

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 38/2018**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**SENTENCIA NÚMERO 51/2019**

ILMOS./AS. SRES./AS.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS/AS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.<sup>a</sup> PAULA PLATAS GARCÍA

En Bilbao, a veintidós de febrero 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 38/2018 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -en lo sucesivo, CVC-, de 27 de Diciembre de 2.017, que le sancionaba, junto con otras empresas de transporte de viajeros por carretera con sede en Gipuzkoa, (17 en total) 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 **75.846,37 €**, 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 también sancionada Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa, -AVITRANS-, de fijación de tarifas y reparto de los mercados en dichas modalidades. -Consta dicha resolución en los folios 20 a 98 de estos autos-.

Son partes en dicho recurso:

**-DEMANDANTE:** AUTOBUSES URBANOS IRÚN FUENTERRABIA S. L., representada por el procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN y dirigida por el letrado D. MIGUEL MARÍA LOGROÑO GÓMEZ.

**-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. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 10 de enero de 2018 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. GERMÁN ORS SIMÓN, actuando en nombre y representación de AUTOBUSES URBANOS IRÚN FUENTERRABIA S. L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -en lo sucesivo, CVC-, de 27 de Diciembre de 2.017, que le sancionaba, junto con otras empresas de transporte de viajeros por carretera con sede en Gipuzkoa, (17 en total) 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 **75.846,37 €**, 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 también sancionada Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa, -AVITRANS-, de fijación de tarifas y reparto de los mercados en dichas modalidades. -Consta dicha resolución en los folios 20 a 98 de estos autos-; quedando registrado dicho recurso con el número 38/2018.

**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 mayo de 2018 se fijó como cuantía del presente recurso la de 75.846,37 euros.

**QUINTO.-** El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

**SEXTO.-** En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 04 de febrero de 2019 se señaló el pasado día 07 de febrero de 2019 para la votación y fallo del presente recurso.

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

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La firma social recurrente impugna en este recurso contencioso-administrativo la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -en lo sucesivo, CVC-, de 27 de Diciembre de 2.017, que le sancionaba, junto con otras empresas de transporte de viajeros por carretera con sede en Gipuzkoa, (17 en total) 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 **75.846,37 €**, 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 también sancionada Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa, -**AVITRANS**-, de fijación de tarifas y reparto de los mercados en dichas modalidades. -Consta dicha resolución en los folios 20 a 98 de estos autos-.

En su escrito de demanda de los folios 189 a 243, en que indebidamente se reduplican motivos y fundamentaciones de derecho en sus dos grandes apartados de "*Hechos*" y "*Fundamentos de Derecho*", "**Autobuses Urbanos Irun Fuenterrabia, S.L, -AUIF**" expone argumentos que se refieren a su actuación en el mercado con mínima incidencia en el transporte escolar público (finalmente solo 2 itinerarios) operando en la comarca de Bidasoaldea donde existe clara competencia, sin distorsión ni falseamiento, defendiendo que, en todo caso, cualquier restricción habría desaparecido a partir de 2010/2011, y que existen en ese ámbito empresas de fuera de Gipuzkoa que cita, y que ni siquiera han sido expedientadas.

Siempre se habría mantenido como empresa familiar en ese ámbito reducido, del que salir hubiese resultado irrazonable y económicamente inviable por su dimensión y medios, existiendo con ello explicación alternativa a toda posible conducta colusoria, ("*ventaja por renta de situación*"), al haber definido su actuación con plena autonomía y libertad, y nada se le ha impuesto sobre otros territorios y a nadie se ha vetado en el suyo, donde insiste en que la competencia en transporte escolar es muy acusada, como el propio expediente justificaría, careciendo de toda base la conclusión de la CVC, antagónica plenamente a la realidad. También rechaza toda participación en prácticas concertadas de fijación de tarifas, habiéndose siempre ajustado objetivamente a sus propios costes, además de venir impuestas por la Administración educativa, existiendo en esta modalidad la misma competencia que en transportes regulares urbanos e interurbanos.

