

Roj: STS 1666/2008
Id Cendoj: 28079130032008100085
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 3063/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x TARIFAS (TRANSPORTE) x
- x PROPORCIONALIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x SUJETOS INFRACTORES x

Resumen:

Defensa de la competencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Marzo de dos mil ocho.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **3063/2005** interpuesto por el SINDICATO DE TRANSPORTISTAS AUTÓNOMOS DE BIZKAIA (SINTRABI), representado por la Procurador D^a. Ana Llorens Pardo, y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 28 de febrero de 2005 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 134/2002; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia (Sintrabi) interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 3063/2005 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2001, recaída en el expediente 506/2000, que acordó:

"Primero.-

a) Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, incurso en el *artículo 1 LDC*, consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales tal como se describe en la primera infracción [Primera a)] imputada por el Servicio. De esta práctica son responsables: el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi) y otros.

b) Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, incurso en el *artículo 1 LDC*, consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales tal como se describe en la segunda infracción [Primera b)] imputada por el Servicio. De esta práctica son responsables: el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi) y otros.

c) Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, incurso en el *artículo 1 LDC*, consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales tal como se describe en la tercera infracción

[Primera c)] imputada por el Servicio. De esta práctica son responsables: el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi) y otros.

d) Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, incurso en el *artículo 1 LDC*, consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales tal como se describe en la cuarta infracción [Primera d)] imputada por el Servicio. De esta práctica es responsable el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi).

Segundo.- Intimar para que cesen esas prácticas y en lo sucesivo se abstengan de realizarlas.

Tercero.-

a) Imponer una multa de 50 millones de pesetas (300.506 euros) al Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi) por la primera infracción [Primero a)] imputada por el Servicio.

b) Imponer una multa de 50 millones de pesetas (300.506 euros) al Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi) por la segunda infracción [Primero b)] imputada por el Servicio.

c) Imponer una multa de 50 millones de pesetas (300.506 euros) al Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi) por la tercera infracción imputada [Primero c)] imputada por el Servicio.

d) Imponer una multa de 50 millones de pesetas (300.506 euros) al Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi) por la cuarta infracción [Primero d)] imputada por el Servicio.

Cuarto.- Ordenar al Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi) la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional que se publiquen respectivamente en Madrid y Bilbao. El incumplimiento de esta sanción acarreará una multa de 50.000 pesetas (300,51 #) diarias".

Segundo.- En su escrito de demanda, de 25 de julio de 2002, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "en la que estimando el presente recurso contencioso- administrativo se declare:

a).- Que la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia con fecha 19 de diciembre de 2000 es disconforme a Derecho y, por tanto, debe ser declarada nula en su totalidad por haberse producido la caducidad del procedimiento sancionador en que se dictó.

b).- Subsidiariamente, para el caso de no apreciarse la caducidad del procedimiento, se declare disconforme a derecho la resolución recurrida en cuanto a la calificación del acuerdo por el que se establece que las tarifas de carga completa y distanciero entre Bilbao y capitales de provincias a partir de 200 km. y más de 20 Tn de PMA que aparece como Anexo IV del *Convenio Marco Tarifario de Transporte de Mercancías por Carretera del Puerto de Bilbao y Bermeo para 1998 y 1999*, como acuerdo contrario a la libre competencia, anulando en consecuencia la sanción impuesta por tal motivo a Sintrabi (único expediente sancionado por este acuerdo), y en su caso y de considerar el acuerdo como sancionable, se acuerde modificar el importe de la sanción impuesta, y considerar de aplicación la petición contenida en el siguiente apartado c).

c).- También para el caso de no apreciarse la caducidad del procedimiento, se declaren disconformes a derecho las sanciones impuestas a Sintrabi en la resolución recurrida respecto a los tres acuerdos de transporte de contenedores, de carga general, de basculantes, acordando modificar las mismas y sancionándolas como una única infracción continuada, atemperar la sanción e imponerla en la cuantía de 3.005 #, por analogía con el resto de las sanciones impuestas al resto de las empresas intervinientes, o en su caso en la cuantía que el prudente criterio moderador de SSª establezca.

d) Se condene en costas a la Administración recurrida, en caso de oponerse a las pretensiones de este suplico".

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 24 de septiembre de 2003, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso y confirmando la resolución impugnada por ser

conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente". Por otrosí se opuso al recibimiento a prueba.

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 19 de julio de 2004 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia (Sintrabi) contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de diciembre de 2001, que anulamos únicamente en el apartado tercero de su parte dispositiva, relativo a las sanciones, que se sustituyen por la de una multa de 601.012,10 euros (100 millones de pesetas), confirmado la resolución impugnada en todos los demás extremos. Sin expresa imposición de costas".

