

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 555/2019**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**SENTENCIA NÚMERO 235/2020**

ILMOS./AS. SRES./AS.

PRESIDENTE:

D. LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS/AS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En Bilbao, a treinta de julio 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 555/2019 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución de 15-05-2019 del Consejo Vasco de la Competencia, complementaria de la dictada en el expediente nº 130-SAN-2016 incoado a la recurrente, Autobuses Urbanos Irún Fuenterrabía S.L. y otras empresas de Gipuzkoa dedicadas al transporte de viajeros.

Son partes en dicho recurso:

**-DEMANDANTE:** AUTOBUSES URBANOS IRUN FUENTERRABIA S. L., representada por la procuradora D.ª PAULA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigida por el letrado D. JUAN CARLOS EUGENIO SANZ AZPIAZU.

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

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. 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 D.ª

PAULA BASTERRECHE ARCOCHA, actuando en nombre y representación de AUTOBUSES URBANOS IRÚN FUENTERRABIA S. L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 15-05-2019 del Consejo Vasco de la Competencia, complementaria de la dictada en el expediente nº 130-SAN-2016 incoado a la recurrente, Autobuses Urbanos Irún Fuenterrabía S.L. y otras empresas de Gipuzkoa dedicadas al transporte de viajeros, e impuso a la recurrente la multa de 75.846, 37 euros; quedando registrado dicho recurso con el número 555/2019.

**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 el mismo expresados y que damos por reproducidos.

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

**CUARTO.-** Por Decreto de 20 de febrero de 2020 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 24 de julio de 2020 se señaló el día 30 de julio 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 del Consejo Vasco de la Competencia, complementaria de la dictada en el expediente nº 130-SAN-2016 incoado a la recurrente, Autobuses Urbanos Irún Fuenterrabía

S.L. y otras empresas de Gipuzkoa dedicadas al transporte de viajeros, e impuso a la recurrente la multa de 75.846, 37 euros.

La sentencia dictada el 22-02-2019 por esta Sala en el procedimiento ordinario nº 38/2018 estimó parcialmente el recurso interpuesto por Autobuses Urbano Irún Fuenterrabía S.L. contra la resolución de 27-12-2017 que la había impuesto la multa de 75.846, 37 euros por la comisión de la infracción única y continuada, muy grave, del artículo 1.1 de la Ley 15/ 2017 de 3 de Julio, anulando dicha resolución por insuficiente motivación de la sanción.

El fallo de la antedicha sentencia se remite a su fundamento sexto: "...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" (.....) a fin de que se practique una nueva cuantificación detallada ajustada a los criterios normativos de los artículos 63 y 64 de la LDC".

En los epígrafes 26, 27 y 28 de la Resolución ahora recurrida se exponen los criterios de graduación de la sanción impuesta a la recurrente; sin circunstancias atenuantes o agravantes; en el epígrafe 30 fija el tipo sancionador aplicado a la recurrente ( el 0,45) ; el epígrafe siguiente fija el tipo sancionador total en el 3, 20 ( suma del tipo individual del 0, 45 % y del general del 2, 75 %) del volumen total del negocio de la recurrente en 2016, cifrado en 2.370.198, 97 € en el epígrafe 22.

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

1.- La Resolución recurrida si bien cita los criterios de graduación señalados por el artículo 64 de la Ley 6/ 1989 no cumple el requisito de motivación.

Se cita, entre otras del mismo órgano, la sentencia del Tribunal Supremo de 30-09-2009; Recurso de casación 14235/ 2008.

