas de 39, 132 y 48 meses.

b) error en la estimación del porcentaje (1,86%) aplicado para el cálculo de la multa: facturación residual en el mercado afectado por la conducta sancionada en relación al volumen total de negocios de la compañía.

c) falta de acreditación de efectos anticompetitivos en la modalidad del transporte regular de uso especial (colectivo privado) en que operó la recurrente.

d) concurrencia de la atenuante: rol pasivo de la recurrente en la formación del cartel y en el seguimiento de los acuerdos colusorios.

TERCERO.- El demandado se ha opuesto a la estimación del recurso contencioso por los siguientes motivos:

1.- No se ha vulnerado el artículo 51.4 de la LDC en perjuicio del derecho de defensa de la sancionada porque, además de que se ha mantenido en la instrucción del expediente la calificación jurídica de la conducta imputada a la recurrente, esta ha ejercido plenamente aquel derecho respecto a dicha calificación en los trámites de alegaciones a las propuestas de concreción de hechos y resolución (folios 19876 y siguientes; y 23009 y siguientes). Interrelación entre los acuerdos de fijación de precios y de reparto del mercado de referencia: infracción única y continuada. Tipificación más beneficiosa para la sancionada.

2.- Inexistencia de prescripción de la infracción: el expediente sancionador se ha incoado (el 9-06-2016) antes de que hubiera transcurrido el plazo de cuatro años, computado desde que cesó en 2015 la actividad ilícita imputada a la recurrente. Participación de la recurrente en acuerdos (el último por asistencia a la reunión de AVITRANS de 19-06-2015) restrictivos por su propio objeto, propios de los cárteles constituidos para el reparto de mercado y/o fijación de precios. Intrascendencia del cese (el 31-12-2014) en la modalidad de transporte afectada por los acuerdos anticompetitivos vigentes desde 1.989.

3.- Falta de identidad entre la situación de la recurrente, operadora en el transporte regular de uso especial durante el periodo de vigencia de los acuerdos auspiciados por AVITRANS con la participación, entre otras, de la recurrente y extensión a dicha modalidad de transporte y la situación de las empresas excluidas del expediente sancionador por contraerse su actividad al transporte regular urbano e interurbano, ajena a los acuerdos anticompetitivos que motivaron la sanción de la primera y otras.

4.- Explicación suficiente del proceso seguido para el cálculo de las sanciones y su adecuada graduación conforme a los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la LDC:

a) El alcance de la infracción (letra c): la totalidad del servicio de transporte regular de uso especial y discrecional de Gipuzkoa.

b) La duración de la infracción, única pero continuada (letra d): 1.989-2.015, con el compromiso de mantener la vigencia de los acuerdos, intervalos aparte entre reuniones. Imprudencia del descuento de los períodos en que la recurrente no participó en las reuniones del cártel.

c) La ponderación de la sanción en atención al volumen de negocios, cuota de participación, atenuantes, tipo sancionador del 1,86%, inferior al límite del 10% del volumen total de negocio (párrafos 310-317).

d) La no concurrencia de circunstancias atenuantes como alega de rol pasivo, dada su participación sin objeciones o actos de signo contrario en los acuerdos anticompetitivos alumbrados en AVITRANS con igual participación a la de las otras empresas concertadas con el propósito de fijar los precios y repartirse el mercado de referencia.

5.- La integración de la conducta de la recurrente en la infracción única sancionada: pertenencia al cártel en cuanto operadora en una sola de las modalidades de transporte de viajeros afectada por los acuerdos de fijación de precios y reparto del mercado, ponderando la incidencia de su participación en la conducta sancionada (el 2,23% del total).

6.- El carácter no absoluto del derecho preferente en la adjudicación del servicio de transporte regular de uso especial (colectivos privados): requisitos del régimen de preferencia, vigente hasta 2012, establecidos por el Decreto 266/1998 de 6 de octubre del País Vasco.

7.- La suficiente prueba de cargo sobre la participación de la empresa en reuniones de AVITRANS (10 en total) mediante representante, delegado o miembro de su órgano de administración. Aplicación al transporte de uso especial (a colectivos privados) de las tarifas convenidas para el transporte escolar público.

8. Tipificación de la infracción: art. 62. a) de la LDC. Elementos de esa infracción: pluralidad de operadores económicos; práctica concertada; idoneidad de esa práctica para restringir la competencia en el mercado en beneficio de las empresas integradas en el cártel y en perjuicio de los usuarios del servicio de transporte.

CUARTO.- La Propuesta de resolución de la Dirección de Investigación había calificado los hechos imputados a la recurrente como constitutivos de dos infracciones muy graves, tipificadas por el artículo 62 a) de la LDC, una por la fijación concertada de tarifas y la otra por el reparto también concertado del mercado de referencia.

