



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA
(Expte. VSACAN/0012/11, TRANSPORTE AYUNTAMIENTO DE LAS PALMAS)**

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 8 de octubre de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VSA/CAN/0012/11, TRANSPORTE AYUNTAMIENTO DE LAS PALMAS, cuyo objeto es la ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional, dictadas como consecuencia de los recursos interpuestos en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 25 de octubre de 2012 (Expediente SA/CAN/0012/11 TRANSPORTE AYUNTAMIENTO DE LAS PALMAS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 25 de octubre de 2012, en el expediente SA/CAN/0012/11 TRANSPORTE AYUNTAMIENTO DE LAS PALMAS, el Consejo de la extinta CNC resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 en los términos descritos en el Fundamento de Derecho Cuarto, de la que son responsables AUTURCA S.A., GLCM (Gerardo Lucas Cubas Mateo) y TRANSPORTES ANTONIO DÍAZ HERNÁNDEZ, S.L.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción:

- 43.800 € a AUTARCA [sic];
- 292.600 € a TRANSPORTES ANTONIO DIAZ HERNANDEZ, S.L.; y
- 53.900 € a GLCM.

TERCERO.- Instar al Servicio Canario de Defensa de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”

2. La citada Resolución fue notificada a TRANSPORTES ANTONIO DÍAZ HERNÁNDEZ, S.L. (TRANSPORTES ADH) y a Autobuses Turísticos Canarios, S.L. (AUTURCA) el 29 de octubre de 2012, y a D. Gerardo Lucas Cubas Mateo (GLCM) el 30 de octubre de 2012. Todos ellos interpusieron contra dicha Resolución recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional el 10 de diciembre de 2012, el 28 de diciembre de 2012 y el 4 de diciembre de 2012, respectivamente.
3. Los tres sancionados procedieron al pago de la sanción en la cuenta restringida de recaudación de multas de la CNC notificada al efecto, tal y como consta en el extracto bancario aportado por cada una, de la siguiente manera:
 - TRANSPORTES ADH ingresó el importe total de la sanción (292.600€) el 30 de noviembre de 2012.
 - AUTURCA realizó el pago íntegro de la sanción impuesta (43.800€) el 30 de noviembre de 2012.
 - GLCM formalizó el pago íntegro de la sanción (53.900€) el 29 de enero de 2014.

Con fecha 16 de agosto de 2013 la CNC abonó a la Tesorería del Gobierno de Canarias el importe de las multas correspondientes a TRANSPORTES ADH y AUTURCA por un total de 336.400€ (292.600€+43.800€), y el 5 de mayo de 2014 el importe de la multa impuesta a GLCM de 53.900€.

4. Mediante sentencia de fecha 10 de marzo de 2015 la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso presentado por GLCM (recurso nº 696/2012) declarando no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en lo referente a la cuantificación de la multa. En los mismos términos, el 12 de marzo de 2015 la Audiencia estimó parcialmente los recursos presentados por AUTURCA (recurso nº 743/2012) y TRANSPORTES ADH (recurso nº 703/2012).
5. En el marco del presente procedimiento de vigilancia, llevado a cabo por el Servicio Canario de Defensa de la Competencia (SCDC) adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias, y con el objeto de que la CNMC procediese a la ejecución de lo dictado en las citadas sentencias, con fecha 20 de abril de 2015 el SCDC requirió a los tres sancionados para que aportasen la información relativa a la cifra del volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2011.

Con fechas 6, 14 y 15 de mayo de 2015 y tras la reiteración del requerimiento inicial, se recibieron las contestaciones de AUTURCA, TRANSPORTES ADH y GLCM respectivamente, aportando la información solicitada sobre el volumen de negocios.

6. Con fecha 22 de mayo de 2015, tuvieron entrada en el registro del SCDC sendos escritos de alegaciones presentados por TRANSPORTES ADH y GLCM, en los cuales solicitan la aplicación de los criterios para la determinación del importe de la sanción contenidos en el art. 64 de la Ley de Defensa de la Competencia.
7. Con fecha 17 de junio de 2015, fecha de entrada en el Registro de la CNMC, la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias, al amparo del artículo 41 de la LDC, procede a la elevación de su Informe Parcial de Vigilancia, para que por parte de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC se realice motivadamente el cálculo del importe de las nuevas multas a imponer a AUTURCA, TRANSPORTES ADH y GLCM, en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional, de 10 y 12 de marzo de 2015.
8. Son partes interesadas en el presente expediente:
 - TRANSPORTES ANTONIO DÍAZ HERNÁNDEZ, S.L. (TRANSPORTES ADH)
 - AUTOBUSES TURÍSTICOS CANARIOS, S.L. (AUTURCA)
 - D. GERARDO LUCAS CUBAS MATEO (GLCM)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación Competencial

En aplicación del artículo 41 de la LDC y del artículo 42 del R.D. 261/2008, de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en relación con sus Disposiciones Adicionales Octava y Única, respectivamente, corresponde al órgano instructor de la Comunidad Autónoma de Canarias la vigilancia del cumplimiento de aquellas Resoluciones del Consejo de la CNMC (extinta CNC), recaídas sobre expedientes instruidos por dicho órgano instructor.