Similares planteamientos se expresan en relación con la modalidad de transportes colectivos privados (laboral, internacional sujeto a tarifas) donde nada permite afirmar tales pactos y en que nada consta en el expediente. En transporte discrecional aduce igualmente la intensa competencia y negociación caso por caso sin que sea realista pensar en pactos colusorios y si un ejercicio de pura fantasía de la Resolución recurrida, sin hacerse el menor estudio al respecto.

Tras examinar el contenido de las actas de *Avitrans* de 2014 y 2015, con nueva implicación de críticas de orden procedimental, sostiene que se está ante prácticas de

antaño ya abandonadas y enterradas por el propio mercado, (interrumpidas y prescritas), habiéndose dejado de aplicar en 2.009 en todas sus modalidades salvo en transporte escolar, (2010) sin que aquellas actas posteriores permitan imputar comportamientos ya prescritos ofreciendo meras alusiones y conjeturas relacionadas con el transporte escolar. No existirá infracción única y continuada, pues desde 2.003 a 2009 no hay reunión en que se repartan servicios, y tampoco desde 2003 a 2014 se ha acordado nada sobre transporte escolar público.

La sociedad actora se refiere luego, -folios 211 y ss de “*Hechos*”-, tanto a defectos procedimentales, (nombramiento irregular del Director de Investigación; actuación de personal no autorizado en la inspección con vulneración de derechos fundamentales) como a otros puntos de controversia con más implicación de fondo, (falta de precisión de la infracción; inmoderación de la sanción (incluidos aspectos sobre falta de culpabilidad o referencias al cálculo de la sanción con trato discriminatorio). Esos temas generales, no sin variantes, vuelven a ser tratados en la parte de Fundamentación Jurídica, donde se alude separadamente a la prescripción y al cálculo de la sanción.

Teniendo en cuenta 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, y a la continuidad y permanencia en el tiempo de acuerdos de tipo *cártel*, se hará un examen general de ese extremo, así como de la culpabilidad que, en su caso, se pudiese achacar a las empresas asociadas por razón de su mayor 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.

Previamente, se examinarán las cuestiones referidas a los vicios “*in procedendo*” que la litigante atribuye a las actuaciones sancionadoras, y que solo pueden limitadamente extrapolarse desde una configuración desordenada y entremezclada de los temas litigiosos, que no satisface las exigencias del artículo 399 de la LEC en relación con artículo 56.1 LJCA.

**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, Don Ignacio María Alday, 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 130/2016 por otro Director, -Don Francisco Marcos Fernández-, 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 causa 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 propia Resolución recurrida en sus apartados 273 a 278, y la Sala coincide necesariamente con el criterio que sustenta, 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 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.

Se desestima, por tanto, dicho motivo de invalidez del procedimiento en que la Resolución se sustenta.

**TERCERO.-** El siguiente motivo de invalidez que la parte recurrente propugna es en relación con la inspección realizada por Orden de la Dirección de Investigación y en base a que no habría sido realizada por personal autorizado de acuerdo con el artículo 13.2 del reglamento de la LDC, sino por dos personas que no eran los funcionarios de la AVC autorizados, lo que invalidaría lo que en base a dicha inspecciones se ha incorporado a las actuaciones. También se achaca a dicha inspección haber conculcado derechos fundamentales -que determinaría la nulidad de la prueba así obtenida-, citando los artículos 9.3 y 103.1 y 3 CE, por cuanto se habría sometido al representante de la

actora a un interrogatorio en que se *arrancaron* y prefabricaron respuestas que los propios asistentes articularon de modo sofisticado y ajeno a las expresiones del declarante.

La Resolución daba respuesta a esa alegación en los apartados 250 a 254, (páginas 125/126), con cita de disposiciones de la Ley 3/2013, de 4 de Junio y de su Reglamento, y de la LPV 1/2012, de 2 de Febrero, de la AVC, señalando que la Orden de Investigación y su ejecución material no fueron recurridas y recogiendo las previsiones de dichas disposiciones que habilitan la colaboración de personal de la CNC y de otras CC.AA.