En cambio, la Resolución sancionadora ha considerado que los acuerdos anticompetitivos atribuidos a la recurrente y a otras empresas del sector de transporte regular de viajeros de uso especial y discrecional en Gipuzkoa constituían una infracción única y continuada.

La recurrente considera que la variación que se acaba de reseñar constituye el supuesto de cambio de calificación previsto por el artículo 51.4 de la LDC (“Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas”) y que la omisión del trámite de audiencia en ese supuesto ha vulnerado su derecho de defensa (artículo 24.2 de la Constitución española).

Pero como ha opuesto la demandada, la recurrente en el escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución de la Dirección de Investigación ha articulado su defensa en consideración al período de duración de la conducta infractora imputada a Transportes Pesa S.A., habida cuenta de los períodos en que la recurrente considera interrumpida la tal actividad, a falta de acreditación de su persistencia en los intervalos que median entre las reuniones de AVITRANS en las que se concertaron los acuerdos supuestamente colusorios con la participación de la recurrente, y la calificación de infracción continua vs. continuada, según la jurisprudencia citada y sus respectivas consecuencias (folios 23009-23015). Y en los mismos términos se ha ejercido la defensa en este proceso frente a la calificación jurídico-infractora expuesta en la Resolución recurrida; esto es, admitiendo la calificación de infracción única (absorción en un solo ilícito de los dos ilícitos tipificados en la Propuesta de resolución) de carácter continuado; forma comisiva más que implícita en la imputación de hechos o descripción de los acuerdos colusorios sancionados.

Por lo tanto, la recurrente ha tenido la oportunidad de ejercer su defensa frente a la calificación jurídica a la postre recogida en la Resolución sancionadora, y en ese supuesto la doctrina legal no considera invalidante, por vulneración de aquel derecho fundamental (artículo 24-2 de la Constitución) la omisión del trámite de audiencia previsto por el artículo 51.4 de la Ley de defensa de la competencia, no obstante la modificación en la tipificación de la infracción sancionada a que se ha hecho mención.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 3-02-2015 (Rec. de casación 3854/2013; F.J. 4 dice:

“...Tal como hace la sentencia impugnada, asumiendo de forma expresa los términos que reproduce de una sentencia anterior en la que se desestimó el recurso de otra de las empresas sancionadas, hay que rechazar la queja de indefensión. En efecto, en ningún caso se ha producido en la resolución sancionadora un cambio respecto a los

hechos en que se basa la imputación, y el cambio de calificación jurídica (varias infracciones o infracción continuada) no ha supuesto una alteración de los términos del debate. Esto es así, tal como se refleja en las consideraciones de la resolución sancionadora contenidas en el fundamento de derecho tercero relativo a las alegaciones de la parte (epígrafe “calificación de la infracción”) de donde resulta que sobre la cuestión de la existencia de uno o varios cárteles y, en definitiva, de varias infracciones o una infracción continuada estuvo presente en la tramitación del expediente. Así pues, resulta evidente que si la resolución sancionadora finalmente acogió una tesis calificadora entre las que se debatieron durante la investigación, difícilmente puede la recurrente alegar que dicho cambio produjo una alteración de los términos del debate o que le causare indefensión...”.

La misma doctrina ha sido reiterada en la sentencia de 3 de diciembre de 2018 (Rec. 5635/ 2017):

“...de manera que la omisión de dicho trámite de audiencia constituye una infracción procedimental contraria a derecho. Ahora bien, tal infracción no conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en el caso de que resulte indubitado que el cambio de calificación efectuado respecto a la propuesta de resolución no ha causado una efectiva indefensión material a los sujetos expedientados...”.

QUINTO.- Respecto a la infracción del principio de tipicidad (“Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley”; art. 129.1 de la Ley 30/1992) que la doctrina constitucional ha inferido del artículo 25.1 de la C.E. puede haber cierta confusión en el planteamiento de la recurrente entre el cumplimiento de ese requisito en los trámites del expediente sancionador, incluida su resolución (artículo 135 de la Ley 30/1992) y la controversia sobre la calificación de los hechos imputados a la sancionada, esto es, la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos del tipo aplicado (artículo 62 a) de la LDC) .

Y es que al margen del juicio sobre la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción sancionada, no puede apreciarse una falta de adecuación entre la conducta imputada a la recurrente y el tipo infractor aplicado a la misma, en cuanto que dicha conducta si se diere por probada es constitutiva de la infracción muy grave sancionada, y el supuesto error de calificación no comportaría la vulneración del aludido principio como requisito esencial de la imputación.

SEXTO.- Son varias las razones por las cuales la recurrente considera errónea la imputación de la infracción muy grave tipificada por el artículo 62.4 a) de la LDC y todas ellas deban ser desestimadas de conformidad con la doctrina que luego citaremos sobre

los elementos que configuran las acciones anticompetitivas características de los carteles y la responsabilidad de sus miembros aun no participen totalmente y de forma ininterrumpida en sus acuerdos o prácticas.