A este respecto, y según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, de 21 de Febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, *“en tanto las Comunidades Autónomas no hayan constituido sus respectivos órganos de defensa de la competencia, el Estado seguirá ejerciendo las competencias que le correspondan”*. En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, donde se ha puesto en funcionamiento únicamente el órgano instructor (el Servicio Canario de Defensa de la Competencia adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias, en adelante SCDC), la resolución de los

expedientes instruidos por dicho Servicio corresponde a la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de Junio, de Creación de la CNMC, y en el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por R.D. 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento, que incluye entre otras cuestiones la determinación de la cuantía de las multas, corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Sobre la ejecución de sentencias de la Audiencia Nacional.

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Mediante Sentencia de fecha 10 de marzo de 2015, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso presentado por GLCM, declarando no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en lo referente a la cuantificación de la multa *“dado que la sanción se impone en el 10% del volumen total de negocio sobre la base de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, debe estimarse el recurso en este punto a fin de que por la CNC se dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo.”* Se refiere la Audiencia Nacional a la doctrina contenida en la Sentencia de la Sala 3ª de lo Contencioso- Administrativo, de 29 de enero de 2015, del Tribunal Supremo.

Asimismo mediante Sentencia de fecha 12 de marzo de 2015, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso presentado por TRANSPORTES ADH, declarando no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada y anulando la misma en lo referente a la cuantificación de la multa, *“ordenando a la CNMC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, confirmando la Resolución en sus restantes pronunciamientos”.*

Por último, mediante Sentencia de fecha 12 de marzo de 2015, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso presentado por AUTURCA, declarando no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada y anulando la misma en lo referente a la cuantificación de la multa, *“ordenando a la CNMC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, confirmando la Resolución en sus restantes pronunciamientos”.*

TERCERO.- Sobre la determinación de la sanción.

3.1. Hechos acreditados

Para la ejecución de las citadas Sentencias de la Audiencia Nacional y la imposición de las correspondientes sanciones a TRANSPORTES ADH, AUTURCA y GLCM, hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a estos en la Resolución de 25 de octubre de 2012, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y son firmes, al no haber recurso de casación ordinario.

En el Informe Parcial de Vigilancia de 11 de junio de 2015 elaborado por el SCDC, en relación a los hechos acreditados se recoge lo que se reproduce a continuación:

"El 3 de agosto de 2010 se convoca concurso público a los efectos de adjudicar el contrato de prestación de servicios de transporte de viajeros para actividades lúdico-deportivas, socioculturales y socioeducativas, catalogado por el Ayuntamiento como expediente de contratación 449/10.

El 6 de septiembre de 2010 se procede a la apertura pública de las ofertas.

El 29 de septiembre de 2010 COMFORT TURISTOUR, S.L., denuncia la igualdad de precios existente entre las ofertas realizadas por tres de los licitadores ante el Ayuntamiento.

(...)

Los elementos de interés del pliego de cláusulas administrativas particulares son los siguientes:

Cláusula octava (FOLIOS 61-83), "los criterios que sirven de base para la adjudicación del presente expediente son los siguientes:"

- Propuesta económica, con una ponderación del 80%.*
- Número de plazas disponibles para el desplazamiento de personas con discapacidad, con una ponderación del 20%.*

Con posibilidad de subcontratar con terceros la realización de la prestación hasta un porcentaje que no exceda del 60% del importe de adjudicación; no obstante, "El contratista deberá comunicar anticipadamente y por escrito al Ayuntamiento la intención de celebrar el subcontrato o los subcontratos, con una anticipación de 5 días hábiles."

(...)

En resumen, la oferta económica de los licitadores está compuesta por un total de 902 precios diferentes. Además, la disposición novena del Pliego Técnico añade 3 elementos para los que no se establece un precio máximo de licitación: "Para la realización de aquellos servicios que no vengán recogidos en los citados anexos se estipulará un precio unitario por kilómetro recorrido." "Asimismo, se deberá especificar el importe que se facturará cuando no se realice un servicio que se había solicitado, sin que se haya avisado con la antelación suficiente, así como el precio por "hora extra" del servicio."

(...)