La Sala, -que no cuenta con la menor indicación de parte sobre el lugar del expediente de casi 24.000 folios en que pueda localizar tales actuaciones, de las que hace la recurrente una referencia parca y sintética en el apartado de "*Hechos*" de su demanda-, debe enfocar el planteamiento actor desde las siguientes perspectivas;

1º).- Se ha sostenido en Sentencias de esta misma Sala y Sección como la de 30 de abril de 2018 (ROJ: STSJ PV 1390/2018), R.C-A nº 718/2.016, el siguiente enclave de tales cuestiones, diciendo;

"Cuestión distinta es la admisibilidad del recurso administrativo, atendidos los supuestos de recurribilidad de los actos de la Dirección de Investigación, previstos en el art. 4.3 en estos términos:

*"3.-Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de los interesados, serán recurribles ante el Consejo Vasco de la Competencia en el plazo de diez días, en los términos establecidos en la legislación reguladora de la defensa de la competencia".*

Trae a colación pertinazmente la AVC la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 8rec. nº 5606/2010), que dice:

*"(...) En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos".*

*Quiérese decir, pues, que tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados. Pero, repetimos, no cabe en el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u*

*ocasionado perjuicios irreparables. El resto de motivos impugnatorios eventualmente oponibles frente a aquellos actos queda reservado, repetimos, al enjuiciamiento de la resolución final del expediente sancionador".*

Por tanto, la recurribilidad autónoma de los actos de la Dirección de Investigación está supeditada a que generen indefensión o perjuicio irreparable; y los concernidos en la litis bien merecen la calificación de acto de trámite cualificado en tanto susceptibles de producir esos efectos.

Ha de subrayarse además que el recurso administrativo no se resolvió expresamente por el Consejo de la Competencia, ni fue declarada su inadmisión, por lo que se produjo su desestimación presunta, que se entiende en cuanto al fondo, como desestimación de las pretensiones articuladas.

Cierto es que, con arreglo a la doctrina invocada por la AVC, la elección del cauce impugnatorio regulado en los arts. 4.3 de la Ley 1/2012 y 47 de la Ley 15/2007, limita el ámbito objetivo de conocimiento en sede judicial, y no ofrece duda que los motivos impugnatorios que fundan la demanda rectora de estos autos exceden notoriamente ese ámbito de revisión, limitado a verificar si los actos de la Dirección de Investigación han provocado una efectiva y real indefensión o producido perjuicios irreparables.

Sin embargo, pronunciamientos posteriores del Alto Tribunal propugnan una interpretación distinta del art. 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, en el sentido de que se trata de *"un precepto destinado a regular el recurso de alzada y no el control jurisdiccional sobre la actuación administrativa", enjuiciando aspectos distintos a la concurrencia de aquellas dos circunstancias -STS de 2 de noviembre de 2015 (recurso nº 2354/2013)-, que lleva a esta Sala de justicia a dar respuesta a la impugnación actora, con cognitio plena sobre la legalidad de los actos impugnados, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, y bajo la inferencia de que el precepto controvertido es una disposición de carácter procedimental, que prevé tan solo los supuestos de recurribilidad en vía administrativa de los actos dictados por la Dirección de Investigación, en suma, mero presupuesto de admisibilidad del recurso administrativo que no restringe el examen judicial."*

Como colofón para este caso, si bien la evolución doctrinal es proclive a llegar a la plena justiciabilidad de las Órdenes de Investigación, (a la que paradójicamente se oponía la Administración demandada que ahora proclama el carácter preclusivo del recurso *"ad hoc"*), en nada cabe cerrar el paso a que, como inicialmente se consideraba, pueda cuestionarse en el proceso plenario frente a los actos o resoluciones definitivas del procedimiento sancionador del que, en su caso, la Inspección haya sido instrumento de obtención de datos y pruebas.

2º).- Dicho esto, lo que carece de perspectiva es que frente a dicha Orden se invoquen como vulnerados pretendidos derechos fundamentales que no lo son a los efectos del artículo 62.1.a) LRJ-PAC 30/1992, o de la propia estructura del texto fundamental, -artículo 53.2-, como ocurre con las quejas meramente enunciativas del artículo 9.3, o del artículo 103 CE que en este caso se formulan.

