

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 204/2018

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NÚMERO 96/2019

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

En Bilbao, a ocho de abril 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 antes expresados, ha pronunciado la siguiente Sentencia en el recurso registrado con el número 204/2018 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -CVC-, de 27 de Diciembre de 2.017, que en expediente 130-SAN-16, le sancionaba, junto con otras empresas de transporte de viajeros por carretera con sede en Gipuzkoa, (17 en total más la Asociación *Avitrans*) por una infracción única y continuada de carácter muy grave del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, -LDC-, y le imponía sanción pecuniaria de **41.435,77 €**, por participar en acuerdos de transporte regular de uso especial (escolar público y colectivos privados) y del transporte discrecional, articulados en el seno de la citada Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa, de fijación de tarifas y reparto de los mercados en dichas modalidades. -Consta dicha resolución en los folios 18 a 172 de estos autos-.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: GOIHERRI-BUS S. L., representada por el procurador D. LUIS PABLO LÓPEZ-ABADÍA RODRIGO y dirigida por el letrado D. JUAN TORRES ZALBA.

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

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de febrero de 2018 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. LUIS PABLO LÓPEZ-ABADÍA RODRIGO, actuando en nombre y representación de GOIHERRI-BUS, S. L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -CVC-, de 27 de Diciembre de 2.017, que en expediente 130-SAN-16, le sancionaba, junto con otras empresas de transporte de viajeros por carretera con sede en Gipuzkoa, (17 en total más la Asociación *Avitrans*) por una infracción única y continuada de carácter muy grave del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, -LDC-, y le imponía sanción pecuniaria de **41.435,77 €**, por participar en acuerdos de transporte regular de uso especial (escolar público y colectivos privados) y del transporte discrecional, articulados en el seno de la citada Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa, de fijación de tarifas y reparto de los mercados en dichas modalidades. -Consta dicha resolución en los folios 18 a 172 de estos autos-; quedando registrado dicho recurso con el número 204/2018.

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 20 de noviembre de 2018 se fijó como cuantía del presente recurso la de 41.435,77 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 29 de marzo de 2019 se señaló el pasado día 04 de abril 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 JURÍDICOS

PRIMERO.- La sociedad mercantil recurrente impugna en este proceso la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -CVC-, de 27 de Diciembre de 2.017, que en expediente 130-SAN-16, le sancionaba, junto con otras empresas de transporte de viajeros por carretera con sede en Gipuzkoa, (17 en total más la Asociación *Avitrans*) por una infracción única y continuada de carácter muy grave del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, -LDC-, y le imponía sanción pecuniaria de **41.435,77 €**, por participar en acuerdos de transporte regular de uso especial (escolar público y colectivos privados) y del transporte discrecional, articulados en el seno de la citada Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa, de fijación de tarifas y reparto de los mercados en dichas modalidades. -Consta dicha resolución en los folios 18 a 172 de estos autos-.

Del escrito de demanda de los folios 187 a 200, de "*Gohierri. Bus, S.L*", cabe hacer la siguiente síntesis:

-Se trata de sociedad constituida en 1.990 con flota de 18 autobuses y que presta servicios de transporte discrecional y regular de uso especial (escolar público y colectivos privados), operando en varias comarcas de Gipuzkoa, -Goierrri, Alto Urola o Alto Deba, en ésta formando UTE en varios años-. También subcontrata con otras empresas, sean o no de *Avitrans*, a la que se afilió en 2.001.

