

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 199/2018

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NÚMERO 68/2019

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.^a PAULA PLATAS GARCÍA

En Bilbao, a siete 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 199/2018 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución de 27 de diciembre de 2017, de la Autoridad Vasca de la Competencia, por la que se declara la comisión por parte de la recurrente y de otras empresas sancionadas, de una infracción única y continuada de carácter muy grave por la realización de las siguientes conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia: a) Fijación de tarifas de los mercados de transporte regular especial, en sus distintas modalidades (licitaciones públicas y colectivos privados) y/o transporte discrecional; b) Reparto de los mercados de transporte regular, en sus diferentes modalidades (licitaciones públicas y colectivos privados) y/o transporte discrecional; y/o por procurar la consecución de dichos acuerdos; por lo que se le impone una sanción de 20.472,54 euros, así como el cese de la conducta infractora y la prohibición de reiteración de conductas que tengan el mismo objetivo.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: GURE BUS S. A. L., representada por la procuradora D.^a TERESA MARTÍNEZ SÁNCHEZ y dirigida por el letrado D. JOSÉ ENRIQUE PELÁEZ VERDASCO.

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

Ha sido Magistrada Ponente la Iltrma. Sra. D.^a PAULA PLATAS GARCÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de febrero de 2018 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D.^a TERESA MARTÍNEZ SÁNCHEZ, actuando en nombre y representación de GURE BUS S. A. L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 27 de diciembre de 2017, de la Autoridad Vasca de la Competencia, por la que se declara la comisión por parte de la recurrente y de otras empresas sancionadas, de una infracción única y continuada de carácter muy grave por la realización de las siguientes conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia: a) Fijación de tarifas de los mercados de transporte regular especial, en sus distintas modalidades (licitaciones públicas y colectivos privados) y/o transporte discrecional; b) Reparto de los mercados de transporte regular, en sus diferentes modalidades (licitaciones públicas y colectivos privados) y/o transporte discrecional; y/o por procurar la consecución de dichos acuerdos; por lo que se le impone una sanción de 20.472,54 euros, así como el cese de la conducta infractora y la prohibición de reiteración de conductas que tengan el mismo objetivo; quedando registrado dicho recurso con el número 199/2018.

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 21 de septiembre de 2018 se fijó como cuantía del presente recurso la de 20.472,54 euros.

QUINTO.- En los escritos de conclusiones , las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SEXTO.- Por resolución de fecha 22 de febrero de 2019 se señaló el pasado día 28 de febrero de 2019 para la votación y fallo del presente recurso.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora formula recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 27 de diciembre de 2017, de la Autoridad Vasca de la Competencia, por la que se declara la comisión por parte de la recurrente y de otras empresas sancionadas, de una infracción única y continuada de carácter muy grave por la realización de las siguientes conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia: a) Fijación de tarifas de los mercados de transporte regular especial, en sus distintas modalidades (licitaciones públicas y colectivos privados) y/o transporte discrecional; b) Reparto de los mercados de transporte regular, en sus diferentes modalidades (licitaciones públicas y colectivos privados) y/o transporte discrecional; y/o por procurar la consecución de dichos acuerdos; por lo que se le impone una sanción de 20.472,54 euros, así como el cese de la conducta infractora y la prohibición de reiteración de conductas que tengan el mismo objetivo.

SEGUNDO.- Interesa la parte recurrente de esta Sala en el Suplico de su demanda el dictado de Sentencia por la que, con estimación del recurso, acuerde:

- a) *“Declarar la nulidad del expediente, por nulidad del nombramiento de su director de investigación, y en su consecuencia de todos los actos posteriores llevados a cabo bajo su mandato, declarando en su consecuencia la nulidad de la resolución impugnada.*
- b) *Subsidiariamente, se declare la prescripción de las infracciones imputadas a nuestra representada por haber cesado las supuestas infracciones en el año 2008.*
- c) *Se declare la nulidad de la sanción por falta de motivación creando indefensión a esta parte al no constar acreditados los criterios para su cálculo.*
- d) *Se declare la absolución de GURE BUS respecto del abono de cualquier sanción, por no haber cometido infracción alguna.*
- e) *De desestimarse las anteriores, se estime en cuanto a que se declare la desproporción de la sanción, reduciendo la misma a la suma de 1.979 euros”.*

Tras exponer los hechos que por pertinente tiene, articula una serie de motivos impugnatorios en el apartado “Hechos” (folios 198 a 209) de su escrito de demanda y que luego reproduce con mayor brevedad, omitiendo algunos, en los “Fundamentos Jurídicos” (folios 210 a 213) de su escrito de alegaciones, con indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 399 de la LEC, en relación con el artículo 56.3 de la LJCA; motivos de impugnación que rubrica como sigue:

1.- Infracción del artículo 12.2 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia, en relación con el artículo 7 de dicho texto legal.