Del análisis llevado a cabo en la fase de instrucción de las ofertas económicas presentadas por los cinco licitadores al concurso: AUTURCA, SA, (Autobuses Moreno) (FOLIOS 463- 471), GLCM (Amanda Bus) (FOLIOS 504-517), Antonio Díaz Hernández, SL (CANARYBUS) (FOLIOS 521-533), COMFORT TURISTOUR, SL (FOLIOS 280-290) y la UTE Autobuses Hernández S.L. y Transportes LA Pardilla S.L. (FOLIOS 489-50 1), consta acreditado que de los 902 precios que conforman la oferta económica de cada uno de los licitadores, todos y cada uno de los precios ofertados por las tres empresas denunciadas (AUTURCA, SA, GLCM y Antonio Díaz Hernández, SL) son exactamente iguales.

(...)

Asimismo, cabe resaltar que en la parte relativa a estos servicios, en dos de las tres empresas denunciadas (GLCM y Transportes Antonio Díaz Hernández SL), las ofertas económicas tienen exactamente la misma redacción, contando incluso con igual error ortográfico de concordancia de número entre el sustantivo y el adjetivo demostrativo, incluido en el apartado primero del Anexo I de dichas propuestas (FOLIOS 515 y 533): "1. El precio unitario por kilómetros, de aquellos recorridos que no vengán recogidos en los anexos, será de 1,40 €/km."

(...)

Con el fin de investigar la acreditada identidad de precios durante la instrucción se le requirió a cada una de las tres empresas que aportase al expediente:

- "Detalle de las distintas variables que se consideraron a la hora de conformar los diferentes precios ofertados";*
- "Valor unitario de cada una de dichas variables para determinar el precio final"*
- y "Porcentaje de imputación de costes directos e indirectos de la empresa a dichos precios (estadillo de costes)."*

(...)

Siguiendo los criterios anteriores declarados por las imputadas a la hora de fijar los precios de las ofertas, la instrucción ha replicado las ofertas, aplicando los porcentajes de rebaja argumentados por dos de las denunciadas en sus escritos (GLCM y AUTURCA), considerando individualmente cada trayecto y tipo de vehículo, sobre el precio de licitación y se ha constatado que el resultado obtenido coincide en su mayoría con los precios de las ofertas propuestas en el concurso público del Ayuntamiento, excepto en 9 trayectos correspondientes al bloque "Desplazamientos urbanos e interurbanos" y en 13 de la categoría "Traslados por excursiones específicas", comprobándose que en las propuestas de las dos empresas coinciden exactamente estas excepciones de la aplicación de la regla general de los porcentajes.

(...)

En conclusión, aunque solo dos de las tres empresas denunciadas detallan los porcentajes de rebaja aplicados, estos cambios se producen de forma idéntica en las tres empresas denunciadas. No nos consta que exista un motivo justificado para dicha modificación del porcentaje de rebaja en el total de 22 rutas.

(...)

El ayuntamiento ha manifestado que el 7 de enero de 2011 se firmó el Acta de Iniciación de Servicio con la adjudicataria y que "no se ha recibido en nuestro Departamento solicitud alguna por parte de la citada empresa en el sentido de que se le autorice a subcontratar todo o parte del servicio que se le ha adjudicado". Asimismo se remite un listado de los servicios realizados hasta la fecha."

En conclusión, tal y como se recoge en el fundamento de derecho (en adelante, FD) cuarto de la Resolución de la CNC, "el Consejo (...) coincide con la valoración realizada por el SCDC en el sentido de considerar acreditada la existencia de una conducta colusoria entre las tres imputadas para ofertar idénticos precios en los servicios contenidos en la licitación pública 449/10 llevada a cabo por el Ayuntamiento de Las Palmas para la provisión de servicios de transporte de viajeros para actividades lúdicas, sociodeportivas, socioculturales y socioeducativas, durante cuatro años, y que dicho pacto es contrario al artículo 1 LDC".

3.2. Cálculo de las sanciones

Para la determinación del nuevo importe de las sanciones, deberá tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 63 y 64 de la LDC, a la luz de lo señalado en las tres sentencias de la Audiencia Nacional sobre la Resolución de la extinta CNC antes referidas, en relación con la aplicación de la Sentencia de 29 de enero de 2015 del Tribunal Supremo:

- *Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites "constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje" y continúa exponiendo que "se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones."*

- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al "*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "*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*". Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, esto es, "*a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables*."
- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala en particular que el artículo 64 enumera criterios 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.”
Añade más adelante que *“las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.”*

3.3. Elementos de graduación para concretar la sanción

La infracción que acredita la Resolución de 25 de octubre de 2012 (y que confirman los Tribunales) de la que son responsables TRANSPORTES ADH, AUTURCA y GLCM es una infracción muy grave (art. 62.4.a), y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2011.