3º).- Las infracciones *"in procedendo"* que de manera tan imprecisa se definen, bien por intervención de elementos humanos no autorizados, o bien por obtención de pruebas ilegítimas a través del desarrollo material del trámite de las diligencias

inspectoras, para ser relevantes y trascender a la validez de la resolución deberían cuando menos constituir el soporte principal o al menos complementario en alguno de los elementos de imputación en que la sanción se funda, pues de no ser así, -y es este un aspecto que ni se aduce ni tampoco resulta con la menor evidencia ni probabilidad (habida cuenta de que lo que se reprocha a la recurrente es su participación en la adopción de acuerdos de cártel, acreditados documentalmente por otros medios)-, se estará ante unas actuaciones que pudiendo ser aisladamente anulables, no comunican ese vicio a las sucesivas que sean independientes. -Artículo 64.1 LPAC de 1.992 y artículo 49.1 LPACAP de 2.015-.

En consecuencia, tampoco se aprecian méritos para acoger dichos motivos de impugnación.

**CUARTO.-** Superados esos obstáculos de forma y procedimiento, y abordando las llamadas cuestiones de fondo, se debe empezar por desarrollar 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, 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 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.

Dando por interrumpido en este punto significativo dicho resumen, lo que se desarrolla primeramente en el presente recurso por la firma que se autodenomina *AUIF* es un precipitado argumentativo que bajo las rubricas de los folios 230 a 236, cuestiona aspectos referidos a *falta de acreditación de su intervención en restricciones de la competencia*, -II-; o la *vulneración de la presunción de inocencia* -III-, por existir explicaciones alternativas y no cumplirse el estándar de prueba requerido.

En una primera vertiente, la existencia acreditada de los acuerdos adoptados a lo largo de un dilatado período de tiempo y su contenido, hace muy poco plausible la perspectiva que ensaya la recurrente acerca de la inexistencia de una actuación de tipo cartel 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 los intervinientes que se han interpuesto frente a la misma Resolución, al punto de que la propia actora, circunscribe su alcance a periodos temporales ya superados.

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).

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 o administrativa en favor de los asociados a que la mercantil recurrente intenta reconducirlas, 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 *cártel*.

**QUINTO.-** Seguidamente se somete a debate entre las partes la cuestión que afecta a la subsunción e incardinación en esa conducta asociativa de conjunto respecto 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, explicaciones alternativas etc...).

-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 períodos 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 períodos determinados no impide 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. 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 (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"*.

En consecuencia, y ciñéndonos a los planteamientos de la firma actora, en tanto aquejan la insuficiencia de prueba (o su carácter meramente conjetural o de sospecha) acerca de que hayan existido en su ámbito barreras de entrada ajenas al propio mercado, o en tanto que pueda explicarse la situación al modo en que lo haría un informe obrante en el expediente que se atribuye a *"Nera Economic Consulting"* que, en esa perspectiva, rechazaba la presencia de factores anticompetitivos en el transporte escolar público o en el transporte discrecional, prescinden abiertamente los mismos del carácter de **"infracción por objeto"** que la Resolución fundadamente asigna al contenido de los acuerdos adoptados, con soporte en las Sentencias del TJUE como la de 20 de Enero de 2016 en asunto C-373/2014, y otras del Tribunal Supremo, -párrafos 183 y siguientes, páginas 96-97 de la misma-, pues precisamente esa calificación exime de indagar sobre los efectos anticompetitivos efectivos sobre el mercado afectado, a diferencia de las infracciones presumidas o inferidas racionalmente que la parte actora considera que le son imputadas y que no lo son (**"infracciones de resultado"**).