2.- La Resolución recurrida vulnera el principio de proporcionalidad de las sanciones porque:

a) El ámbito de actividad de la Asociación y empresas sancionadas se circunscribe a Gipuzkoa y los efectos en el mercado de referencia (el del transporte escolar y discrecional)de la conducta sancionada se reducen al 15 % ya que los precios de los servicios licitados oscilaban entre el máximo del 100% y mínimo del 85%; y fueron competitivos en el último concurso de 2014, según el informe Nera aportado por la recurrente en el expediente sancionador.

b) Ni la Asociación (Avitrans) estableció ningún sistema para la efectiva aplicación de las tarifas de referencia, y tampoco fue solicitado por los asociados, además de que estos, incluida la recurrente, no aplicaron tales tarifas de forma generalizada.

c) La actividad de la recurrente en el transporte escolar contratado por el Gobierno Vasco se reduce al 3,9 % de los itinerarios sacados a concurso entre los años 2002 y 2014, ya que en los otros períodos (2009-2010 y 2013-2014) se procedió a la prórroga de los adjudicados.

d) Inaplicación a la recurrente de la atenuante aplicada a otras sancionadas por no haber aplicado los precios de referencia marcados por la Asociación (Folio 430 de la ampliación del expediente).

Se adjuntan a la demanda los documentos 10 al 15 que acreditan la facturación por parte de la recurrente a precios inferiores a los de referencia comunicados por la Asociación en el transporte discrecional.

e) Falta de acreditación del volumen de negocio en el mercado afectado por la conducta, cifrado en 104,04 millones de euros en la Resolución recurrida y, por lo tanto, falta de justificación de la cuota atribuida a las sancionadas (del 3,05 % a la recurrente) en la misma tabla del epígrafe 27 de aquella Resolución; además de que dicha magnitud (VNMA) constituye un dato nuevo respecto a la resolución sancionadora lo que, a falta de su acreditación, ha causado indefensión a la recurrente.

f) Inexistencia de conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada en el seno de las empresas sancionadas, consistente en la recepción de la comunicación de la Asociación de las Ordenes de la Consejería de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco para la actualización de los precios de referencia.

g) No constancia en el expediente de los efectos reales de la recomendación colectiva en el mercado, sino una referencia genérica en el apartado II.B.

Finalmente, y como muestra de la indebida ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso de la recurrente se cita la sentencia de esta Sala de 8-04-2019 (Rec. 204/2018) que redujo a 7.534 € la sanción de 41.435,77 € impuesta a Goiberri Bus S.L. en razón a su participación en la ejecución de los Acuerdos anti competitivos sancionados por la AVC, siendo la participación de esa sociedad en el mercado afectado del 9,69 %; y la participación de la recurrente en ese mismo mercado de tan solo el 3,05 %, según las estimaciones de la demandada.

**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 ya que en los epígrafes 26 (duración de la conducta); 27 (dimensión del mercado afectado); 28 (alcance de la infracción ); 30 y 31 (tipos sancionador total e individual) se da razón de los criterios de graduación del artículo 64 de la Ley 35/ 2007 de defensa de la competencia.

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 (75.846, 37 €) impuesta a la recurrente; muy inferior a la máxima imponible de 237.019 €, equivalente al 10 % del volumen total de facturación en 2016, y adecuada, entre otras circunstancias, a la cuota (superior al 3 %) de participación de la recurrente en el volumen del mercado afectado por la conducta, lo que se traduce en el tipo individual del 45 % según la escala recogida en la Resolución recurrida, además de las otras circunstancias valoradas en los apartados 26 a 29 de la Resolución objeto del proceso.

**CUARTO.-** La Resolución recurrida cumple el requisito formal de motivación pues, según lo dispuesto por la sentencia nº 51/ 2019 dictada por este mismo Tribunal, da razón de los criterios de graduación señalados por el artículo 64.1 de la Ley 15/ 2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

Así, en el apartado 26 se atiende a la duración de la infracción (26 años en el caso de la recurrente); en el apartado 27 a la dimensión del mercado afectado (cuota de participación de la recurrente en la conducta sancionada por su incidencia en ese mercado, del 3, 20 %) y en el apartado 28 se atiende al alcance de la infracción por alusión a los mercados en que ha operado la recurrente (de los transportes escolar y discrecional), asistencia a 26 reuniones de Avitrans en que se fijaron tarifas; 17 reuniones en las que se trató el reparto del mercado y doce que versaron sobre el transporte escolar público.