La Resolución recurrida deja constancia en los apartados 164 y 165 de las reuniones de AVITRANS a las que asistieron la recurrente y las otras sancionadas y en las que se acordaron la fijación de tarifas de servicios de transporte y el reparto de servicios de transporte regular de uso especial y discrecional, respectivamente (folios 83-88).

Según esos cuadros, PESA asistió a diez reuniones sobre fijación de precios y a dos sobre reparto del mercado, llegando a treinta y cinco los acuerdos alcanzados en los órganos de AVITRANS desde el 3-05-1988 y hasta el 19-03-2014.

Además, según la recurrente las actas de las reuniones a las que asistió PESA no constatan la aplicación de las tarifas acordadas para el transporte escolar al transporte colectivo privado y solo en el acta de la reunión de 13-11-1992 se convinieron tarifas para ambas modalidades, si bien dispares.

A su vez, y por lo que respecta a las reuniones de 29-06-2007 y de 23-06-2009 a las que, según la AVC, asistió PESA y se tomaron acuerdos sobre reparto del mercado, no tuvieron dicho objeto y, además, en la segunda de ellas la recurrente no estuvo representada por el Presidente de AVITRANS, aun siendo el mismo consejero y accionista de la recurrente.

Pero el hecho es que la recurrente había asistido a la reunión de 13-01-1992 en la que se acordó un nuevo cuadro de tarifas para los servicios de colegios y fábricas (folio 521 del expediente) lo que denota la vinculación al respecto entre esas dos modalidades de transporte, trasladable o implícita en los acuerdos alcanzados en las otras reuniones con la participación de la recurrente además que explica la razón de su asistencia a ellas como operadora en la modalidad de “colectivos privados”.

Por lo que atañe a las dos reuniones a las que asistió PESA como participe, según la AVC, en los acuerdos de AVITRANS para el reparto del mercado en las mencionadas modalidades del transporte regular de uso especial, la primera (de fecha 29-06-2007) trató, precisamente, de un conflicto de aquella índole entre la recurrente y otra compañía (folio 671) y en la segunda (la de 23-06-2009) se trató del conflicto creado por la participación de una empresa en un concurso público de transporte y que había solicitado explicaciones sobre los pactos “que impiden la concurrencia de empresas asociadas a un concurso público” (folio 681 del expediente y documentos que obran en el mismo, reseñados en el apartado 124 de la Resolución recurrida).

Por otra parte, si bien PESA no estuvo representada en la reunión de 23-06-2009, que conste, mediante un acto formal de apoderamiento, consta como asistente a la misma,

lo cual se compadece con el hecho de que el Presidente de AVITRANS fuera, a la sazón, consejero y accionista de la recurrente; esto es, su representante “in pectore” en la antedicha reunión.

Así las cosas, hay que dar por acreditada la participación de Transportes Pesa S.A. en las acciones anticompetitivas que han motivado la Resolución sancionadora también recurrida en este procedimiento, y que se han fraguado en los pactos de tarifas y reparto del mercado de referencia de los que da cuenta el expediente sancionador, confirmados por las prácticas anticompetitivas de las sancionadas durante el período de vigencia de dichos acuerdos, acciones de recomendación de su cumplimiento (Circulares de la Asociación) y vigilancia de este.

La recurrente con su asistencia a las reuniones (algunas) de AVITRANS en las que se forjaron o mantuvieron los acuerdos anticompetitivos, con su conformidad, y aquiescencia durante su período de aplicación, ha contribuido a la formación y mantenimiento de dichos pactos, sin dar ninguna señal formal o material de discrepancia con su objeto durante un período (1988- 2015) tan dilatado como el señalado por la Resolución recurrida; aun fuere mediante la asistencia a un número reducido de las reuniones de AVITRANS y con interés limitado a una sola de las modalidades o subtipos del transporte regular de uso especial afectado por tales acuerdos y prácticas subsiguientes lo que, según las citas doctrinales que luego se harán, no empece a la antijuridicidad de tal conducta y culpabilidad de su autor en cuanto participe en un plan concertado por varias empresas del mismo sector, guiadas por el mismo propósito o finalidad, a saber, el reparto de cuotas entre competidores según reglas de atribución o reserva de itinerarios y otras de conveniencia recíproca.

Tampoco excusa la comisión del ilícito sancionado el hecho de que la recurrente como concesionaria de servicios de transportes regulares de uso general tuviese preferencia para la prestación de los servicios de uso especial (hasta el 24-04-2012 en que se produjo la derogación del Decreto 266/1998 del Gobierno Vasco) pues además de que el ejercicio de dicho derecho no era absoluto sino que estaba sujeto a determinados requisitos, con lo cual no excluía a otros competidores, su atribución a la recurrente no fue óbice a que esta contribuyera a la generación, desarrollo y mantenimiento de los pactos colusorios que por su objeto, y ya no por sus efectos en el mercado, constituyen uno de los ilícitos previstos por el artículo 1 de la LDC.