Quinto.- Con fecha 23 de junio de 2005 el Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 3063/2005 contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo: "Violación del principio de proporcionalidad y tipicidad en la graduación de las sanciones administrativas en que la sentencia incurre".

Sexto.- El Abogado del Estado interpuso recurso contra la citada sentencia al amparo del siguiente motivo:

Único: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "se alega que la sentencia infringe las normas del ordenamiento jurídico que resultaban aplicables para resolver la cuestión planteada, en concreto el *artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto*, por el que se aprobó el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora".

Séptimo.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso deducido de contrario y suplicó sentencia desestimatoria del mismo con imposición de las costas a la parte recurrente.

Octavo.- Por providencia de 15 de noviembre de 2007 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 11 de marzo de 2008, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 28 de febrero de 2005, estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya (Sintrabi) contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2001, recaída en el expediente 506/2000, que le impuso determinadas sanciones en materia de defensa de la competencia.

La Sala de instancia dio por probada la conducta sancionable si bien, por las consideraciones que a continuación transcribiremos, consideró que se trataba de una infracción continuada y que procedía castigarla con una sola sanción de cien millones de pesetas, en vez de las cuatro multas de cincuenta millones de pesetas que habían sido impuestas.

Tanto el Abogado del Estado como el Sindicato recurrente consideran, desde ángulos contrapuestos, que la sentencia es contraria a derecho bien porque la multa única que la Sala reputó finalmente adecuada es inferior a la procedente (Abogado del Estado) bien porque aun resulta excesiva (Sindicato de transportistas).

Segundo.- Para la mejor comprensión del litigio es oportuno transcribir, en las partes pertinentes a los efectos del recurso casacional, la sentencia de instancia de la que reproduciremos los siguientes apartados:

A) En cuanto a los hechos:

"Se consideran probados los mismos hechos que el TDC declaró como tales, que resultan de los ejemplares que obran en el expediente (folios 140 a 174 y 180 a 211) del *Convenio Marco Tarifario, Transporte de Contenedores y Carga General del Puerto de Bilbao y Bermeo, 1998 y Convenio Marco*

Tarifario, Transporte de Mercancías por Carretera del Puerto de Bilbao y Bermeo, 1999.

[...] Constan en el expediente, págs. 180 a 211 y 140 a 174, dos folletos que reciben los títulos de '*Convenio Marco Tarifario. Transporte de Contenedores y Carga General del Puerto de Bilbao y Bermio*', 1998 y '*Convenio Marco Tarifario. Transporte de Mercancías por Carretera del Puerto de Bilbao y Bermeo*', 1999. Dichos folletos se editan con el logotipo del Sintrabi.

En las páginas 183, 184 y 185, y bajo el epígrafe 'contenedores' se describe un acuerdo del que afirman ser parte los que se denominan 'consignatarios', 'empresas de transporte', 'transportistas' y el Sintrabi. El colectivo de 'consignatarios' se define con mayor precisión en el propio acuerdo al señalarse que se refiere a la Asociación de Consignatarios de Buques y Estibadores del Puerto de Bilbao, en cuyos locales se celebró el mismo. En el punto segundo del 'Exponen' de dicho acuerdo se reseña expresamente a las empresas Urkiolabi, S.L.; Cotranscon Sdad. Coop. Ltda.; Tucabi, S.L.; Bidetrans, S.L.; Umbe-94, S.A.L.; Cecotransbiz Sdad. Coop. Ltda.; Transportes Astra Sdad. Coop. Ltda.; Vinatrans Bizkaia, S.L.; C.B. DIRECCION000.; Satran, S.L.; Kirru, S.L.; Transmeta, S.L.; Euskaltrans, S.L.; Ángel Alonso Matesanz; y a la Asociación de Consignatarios de Buques y Estibadores del Puerto de Bilbao, como integrantes del colectivo que suscribe dicho acuerdo. En el punto quinto de dicho acuerdo se señala expresamente que el Sintrabi lo suscribe.

Dicho acuerdo contiene las tarifas que, han de aplicar quienes lo suscriben (estipulación 1ª), los descuentos máximos que pueden aplicarse (estipulación 2ª) y ciertas condiciones a la prestación de los servicios de transporte (estipulaciones 3ª y 4ª). La aplicación colectiva de dichas tarifas se remonta, según la estipulación primera, al 1 de junio de 1994. El acuerdo aparece, de nuevo, reseñado en el folleto referente a 1999, cuyo título es idéntico al de 1998 excepto en lo relativo a la sustitución del término 'Bermio' por 'Bermeo' (págs. 140 y siguientes).