-Se centra seguidamente en la participación que se le atribuye en acuerdos de dicha asociación del transporte tanto en materia de fijación de precios como de reparto de mercado, habiendo participado tan solo en los 2 acuerdos que detalla, sobre un total de 35 en el primer aspecto. Respecto de las sesiones de 1 de enero de 2.005; 31 de mayo de 2.010; o 6 de marzo de 2.014 que también se le atribuyen, o bien no se fijaron tarifas o bien fueron de mera referencia y nunca adoptadas por la recurrente, que aplicó siempre otras inferiores con aportación de diversas facturas de clientes, por años y como documentos 1 a 10, -folios 201 a 206-. Asimismo, en lo relativo a las licitaciones convocadas por la Administración, se remite al Pliego de Concreción de Hechos en que se admite que en 2.006/2007, fue la única concurrente investigada que se adjudicó los 4 recorridos al precio mínimo, continuando con el análisis de los ejercicios posteriores, (no presentada en muchas ocasiones, o asumiendo en 2.010, por absorción, los dos que ya tenía adjudicados *Garate Autobusak, S.L*, u otros 4 a precio mínimo en UTE en 2.012 o en solitario en 2.013, etc...). No acepta ser ejemplo de competencia en 2.017/2018 como indica la Resolución, por las razones que expresa en la página 10 de su demanda.

Respecto al reparto de mercado, en que la actora se vale asimismo de facturas de los documentos 11 a 17, (folios 218 a 221) se hace referencia al momento en que se sitúan los acuerdos sobre "*propiedad de los servicios*", o las rutas de nueva creación, en

ninguna de las cuales participó la recurrente y si bien se alude a su presencia en 3 reuniones entre 2.010 y 2014 resulta falso afirmar que en las mismas se tratase sobre algún acuerdo de reparto de mercado, con detalle del contenido de cada una. -Pagina 12, folio 192 de los autos. Tampoco participó en los boicots que se mencionan.

-Sobre la duración de su participación en las conductas sancionadas, en que la Resolución acoge 9 años de la misma, entre 2005 y 2014, considera que solo en 3 años y 9 meses habría podido participar en ambos tipos de conductas, sin establecerse así la necesaria vinculación.

-En relación con los hechos que llevan la cuantificación de la sanción, en que se le atribuye una participación del **9,69%** en la conducta en función de su duración y la intensidad de su participación, sin atenuante alguna., con un tipo sancionador del **2.75%**, defiende que no se tiene en cuenta que el plazo solo alcanzaría esos 3 años y 9 meses, ni su ausencia de los boicots ni la justificación de que los precios aplicados eran inferiores a los acordados por *Avitrans*.

En la parte de Fundamentos Jurídico-Materiales, la parte accionante se refiere a la vulneración del principio de presunción de inocencia, con numerosas citas jurisprudenciales y obteniendo la conclusión de que esos cinco acuerdos referidos no acreditan su participación en la infracción. En segundo lugar, alude a la indebida aplicación de la doctrina sobre infracción única y continuada con especial cita de la STJUE de 24 de Junio de 2.015 en Asunto C-263/2013, y otras de la Sala de la AN y del propio Tribunal de la Unión. Extrae la conclusión de que en ningún caso, y a la vista de sus actuaciones, puede ser sancionada por una infracción continuada. Una última cuestión de derecho versa sobre la falta de proporcionalidad a efectos del artículo 64 de la LDC en conexión con las anteriores alegaciones.

La representación de la Administración demandada, oponiéndose al recurso en escrito de los folios 309 a 326 de estos autos, dedica sus argumentos a la general descripción de la conducta sancionada y de las actuaciones desarrolladas por la AVC, remitiéndose a la Resolución en cuanto a la participación que se dice activa, de la firma Goierri Bus, S.L en los apartados 164, 165 y 167. Finalmente, respecto a la proporcionalidad y cálculo de la sanción, señala en su página 35, las cuantías que resultan de los apartados 312 y 317 de la referida resolución sancionadora.

SEGUNDO.- Antes de iniciar el examen de los puntos de controversia recién enunciados, se debe destacar que el escrito de demanda lleva a cabo, con su ajustada extensión, una técnicamente rigurosa aplicación del modelo procesal de formalización de la pretensión a efectos últimos de lo que requiere el artículo 399 de la LEC, en relación con el artículo 56.1 de la LJCA.