Por otra parte, no puede compararse la situación de la recurrente con la de las empresas de transporte excluidas del expediente sancionador por desarrollar su actividad en el sector del transporte de viajeros urbano e interurbano, no comprendido en el ámbito de los acuerdos anticompetitivos imputados a las sancionadas; en cambio, la modalidad del transporte regular de uso especial (colectivos privados) en que la recurrente también ha realizado su actividad hasta el 31-12-2014 si está comprendida en el ámbito de los

susodichos acuerdos lo cual justifica la imputación de la infracción en cuestión a la recurrente y a otras prestatarias del mismo servicio por su connivencia en la ejecución de las conductas constitutivas del tipo aplicado.

SÉPTIMO.- Las apreciaciones que se acaban de exponer sobre la antijuridicidad y culpabilidad imputadas a la recurrente como participe en las acciones concertadas en el seno de AVITRANS, caracterizadas por su continuidad durante el período 1989-2015 y unidad de propósito restrictivo de la competencia están respaldadas por la doctrina del TJUE (y también del TS).

Así, la sentencia del TJUE de 6-12-2012, Asunto C-4411/11 dice:

“70.- A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 57, así como de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. 1-8725, apartado 94).

71.- Tales indicios y coincidencias, evaluados globalmente, no sólo pueden revelar la existencia de acuerdos o prácticas contrarios a la competencia, sino también la duración de prácticas colusorias continuadas y el periodo de aplicación de acuerdos celebrados en contra de las reglas en materia de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 95 y 96).

72.- Por lo que respecta a la falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un período concreto, procede recordar que el hecho de que no se haya aportado tal prueba para algunos periodos determinados no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos periodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en periodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continuada (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 97 y 98).

73.- Asimismo, de la jurisprudencia resulta *que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y pone en riesgo que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar la responsabilidad de la empresa afectada* (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 84).

74.- Por otro lado, ***una empresa no puede eximirse de su responsabilidad invocando que no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o de que su papel en la realización de los aspectos en los que haya participado fue limitado, dado que estas circunstancias no cuestionan su responsabilidad por la infracción.*** En efecto, sólo procede tomar en consideración dichas circunstancias cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine el importe de la multa (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 86)."

-Otras Sentencias posteriores, -recogidas en una larga serie de pronunciamientos de la Sala de la AN de 28 de Diciembre de 2.017-, han incidido sobre eventuales aspectos de exculpación dentro de esa dinámica asociativa de los acuerdos, y así, la STJUE, de 24 junio 2015, en asunto C-263/2.013 sintetiza el criterio seguido en esta materia al señalar lo siguiente:

"156.- Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un **«plan conjunto»**, debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones ***en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto*** (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU: C:2012:778, apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157.- Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ***ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción.*** Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada).

158.- En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. ***Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo.*** En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la ***responsabilidad de la totalidad de los comportamientos*** contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 43).

159.- Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, **pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cártel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados** por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 44)".

(...) 2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad conferida a la empresa implicada de desvirtuar esta presunción."

-Para ir concluyendo esta panorámica, vamos a hacer referencia a la STS, C-A Sección 3ª de 7 de Noviembre de 2016 (ROJ: STS 4871/2016) en RC nº 1047/2016, de la que extraemos estas consideraciones asimismo atinentes al supuesto ahora enjuiciado;

"Esta Sala considera que la exigencia de responsabilidad a la Asociación (...), por la comisión de la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se justifica en que ha contribuido con su comportamiento cooperativo a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por los participantes en el cártel promovido por la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores (ELTC); la Asociación de Empresas Autónomas, Cooperativas del Transporte de mercancías por contenedor de los puertos de la Comunidad (...) y la Asociación de Transportistas de Contenedores (...), con el objeto de impedir la competencia en

el mercado relevante de la prestación de los servicios de transporte de contenedores por carretera con origen o destino en el Puerto de (...).

(...) Por ello, sostenemos que la circunstancia de que la Asociación Naviera (...) -de la que pueden formar parte, según los Estatutos, empresas navieras, armadores o consignatarios y estibadores o contratistas de carga y descarga de buques, e integrada, cuando se inicia el expediente sancionador, por 7 empresas estibadoras y 51 empresas consignatarias de buques-, no opere directamente en el mercado de servicios de transporte por carretera de contenedores, y no pueden, en consecuencia, organizar, contratar o facturar dichos servicios, en cuanto son demandantes de los mismos, no excluye que, tal como declaró la Comisión Nacional de la Competencia en su resolución de 27 de septiembre de 2013, pueda considerarse partícipe de las conductas anticompetitivas ilícitas llevadas a cabo por las empresas que desarrollan su actividad en el sector de la prestación de servicios de transporte de contenedores por carretera en el Puerto de (...).