Dicho acuerdo es al que se refiere la imputación 1.a) del Servicio.

[...] Consta en el expediente, págs. 206 a 209, y dentro del folleto que recibe el título de '*Convenio Marco Tarifario. Transporte de Contenedores y Carga General del Puerto de Bilbao y Bermio*', 1998, un epígrafe denominado 'Carga General. Acuerdo hasta 200 km' donde se describe un acuerdo, que se reitera, después, en el folleto correspondiente a 1999 (págs. 166 a 169). Las entidades que, en alguno de esos dos años, afirman ser parte del acuerdo son: Acha; Anakold; Ansitrans; Argatxa; Arkulanda; Asdrúbal; Astra; Basegar; Bidetrans; Bizkaitrans; Burutra; Carcedo; Casal; C.B. DIRECCION000.; Cecotrans-Biz; Chus; Gurtubay; Menchaca; Satran; Transmeta; Urbi; Urkiolabi; Urrutia; Vasconia; Vinatrans y Viz-Asua. El Sintrabi es mencionado expresamente como participante en el acuerdo. De éstas, las empresas Anakold; Bizkaitrans y Satran no fueron imputadas por el Servicio.

El convenio incluye una tabla de tarifas (anexo V), provisiones relativas a la actualización de esos precios en el futuro (punto 5 del acuerdo), limitaciones al acceso de otros transportistas al mercado (puntos 3 y 4 del acuerdo), limitaciones a las condiciones de pago que pueden acordarse (punto 5) y limitaciones a la carga mínima que puede facturarse (punto 6). El Sintrabi es mencionado expresamente como participante en el acuerdo.

[...] En el folleto referente a 1999, y en las páginas 170 a 173, bajo el epígrafe 'Mesa de Basculantes. Acuerdo hasta 200 km' se describe un acuerdo del que afirman ser partes las empresas: Transbold Sdad. Coop.; Transportes González Eurotrans; Transportes Montalbán; Transportes Folgado y Nieto; Transportes Menchaca; Transportes J.R. Bilbao; Naviera Peninsular; Transportes Chus; Transogir; Agirre; Uribe; Recalde y al Sintrabi.

En el convenio se declara la intención de acordar los precios del servicio en el futuro, se establecen limitaciones al acceso de otros transportistas al mercado (puntos 3 y 4 del acuerdo), limitaciones a las condiciones de pago que pueden acordarse (punto 5) y limitaciones a la carga mínima que puede facturarse (punto 6) y limitaciones relativas a los descuentos máximos que pueden concederse (punto 10).

[...] En los folletos '*Convenio Marco Tarifario. Transporte de Contenedores y Carga General del Puerto de Bilbao y Bermio*', 1998 y '*Convenio Marco Tarifario. Transporte de Contenedores y Carga General del Puerto de Bilbao y Bermeo*', 1999, editado por el Sintrabi, se incluye un anejo VI, en forma de matriz, que consta de 40 filas, que corresponden a 40 capitales de provincia españolas, y de tres columnas. La segunda columna hace referencia al precio total que debe cargarse desde Bilbao y la tercera al precio por correspondiente al transporte desde esa misma ciudad a cada capital de provincia. En la parte inferior de la hoja se especifica el método utilizado para calcular esas tarifas y se señala que serán de obligado cumplimiento si no se ha pactado por escrito. No aparece especificado quién acuerda cumplir tales tarifas."

B) En cuanto al carácter ilícito de las conductas colusorias apreciadas:

"En relación con las conductas sancionadas, el recurrente realiza dos tipos de alegaciones: a) una, sobre los acuerdos relativos a la fijación de tarifas y distanciero entre Bilbao y capitales de provincia, a partir de 200 Km., y más de 20 Toneladas de peso máximo autorizado, y b) otra, sobre los acuerdos adoptados en relación con el transporte de contenedores, de carga general y de basculantes hasta 200 Km.

Sobre la primera de estas cuestiones, alega la demandante que el Acuerdo objeto de sanción fija unos precios que son copia literal de la fórmula sobre precios en esta clase de transportes contenida en la Orden de 23 de diciembre de 1997.

Se está refiriendo el recurrente la Orden de 23/12/97, del Ministerio de Fomento (BOE de 30/12/97, RCL 1997\3095). Pero existe una significativa diferencia entre los precios que se establecen en dicha Orden y los contenidos en los Acuerdos a que se refiere la sanción.