Aduce, al efecto, que en el presente supuesto no se da ninguno de los supuesto de ausencia, vacante o enfermedad a los que se refiere el artículo 17 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ni cabe su aplicación analógica, ni se ha nombrado al Director de Investigación para este expediente por Decreto del Gobierno Vasco, ni a propuesta del Consejo correspondiente, ni se ha publicado su nombramiento, de lo que deduce que siendo nulo de pleno derecho el nombramiento de, don Francisco Marcos Fernández, como Director de Investigación, son nulas todas las órdenes y resoluciones dictadas por él, en el marco del presente expediente sancionador desde la Resolución de 9 de mayo de 2016.

2.- Infracción del artículo 68 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por considerar prescritas las presuntas infracciones.

Así, arguye que la Resolución impugnada sanciona como única infracción continuada, por lo que, a su juicio, debe examinarse si se trata, efectivamente, de una única infracción, añadiendo que sólo en el caso de considerar que los acuerdos de las Juntas del año 2000 al 2014 constituyeron una consumación progresiva y correlativa de una única conducta, cabría concluir que no ha prescrito la conducta llevada a cabo hasta el año 2008.

Subraya, asimismo, que la Resolución impugnada aprecia la existencia de una infracción continuada, y no se razona la continuidad del 2008 al 2014, basando la continuidad en las dos actas del año 2014 y 2015, en la que no se adopta acuerdo alguno, y, no existiendo identidad entre los sujetos activos, ni homogeneidad en el *modus operandi*, se desprende la falta de acuerdos, de lo que deduce que la continuidad que se pretende, concluyó en el año 2008, encontrándose prescritas las supuestas infracciones.

3.- Error en la valoración de la conducta imputada. Exigencia de antijuridicidad y culpabilidad en el derecho administrativo sancionador.

Bajo la rúbrica de este alegato impugnatorio, alega que no se da la responsabilidad por culpa que se exige por el derecho administrativo sancionador al autor de una infracción (artículo 61.1 LDC). Señala, igualmente, que la Resolución impugnada resuelve la cuestión planteada en los folios 96 a 98 de la misma, indicando que se trata de una infracción por objeto, sin que se haya tenido en cuenta al valorar la actuación de la actora, la regulación en materia de transportes que ha amparado los presuntos acuerdos colusorios sobre fijación de precios, de los que AVITRANS se limitaba a dar cuenta a sus asociados como meras tarifas de referencia.

Discrepa, igualmente, que se trate de una infracción por objeto y, entiende que los acuerdos alcanzados a partir de mayo de 2010, no tienen un “objeto” contrario a la competencia, ya que según dicha parte, no hubo tales acuerdos ni la recurrente tuvo nada que ver en ellos, y finaliza indicando que, al no existir prueba acreditativa de que los acuerdos posteriores a mayo de 2010 fueran por “objeto” contrarios a la competencia, sólo cabría imputar responsabilidad a dicha parte si tales acuerdos lo fueran por “efecto”, cuestión que se niega y que, según alega, no se ha analizado en el expediente.

4.- Vulneración del principio de tipicidad. Existencia de causa de fuerza mayor que explica la falta de competitividad hasta el año 2010.

Refiere en este apartado que ha quedado plenamente acreditado que concurrieron circunstancias extraordinarias de fuerza mayor, por lo menos hasta el año 2010, determinadas por la situación de violencia que se prolongó durante años, lo que motivó que ningún transportista de “fuera” se arriesgase a poner en peligro su seguridad personal, así como la integridad de sus vehículos, y que una vez cesada la violencia, es cuando comienzan a concurrir empresas nuevas, produciéndose un importante incremento en la participación de los concursos y notoria variación en las adjudicaciones, en relación a concursos anteriores que evidencia, a su entender, el pleno funcionamiento del sistema y de la competencia.

5.- Ausencia de prueba de las conductas imputadas con vulneración del principio de presunción de inocencia.

En este alegato impugnatorio aduce que carece de prueba alguna la convicción a la que llega la AVC de la participación de la recurrente en la fijación de precios desde el año 2000 al 2008 y en el reparto de mercado del 2002 al 2014, al no haber intervenido en los acuerdos de 16 de enero de 2002, 31 de mayo de 2010, 6 de marzo de 2014, ni tener la trascendencia que se les imputa.

6.- Infracción del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta y total y absoluta falta de motivación.

Se alude a que la Resolución impugnada aplica la sanción sin fundamento alguno y de forma desproporcionada, no procediendo la imposición de sanción alguna a la recurrente al no haber cometido infracción administrativa alguna, y, subsidiariamente, solicita la reducción de la cuantía de la multa impuesta a 1.979 euros.

TERCERO.- La defensa letrada del Gobierno Vasco, en su escrito de contestación a la demanda, postula su total desestimación en base a las alegaciones siguientes:

1.- En relación al reproche de nulidad del expediente sancionador por nulidad del nombramiento del Director de Investigación aduce, en primer lugar, que en el caso de autos se está ante un supuesto de abstención del Director de Investigación. Subraya que existía un Director de Investigación, nombrado conforme a lo exigido en el artículo 12.2 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia (en adelante, LAVC), que remite al régimen de nombramiento, duración del cargo, cese, suspensión e incompatibilidades establecidos para el Presidente/a de la Autoridad Vasca de la Competencia en el artículo 7 de dicho texto legal.