Al respecto, cabe referir que ***ha quedado debidamente acreditado en el expediente sancionador que la Asociación Naviera ha participado -al menos desde el 13 de junio de 2004-, en reuniones convocadas por las citadas asociaciones de transportistas con el objetivo de fijar tarifas comunes y acordar otras condiciones contractuales relativas a la prestación de dichos servicios, que concluyeron en la formalización de acuerdos anticompetitivos, contribuyendo con este comportamiento concordante a garantizar la efectiva aplicación de dichos acuerdos anticompetitivos.***

Procede, asimismo, subrayar que de los hechos declarados probados en la resolución sancionadora, no se infiere que la Asociación Naviera se hubiera distanciado públicamente de los acuerdos restrictivos de la competencia o que hubiera denunciado la conducta de los otros partícipes con el fin de que cesaran las conductas anticompetitivas ilícitas.

En este sentido, observamos que la defensa letrada de la Asociación Naviera (...) no cuestiona los hechos probados descritos en la resolución sancionadora, que son la base de la imputación de haber cometido una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino la valoración que la Comisión Nacional de la Competencia ha realizado en relación con la supuesta participación del ANV en los acuerdos de precios, al menos desde 2002, que considera que es errónea, ya que -según se aduce- la asistencia a reuniones y la recepción de información de las empresas transportistas para acordar las revisiones de precios, tal como consta en las Actas de la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores (.....), no evidencia la implicación de la Asociación en las prácticas investigadas en el expediente sancionador.

Esta tesis argumental no resulta convincente para excluir la responsabilidad de la Asociación Naviera (...), derivada de su participación de forma más o menos activa -según los periodos investigados- en la cartelización del mercado de prestación de servicios de transporte de contenedores por carretera.

Cabe recordar que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expuesta en la sentencia de 22 de octubre de 2015 (C-194/14), que se reitera en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-319/15), ***incluso «los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan, una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse***

públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativa produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra (véase, en este sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartados 142 y 143 y jurisprudencia citada)».

(...) La resolución sancionadora considera que ha quedado acreditada su participación en reuniones celebradas el 15 de junio de 2004, en junio de 2008, en mayo de 2010 y en febrero de 2011, promovidas a iniciativa de asociaciones de empresas de logística y de transporte de contenedores por carretera, que agrupan las ofertas de los servicios de transporte de contenedores en el Puerto de (...), con la finalidad de negociar acuerdos de fijación de los precios y tarifas, y otras condiciones contractuales de prestación del servicio, relativas a las repercusiones sobre los precios de las revisiones del IPC y de los incrementos del precio del gasoil, o referidas a las condiciones temporales de su aplicación.

(...) En este sentido, no cabe objetar que resulte improcedente imputar responsabilidad a la Asociación Naviera (...), al no existir -según se aduce- «concordancia de voluntad» o, al menos, haber expresado ANV su voluntad libre de formar parte de acuerdo alguno». De los hechos probados en la resolución sancionadora -que no han sido desvirtuados en sede judicial- no se desprende la existencia de una denuncia formal de hechos de carácter coercitivo, imputables a las asociaciones de empresas del transporte, residenciables por su intensidad en el ámbito penal, que hubieran forzado a sus representantes a participar en dichas reuniones, o que hubiera hecho alguna manifestación que evidencie su disconformidad o distanciamiento con los acuerdos anticompetitivos adoptados"

-Asimismo, para conjugar debidamente el marco jurisprudencial acerca de tales infracciones, es de citar la STS, C-A, Sección 3ª, de 19 de octubre de 2018 (ROJ: STS 3622/2018) en Casación nº 4389/2017, al decir que;

"Lo cierto es que la consumación del ilícito previsto en el artículo 1.1 de la LDF se produce por el hecho de producirse alguna de las conductas descritas en este precepto. La infracción existe desde que la asociación adoptó la recomendación contraria a la competencia que sea preciso para su consumación que se lleve a la práctica. Tal y como afirma la STJUE de 27 de enero de 1987 (asunto Verband der Sachversicherer vs Comisión, asunto 45/85, párrafo 32) *"según la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo es superfluo desde el momento en que resulta que tiene por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia. **La misma consideración se aplica a una decisión de una asociación de empresas**".*"

OCTAVO.- La alegación de prescripción de la infracción sancionada se sostiene en el hecho de que la última reunión de AVITRANS a que asistió la recurrente antes de cesar con fecha 31-12-2014 en el transporte regular de uso especial, fue la de 28-06-2011 con lo cual, contado desde esa última fecha el plazo de prescripción (Art. 68 LDC) a la fecha (3-12-2015) de iniciación de las actuaciones de investigación ya había transcurrido el de cuatro años señalado para la prescripción de las infracciones muy graves.