En la Orden de 23/12/97 se subraya que se trata de tarifas de referencia. Su exposición de motivos indica que los costes y tarifas se contemplan en la Orden 'como elemento orientativo ...en relación con el cual las partes podrán convenir otro igual, superior o inferior, en función de cuáles sean las particularidades presentes en sus recíprocas prestaciones'. De acuerdo con lo anterior, el *artículo 2* de la Orden trata de 'costes orientativos' y el *artículo 3* se refiere a 'tarifas de referencia'.

Por el contrario, tanto el SDC como el TDC consideran que los precios fijados en los Acuerdos en que participó la demandante era de carácter obligatorio. Tal consideración es compartida por la Sala, pues -al margen de su texto- lo cierto es que todos los Acuerdos tenían, para la demandante, un carácter obligatorio y así lo prueban sus actuaciones tendentes a imponer su cumplimiento y a castigar los incumplimientos: 1) lo reconoce la propia recurrente en el escrito dirigido al SDC el 20/1/99, que se refiere a los Acuerdos como 'vinculantes', únicamente a las empresas intervinientes y representadas en los mismos' (folios 176 a 179 del expediente del SDC), 2) el 15 de julio de 1997 la demandante Sintrabi dirigió un fax a la Comisión de Contenedores, en el que afirma que se han producido incumplimientos de tales acuerdos -lo cual sólo es posible si se admite la obligatoriedad de los mismos- al tiempo que aprobó la demandante por unanimidad que sólo carguen los vehículos con base en el puerto de Bilbao, 'no pudiendo cargar mercancías' los camiones con base fuera del Puerto de Bilbao (folio 66 del expediente del SDC), 3) fax a los consignatarios en el que vuelve a tratar de la cuestión de incumplimiento y obligatoriedad de los Acuerdos (folio 67 SDC), 4) fax en el que se comunica la decisión adoptada por una Comisión integrada, entre otros, por la demandante, de sancionar a una empresa con el boicot indefinido de sus contenedores, 'en cumplimiento' de los Acuerdos (folio 281 SDC), 5) fax de una empresa que denuncia la decisión de boicot del transporte de su mercancía decidido por la recurrente por no cumplimiento de los Acuerdos (folios 287 SDC), 6) fax de Sintrabi a la Asociación de Consignatarios comunicando unas modificaciones de tarifas en la que no sólo no existe ninguna alusión al carácter orientativo o de referencia de las mismas, sino que termina diciendo que 'el incumplimiento de los acuerdos anteriores implicará la retirada del servicio de transporte por los camiones porta-contenedores del Puerto de Bilbao (folio 448 SDC), 7) fax de Sintrabi con nueva referencia a incumplimientos y carácter obligatorio de los Acuerdos (folio 449 SDC), 8) fax de Sintrabi en el que se pone de manifiesto otro incumplimiento de los Acuerdos por una empresa y se comunica la decisión de boicot de sus mercancías (folio 555 SDC), y 9) fax de la demandante sobre incumplimiento de los Acuerdos por otra empresa y comunicación de la decisión de boicot a su carga (folio 558 SDC).

En definitiva, lo anterior muestra que los Acuerdos sobre precios y tarifas de que tratamos nunca tuvieron carácter orientativo o de referencia para el Sindicato demandante, sino al contrario, consideraron que las tarifas y demás condiciones recogidas en los repetidos acuerdos tenían un carácter obligatorio para todos los intervinientes en el contrato de transporte (transportistas, consignatarios, dueños de la carga), adoptando además una conducta activa de vigilancia del cumplimiento de los Acuerdos, y denuncia y represalias por los incumplimientos.

[...] En relación con los Acuerdos en relación con el transporte de contenedores, de carga general y de hasta 200 kilómetros, la parte actora admite que se trata de una conducta convergente de distintos operadores que tienen cabida en el *artículo 1 LDC*, dada la amplitud conceptual de las conductas prohibidas por dicho precepto, por lo que su pretensión no se encamina a que se declare no conforme a derecho la Resolución del TDC, sino a que se atemperen las sanciones.

No obstante, antes de tratar del aspecto sancionador, la recurrente considera oportuno manifestar que muchas de las cláusulas de los 3 Acuerdos a que ahora nos referimos (contenedores, carga general y hasta 200 Km. de distancia) no son sino transcripciones literales de las Órdenes del Consejero de

Transportes y Obras Públicas. Se trata de dos Órdenes de fecha 22 de febrero de 1993, publicadas con los números 836 y 837 en el Boletín Oficial del País Vasco número 49, del día 12 de marzo de 1993 (www.euskadi.net/cgi-bin_k54/bopv_00?C).