Añade que el artículo 7.9 LAVC contempla la sustitución del Presidente/a en caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, pero no establece la LAVC un régimen de suplencia para el Director de Investigación, por lo que se aplica con carácter supletorio la ley 30/1992, de manera que, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de dicho texto normativo, en relación con el artículo 12.1 de la LAVC y, toda vez que, el órgano competente para el nombramiento del Director de Investigación no designó un suplente para el caso de abstención, la competencia para designarlo corresponde a la Presidenta de la Autoridad Vasca de la Competencia, órgano inmediato superior de quien depende (artículo 12.1 LAVC).

2.- Las siguientes alegaciones se dirigen a combatir la prescripción de las infracciones alegada de adverso. Así, con invocación del artículo 68.1 de la LDC y atendiendo al carácter de infracción única y continuada de carácter muy grave que se imputa a la recurrente, teniendo en cuenta el plazo de prescripción que para tales infracciones establece la LDC de 4 años, deduce que no se ha producido la prescripción de tal infracción en tanto que el expediente sancionador fue incoado por Resolución del Director de Investigación el 9 de mayo de 2016 y que las conductas constitutivas de ilícito administrativo se extienden desde el año 1988 hasta el 2010, reiterándose de nuevo en el año 2014, según acta recabada en la sede de AVITRANS el 19 de marzo de 2014, en la que se constata que los socios de AVITRANS confirmaban la vigencia de los acuerdos alcanzados en su seno años anteriores.

Añade que, existe además, otro acta posterior de AVITRANS, de fecha 19 de junio de 2015, en la que se tratan las tarifas, y que si bien su contenido es muy escueto, el hecho de que se traten tarifas, constituye por sí solo un hecho infractor “por objeto”, contemplado en el artículo 1 de la LDC.

3.- Dedicar seguida atención a refutar el alegato impugnatorio relativo al presunto error en la valoración de la conducta imputada, exigencia de antijuridicidad y culpabilidad, así como la inexistencia de efectos en el mercado de las conductas típicas y antijurídicas o la ausencia de prueba sobre la conducta imputada que se aduce de adverso.

Así, con fundamento en el artículo 1.1 a) y c) de la Ley de Defensa de la Competencia defiende que la conducta de la actora responde a una práctica concertada que constituye una modalidad de las colusiones empresariales sancionadas por la LDC. Refiere, asimismo, que la práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a concluir un acuerdo expresamente, establece una cooperación práctica, pero no por ello menos eficaz entre dichas empresas, lo que se traduce en una conducta anticompetitiva.

Indica, también, que se está ante una infracción única y continuada muy grave, basada en unos acuerdos alcanzados entre determinadas empresas de servicios de transporte de viajeros de Guipuzkoa, en virtud de los cuales, las empresas, a través de AVITRANS, se reparten los mercados de transporte regular especial y de transporte discrecional, al menos, desde 1988 hasta 2015, de tal modo que, las empresas integradas en AVITRANS operaron siguiendo las pautas de conducta concertadas entre ellas,

“sancionando” a aquellas que no lo hacían, definiendo un comportamiento evidente de cártel, muy grave, *ex* artículo 62 LDC.

Insiste en que se dan los requisitos exigidos en el artículo 1 LDC en relación a los acuerdos colusorios, a saber:

1.- Pluralidad de operadores económicos.

2.- Práctica concertada. Señala, al efecto, que el expediente está basado en pruebas directas y concluyentes de los hechos infractores (actas de reuniones celebradas en el seno de la asociación AVITRANS y comunicaciones realizadas entre empresas) que están recogidas en los hechos probados de la propuesta de resolución y en la resolución recurrida.

3.- Aptitud de la práctica concertada para restringir la competencia toda vez que, de los documentos obrantes en el expediente y de los hechos declarados probados en la resolución impugnada, se deduce claramente, tanto la intención de las entidades de fijar los precios del servicio, como el reparto del mercado.

Añade que se trata de una conducta infractora continuada por objeto, sin que sea necesario que la Administración analice el daño efectivo en el mercado, no siendo preciso acreditar efectos anticompetitivos para calificar de colusoria una conducta, según el art. 1 de la LDC, sino que basta que “pueda producir” tales efectos.

Finalmente, concluye que del expediente administrativo puede tenerse por acreditado la participación de la demandante en la adopción de acuerdos anticompetitivos que podrían beneficiarle, así como su voluntad de obtener beneficio de ellos, siendo la última actuación de GURE BUS de la que consta prueba fehaciente, el correo electrónico que remitió a AVITRANS en fecha 20 de marzo de 2014, que deja traslucir, a su juicio, que aunque la recurrente no asiste a algunas reuniones de AVITRANS, comparte los acuerdos adoptados, al quejarse de su no cumplimiento.