Pero lo que no tiene en cuenta la recurrente es que los acuerdos anticompetitivos producidos con su participación estaban vigentes el 31-12-2014 (y con posterioridad) con lo cual su cese en la actividad ilícita se produjo, como antes, en esa fecha.

El Acta de 19-03-2014 corrobora la vigencia de los Acuerdos de AVITRANS y que la recurrente asistió a la reunión – última- de 19-06-2015 en que hubo nuevos acuerdos sobre tarifas, dando continuidad a los anteriores.

Hay, así, similitud entre la situación de la recurrente y la situación de otra de las sancionadas, examinada a propósito de la prescripción en el fundamento quinto de la sentencia dictada por esta Sala el pasado 21 de febrero en el Recurso 173/2018:

“Partiendo del contenido de actas como la de 19 de Marzo de 2.014, en que los órganos de la Asociación implicados ratificaban la vigencia de los anteriores acuerdos, -a lo que solo cabe decir que si era *Avitrans* quien los considera vigentes y formalmente reactivados, mal se explica por qué la Administración habrá de concluir lo contrario, pues no se trataba de un estéril ejercicio de diletantismo sino de una plena confirmación-, es de traer nuevamente a colación la doctrina que se ha ido recogiendo en anteriores fundamentaciones de esta misma Sentencia.

Ya hemos destacado párrafos de resoluciones del TJUE conforme a los cuales la falta de prueba de existencia de un acuerdo durante algunos períodos determinados no impediría considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. Y que en el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continuada.

Esa sería la situación a considerar en el caso limite en el presente supuesto por más que la adopción de los acuerdos con su contenido más explícito no se produjera de manera manifiesta, ritual y formal a lo largo de cierto período intermedio ya fuese desde 2008, 2009 o 2010 u otra fecha en que su vigencia resultase incontrovertible y manifiesta. Lo relevante es que, objetivamente, los acuerdos se daban por efectivos sin salvedades ni matices en marzo de 2.014 aunque no hubiese habido ocasión reciente de aplicarlos a situaciones concretas de las modalidades de transporte afectadas, o de hacerlos nuevamente saber a los asociados. De este modo, no cabrá dar por prescrita la responsabilidad de Asociación y asociados a contar de aquellas fechas pasadas, sino que la nueva exteriorización desvelará una línea de continuidad en el ámbito de esa finalidad anticompetitiva claramente asumida a lo largo de los años y numerosas veces reiterada. Difícil es igualmente no deducir del acta de 19 de Junio de 2.015 esa concomitancia con las de anteriores ejercicios en clave de repetición de contenidos regulatorios sobre tarifas mínimas y máximas.

Por demás, ya que se aspira en todo caso a la exoneración singular de responsabilidad de la mercantil litigante, habría que reiterar lo que más arriba se ha señalado con la jurisprudencia del TJUE acerca de que la presencia del *plan conjunto* que en este caso se patentiza, implica en la totalidad de actividades a aquellos partícipes que, como la actora, a través de su permanencia de 27 años y de su participación en numerosas

si no todas la reuniones, y con un notorio papel dirigente o de especial protagonismo, demuestran conocer el alcance y las consecuencias de tales acuerdos, sin responder exclusivamente de la actuación propia y directamente atribuible.”

NOVENO.- La graduación de la sanción en atención a los criterios establecidos por el artículo 64.1 de la LDC adolece de algunos defectos de motivación que impiden hacer un juicio sobre su adecuación a esos criterios y, por ende, sobre la proporcionalidad de la impuesta a la recurrente en suma del 1,86 % sobre su volumen total de negocio cifrado en 14.908.329,12 € (apartado 315 de la Resolución recurrida).

Así es que se ha estimado el porcentaje o cuota de participación de la recurrente en el mercado afectado por la conducta sancionada (2,23%) sin expresar o justificar la magnitud que ha servido para ese cálculo, esto es, el volumen total de negocio en el mercado de referencia, equivalente a la cifra de negocio de todas las empresas de transporte (no solo de las sancionadas) que operan en dicho mercado (modalidades de transporte regular de uso especial y discrecional en Gipuzkoa).

Además, la resolución recurrida si bien refiere los criterios legales de graduación aplicados para la determinación individualizada de las sanciones, no da razón de los criterios o módulos y operaciones realizadas para pasar del porcentaje (2,23 en el caso de la recurrente) representativo de su cuota en el mercado de referencia al porcentaje final (el 1,86%) determinante de la sanción impuesta a Transportes Pesa S.A. y, por lo tanto, de cómo se ha hecho la ponderación “ad casum” de los criterios establecidos por el artículo 64.1 de la LDC, no solo el relativo a la cuota de participación de la sancionada en el mercado comprendido en el ámbito de las conductas colusorias (apartado b) sino también, la dimensión y características de ese mercado (a); el alcance de la infracción (c); la duración de la infracción; el efecto de la restricción sobre los derechos de consumidores y usuarios y sobre otros operadores económicos (d); los beneficios ilícitos obtenidos por la comisión de la infracción (e) y las circunstancias agravantes y atenuantes (g).

