

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 557/2019

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NÚMERO 162/2020

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En Bilbao, a once de junio de dos mil veinte.

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 557/2019 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución de 15-05-2019 de la Autoridad Vasca de la Competencia que impuso a la recurrente, Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa (AVITRANS) la sanción de 20.000 euros por la comisión de la infracción muy grave sancionada en el expediente nº 130- SAN-2016.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: La ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS DE GIPUZKOA (AVITRANS), representada por la Procuradora Doña PAULA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigida por el Letrado Don JUAN CARLOS EUGENIO SANZ AZPIAZU.

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

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de julio de 2019 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña PAULA BASTERRECHE ARCOCHA actuando en nombre y representación de La ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS DE GIPUZKOA (AVITRANS), interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 15-05-2019 de la Autoridad Vasca de la Competencia que impuso a la recurrente, Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa (AVITRANS) la sanción de 20.000 euros por la comisión de la infracción muy grave sancionada en el expediente nº 130- SAN-2016; quedando registrado dicho recurso con el número 557/2019.

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 ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 7 de enero de 2020 se fijó como cuantía del presente recurso la de 20.000 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 5 de junio de 2020 se señaló el pasado día 11 de junio de 2020 para la votación y fallo del presente recurso.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se ha presentado contra la Resolución de 15-05-2019 de la Autoridad Vasca de la Competencia que impuso a la recurrente, Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa (AVITRANS) la sanción de 20.000 euros por la comisión de la infracción muy grave sancionada en el expediente nº 130- SAN-2016.

La antedicha Resolución de 15-05-2019 se dictó a resultas de la sentencia dictada por esta Sala el 28-02-2019 en el procedimiento ordinario 172-2018 que acordó :

“Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la "ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS DE GIPUZKOA (AVITRANS)" contra la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia de 27 de diciembre de 2017, que le impuso una sanción de multa de 20.000 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.”

El fundamento jurídico 8ª al que se remite el fallo que se acaba de transcribir es del siguiente tenor:

“En el artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la competencia (derogada por la hoy vigente), pero cuya aplicación a la recurrente no ha sido discutida por ésta, se establecían "multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal” Se fijaba de este modo un límite máximo de la escala o intervalo sancionador, dentro del cual el importe de las sanciones pecuniarias debía ser concretado atendiendo a la importancia de la infracción, según los factores precisados en el apartado 2 del precepto, a saber:

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.*
- b) La dimensión del mercado afectado.*

c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Expuesto lo anterior, la mera lectura de la Resolución impugnada despeja la duda sobre la censura de falta de motivación del acuerdo sancionador que esta Sala comparte, toda vez que (1) ni expresa la base del cálculo de la multa impuesta, (2) ni efectúa una ponderación de modo individualizado de los criterios y factores legalmente aplicables para la cuantificación de la misma, conforme a los cuales se ha de efectuar su graduación ex artículo 10.2 de la Ley 16/1989, por lo que no habiéndose justificado adecuadamente la cuantía de la multa impuesta, ello conlleva la paralela infracción del deber de motivación y que el recurso haya de ser objeto de estimación parcial en lo que a esta cuestión se refiere, debiendo la Administración demandada formular una nueva cuantificación de la sanción en la que, con expresión de la base de cálculo de la misma, y dentro de las previsiones legales establecidas por la Ley 16/1989, acote y explicita las circunstancias que tenga en cuenta y valore para calcular el importe de la multa correspondiente a AVITRANS, respetando el límite máximo inicialmente impuesto, en aras del principio de la "non reformatio in peius" que proscribiera el actual artículo 119.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre."

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

1.- La Resolución recurrida, si bien cita los criterios de graduación fijados por el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, adolece de motivación, ya que "no existe posibilidad alguna de que la lectura de la Resolución, los sancionados puedan saber cómo resultan las cifras utilizadas...".

Se cita, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 16-02-2015 sobre la relación del requisito de motivación con los artículos 24.1 y 120.3 de la CE.

2.- La aplicación indebida del artículo 10.2 de la Ley 16/ 1989 ya que no se tiene en cuenta que:

- Solo 15 de los 44 asociados con los que contaba la Asociación cuando se inició el expediente fueron sancionados, lo que comporta la sanción indirecta de los no infractores.

- Las tarifas fijadas por la Asociación tenían un valor referencial; no obligaban a su aplicación a los asociados; y tampoco la recurrente estableció sistema alguno para su efectivo cumplimiento.

- El ámbito, tan solo uniprovincial (Gipuzkoa) de la infracción sancionada.