4.- Las últimas apreciaciones se refieren a la alegada vulneración del principio de proporcionalidad por falta total y absoluta de motivación. Aborda dicha cuestión señalando que GURE BUS, con una cuota de participación en el cártel del 1,22% y sobre un volumen de negocios de 682.417,99 euros, se le ha impuesto una sanción de 20.472,54 euros que entiende adecuada, resultando un tipo sancionador del 3%, que dista mucho del

tipo máximo del máximo del 10%, habiendo aplicado el 4% a la empresa que ha tenido mayor grado de participación en la conducta (epígrafes 312 y 315). Por ello, manifiesta que a partir de un tipo sancionador legítimo del 4%, se han realizado las modulaciones necesarias, aplicando los correspondientes a la proporcionalidad, remitiéndose al epígrafe 316 y a la nota a pie de página nº 102.

En último lugar, apunta que la sanción es proporcionada respecto de la reprochabilidad de la infracción (cártel), respecto al desvalor generado por la conducta (falta de competencia en la contratación administrativa).

CUARTO.- Expuestas la respectivas posiciones de las partes, se hace preciso señalar que esta Sala conoce simultáneamente de numerosos recursos interpuestos por diferentes entidades sancionadas frente a la misma Resolución del CVC, de 27 de diciembre, en el expediente con referencia 130-SAN-2016, y que no puede prescindir del sustrato común que a todos esos litigios subyace, tanto en lo que se refiere a la subsunción de los acuerdos adoptados por Avitrans, en el tipo legal de infracción del artículo 1º de la LDC, como a la continuidad y permanencia en el tiempo de acuerdos de tipo cártel, por lo que se hará un examen general de ese extremo y también sobre la culpabilidad que, en su caso, se pudiese achacar a las empresas asociadas por razón de su intervención en las sesiones en que tales decisiones anticompetitivas se habrían adoptado, y, -en los que proceda alegatoriamente-, de su examen singularizado, siendo este núcleo principal de la controversia del que se derivará, asimismo, la eventual concurrencia de la prescripción de la infracción que sistemáticamente las partes oponen.

Así, procede reproducir lo que se dijo en la reciente Sentencia de esta Sala nº 50/2019, de 21 de febrero (rec. nº 203/2018) en su Fundamento de Derecho Segundo “(...) *Se comienza por poner de relieve que la Resolución recurrida, partiendo de las diversas clasificaciones del transporte de viajeros por carretera establecidas por la LPV 4/2004, de 18 de Marzo, que se dedica a dicha materia, se centra en los servicios regulares de uso especial (escolares y colectivos) y en los discrecionales, así como en su régimen de regulación tarifaria pública (tarifas máximas y mínimas), y a la regulación del derecho de preferencia que afectaba a los transportes de uso especial, con un posterior detallado examen de las licitaciones públicas que han afectado al mismo a lo largo de los últimos años. -Páginas 39 a 41-*

Seguidamente, considera probada la CVC la adopción de acuerdos por parte de la Asociación AVITRANS tanto en cuanto a "fijación de precios" como en "reparto de mercado".

En las dos modalidades de servicios se reflejan por fecha y referencia en el expediente hasta 35 acuerdos a partir de 3 de mayo de 1.988 y hasta el 19 de marzo de 2.014 que se derivaban de diferentes órganos y elementos asociativos, (Junta Directiva, Junta General, Asamblea General, Sector de Servicios Regulares y Discrecionales), o de la confluencia de dicha Asociación con otros colectivos sectoriales (en especial, con ANETRA) cuyo contenido prevalente sería el de fijar tarifas fijas para los asociados difundidas mediante circulares y modelos de adhesión para los ausentes, con alcance obligatorio, a fin de regir en los concursos de la Administración pública o como reacción ante ellos, (desiertos), con especial vigilancia hacia su cumplimiento, y control de empresas de zonas limítrofes. Respecto del reparto del mercado, se relacionan en su pormenor los acuerdos que ya en fechas remotas de 1.978 y posteriores darían base a un sistema de "propiedad" en favor de cada Empresa respecto del servicio a su favor, impidiendo la emisión de ofertas competidoras de las asociadas, salvo para nuevas rutas o servicios, ejemplificándolo con diversas situaciones dadas en el transcurso de los años, (casos Leinz y Gurebus, o Ulacia), y abarcando a AVITRANS y ANETRA. Todo ello daría lugar a denuncias, detecciones de incumplimientos y respuestas de tono sancionador (orden de no colaboración con el infractor) que se describen en cuadros de las páginas 32 y 33. El resumen auténtico de tales acuerdos (Avitrans) consta en el cardinal nº 226.

Posteriores apartados aluden a la vigencia de dichos acuerdos, con particular referencia a las manifestaciones hechas en la reunión sectorial de 19 de marzo de 2.014 a que luego se aludirá, y a otras muchas acreditaciones sobre la conexión entre la fijación de precios y el reparto de mercado, de todo lo cual no es posible hacer más completa exposición en este resumen de interés jurisdiccional, a salvo de remitirnos al cuadro de las páginas 86 a 90 sobre la participación de cada Empresa en cada una de las reuniones y período completo de tiempo que abarcan en cada caso.