Con las debidas separaciones entre los hechos y los fundamentos de la causa de pedir, tanto en la formulación externa como en lo sustancial, se ofrece la necesaria claridad del objeto del proceso, y se prescinde de tumultuosos y desordenados precipitados de argumentos sin una definición conceptual precisa, así como de

reduplicaciones, amalgamas, o dilatadas y caóticas exposiciones sin posible respuesta en términos de congruencia, y solo en detrimento de la efectividad de la tutela de los tribunales.

Hechas estas favorables observaciones de forma, y abordando las cuestiones de fondo, se debe empezar por desarrollar como antecedente general 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 en 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.

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, 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 internas, 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 ciento 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 al menos 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 sobre las tarifas.

TERCERO.- En este contexto, la impugnación de este proceso no viene a cuestionar en medida apreciable la existencia de infracción atribuible a la asociación en su conjunto -punto 1º de los Fundamentos jurídicos materiales-, sino que pone el acento especialmente en la falta de participación activa de la propia recurrente, y en la falta de acreditada culpabilidad que de ello se derivaría.

En esa primera vertiente, la jurisprudencia interna y de la Unión Europea adocina 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 nuestro).

Lo que se somete a dilucidación jurisdiccional entre las partes es la cuestión que afecta a la subsunción e incardinación en esa conducta asociativa de conjunto de la actividad, características, evolución en el tiempo, y hasta actitud desplegada por la Empresa recurrente, lo que implica aspectos facticos y también de culpabilidad infractora desde sus distintos enfoques y matices. (Participación, presunción de inocencia, etc...).

La firma recurrente *Goierri, S.L* apunta ya las líneas fundamentales que el Derecho de la Unión, recogido por la jurisprudencia interna, toma, y que extraemos primero de la sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-4411/11, donde señalaba que:

"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:

"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*".

CUARTO.- Encontrándonos en el caso ante una de esas *infracciones por objeto* a que acabamos de referirnos, y que prescinde del resultado, los rasgos fundamentales de la concurrencia de la infracción, su duración, y la intensidad de la participación, que determinan el primer criterio de imputación cuantitativa de responsabilidad, -párrafo 312-, derivan de la asistencia de *Goiherri Bus, S.L* a un número limitado de las reuniones en que los acuerdos sobre tarifas se debatían, adoptaban o eran impulsados en su ejecución, -2 sobre un total de treinta o treinta y una-, y tomando origen su presencia además en fecha notablemente tardía -2005-, en relación con el origen de las conductas de cártel

reprochadas, -1.988/89-, de manera que había sido sobre todo en las reuniones de *Avitrans* que se habían sucedido hasta esa primera participación de la recurrente, (en 2.005), en número no inferior a 25, en las que se habían aprobado tarifas periódicas de transportes escolar y discrecional, en Junta Directiva o en Asamblea General. No excluye lo que se acaba de indicar que en ese encuentro asociativo de 1 de enero de 2.005 se adoptasen igualmente acuerdos sobre precios o tarifas en transporte discrecional transporte regular de uso especial para el año 2.005, y que en la reunión del sector dedicada a los mismos dentro de la referida asociación de 28 de setiembre de 2.011, ocurriese algo similar para los ejercicios 2011/2012, -f. 684 a 688 del e.a-, pero la conclusión general que de ello se obtiene es que la firma social recurrente intervino en muy pocas y tardías ocasiones, dándose incluso entre ellas alguna reunión relevante a la que no asistió. Tampoco se emitieron circulares en ese periodo de tiempo, que habían sido en ocasiones compartidas con ANETRA.-Párrafo 106 de la Resolución-

Respecto del “*reparto*” del mercado en fábricas y colegios, -párrafos 107 y siguientes-, surgido ya en 1.978, ocurre igualmente que el contenido más explícito y regulador de las medidas que consta que se produjeron -así, párrafo 113 y cuadro del 124, página 62-, afectaba a los primeros años de la década de 2.000, y en lo que no es así, (concursos, denuncias, incumplimientos), tampoco se refleja actividad alguna referida a la demandante. -Párrafos 125 y siguientes-

Se ejemplifica especialmente en los párrafos 142 y 143 -páginas 72-73-, sobre el reparto explícito de tres itinerarios de transporte en favor de *Ulacia*, *Unitravel* y *Aizpurua*, pero en esa reunión sectorial de 4 de setiembre de 2.007, no se atribuye a la recurrente haber siquiera participado.

