

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 560/2019

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NÚMERO 393/2020

ILMOS./AS. SRES./AS.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOTIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS/AS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En Bilbao, a diez de diciembre 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 560/2019 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, GURE BUS S.A.L. y a otras empresas de Gipuzkoa dedicadas al transporte de viajeros, e impuso a la recurrente la multa de 20.472, 54 euros.

Son partes en dicho recurso:

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

-DEMANDADA: La AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA - LEHIAREN EUSKAL AGINTARITZA, representada y dirigida por 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 16 de julio de 2019 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D.ª

TERESA MARTÍNEZ SÁNCHEZ, actuando en nombre y representación de GURE BUS, S.A.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 15-05-2019 del Consejo Vasco de la Competencia, complementaria de la dictada en el expediente nº 130-SAN-2016 incoado a la recurrente, GURE BUS S.A.L. y a otras empresas de Gipuzkoa dedicadas al transporte de viajeros, e impuso a la recurrente la multa de 20.472, 54 euros; quedando registrado dicho recurso con el número 560/2019.

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 05 de octubre de 2020 se fijó como cuantía del presente recurso la de 20.472,54 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 diciembre de 2020 se señaló el día 10 de diciembre 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, GURE BUS S.A.L. y a otras empresas de Gipuzkoa dedicadas al transporte de viajeros, e impuso a la recurrente la multa de 20.472, 54 euros.

La sentencia dictada el 7-03-2019 por esta Sala en el procedimiento ordinario nº 199/2018 estimó parcialmente el recurso interpuesto por Gure Bus S.A.L. contra la Resolución de 27-12-2017 que la había impuesto la multa de 20.472, 54 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 octavo: "...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 individual aplicado a la recurrente (el 0,25); el epígrafe siguiente fija el tipo sancionador total en el 3 % (suma del tipo individual del 0, 25 % y del general del 2, 75 %) del volumen total del negocio de la recurrente en 2016, cifrado en 682.417, 99 € 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 citan, entre otras del mismo órgano, las sentencia del Tribunal Supremo de 30-09-2009; Recurso de casación 14235/ 2008, y de 22-05-2015; Recurso de casación 658/2013.

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; solo el primero en el caso de la recurrente) de la conducta sancionada (recomendación colectiva), que además de no constar en el expediente se reducen al 15 % ya que los precios de los servicios licitados oscilaban entre el máximo del 100% y mínimo del 85%.

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 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, con referencia tan solo a la actividad de las empresas sancionadas y, por lo tanto, falta de justificación de la cuota atribuida a las sancionadas (del 0,38 a la recurrente) en la misma tabla del epígrafe 27 de aquella Resolución; además de que dicha magnitud VNMA) se ha incorporado novedosamente a la resolución sancionadora lo que, a falta de su acreditación, ha causado indefensión a la recurrente.

d) La conducta sancionada consistió en la comunicación por parte 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 a las empresas sancionadas

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

f) La sentencia 96/ 2019 dictada por la Sala en el Recurso 204/ 2018 que redujo a 7.534 € la multa de 41.435, 77 € impuesta a Goiherri Bus S.L. por la misma Resolución recurrida en este procedimiento; sociedad a la que se atribuye una cuota en el mercado afectado del 9, 69 %; superior a la del 1,22 % atribuida a la recurrente.

g) Desproporcionalidad entre las sanciones impuestas a otras empresas con cuota de participación en el mercado (del 16, 17 % en el caso de Autocares Aizpurúa; del 7,78 % en el caso de Unitravel) superior a la del 1, 22 % atribuida a la recurrente; sanciones, respectivamente, del 4%, 0,50% y 3% de las cifras de negocio en 2016, también respectivamente.

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

1.- El cumplimiento del requisito de motivación requerido por la sentencia que anuló la sanción (cuantía) impuesta a la recurrente 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, 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 multa (20.472, 54 euros €) impuesta a la recurrente; muy inferior a la máxima imponible equivalente al 10 % del volumen total de facturación en 2016 (682.417, 99 €) , y adecuada, entre otras circunstancias, a la cuota (inferior 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 0,25 % 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; entre ellas, el periodo de participación en la comisión de la infracción (12 años) y asistencias a reuniones de esa Asociación en que se produjeron las conductas anticompetitivas sancionadas (17 reuniones de Avitrans con fijación de tarifas; cuatro reuniones sobre el reparto del mercado de referencia).

4.- La comparación entre la sanción impuesta a Goiherri bus. S.L. (Stcia. Nº 96/2019 de 8 de abril del TSJPV) y a la recurrente no se sustenta en un análisis solvente y detallado de sus respectivas circunstancias.

Se invocan los fundamentos jurídicos 5º y 6º de la sentencia de esta Sala, nº 162/ 2020 de 11 de junio (Rec. 557/ 2019) y el fundamento jurídico 7º de la sentencia nº 68/2019 del mismo Tribunal, de 7 de marzo

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 (12 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 1,22 % %) y en el apartado 28 se atiende al alcance de la infracción por alusión a los mercados en que ha operado la recurrente (transportes regular de uso especial, modalidad de colectivos privados, y discrecional); asistencia a 17 reuniones de Avitrans en que se fijaron tarifas, y a 4 reuniones en las que se trató el reparto del mercado .

Por otra parte, no estando sujeta la cuantificación de la multa a parámetros tasados sino a los criterios de graduación a que nos acabamos de referir, a salvo el máximo 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 a la recurrente por importe de 20.472, 54 €, sino la exposición de los antedichos criterios y razón de aplicación a la sancionada en atención a las circunstancias a que los mismos se refieren.

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.

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 el elementos constitutivos del tipo infractor aplicado, en particular, por no consistir la conducta sancionada 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 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, esa Resolución no da razón de los datos aportados por las sancionadas y cálculos practicados 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 acreditan la cifra en cuestión, con lo cual aunque que diéramos por buena la de 1.272.305 €, asignada a la recurrente, no puede aceptarse el porcentaje de participación del 1, 22 % que se atribuye a esa sancionada en la segunda columna de las tablas recogidas en el epígrafe 27.

Ahora bien, en el mejor de los casos para la recurrente, cualquiera que fuese el volumen de negocio (el global, no solo el de las partícipes en el “cartel”) en el mercado afectado por la conducta, la cuota de participación de aquella en dicho mercado no la haría tributaria de un tipo sancionador individual inferior al aplicado del 0, 25 % por constituir ese porcentaje el mínimo

previsto por la Escala de referencia, esto es, para cuotas de participación en el VNMA inferiores al 3%.

Dicho lo cual, ninguna relevancia tiene el hecho de que la Resolución sancionadora (la inicial, complementada o subsanada por la recurrida en este procedimiento) 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 segunda, objeto de este proceso.

SÉPTIMO.- La sentencia N° 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 sancionadas en el mercado afectado; del 1,22 % en el caso de la recurrente en este proceso; del 9, 69 % la recurrente en el antedicho.

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 (12 años en el caso de la recurrente; 9 años la otra empresa).

Y por esa misma razón tampoco pueden aceptarse la comparación que hace la recurrente con otras sancionadas atendiendo, tan solo, a sus respectivas cuotas de participación en el mercado de referencia, y consiguientemente la aplicación de los cálculos, según reglas de proporcionalidad, expuestos por esa parte.

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.^a Teresa Martínez Sánchez, en nombre y representación de GURE BUS S. A. 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, GURE BUS S.A.L. y a otras empresas de Gipuzkoa dedicadas al transporte de viajeros, e impuso a la recurrente la multa de 20.472, 54 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 0560 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 10 de diciembre de 2020.