- Inexistencia de antijuridicidad en la conducta imputada a la recurrente.

- Falta de constancia en el expediente de los efectos de la recomendación colectiva sobre el mercado afectado.

- La aplicación de un concepto no comprendido en la Resolución sancionadora, el de volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta, cifrado en 38.653.073€, sin constancia de su fuente.

- La reducción de los efectos en el mercado de la conducta sancionada al 15 % del antedicho volumen de negocios por fijarse los precios mínimos de la oferta en el 85% establecido en los concursos públicos del transporte escolar; idem, hasta el año 2009, en el transporte discrecional.

3.- Falta de proporcionalidad entre la sanción impuesta a la recurrente y las señaladas como precedentes; e indebida aplicación del criterio fijado en la Resolución de 9-03-2017 de la CNMV (EXPDIENTE S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros: diferencia entre el importe de las sanciones impuestas a las empresas sancionadas en ese expediente (3.168 194 €, y en el concerniente a la recurrente y algunos de sus asociados (911.134, 45 €) y en la duración de las conductas sancionadas en cada uno de ellos; 35 y 27 años, respectivamente.

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

1.- El cumplimiento del requisito de motivación requerido por la sentencia que anuló la sanción (cuantía) impuesta a la recurrente, conforme a lo expuesto en los apartados 37-41 de la recurrida.

2.- La aplicación de las Indicaciones provisionales de la CNMC sobre determinación de las sanciones impuestas por comisión de las infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, y artículos 101 y 102 del TFUE, y su adaptación diferenciada a la recurrente por resultarle más beneficioso el régimen de la Ley 16/1989 de 17 de Julio y

por no concurrir en el mercado afectado por la conducta, al constituir una asociación profesional, conforme a las nueve consideraciones expuestas en los epígrafes 40 y 41 y en el apartado II.B de la Resolución recurrida; en este último respecto a la dimensión del mercado afectado, alcance de la infracción y sus efectos en ese mercado.

3.- La proporcionalidad de la sanción (20.000 €) impuesta a la recurrente; equivalente al 2,21% de la sanción máxima aplicable (de 901.518, 16 €; atendidos la gravedad de la infracción, el presupuesto de la Asociación (de 36.243 €; la valoración general del mercado afectado y la comprobación final de la proporcionalidad que ha motivado la inaplicación del artículo 63 de la LDC.

4.- La improcedencia de las alegaciones de la recurrente sobre aspectos que conciernen a la tipificación de la infracción sancionada (tarifas referenciales; no implantación de un sistema para controlar su aplicación; inexistencia de antijuridicidad) y no para la cuantificación de la multa conforme a la sentencia que anuló esa sanción por defecto de motivación.

CUARTO.- La Resolución recurrida cumple el requisito formal de motivación pues, según lo dispuesto por la sentencia nº 58/ 2019 dictada por este mismo Tribunal, da razón de los criterios de graduación señalados por el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, aplicada al caso por resultar más favorable que la vigente.

Así, en el apartado 40 de la Resolución recurrida se atiende:

- Al carácter de la infracción -muy grave- sancionada y medidas (de boicot) tomadas por la Asociación recurrente para la efectividad de su recomendación colectiva en que ha consistido el ilícito sancionado.
- La duración de la conducta infractora: 1998-2016.
- La dimensión del mercado afectado, efectos en ese mercado y alcance de la infracción (apartado II B) de la misma Resolución.
- La condición de la sancionada (asociación profesional) y, por lo tanto, su falta de actividad directa (y facturación) en ese mercado.

Por otra parte, no estando sujeta la cuantificación de la multa a parámetros tasados sino a los criterios de graduación a que nos acabamos de referir, a salvo el máximo de 901.518,16 € establecido por la precitada Ley 16/1989, su debida motivación no requería la exposición de las bases de cálculo de la impuesta por importe de 20.000€.

Cuestión distinta es si la sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad por no adecuarse a las circunstancias concurrentes en el caso, atendidos los criterios de graduación de preceptiva aplicación, y es la alegación de tal vulneración la que constituye la causa principal del recurso contencioso expuesto de forma entremezclada en los apartados de hechos y fundamentos jurídicos de la demanda.

QUINTO.- El principio de proporcionalidad de la sanción exige atender a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y a las circunstancias concurrentes valorables con arreglo a los criterios establecidos por la norma de aplicación (artículo 29.3 y 4 de la Ley 40/2015).