Sobre tal alegación debemos tener en cuenta que las Órdenes que se citan son de fecha 22 de febrero de 1993, mientras que los Acuerdos por los que la demandante resultó sancionada son de los años 1998 y 1999, y entre ambas fechas, el RD 1136/1997, de 11 de julio, modificó el *artículo 28 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre*, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y estableció el principio de que 'los transportes de mercancías no estarán sujetos a tarifas obligatorias', salvo las que puedan establecer las CC.AA. con carácter de máximas. Por tanto, si a partir de esa fecha se suprime cualquier intervención de la Administración Pública de fijación de tarifas obligatorias para el transporte de mercancías por carretera, es mucho más evidente que carece de cualquier cobertura legal la fijación de unas tarifas obligatorias por parte de una Asociación de transportistas."

C) En cuanto a las sanciones:

"En relación con las sanciones, el recurrente considera que la Resolución impugnada: a) viola el principio de proporcionalidad, en relación con las demás empresas sancionadas, b) falta de aplicación por el TDC de atenuantes recogidas en el Informe propuesta del SDC, y c) infracción del RD 1398/93 por no aplicación de la doctrina de la infracción continuada, con la consecuencia de exceder la suma de las sanciones impuestas el tope máximo de 150 millones establecido en el *artículo 10 LDC*.

El examen de las sanciones debe tomar como referencia la modalidad y alcance de la práctica anticompetitiva a que se refiere este caso. Se trata, como pone de manifiesto la Resolución del TDC impugnada, de un acuerdo de fijación de precios, prohibido por el *artículo 1 LDC*, que es una de las prácticas que más daño causa a la competencia al exigir un concierto entre empresas directamente competidoras. Y dicho acuerdo tenía por objeto el transporte de mercancías en el puerto de Bilbao, que no es precisamente pequeño, pues afecta a un total de 235.000 camiones por año, que desplazan 8 millones de Tm., con un volumen económico de 20.000 millones de pesetas.

Efectivamente, como manifiesta el recurrente, la Resolución del TDC impone 4 multas de 50 millones de pesetas a la demandante, mientras que las sanciones impuestas a las individuales empresas de transportes son mucho más bajas, de 200.000 pesetas cada una, pero tal diferencia no es arbitraria, y ni siquiera inmotivada, sino que está explicada en la propia Resolución impugnada. Respecto a la diferente conducta de la demandante y las empresas de transportistas, como indica el F.J. 14 de la Resolución del TDC, lo cierto es que Sintrabi incurrió en una 'especialísima responsabilidad', pues pilotó los 4 acuerdos, los publicó y ha ejercido 'la función de policía' en cuanto a su cumplimiento, mientras que algunas de las empresas inculpadas no estuvieron inicialmente de acuerdo con tal forma de proceder, e incluso llegaron a denunciar los hechos ante el Gobierno Vasco, y sólo en un contexto de enfrentamientos violentos optaron por unirse a los acuerdos anticompetitivos.

La Sala comparte todas estas consideraciones del TDC. No sólo Sintrabi 'pilotó' o dirigió y organizó la adopción de los Acuerdos, de tal modo que sin su presencia estos nunca se hubieran alcanzado, sino que además, adoptó esa función de policía a que se refiere el TDC, declarando incumplimientos e imponiendo castigos y sanciones, en forma de represalias y boicot a empresas que consideraba incumplidoras de los acuerdos anticompetitivos. Todo ello atribuye un 'plus' que diferencia cualitativamente la conducta de la recurrente de las empresas transportistas y justifica la diferente extensión de las multas impuestas por el TDC.

[...] Los atenuantes recogidos por el SDC se referían a las características particulares del sector. Y el TDC, que no está vinculado por las apreciaciones, razona en el FJ *número 11 que el artículo 1 LDC*, al establecer la prohibición legal de cierto tipo de acuerdos, no hace ninguna referencia a la situación económica, buena o mala de las empresas que lo suscriben."

D) En cuanto a la calificación de la infracción como continuada y a su sanción unitaria:

"[...] La demandante considera que es aplicable la figura de la infracción continuada, prevista en el *artículo 4.6 del RD 1398/1993, de 4 de agosto*, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPS), que es aplicable al ejercicio de dicha potestad en el ámbito de defensa de la competencia.

Dice el *artículo 4.6 del REPS* que 'será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.'

Los requisitos, entonces, para la aplicación de la figura de la infracción continuada son: a) una pluralidad de acciones u omisiones, b) infracción del mismo o de semejantes preceptos administrativos y c) planificación previa de la ejecución o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión. Todos ellos concurren en este caso, en el que Sintrabi adoptó e impuso 4 acuerdos distintos, todos ellos contrarios al *artículo 1 LDC*, y dentro de una misma unidad de voluntad o plan de fijación de precios para el transporte de todo tipo de mercancías en el puerto de Bilbao.