Si se le atribuye en este ámbito haber participado en cambio en la de 31 de mayo de 2.010, en la que no nos consta que la Resolución haga especial detenimiento, pero con remisión al expediente, -folio 682-, la propia mercantil actora manifiesta que tuvo por objeto el repaso de los itinerarios y la adjudicación a la empresas de los suyos, sin que ninguno recayese sobre ella.

Por último, de las reuniones de 6 y 19 de marzo de 2.014, se rechaza toda directa relación con tal reparto.

La conclusión que la Sala alcanza puede sintetizarse en los siguientes puntos;

-A efectos de la doctrina legal imperante en la materia, -sobre todo las ya citadas SSTJUE de 2.012 y 2.015 antes mencionadas y la doctrina de los Tribunales internos también reflejada-, se comparte inicialmente la atribución de participación durante 9 años que el acto recurrido sostiene, pero siempre desde el entendimiento de que ni siquiera en ese limitado período *Goiherri Bus, S.L* tuvo una participación de intensidad significativa, sino meramente caracterizada por la pasiva asistencia a unas escasas reuniones en que, siquiera por las materia tratadas, y sin secundar los acuerdos como tales en el plano de la acción, ni obtener conocido beneficio anticompetitivo de todo ello, hubo se llegar a tener racional y exigible conocimiento de que la asociación estaba promocionando las prácticas

de cártel tanto en cuanto a tarifas como en cuanto a distribución de servicios e influencias.

-Debe tenerse en consideración igualmente para enclavar esa participación entre las más pasivas, que no se trata de un asociado fundacional ni constante en su presencia y actividad asociativa.

-Ahora bien, la exigencia de reacción ante esas actitudes que la jurisprudencia exige, -y que no vamos a reiterar-, coloca a la recurrente en la posición inicial de responsable, ya se aluda a la *complicidad* -como hacen los párrafos 73 o 74 de la STJUE de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-4411/11-, o a actuaciones no caracterizadas por un dolo directo y específico de beneficiarse de una determinada política asociativa, pero que asumían los riesgos de la infracción, sin cesación ni reacción en contrario, por contextualmente inhabitual que hubiese de resultar otro proceder. (En nuestro sistema, *dolo eventual*).

-De otra parte, si ya se ha hecho eco antes esta Sentencia de la irrelevancia de que en las infracciones que no son *de resultado*, el autor no participe en la ejecución del acuerdo, ni lo secunde, todo ese conjunto circunstancial debe afectar a la concreta y proporcionada sanción de la conducta y no a la responsabilidad sancionadora como tal.

Las numerosas citas de las actuaciones y documentos adjuntados por la demandante, -en particular folios 201 a 221 de los autos-, que tienden a enervar toda idea de seguimiento por su parte de las tarifas asociativas señaladas en las licitaciones públicas de transporte escolar, adjudicadas siempre a precios mínimos, o a destacar que nunca ha contado con un solo itinerario "*en propiedad*" asignado por *Avitrans*, son necesariamente de recibo, porque, aparte de reconocerse por la Administración en algún punto del propio expediente, -se citaba en el folio 190-, ni en éste ni en la Resolución sancionadora, o, aún más, en el proceso, se hace mención o referencia en contra, al punto de que como hemos visto, la imputación se asienta en la mera participación en esas limitadas reuniones y nunca se extiende, como en otros casos y Empresas sancionadas, a los efectos prohibidos que sobre su actividad empresarial ejercieron los acuerdos.