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 del 10 % de la facturación total de la sancionada (artículo 63 de la LDC), su debida motivación no requería la exposición de las bases de cálculo de la impuesta por importe de 75.846, 37 €.

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 razón principal del recurso contencioso cuyos motivos expuesto de forma entremezclada en los apartados de hechos y fundamentos jurídicos de la demanda hemos sintetizado en el fundamento 2º de esta sentencia.

**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).

Así, no teniendo por objeto el proceso la calificación de la recomendación de precios en el mercado de referencia sancionada por la AVC, sino la graduación de la multa impuesta a la recurrente por la comisión de la infracción muy grave del artículo 1 de la ley 15/ 2007, no vienen al caso las alegaciones de esa parte sobre la (no) conciencia de antijuridicidad de aquella conducta o falta de intencionalidad por no consistir la misma más que en una comunicación de “unos precios de referencia emitidos a través de Órdenes emanadas de la Consejería de Transportes y Obras Públicas,,,,”; idem, las alegaciones sobre la inexistencia de mecanismos para la aplicación y control efectivos de la recomendación de precios.

Asimismo, constituyendo la conducta sancionada en una infracción de actividad y no de resultado no son los efectos de la misma en el mercado de referencia los que han de tenerse en cuenta para la graduación de la sanción, sino la dimensión y características de ese mercado y el porcentaje de participación en él de las empresas responsables (artículo 64.1 a y b de la Ley 15/ 2007).

A esos dos criterios de cuantificación de la sanción hay que añadir los referentes al alcance y duración de la infracción (apartados c y d del mismo precepto), también ponderados en la Resolución recurrida.

**SEXTO.-** El VNMA de las 17 empresas sancionadas ha sido estimado por la AVC en 104, 04 millones de euros; de forma razonable a partir de la información que consta en el expediente, proporcionada por las empresas a requerimiento de la LEA/AVC, según el apartado 27 de la Resolución recurrida.

Pero tal como opone la recurrente, la Resolución recurrida no da razón de los datos aportados por las sancionadas y operaciones practicadas para llegar a la antedicha estimación, como paso previo a la fijación del % de participación de cada una de ellas en el mercado de referencia, y tampoco las actuaciones del procedimiento y pruebas practicadas avalan la cifra en cuestión, con lo cual aun de dar por cierta la de 3.171.878 € asignada a la recurrente, no puede darse por bueno el porcentaje de participación del 3, 05 % que se atribuye a la recurrente en la

segunda columna de las tablas recogidas en el epígrafe 27. Y atendiendo a esa cuota se ha fijado el tipo sancionador “individual” (el atribuido a la recurrente) en el epígrafe 30 de la misma Resolución en el 0,45, según la escala (cuotas de participación entre el 5% y el 10%; entre el 3% y el 5% y por debajo del 3%) aplicada por la AVC a todas las sancionadas.

Pues bien, según la misma Escala, cuya graduación o proporcionalidad no se ha discutido, el tipo sancionador que debió aplicarse a la recurrente en razón a su cuota de participación en el VNMA debió ser del 0,25. Pero tan solo en razón a ese factor, pues en la Resolución recurrida también se exponen como criterios de graduación los referidos a la duración y alcance de la sanción (epígrafes 26 y 28 respectivamente) y es la ponderación de todos ellos la que ha de conducir a la determinación del tipo sancionador individual, no en vano los criterios valorados, en lo que hace a la recurrente en los epígrafes 26, 27 y 28, constituyen los antecedentes del tipo sancionador “individual” plasmado en el epígrafe 30.

Así, el hecho de que estimemos errónea la asignación a la recurrente de una cuota de participación superior al 3% en el VNMA que por sí sola determinaría un tipo infractor “individual” del 0,45, no obsta a que demos por válida esa determinación a resultas de la suma de todos los criterios de ponderación ad casum:

1.- Cuota de participación inferior al 3% en el VNMA : 0,25

2.- Duración de la conducta infractora: 26 años.