La figura de la infracción continuada no es desconocida en el ámbito de la aplicación administrativa de las normas de defensa de la competencia, pues el propio TDC ha hecho uso de la misma, con anterioridad a la Resolución impugnada en este recurso, en sus Resoluciones de 27 de julio de 1999 (F.J. 7º, AC 2001\1005), 31 de octubre de 2000 (F.J. 5º, AC 2001\465), y 31 de octubre de 2001 (F.J. 4º, AC 2003\347), así como en Resoluciones más recientes, como la 31 de mayo de 2002 (F.J. 10º, AC 2003\20).

En el derecho penal, las consecuencias sancionadoras que siguen de la apreciación de una continuidad delictiva son, de acuerdo con el *artículo 74 del Código Penal* aprobado por L. O. 10/1995, de 23 de noviembre, la imposición de una única pena, en lugar de tantas cuantas correspondan a las acciones que integren el delito continuado, si bien la pena aplicable será la que corresponda a la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Como explica la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de abril de 2004 (RJ 2004\3457), esta agravación de la pena se fundamenta en la reiteración de las acciones antijurídicas que ponen de manifiesto una persistencia del autor en su actitud contraria al derecho, que requiere una respuesta penal proporcionada.

En atención a todo lo dicho, la Sala entiende que procede anular las 4 sanciones de 50 millones de pesetas cada una, impuestas por el TDC al demandante en la Resolución impugnada, y apreciando la existencia de una infracción continuada, imponer al recurrente una única sanción de 601.012,10 euros (100 millones de pesetas), en atención a las mismas circunstancias de modalidad y alcance de la restricción de la competencia y dimensión del mercado afectado, ya apreciadas por la Resolución del TDC y confirmadas en esta sentencia."

Tercero.- Tanto el Abogado del Estado como el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya han recurrido en casación, formulando sendos recursos con un solo motivo deducido al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*. Uno y otro tienen un alcance limitado pues se refieren, respectivamente, o bien al carácter "continuado" de la infracción apreciada o bien a la proporcionalidad de la sanción impuesta.

El Abogado del Estado afirma que la Sala ha infringido el *artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto*, por el que se aprobó el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora. A su juicio, por encima de las coincidencias existentes entre las conductas sancionadas, dichas conductas "no son encuadrables en un mismo tipo infractor, tienen sustantividad propia e independiente", por lo que debieron mantenerse las resoluciones que las castigaban de manera separada.

En el desarrollo argumental del motivo, sin embargo, el Abogado del Estado no diferencia con la necesaria precisión lo que es mera apreciación de unos hechos a la luz de las pruebas practicadas de lo que es calificación jurídica de la conducta infractora, una vez fijados definitivamente sus perfiles de hecho. Sólo a ésta (la calificación) y no a aquélla (la apreciación de los hechos) debemos limitar nuestro control casacional en el marco de un motivo que denuncia la infracción de la norma sustantiva aplicada.

Crítica el Abogado del Estado, en primer lugar, la apreciación de la Sala de que "[...] existió una decisión y un plan imputable al Sindicato sancionado para fijar los precios del transporte de todo tipo de mercancías en el puerto de Bilbao". La censura no podrá ser estimada en la medida en que se refiere a la fijación de los hechos y a la valoración de las pruebas. El mismo defensor de la Administración así lo revela implícitamente cuando trata de basarla en el argumento de que "no existe en el expediente elemento probatorio alguno en el que apoyar la apreciación consistente en que el Sindicato sancionado ideó y llevó a la práctica, con unidad de acción, criterio y finalidad, un plan para fijar los precios del transporte de todo tipo de mercancías en el puerto de Bilbao". Pero, insistimos, con ello no hace sino discrepar de la valoración del material probatorio que existe en los autos y del propio relato de hechos probados.

El tribunal de instancia no ha prescindido de examinar los componentes de los diferentes acuerdos

adoptados por el Sindicato de Transportistas Autónomos, de cuyo análisis concluye que existió el designio común de fijar las tarifas para el transporte de todo tipo de mercancías en el puerto de Bilbao: se trata, pues, en la apreciación de la Sala sentenciadora, de un proyecto unitario del que los diferentes acuerdos colusorios no son sino reflejos sucesivos ordenados a su ejecución material. El hecho de que los acuerdos figuren en sendos "convenios marco tarifarios" aprobados por el sindicato de transportistas recurrente corrobora, si fuera preciso, la unidad de designio que el tribunal de instancia subraya.