Ya en la parte de Fundamentos de Derecho, la Resolución califica como muy graves a efectos del artículo 62.4.a) LDC, las conductas recogidas en el artículo 1º consistentes en cárteles u otros acuerdos que tengan dicho alcance, siendo de sancionar con multa de hasta el 10 por 100 del volumen total de negocios de la empresa infractora, definiendo esa infracción como única y continuada según criterios de la jurisprudencia que se citan, examinando después desestimatoriamente el alegato sobre la concurrencia

de prescripción al extenderse la infracción hasta 2.015 en que comenzaron las inspecciones de la AVC, y sin entrar en escena el plazo de cuatro años del artículo 68.1 LDC, salvo en los supuestos que se indican (4 Empresas), a cuyo efecto se pronuncia la CVC sobre el alcance y significado de los últimos acuerdos desde 2010 a 2014, junto con el de 19 de Junio de 2.015 en que se trataba nuevamente sobre las tarifas.

Dando por interrumpido en este punto significativo dicho resumen, lo que se pone de relieve es que el recurso, aunque cuestiona en alguna medida la existencia de infracción atribuible a la asociación en su conjunto, desde la perspectiva de sostener que se parte de una base meramente indiciaria e indirecta y de no haber incidido de modo probado en el mercado, de suyo muy competitivo, pone el acento especialmente en la falta de participación efectiva de la propia recurrente, (sin firmas en las actas, ni constancia probada de los acuerdos, y sin que se pruebe que haya obtenido ventaja económica real en su ámbito comarcal de actividad).

En el primer aspecto, la existencia acreditada de los acuerdos adoptados a lo largo de un dilatado período de tiempo y su contenido, hace muy poco plausible la duda sobre una actuación de tipo cártel por parte de Avitrans, lo que, siquiera en momentos determinados y con oposición respecto de su alcance temporal, termina por ser reconocido por la generalidad de recursos de otros intervinientes que se han interpuesto frente a la misma Resolución.

En esa primera vertiente, la jurisprudencia interna y de la Unión Europea adoctrina suficientemente sobre este punto, y así, tomando palabras de la reciente STS, C-A Sección 3ª, de 14 de marzo de 2018 (ROJ: STS 889/2018) en RC nº 1216/2015, que acogen fragmentos de la Sentencia de instancia, se lee que;

"La recurrente participó en todas las reuniones desarrolladas en el seno del cártel, tenía conocimiento de las mismas, facilitó la información que le correspondía, por tanto, la desobediencia al cártel que afirma, es irrelevante para la imputación, como autora de la infracción única y continuada del artículo 1 de la LEC tanto en la redacción de la Ley 16/1989 y Ley 15/2007.

Ya hemos señalado en anteriores ocasiones que un cártel consiste en un acuerdo informal entre empresas del mismo sector, que tienen por finalidad reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Implica un control sobre la producción y la distribución de bienes y servicios, de tal manera que mediante la colusión de las

empresas que lo forman, estas crean una estructura de mercado monopolística o cuasi monopolística, para obtener un poder sobre el mercado y los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores.

Este es, en esencia, el concepto que recoge la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007:

"2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones." (Subrayado y negritas nuestras).

Pues bien, esa caracterización resulta plena e ineludiblemente trasladable a la hora de calificar la actividad interna de Avitrans, de modo que resulta patentemente acreditado por medios probatorios directos y documentales incorporados a las profusas actuaciones del expediente de investigación, y sin que sea preciso manejar indicio, deducción, inferencia ni conjetura alguna para darla por acreditada. Y como la parte recurrente no llega a cuestionar la realidad y autenticidad de dicho soporte documental en forma de numerosas actas de los diferentes órganos de la Asociación, -de suyo aportadas y reconocidas por esta misma-, solo cabe concluir en sentido divergente con la tesis actora, pues falta en esas actuaciones y acuerdos documentados toda pauta de simple información económica, laboral o administrativa en favor de los asociados, y su directriz manifiesta era, en cambio, la de fijar precios determinados para los servicios y atribuir a los asociados determinada protección o reserva respecto de los ya antes obtenidos o prestados por los mismos, (reparto), como objeto típico y paradigmático de los acuerdos de cartel".

QUINTO.- Sentado lo anterior, para dar respuesta al primer motivo de impugnación en el que se denuncia la infracción del artículo 12.2 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia, en relación con el artículo 7 de dicho texto legal, nos remitimos a lo ya dicho en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia nº 49/2019, de 21 de febrero (rec. nº 173/2018), que reproducimos: *"SEGUNDO.- En lo que se refiere al defecto procedimental que se presenta como invalidante de las actuaciones, se parte de que el Director de Investigación de la AVC Sr. Alday Ruiz, nombrado por Decreto del Gobierno Vasco para seis años, se abstuvo de intervenir en las actuaciones en fecha de 3 de Julio de 2.015, siendo sustituido en el expediente nº 130 por otro Director mediante Resolución de la Presidencia de 6 de Julio,*

a cuyo efecto se aplicaba por analogía el régimen de suplencia del artículo 17 de la LRJ-PAC de 1.992, que la Resolución también invoca, con mención a la actual redacción del artículo 13 de la Ley 40/2015. Dicho Director sustituto, tras diversas órdenes de inspección, acordaría la incoación del expediente sancionador el 9 de Mayo de 2.016.