En cambio, la recurrente sostiene la vulneración del antedicho principio sobre la base de comparaciones ajenas a la regla de adecuación que se acaba de señalar; esto es, la relación entre la multa impuesta a la Asociación (de 20.000 €) y el importe de las sanciones (911.134, 45 €) impuestas a empresas pertenecientes a la Asociación recurrente (aparte su reducción o revocación por defecto de motivación en el contencioso-administrativo), respecto a la misma relación (multa impuesta a la Asociación/ suma de las multas impuestas a sus socios) en los supuestos a que se contraen algunas de las Resoluciones citadas como precedentes (de la LEA/AVC y CNMC) en el apartado 41 de la recurrida.

La debida o indebida aplicación de esos precedentes no puede dilucidarse, pues, sin atender a un examen casuístico de las circunstancias concurrentes en los expedientes sancionadores a que aquellos se contraen y su comparación con las acreditadas en el expediente incoado a la recurrente.

A falta de ese examen comparativo no puede sostenerse que la demandada se haya apartado “in peius” de los precedentes citados, además de que la exposición motivada en el apartado anterior (el 40) de los criterios aplicados ad casum sea razón suficiente para acreditar la proporcionalidad de la sanción impuesta a la recurrente.

SEXTO.- La recurrente alega circunstancias que no pueden tenerse por atenuantes de su responsabilidad sino como eximentes o de exclusión de la misma y que, por lo tanto, no atañen a la graduación de la sanción sino a la tipificación de la conducta sancionada; a saber, la fijación de tarifas con carácter orientativo o referencial y no de aplicación obligatoria por parte de las empresas asociadas; la no antijuridicidad de esa acción.

Esas circunstancias constituyen elementos de la infracción sancionada, que fueron examinados en la sentencia que anuló la sanción impuesta a la recurrente, tan solo por defecto de motivación de los criterios aplicables para su graduación.

Tampoco puede tomarse como circunstancia atenuante, a esos efectos, el que tan solo 15 de las 42 empresas asociadas (35,71% de los miembros de la Asociación) fueran sancionadas por la AVC, pues consistiendo la infracción sancionada en una recomendación contraria a la libre competencia dirigida a todas ellas es intrascendente, así a efectos de la tipificación de esa conducta como de la graduación de su sanción el que tal recomendación hubiere sido atendida o no por un mayor número de asociadas o por ninguna. Por el contrario, es el alcance de tal recomendación y sus efectos sobre el mercado afectado (transporte regular especial y discrecional) los que deben tenerse en cuenta y han sido tenidos en cuenta en la graduación de la sanción, concretamente, para calcular el tipo sancionador general del 2,75% (apartado 23 de la Resolución); no obstante lo cual, la sanción aplicada a la recurrente no ha alcanzado ese porcentaje sino el 2, 21% del máximo de referencia (901.518, 16 €).

Podría hablarse de doble sanción, si para el cálculo de la impuesta a la Asociación se tuviese en cuenta no solo su presupuesto sino el importe facturado por sus miembros coparticipes en la conducta sancionada; y no de sanción indirecta, sin confundir la responsabilidad individual de la Asociación con la también individual y separada de sus integrantes.

Por último, tampoco se puede considerar desproporcionada la sanción atendiendo únicamente al importe (32.346 €) de las cuotas ingresadas por la Asociación en 2016, acreditado en período de prueba ya que, a los efectos, no solo hay que atender al importe facturado por la infractora (en caso de Asociaciones, el equivalente al importe total facturado por todos sus miembros implicados en el cartel, según la vigente Ley de defensa de la competencia) sino también a las otras circunstancias apreciadas en el epígrafe 40 de la Resolución recurrida; incumbiendo a la Asociación sancionada, en su caso, tomar las medidas necesarias para su equilibrio presupuestario.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo presentado por la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTES INTERURBANOS DE VIAJEROS DE GIPUZKOA (AVITRANS) contra la Resolución

de 15-05-2019 de la Autoridad Vasca de la Competencia que impuso a la recurrente, Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa (AVITRANS) la sanción de 20.000 euros por la comisión de la infracción muy grave sancionada en el expediente nº 130- SAN-2016; e imponemos a la recurrente las costas del procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016.

El plazo indicado para preparar el recurso quedará **ampliado en otros TREINTA DÍAS hábiles más en el caso de que esta resolución se notifique en los términos establecidos en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 2 del Real Decreto-ley 16/2020**, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

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 n.º 4697 0000 93 0557 19, 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 15.ª 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 la Letrada de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 11 de junio de 2020.