Afirmar, como hace el Abogado del Estado, que "no se ha acreditado ni en el expediente ni en procedimiento judicial" aquel designio unitario es, repetimos, discrepar de la apreciación de los hechos. El *artículo 4.6 del Reglamento* para el ejercicio de la potestad sancionadora exige tan sólo que haya un "plan preconcebido" para la realización de las conductas infractoras continuadas en el tiempo y corresponde a los tribunales de instancia, a la vista de las pruebas aportadas, determinar si dicho plan existió o no.

Sentado lo anterior, y afirmado por tanto el elemento subjetivo o intencional unitario (en términos del tribunal sentenciador, la "unidad de voluntad o plan de fijación de precios"), el examen de los componentes objetivos que exige el tipo infractor revela que la Sala de instancia no ha aplicado o interpretado de modo erróneo el precepto que el Abogado del Estado considera vulnerado. Recordaremos que a tenor de este último, "será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión."

Si la infracción continuada requiere la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos (en ejecución del ya citado "plan preconcebido") es claro que en el caso de autos tal requisito se cumple. Las cuatro conductas colusorias o prácticas restrictivas de la competencia sancionadas se encuentran, todas ellas, incursas en el mismo artículo, *apartado y letra (artículo 1, apartado primero, letra a)* de la Ley de Defensa de la Competencia) y responden al mismo tipo infractor, esto es, al que sanciona la adopción de un acuerdo mediante el que una determinada asociación empresarial -en este caso el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya- fija los precios y las condiciones comerciales que han de regir la actuación comercial de sus asociados a fin de eliminar la competencia de éstos entre sí.

La mera circunstancia de que el acuerdo colusorio se concrete en previsiones aplicables de manera detallada a diversos tipos de operaciones de transporte por carretera (contenedores, carga general, carga completa, camiones basculantes) en relación con el puerto de Bilbao y en función de las distancias aplicables, dicha circunstancia, decimos, en nada obsta al carácter unitario del acuerdo mismo ni a la calificación de la conducta infractora como continuada, a los efectos del repetido *artículo 4.6 del Reglamento* para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el *Real Decreto 1398/1999, de 4 de agosto*.

El recurso del Abogado del Estado debe, pues, ser rechazado.

Cuarto.- También lo ha de ser el que formula el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya. Su contenido se reduce a discrepar de la cuantía de la multa fijada por el tribunal de instancia al considerar que viola los principios "de proporcionalidad y tipicidad en la graduación de las sanciones administrativas". El desarrollo argumental del motivo se plasma en dos apartados que seguidamente analizaremos por separado.

A) Afirma el recurrente que la Sala ha infringido el *artículo 25* de la Constitución Española "en cuanto al carácter reglado de la potestad sancionadora, y en concreto respecto al carácter reglado y taxativo de los criterios de graduación de las sanciones, infringiendo igualmente el *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* aplicable que establece con carácter taxativo y exhaustivo los criterios por los que se han de graduar y cuantificar las sanciones a aplicar, e igualmente la jurisprudencia que desarrolla ambos conceptos, y que se citará más adelante."

A su juicio, entre los criterios establecidos en el referido *artículo 10* no figuran los utilizados "por el TDC en su resolución y posteriormente en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional", y la sanción impuesta al Sindicato recurrente es "absolutamente dispar de la impuesta a los demás coautores de las infracciones imputadas".

El motivo no puede ser estimado. La *Ley de Defensa de la Competencia* se refería en el inciso inicial de su *artículo 10* a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos tipificadores de las conductas

restrictivas de la competencia. Al apreciar las actuaciones sujetas a su control nada impide que los órganos de defensa de la competencia consideren que la participación de algunos de aquellos sujetos infractores en las conductas sancionadas es particularmente intensa y más destacada que la de otros, de modo que su represión puede ser -en paralelo con aquélla- más severa.

En efecto, la participación de varios sujetos en calidad de coautores de una misma infracción contra la defensa de la competencia no necesariamente presentará el mismo grado de intensidad. En la medida en que uno de aquellos sujetos inspire el acuerdo colusorio, lo promueva, consiga las adhesiones de otros agentes económicos, vigile su cumplimiento y "arrastre" a los demás, su autoría reviste una especial significación que legitimará, en buena lógica jurídica, una mayor sanción que la impuesta a los demás sujetos.