A esta solución se le opone que no se daba ninguna de las situaciones previstas por dicho artículo 17 y que, pese a lo que señala el artículo 12 de la Ley 12/2012, de 2 de Febrero, de la AVC, que asimila el nombramiento y cese del Director al del cargo de Presidente/a de la institución, -respecto del que si existe una precisión para casos de ausencia, enfermedad u otra cusa legal, en favor del vocal del Consejo de más antigüedad o edad, -artículo 7º-, nada de ello se daba respecto del Director, cuyo cese en definitiva no se habría aprobado ni publicado por quien lo nombró.

Estos argumentos son rechazados por la representación de los Servicios Jurídicos del GV, que insiste en que se trata de un mero cambio temporal del titular para que, ante el conflicto de intereses surgido, no se produzca la paralización de la investigación, lo que no supone cambio de titularidad alguna del órgano, sin que las previsiones de la Ley de la AVC respecto de la Presidencia puedan ser trasladadas a ese supuesto.

La Sala coincide necesariamente con el criterio que la Resolución recurrida y la contestación al escrito de demanda sustentan, pues independientemente de que la normativa autonómica de la AVC no contenga una previsión específica sobre la sustitución del cargo del Director en situaciones puramente ocasionales y pasajeras como la que en este supuesto se plantea, la legislación supletoria común es la que debe dar respuesta, como ocurría con el artículo 17 de la LRJ-PAC, o sucede con el artículo 13 de la vigente ley 40/2015, de 1º de Octubre, y en modo alguno cabe aspirar a que el supuesto se asimile al régimen de nombramientos y ceses de los cargos de que se trate, lo que, proyectado sobre la generalidad de los cargos públicos que implican tales formalidades del empleo de Decreto y publicación oficial, llevaría a consecuencias verdaderamente inasumibles a nivel interpretativo. Pero es que, sobre todo, se confunde la situación surgida con la propia de un cese, que es figura radicalmente ajena pues, como señala la parte demandada, ninguna separación del cargo conlleva para el interesado esa circunstancia particular que le aparta de un asunto, ya que, según los casos, lo continuará detentando tras un breve período de interrupción (ausencia, enfermedad) o, con más claridad todavía, ni siquiera dejará de ejercerlo con carácter general cuando se trata de la abstención o recusación, en que la inhibición de actividad

se producirá "ad hoc" y se referirá a un concreto asunto, lo que en nada incide sobre la adscripción y vinculación a los cometidos y responsabilidades para las que ha sido designado, de las que no constituye cesación, sino normal ejercicio. Tampoco guarda parangón posible la situación dada con el régimen de sustitución que respecto de la Presidencia se contempla por la Ley 1/2012, de la AVC, que es peculiar de los órganos colegiados y tiende a garantizar la autocomposición interna de los mismos en supuestos tan coyunturales y episódicos como los previstos”.

Decae, en consecuencia, este primer motivo.

SEXTO.- Se ha de dedicar seguida atención a la alegada prescripción de la infracción imputada al recurrente, señalándose que dicha cuestión ha sido examinada por esta Sala a propósito de recursos interpuestos por otras empresas sancionadas frente a la misma Resolución objeto del presente procedimiento por lo que, no existiendo razón que imponga cambio de criterio, reproducimos el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia nº 50/2019, de 21 de febrero (rec. nº 203/18), plenamente extrapolable al caso en estudio.

“QUINTO.- En relación con la prescripción de la infracción que, siquiera de manera puramente enunciativa y si verdadero contenido, se trae a escena por la sociedad recurrente, concurre la confrontación de dos tesis; la Resolución recurrida, (nº 209 a 235) hace un detenido recorrido por el fundamento legal del artículo 68 LDC; interrupción para algunas empresas desde el 3 de diciembre de 2.015 por ser inspeccionadas; incoación del expediente sancionador el 9 de Mayo de 2.016 y un cuadro temporal de las últimas actuaciones de cada sociedad (página 105), que favorecía su acogimiento para cuatro de aquellas cuya última actividad infractora no superaba los meses finales de 2.011, mientras que las demás, incumbidas por los acuerdos de 19 de marzo de 2.014 y 19 de Junio de 2.015, no se beneficiaban de esa extinción de responsabilidad. Las actas de esas últimas fechas son objeto de especial atención que el CVC, partiendo de su validez y contenido reafirmador de los acuerdos anteriores en su integridad y modalidades diversas, o de su carácter íntegramente reproductor de actas de 2.008 y 2.009 en relación con "tarifas 2015" en el caso del acta de 19 de Junio de 2.015. -Transcrita en páginas 118 a 120 de la Resolución-.