3.- Alcance de la infracción: actividad en los mercados del transporte escolar y discrecional; participación en 23 reuniones de Avitrans en que se fijaron tarifas anticompetitivas.

Dicho lo cual, ninguna relevancia tiene el hecho de que la Resolución sancionadora no hubiese incluido la magnitud (VNMA) cuya estimación no consideramos justificada, amén de que tal variación deja incólume aquella resolución ya que tan solo concierne al objeto de la Resolución recurrida, esto es, la graduación motivada del importe de la sanción, conforme al pronunciamiento de la sentencia dictada en el recurso contra la primera; con lo cual malamente ha podido causar indefensión a la recurrente el que el dato en cuestión se hubiese incorporado “ex novo” a la Resolución recurrida

**SÉPTIMO.-** El que la conducta sancionada constituya una infracción de actividad no es óbice a la ponderación del grado de participación de la infractora en la ejecución de los acuerdos anticompetitivos, como circunstancia atenuante de la responsabilidad del infractor.

La recurrente ha presentado facturas (documentos 10-15 adjuntos a demanda) acreditativas de la aplicación de precios inferiores en el transporte discrecional a los recomendados por la Asociación (Avitrans) , además de su baja participación en el transporte

escolar sujeto a contratación pública, que ya ha sido ponderado en atención a su participación en el VNMA.

Pues bien, la antedicha facturación no tiene entidad suficiente a los efectos si se compara con la facturación total de la empresa en 2016 (2.370.198, 97 €) o con la atribuida a la recurrente en el período de comisión de la infracción con referencia al mercado afectado por la infracción sancionada (3.171.878 €, según el epígrafe 27 de la Resolución recurrida); magnitudes no desmentidas por la recurrente con los datos obrantes en su poder.

Y tampoco son comparables las circunstancias concurrentes en otras empresas favorecidas por la aplicación de la atenuante de la que tratamos en este fundamento y las concurrentes en el caso de la demandante.

Así, la Resolución recurrida aplicó la tal atenuante a tres empresas; por no haber secundado el boicot propuesto por la Asociación; darse de baja en la Asociación antes de tener conocimiento de la incoación del expediente sancionador; y no solo por haber aplicado precios inferiores a los convenidos en Avitrans.

Por su parte, la sentencia Nº 96/ 2019 (Rec. 204/ 2018) de esta Sala invocada por la recurrente, redujo la sanción aplicada a la recurrente en atención a un conjunto de circunstancias (entre ellas, la adjudicación “siempre” del transporte escolar a precios mínimos) no equiparables a las alegadas por al recurrente a favor de la atenuación de su responsabilidad; y tampoco puede tomarse como dato referencial o comparativo a esos efectos lo que constituye un criterio de ponderación de otra índole, esto es, la participación de las comparadas en el mercado afectado; del 3, 05 % la recurrente en este proceso; del 9, 69 % la recurrente en el antedicho, si damos por buenas las estimaciones de la AVC que la primera ha discutido en las presentes.

La comparación ha de hacerse en términos homogéneos y, por lo tanto, atendiendo a todas las circunstancias o factores de ponderación de la sanción; y no tomando unos factores (en este caso, la cuota en el mercado de referencia) y desechando otros, no obstante su reconocimiento, como el tiempo de pertenencia a la Asociación (25 años en el caso de la recurrente; 9 años la otra empresa).

**OCTAVO.-** 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 procuradora D.<sup>a</sup> Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación de



AUTOBUSES URBANOS IRUN FUENTERRABIA S. L., contra la Resolución de 15-05-2019 del Consejo Vasco de la Competencia, complementaria de la dictada en el expediente nº 130-SAN-2016 incoado a la recurrente, Autobuses Urbanos Irún Fuenterrabía S.L. y otras empresas de Gipuzkoa dedicadas al transporte de viajeros, e impuso a la recurrente la multa de 75.846, 37 euros; 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.

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 0555 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 el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 30 de julio de 2020.