Por ello, carece de eficacia objetar que no se han analizado, respondido argumentos, ni acreditado las prácticas anticompetitivas en que habría incurrido la sociedad recurrente, o que existen estudios o informes que las niegan o ponen en cuestión. Simplemente, y como en nuestro resumen de la doctrina de los tribunales comunitarios e internos hemos glosado, (y acabamos de citar la STS de 19 de octubre de 2018), la infracción apreciada y atribuida a la recurrente está directamente asociada a su participación en un *cártel*, que tendría por objeto restringir la competencia en las modalidades de transporte de viajeros indicadas, y que por su importancia y participación era susceptible de producir esas restricciones, distorsiones, o falseamientos de la competencia, y siendo así, los elementos de antijuridicidad y de culpabilidad quedan sólidamente establecidos, dándose por respondidas cuantas parciales argumentaciones centra dicha parte en destacar supuestos de hecho no acreditados, imaginarios, preconcebidos, o infundados.

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.

En suma, más allá de las modulaciones que legalmente procedan a la hora de cuantificar la sanción, solo cabe concluir que se está ante la participación básica en tales acuerdos y prácticas anticompetitivas, conocidas y asumidas, respecto de toda la dimensión colectiva y asociativa que el plan conjunto abarcaba, sin que los reiterados alegatos, desmientan esa participación que, por otra parte, nunca tendría la dimensión irrelevante que se le quiere atribuir en aspectos o segmentos concretos si, como hemos visto, engloba la de toda la organización o colectivo asociado.

**SEXTO.-** En relación con la *prescripción* de la infracción que igualmente se trae a escena por la 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** (no de 2.013, como señala la actora) 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 esgrime 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 solo cabe decir que si era *Avitrans* quien los considera vigentes y formalmente reactivados, mal se explica por qué la Administración habrá de concluir lo contrario, pues no se trataba de un estéril ejercicio de diletantismo sino de una plena confirmación-, es de



traer nuevamente a colación la doctrina que se ha ido recogiendo en anteriores fundamentaciones de esta misma Sentencia.

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

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

Por demás, ya que se aspira en todo caso a la exoneración singular de responsabilidad de la mercantil litigante, habría que reiterar lo que más arriba se ha señalado con la jurisprudencia del TJUE acerca de que la presencia del *plan conjunto* que en este caso se patentiza, implica en la totalidad de actividades a aquellos partícipes que, como la actora, a través de su permanencia de 14 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.-** En el capítulo final de valoración individual de la sanción que se desarrolla en los folios 238 a 240 de estos autos, la parte recurrente proclama la falta de moderación y proporcionalidad de la sanción, procediendo apreciar las circunstancias atenuantes en cada caso, o considerándose el ámbito de negocios en que se haya producido la eventual infracción, y no ir al máximo de las sanciones, con cita de STS de 3 de Febrero de 2.017, a la vez que se remite al Hecho Octavo de su demanda en que acusa

la imprecisión del cálculo, y en que denuncia que no hay manera racional de conocer como se han ponderado cuotas de mercado y otros índices y cómo se ha llegado a determinar la cuantía, ofreciendo todos los factores que a su juicio llevarían a su moderación.

Para eliminar equívocos, tomamos como base la STS, C-A, Sección 3ª, de 29 de enero de 2015 (ROJ: STS 112/2015) en RC nº 2872/2013, que dice al respecto;

“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.”

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

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

De este modo, inicialmente la sanción a imponer a *AUIF, S.L.*, necesariamente calificable como muy grave, -artículo 62.4.a) LDC-, podría alcanzar hasta **237.019 €**, (s/ 2.370.198,97 €), muy por encima de los ya indicados **75.846,37 €** 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 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.

**OCTAVO.-** La parcial estimación excluye toda imposición preceptiva de costas a las partes procesales- -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 EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES DON GERMÁN ORS SIMON EN REPRESENTACIÓN DE "AUTOBUSES URBANOS IRUN FUENTERRABIA, S.L", FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 2.017, QUE LE IMPUSO SANCION DE 75.846,37 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 CON GENERAL DESESTIMACIÓN DE LOS MOTIVOS DEL RECURSO, ACOGERLO EN LO QUE SE REFIERE A LA INSUFICIENTE MOTIVACIÓN EXAMINADA EN EL F.J. SEXTO 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 HACERSE 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 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 0038 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 22 de febrero de 2019.