La posición contraria favorable a haberse consumado la prescripción partiría en el mejor de los casos de no existir actuaciones después del 9 de mayo de 2.012 desde la premisa de que en las actas de 6 y 19 de marzo de 2.014 con distintos presentes, no se

fijaron precios ni se repartieron mercados, y simplemente reflejaron dudas sobre la vigencia de los anteriores acuerdos, sin siquiera precisarlos (y solo afectarían así al transporte escolar del que se trataba en aquella ocasión), de manera que la parte actora esgrimiría o bien su última participación anterior en adopción de acuerdos, o bien las últimas actuaciones de adjudicación de rutas de transporte escolar, como hitos a contar de los cuales debería considerarse el "dies a quo" del cómputo de una prescripción que tiene por consumada.

Sin embargo, tales planteamientos no cuentan con eficacia demostrativa de que esa extinción de la responsabilidad administrativa sancionadora se haya producido.

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 sólo 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 límite 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 12 años y de su participación en numerosas reuniones, más allá de que no hayan asumido un papel dirigente o de especial protagonismo, demuestran conocer o poder conocer el alcance y las consecuencias de tales acuerdos, sin responder exclusivamente de la actuación propia y directamente atribuible.

Se rechaza por ello el motivo impugnatorio en cuestión.

SÉPTIMO.- Los siguientes motivos de impugnación que se enuncian bajo los números 3, 4 y 5 del Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, afectan a la subsunción e incardinación en esa conducta asociativa de conjunto de la actividad, características, evolución en el tiempo y actitud desplegada por la recurrente, lo que implica aspectos fácticos y también de culpabilidad infractora desde sus distintos enfoques y matices (antijuridicidad, presunción de inocencia, prescripción, etc.)

Dada la coincidencia de materia y planteamientos con los que han sido objeto de la precitada Sentencia de esta misma Sala y Sección de 21 de febrero de 2019, en el recurso nº 173/2018, entre otras, vamos a atenernos seguidamente a sus fundamentos, a salvo de examinar posteriormente los aspectos singulares que presenta este supuesto.

“CUARTO.- (...) Ahora bien, comenzando por una respuesta general a dichas proclamaciones de parte, y con carácter común a la impugnación múltiple de la Resolución del CVC en el expediente 130/2016, reiteramos aquí también que en el Derecho de la Unión recogido por la jurisprudencia interna, se registran notorias tomas

de posición que extraemos primero de la sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-4411/11, donde señalaba que:

"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".

Sentado lo anterior, el sustrato fáctico de la Resolución impugnada viene constituido por el apartado "Hechos Probados" (epígrafes 94 a 138) en el que están recogidos de forma exhaustiva y por orden cronológico, los acuerdos anticompetitivos de fijación de tarifas y reparto de los mercados de transporte regular especial y discrecional adoptados en los que intervino la recurrente, remitiéndose la Resolución impugnada en la descripción de la conducta imputada a la actora a tales hechos que, en absoluto, han sido desvirtuados por la misma.

Por otra parte, los argumentos expuestos sobre el carácter de su participación en la conformación y operatividad de los acuerdos de cártel sancionados, en modo alguno permiten superar esos exigentes parámetros del Derecho de la Competencia expuestos líneas arriba, toda vez que, como opone la Resolución, fueron muy numerosas las reuniones en que tales decisiones anticompetitivas se adoptaron o mantuvieron y en que la firma social recurrente participó sin objeción ni reacción efectiva entre 2002 a 2014, siendo revelador de la participación de la demandante en la infracción que se le imputa, el correo electrónico que envió a AVITRANS en fecha 20 de marzo de 2014 (epígrafe 134

de la resolución sancionadora), que constituye una manifestación de los conflictos que tuvieron lugar por la vigencia y eficacia del reparto de mercado, disintiendo la actora del no cumplimiento de tales “acuerdos”, expresando que no asiste a las reuniones de AVITRANS porque su queja contra CRUZ ROJA no ha sido tomada en consideración, indicando, asimismo, en dicho e-mail que *“CRUZ ROJA se está metiendo con mis clientes en la zona de Bergara (AITA MENNI), quitándome dicho cliente en Bergara”* y que en el contrato con la Mancomunidad Alto Deba *“cuál es mi sorpresa que sus afiliados LEINTZ y ARABA SL y otra vez la CRUZ ROJA presentan presupuesto para dicho servicio”*.

Esta Sala tampoco puede acoger la réplica al carácter de "infracción por objeto" que la Resolución asigna al contenido de los acuerdos adoptados, ya que precisamente esa calificación exime de indagar sobre los efectos anticompetitivos efectivos sobre el mercado afectado, a diferencia de las infracciones que son presumidas o inferidas racionalmente por razón de ese resultado ostensible, careciendo de sentido objetar que no se han analizado ni hecho estudios orientados a acreditar las prácticas anticompetitivas en que haya incurrido la sociedad recurrente.

Los elementos de antijuridicidad y de culpabilidad quedan así sólidamente establecidos y, por exhaustividad, cabrá añadir que no le es posible al Tribunal tampoco deducir una conexión causal directa ni explícita y determinante de la situación de violencia terrorista padecida en aquellos años en Gipuzkoa con su manifestación de ataques callejeros contra las flotas de autobuses y las numerosas pérdidas de unidades que estadísticamente se documentan, pues, en todo caso, y de referirse con ello a una grave e ilegítima incitación social y ambiental a garantizar unos mínimos económicos frente al daño derivado de esos ataques, ese resultado debería constatarse por otros medios y haber dado lugar a la solicitud de medidas del poder público adjudicador y no así a unilaterales restricciones de acceso a competidores, apuntadas pero inexplicadas como tales en ese contexto.