En el supuesto de autos la Sala de instancia destaca cómo el sindicato recurrente "dirigió y organizó la adopción de los Acuerdos, de tal modo que sin su presencia éstos nunca se hubieran alcanzado". Subraya de modo especial que aquél adoptó una "función de policía [...] declarando incumplimientos e imponiendo castigos y sanciones, en forma de represalias y boicot a empresas que consideraba incumplidoras de los acuerdos anticompetitivos". Es lógico, pues, que, ante este "plus que diferencia cualitativamente la conducta de la recurrente de las empresas transportistas", el tribunal de instancia juzgara, con acierto, justificada la diferente cuantía de las multas aplicable a uno y a otras.

En contra de lo que afirma el recurrente, no se vulneran por ello los "taxativos criterios de graduación previstos y tipificados en la normativa de aplicación". Dispone el *artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia* que la cuantía de las sanciones se ha de fijar atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrán en cuenta los factores o criterios que la propia norma establece (la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas).

La aplicación de tales criterios, que se refieren de modo singular a la componente objetiva de la conducta ("la importancia de la infracción"), no impide, sin embargo, atender específicamente al grado de participación de los sujetos infractores, en los términos ya dichos. Otra conclusión sería absurda y contraria a los principios generales que inspiran la aplicación de todo el derecho sancionador: el "dispar y desproporcionado" trato del que se queja el recurrente podría producirse si las empresas que han participado en las conductas colusorias a causa, precisamente, de la decisiva actuación del sindicato impulsor de los acuerdos, en los términos ya expuestos, recibieran la misma sanción que éste.

B) En segundo lugar, sobre la base de "la línea argumental formulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2003 y su proyección en la normativa reguladora de las infracciones y sanciones en materia de defensa de la competencia, que permite concluir que los preceptos de la LDC que se han aplicado no están respetando la doctrina constitucional [...]", el sindicato recurrente reitera su petición de ver reducida su sanción "a cuantías similares a las impuestas a los demás infractores sancionados".

La argumentación parte de que los *artículos 1, 6, 7 y 4.2 de la Ley de Defensa de la Competencia* no gradúan en leves, graves o muy graves las infracciones que tipifican, lo que sería contrario a aquella doctrina. Sin embargo, el recurrente no solicita el planteamiento de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. Por nuestra parte, no consideramos que dicho planteamiento fuera procedente, por las razones que ya expusimos cuando aquella petición fue formulada adecuadamente en el marco de otros recursos de casación. Nos remitimos a lo expuesto en el fundamento jurídico décimo de la sentencia de 6 de marzo de 2003, recaída en el recurso de casación número 9710 de 1997, en la que, entre otras consideraciones, hicimos las que siguen:

"[el motivo] Se aparta propiamente de lo que debería ser la crítica de inconstitucionalidad al *artículo 10* (que, insistimos, se limita a prever el importe máximo de la multa y los criterios para fijarla) cuando censura que las conductas sancionables no se dividan en las categorías 'habituales', esto es, que no se haya establecido 'como es típico y habitual, el correspondiente cuadro de infracciones asociadas a las sanciones habitualmente calificadas éstas como leves, graves y muy graves', y añade que los 'tipos sancionadores no se describen con claridad y tipicidad'.

Formulada en estos términos, la crítica parecería dirigirse más bien a los preceptos singulares que describen las conductas prohibidas, esto es, a los *artículos 1, 6 y 7 de la Ley*, sin establecer aquellas subdivisiones. Conductas prohibidas o tipos de infracción (más bien que 'tipos sancionadores') que a juicio de esta Sala tienen, por un lado, el suficiente grado de descripción y certeza normativa como para no

vulnerar las exigencias constitucionales contenidas en el *artículo 25.1* y, por otro lado, pueden legítimamente quedar englobados en una única categoría sin que por ello infrinjan precepto constitucional alguno, pues ninguno existe que imponga la división tripartita que parece reclamar la recurrente."

Hemos afirmado asimismo en la citada sentencia lo siguiente respecto al contenido del *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* y a las críticas que sobre él hace la parte recurrente:

"[...] Los *apartados primero y segundo del artículo 10* no son susceptibles del reproche de inconstitucionalidad que la parte recurrente pretende. Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de éste, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la "importancia" de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio *artículo 10*, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso".

En conclusión, las premisas sobre las que se asienta la segunda parte del motivo de casación formulado por el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya no pueden ser aceptadas, lo que, junto a las demás consideraciones expuestas, determinará la desestimación de éste en su integridad.

Quinto.- La desestimación de ambos recursos lleva aparejada la preceptiva condena en costas a las partes que lo han sostenido, conforme prescribe el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional*.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar a los recursos de casación tramitados con el número **3063/2005**, interpuestos por el Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia (Sintrabi) y la Administración del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional el 28 de febrero de 2005 recaída en el recurso número 134 de 2002. Imponemos a cada parte recurrente las costas de su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.