Respecto a las circunstancias atenuantes la recurrente alegada su rol pasivo en las reuniones de AVITRANS, lo que no puede aceptarse habida cuenta de su conformidad con los acuerdos de esa Asociación, sin discrepancia alguna interna o externa, y su cumplimiento sin excepciones durante todo el largo periodo de vigencia de los pactos anticompetitivos; como un partícipe más en su gestación, mantenimiento, aplicación y vigilancia.

Respecto a la duración de la infracción, la Resolución recurrida (apartado 312) lo ha fijado en 26 años (1989-2015) periodo que coincide con el de vigencia de los acuerdos anticompetitivos a los que la recurrente ha contribuido en beneficio propio y de los otros partícipes del cartel como operadora en el mercado de referencia.

Así, los intervalos de 39 meses (23-02-1993 a 3-06-1996); de 132 meses (3-06-1996 a 29-06-2007) y de 48 meses (28-06-2011 a 19-06-2015) ni han tenido virtualidad para interrumpir la acción ilícita continuada ni pueden tenerse en cuenta para atemperar la sanción que debe imponerse a la recurrente, no en vano esta ha participado (y no como un simple convidado de piedra) en los acuerdos de AVITRANS que, sin solución de continuidad material, han mantenido vigentes los pactos colusorios durante el precitado período.

Tampoco se pueden aceptarse las objeciones de la recurrente sobre la indeterminación de los efectos anticompetitivos de los acuerdos sobre fijación de tarifas y reparto de mercado, dado el carácter de infracción por el objeto (lo cual no excluye su más que presumibles efectos perjudiciales para los usuarios y operadores ajenos al concierto anticompetitivo) y sin perjuicio de las ponderaciones (intangibles) que puedan hacerse sobre tales efectos en atención a las características y dimensiones del mercado de referencia.

También hay que aclarar que si bien la resolución recurrida hace mención a la desproporción entre la cuota de participación de la recurrente en el mercado afectado por la infracción y su cuota de participación en la modalidad de transporte regular de uso general, como razón de reducción de la sanción a un porcentaje inferior al representado por la primera de esas alícuotas, hay que atender, a los efectos, a ese último porcentaje al margen de que el mismo constituya un exponente o guarde relación directa con el presumible beneficio ilícito de la recurrente (apartados b y f del art. 64.1 de la LDC).

Dicho lo cual, y por razones coincidentes con las expuestas en el fundamento 6º de la sentencia dictada en el Recurso 173/2018 hay que anular la resolución sancionadora en la parte correspondiente a la cuantificación de la sanción, por defecto de motivación de la impuesta a la recurrente:

“Si ahora nos trasladamos al marco de la Resolución de la CVC impugnada, la individualización de las sanciones se articula del modo que sigue;

-El cuadro del epígrafe 310 refleja el “*volumen de negocios total*” de cada empresa en el ejercicio de 2.016. Hay que reiterar que esa y no otra es la magnitud que determina el límite del 10 por 100, máximo al que podría llegar la sanción.

(...)

-El siguiente cuadro es el del epígrafe 312 (página 148 de la Resolución), que cifra porcentualmente la “*cuota de participación en la conducta*” de cada Empresa sancionada, lo que toma como base el volumen total de negocios afectados por la infracción. Es decir, el agregado de todas las sancionadas, que no nos consta especificado, y que no coincide ya con el resultado de sumar los volúmenes del cuadro 310.

Ese porcentaje expresaría la aplicación a cada empresa sancionada de los criterios legales del artículo 64.1.a) y d) de la LDC, ponderando por años los períodos de actividad de cada una en cada modalidad de transporte afectada por la resolución (usos especiales y discrecional), y valorando el volumen de negocios de cada una en el “*mercado afectado*”, dependiendo de duración e intensidad de participación en ella (la infracción). Parece de todo esto deducirse que ese cuadro tiene en cuenta a efectos legales, la dimensión y características del mercado afectado y también la duración de la infracción.

El epígrafe ofrece referencias casuísticas y ejemplificativas de ambos criterios (cita años en algunos casos y disparidad de actividades de empresas), pero lo cierto es que no es posible determinar cómo se obtiene en particular el porcentaje atribuido a cada empresa, que es operación explicativa de carácter mixto que la resolución omite, de manera que ni la Empresa sancionada ni el Tribunal revisor puede conocer la regla o reglas de ponderación aplicada que den como resultado aquel porcentaje individual sobre el volumen total de negocios en el mercado afectado, cuya magnitud global, como decimos, tampoco se indica.