OCTAVO.- Afirma la parte recurrente que no se ha justificado adecuadamente la cuantía de la multa impuesta, infringiendo el deber de motivación y el principio de proporcionalidad, atendida la insuficiente motivación de la concreta sanción impuesta a la actora mediante argumentaciones que no permiten conocer por qué con una cuota de participación del 1,22%, se le aplica un tipo sancionador del 3% de multa, frente a otras empresas como AUTOCARES AIZPURUA, que con una cuota de participación del 16,17%, se le aplica un tipo sancionador del 4% ó AUTOCARES IPARRAGUIRRE, que

con un 17,61% de cuota de participación, se le aplica un tipo sancionador del 3,25%, por lo que concluye que no se puede deducir de la Resolución ni los criterios de fijación de la cuota de participación ni del tipo sancionador lo que genera indefensión, con citas de jurisprudencia.

Tomando como base la STS, C-A Sección 3ª de 29 de enero de 2015 (ROJ: STS 112/2015) en RC nº 2872/2013, dice dicha Sentencia que;

“Debemos afrontar a continuación las cuestiones que se suscitan en el recurso sobre la interpretación del mismo precepto (artículo 63.1 de la Ley 15/2007) en cuanto contiene la expresión "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Sobre dicha base o volumen se aplican, ya ha quedado expuesto, los porcentajes del uno, el cinco o el diez por ciento para fijar el límite superior de la escala sancionadora según la levedad, gravedad o mayor gravedad de las infracciones, respectivamente. Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora.

La Sala de instancia se plantea el problema interpretativo de "determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora". Y, atendidos los criterios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y "ámbito de vulneración", concluye que "[...] el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción".

Aun reconociendo que la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable, nuestra interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 está más en la línea del voto discrepante, que hace suya el Abogado del Estado como base de esta segunda parte del recurso de casación. Ello determinará su estimación, limitada a este punto, y la subsiguiente revocación de la sentencia con ese mismo alcance.

Comenzaremos por subrayar que en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar -salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad- los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio Legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de "totalidad".

La utilización de una magnitud como el "volumen de negocios" para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si se aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción).

El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. A la "situación económica del culpable" se refieren asimismo los artículos 50 y 52 del Código Penal a los efectos de la imposición de las multas. Y en cuanto factor de cálculo es también utilizado en otros sectores del derecho administrativo sancionador, como es el caso de ciertas infracciones tributarias (aun cuando atemperado por unos topes máximos adicionales, por ejemplo en el artículo 203 de la Ley General Tributaria que sanciona determinados comportamientos de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria con "multa pecuniaria proporcional de hasta el dos por ciento de la cifra de negocios del sujeto infractor en el año natural anterior a aquél en que se produjo la infracción, con un mínimo de 10.000 euros y un máximo de 400.000 euros").

Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. De hecho, en algún precedente significativo el propio legislador cambió la norma sectorial sancionadora para pasar, intencionadamente, de uno a otro: el artículo 82.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) fijaba como importe de la sanción pecuniaria para las infracciones muy graves "el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio". Dicho artículo fue derogado por la nueva Ley 32/2003 cuyo artículo 56.1.a) precisamente modificó el cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, cifra sobre la que se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción, atendiendo desde entonces a los ingresos obtenidos por la entidad infractora tan sólo "en la rama de actividad afectada".

La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.

(...) Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse".

Entre otras, la STS, Contencioso, Sección 3 del 25 de mayo de 2017 (ROJ: STS 2125/2017) RC nº 3259/2014, prosigue en esa línea;

“Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007.”

Descendiendo al caso de autos, 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.

De este modo, inicialmente la sanción a imponer a GURE BUS, S.A.L., podría alcanzar hasta 68.241,799 euros, (s/ 682.417,99 euros), muy por encima de los ya indicados 20.472,54 euros de la sanción impuesta.

-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 periodos 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.

NOVENO.- No se infieren motivos bastantes para hacer un expreso pronunciamiento en cuanto a las costas devengadas en el presente recurso al producirse una estimación parcial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción 29/1998.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala (Sección Primera) emite el siguiente,

FALLO

Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la “GURE BUS, S. A. L.”, contra la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia de 27 de diciembre de 2017, que le impuso una sanción de multa de 20.472,54 euros por una infracción única y continuada de carácter muy grave, prevista en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y con general desestimación de los motivos del recurso, acogerlo en lo que se refiere a la insuficiente motivación examinada en el Fundamento de Derecho Octavo de la presente, debiendo procederse como en el mismo se indica, con anulación de dicha Resolución en lo relativo a la cuantificación de la sanción. Sin imposición de 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 0199 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 7 de marzo de 2019.