Esta perspectiva no se oscurece por el hecho de que, en apariencia, -párrafo 29 de la Resolución-, no hiciera la hoy actora alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos; pues tales extremos de inculpación o agravación deberían en su caso haberse reflejado de oficio, y ser contradichos *in extremis* en el proceso, como no ha ocurrido.

QUINTO.- En suma, la conclusión que se obtiene en el apartado 312, que establece la cuota de participación de la recurrente en la infracción -cifrándola casi en el 10% del conjunto-, midiendo así la duración y la intensidad de su intervención en los acuerdos -con cita del artículo 64.1.a) y d) de la LDC-, resulta abiertamente desproporcionada en tanto parece atenerse exclusivamente a aspectos cuantitativos (la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, y la duración de la misma), pero que dice valorar también "*la intensidad de la participación*", aspecto este que en modo alguno puede ser compartido.

Por el contrario, siendo esa apreciación del CVC antesala natural del porcentaje de infracción a imponer, una vez apreciadas puntuales circunstancias de atenuación en algunas participes, -no así en la recurrente-, resulta destacable que por pura coherencia y equidad en su aplicación los conceptos atenuatorios tenidos en cuenta -facturas acreditativas de haber aplicado precios por debajo de los sindicados por *Avitrans* o no realización del boicot a *Ulacia*), como circunstancias que se aplican a sociedades como *Unitravel*, *Apaolaza*, *Escudero* o *Arteondo* -página 148, folio 163-, se hace imprescindible reiterar que, con o sin alegaciones en el expediente, no consta que la mercantil actora, y así lo documenta sin oposición de contrario-, adaptase proposición alguna sujeta a tales tarifas o ejecutase por si el contenido de los acuerdos, obteniendo prebendas o ventajas de los mismos, aspectos todos ellos negativamente a contemplar en base a las letras c) e) f), ó g) del propio artículo 64.1 o del artículo 64.3.b) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio.

Por ello, no puesto en duda el volumen de negocios de 2.016 aplicable de **1.506.755,44 €** que consta en la primera columna del cuadro del apartado 315 (folio 164 de los autos), el tipo sancionador, a falta de toda justificación de que debiera ser superior, debe cifrarse en el más reducido que se ha impuesto a esas empresas -y en particular al 0,50% que se impone a *Unitravel S.L.*, incluso participe mucho más constante en la adopción de acuerdos y con actividad muy anterior en el tiempo a la de la recurrente, -apartados 165 y 166-, con respecto a la cual no puede hacerse de peor condición.

Resulta así sanción a imponer de **7.534 €**.

SEXTO.- A la vista de las pretensiones del proceso, esa respuesta implica la desestimación de la principal de ellas, de anulación íntegra de la sanción, y el acogimiento de la subsidiaria sobre minoración de la misma, que por ello no comporta imposición preceptiva de costas a ninguno de los litigantes. -Artículo 139.1 LJCA-.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación al caso, la Sala, (Sección Primera), dicta el siguiente;

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE Y DE MODO SUBSIDIARIO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES DON LUIS PABLO LÓPEZ-ABADIA RODRIGO EN REPRESENTACIÓN DE "GOIHERRI BUS, S.L", FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA -CVC-, DE 27 DE DICIEMBRE DE 2.017, QUE LE IMPUSO SANCION DE 41.435,77 EUROS POR UNA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA DE CARACTER MUY GRAVE DEL ARTÍCULO 1.1 DE LA LEY DE 15/2017, DE 3 DE JULIO, Y ANULAR DICHA RESOLUCIÓN EN LO QUE EXCEDE DE LA SANCIÓN DE MULTA DE 7,534 EUROS, CON DERECHO A LA DEVOLUCIÓN DE LAS

SUMAS INGRESADAS EN EXCESO, Y SIN IMPOSICIÓN DE COSTAS A NINGUNA DE LAS PARTES.

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 y/o ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 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, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

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 0204 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 dejará testimonio completo en 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 8 de abril de 2019.