-Un tercer cuadro, (315) cifra finalmente el porcentaje de sanción de cada empresa, pero nuevamente sobre el *volumen de negocios total* de la misma, que, agregado, volvería a coincidir con el del cuadro 310, pero no así con la base de negocio afectado del 312, que en principio, sería más restringida al dedicar muchas de las Empresas su actividad igualmente al transporte regular de viajeros excluido del expediente y no ser tampoco idéntica su dedicación a los segmentos inspeccionados.

Ocurre en suma que el porcentaje que la sanción representa en dicho cuadro 315 sobre el volumen total de negocios de cada sancionada, y que constituye el último paso de cara a su cuantificación, (tras aplicarse atenuantes a varias Empresas que no se cuantifican), pese a ser una fórmula que legalmente no puede ser reprochada en abstracto, deja en muy notoria indeterminación el cómo se obtiene, pues si bien no cabe predicar una general coincidencia entre los porcentajes heterogéneos que los cuadros 312 y 315 reflejan, sería preciso, primero, verificar qué cifras de negocio concretas de la recurrente se consideran afectadas, -por períodos de tiempo y tipos de mercado-, y después, con un índice o módulo objetivo y homogéneo de determinación de la multa basado en dicha participación relativa y, en su caso, atenuantes o agravantes valoradas, cifrar su cuantía, con o sin referencia al máximo del 10 por 100, siempre que no se supere el mismo.

En otro caso, la desconexión entre esos cuadros se hace plena y no permite, ni antes ni después de su análisis, deducir la coherencia y proporcionalidad de la multa para cada Empresa sancionada, que ha de tenerse así por insuficientemente motivada, más allá de que, como la Administración demandada defiende, se sitúe dentro de los límites de su “*competencia*” por no alcanzar el máximo legal del 10 por 100, pues no se trata de afirmar aspectos competenciales y de que la imposición quede motivada exclusivamente en ese extremo, abriendo por lo demás el margen para una libre e inmotivada imposición que, aun con importantes márgenes de discrecionalidad, no se atenga estrictamente a reglas de modulación proporcional y exentas de agravio entre los sancionados que éstos puedan entender y en su caso, discutir, en términos de trato equitativo entre ellos y de correlación con los criterios legales de graduación, excluyéndose de este modo toda eventual arbitrariedad.

Lo anterior conlleva que la resolución infrinja esos estándares de motivación y que el recurso haya de ser objeto de estimación parcial en lo que a esta cuestión respecta, debiendo la Administración demandada, -según el patrón jurisdiccional sistemáticamente acogido por la jurisprudencia para tales supuestos-, formular una nueva cuantificación de la sanción que

satisfaga tales parámetros y con sujeción a la legalidad aplicable, bien entendido que, cualquiera que sea el resultado de la misma, habrá de respetarse el límite máximo inicialmente impuesto, en aras del principio de la "**non reformatio in peius**" que consagra actualmente el artículo 119.3 de la LPCAP 39/2015, de 1 de octubre.

Esa deficiencia de motivación, recayente sobre la determinación proporcional de la multa, conlleva un defecto conducente a la estimación parcial del recurso a fin de que se practique una nueva cuantificación detallada ajustada a los criterios normativos de los artículos 63 y 64 de la LDC.”

DÉCIMO.- En atención a lo expuesto en el fundamento anterior, la graduación motivada de la sanción (multa) que la AVC debe imponer a la recurrente dentro del límite del 10% de su volumen total de negocio en 2006 (14.908.329,12 €) y sin exceder del importe de la impuesta (277.800 €) so pena de reformatio in peius, debe acomodarse a los parámetros establecidos por el artículo 64.1 de la LDC y, en particular, a los siguientes:

- a) Periodo de duración de la infracción: 26 años.
- b) Cuota de participación de la recurrente en el mercado afectado por la infracción.
- c) No concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes.

UNDÉCIMO.- No hay que hacer pronunciamiento de condena en costas, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

Que estimando, parcialmente, el recurso contencioso-administrativo presentado por TRANSPORTES PESA S. A. contra la Resolución de 27-12-2017 del Consejo de la Autoridad Vasca de la Competencia que impuso a la recurrente, Transportes Pesa S.A. la sanción de 277.800 euros por participar en los acuerdos referidos al transporte regular de uso especial, en la modalidad de colectivos privados, entre 1989-2015, debemos anular y anulamos el acto recurrido en punto a la determinación de la sanción (multa), debiendo acomodarse su nueva imposición a los requisitos de motivación y límites establecidos en el fundamento décimo; sin condena en 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 **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 0206 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 6 de marzo de 2019.