Como ya se ha citado en el antecedente de hecho 5, con fecha 20 de abril de 2015 el SCDC realizó requerimientos de información a los tres sancionados para que aportasen la cifra del volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2011. En la tabla siguiente se muestran los volúmenes de negocios totales aportados por las empresas y la máxima sanción en euros de acuerdo con el límite del 10% establecido por el artículo 63 LDC para las infracciones muy graves:

	Volumen de negocios total en 2011 (€)	10% del volumen de negocios total en 2011
AUTURCA	5.407.403,00 (folio 187)	540.740,30
TRANSPORTES ADH	21.977.493,30 (folio 202)	2.197.749,33
GLCM	7.745.918,25 (folio 204)	774.591,82

Teniéndose en consideración estas cifras aportadas, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC considera que el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la resolución de 25 de octubre de 2012, y como dice el Tribunal Supremo en su FD 9º, teniendo en cuenta la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora.

En el Informe Parcial de Vigilancia elevado por el SCDC se recoge lo siguiente, que se reproduce *in extenso*:

“a) Dimensión y características del mercado afectado por la infracción

En la Resolución SA/CAN/0012/11 Transporte Ayuntamiento Las Palmas, el Consejo [de la extinta CNC] señala que “Las características de la oferta y de la demanda por parte de las administraciones en materia de transporte discrecional para actividades culturales, ludicosociales, educativas,..., que constan en este expediente, (periodicidad, homogeneidad, sustituibilidad, subcontratación,...) permiten definir el mercado afectado a efectos del análisis de las conductas como el de licitaciones públicas. El ámbito geográfico de dicho mercado vendría delimitado por la demanda que conforma la Administración Pública en la Comunidad Autónoma de Canarias”.

(...) “Adicionalmente, recordando casos anteriores, y siguiendo el planteamiento del expediente S/226/10 Licitaciones de carreteras, estamos ante un tipo de servicio cuya licitación se realiza con cierta frecuencia temporal, y todas ellas presentan características muy similares. Señalaba el Consejo en dicha Resolución: “Desde un punto de vista económico, las licitaciones constituyen un juego repetido al que las empresas que reúnen unas ciertas características pueden concurrir ejerciendo su presión competitiva. Las empresas en este tipo de negocio aspiran a hacerse con una cartera de proyectos. El hecho de ganar o perder en una licitación puede influir en su decisión de volver a participar en otra similar y en la oferta que lance. En estas condiciones, el Consejo considera que no cabe identificar un mercado relevante por cada licitación. (...)” Y añadía: “El argumento de que cada licitación sea considerada un mercado definido va muy unido al argumento también expresado por varias de las partes de que el volumen de negocios a considerar a efectos del cálculo de la sanción debe ser el volumen de negocios de la empresa correspondiente a cada licitación. Sin embargo, las empresas no facturan (o no deberían hacerlo) por aquellas licitaciones que no ganan. Emplear este criterio es tanto como eximir del pago de la sanción a aquellas empresas que coluden pero que no resultan adjudicatarias”.

Consecuentemente con este criterio se les ha solicitado a las tres imputadas su cifra de negocios por servicios de transporte discrecional prestado a la Administración Pública en la Comunidad Autónoma de Canarias, habiendo sido dicha información aportada por las partes.”

A este respecto conviene señalar que, conforme a la clasificación que se realiza en la Ley 16/1987 de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre:

Artículo 64

1. Los transportes públicos de viajeros por carretera pueden ser regulares o discretionales.

Son transportes regulares los que se efectúan dentro de itinerarios preestablecidos, y con sujeción a calendarios y horarios prefijados.

Son transportes discretionales los que se llevan a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido.

Artículo 67

Los transportes públicos regulares de viajeros pueden ser: (...)

b) Por su utilización, de uso general o de uso especial.

Son transportes públicos regulares de uso general los que van dirigidos a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado.

Son transportes públicos regulares de uso especial los que están destinados a servir, exclusivamente, a un grupo específico de usuarios tales como escolares, trabajadores, militares, o grupos homogéneos similares.”

Recordemos también que la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias establece en su artículo 3 la siguiente clasificación respecto al transporte:

“3. Por su periodicidad, los transportes públicos por carretera pueden ser regulares o discrecionales:

a) Son transportes regulares los que se efectúan dentro de itinerarios preestablecidos, y con sujeción a calendarios y horarios prefijados.

b) Son transportes discrecionales los que se llevan a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido. (...)

5. Por sus usuarios, los transportes públicos regulares de viajeros pueden ser de uso general o de uso especial:

a) Son transportes de uso general, los dirigidos a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado.

b) Son transportes de uso especial, los destinados a servir exclusivamente las necesidades de un grupo específico de usuarios.

6. Son transportes de carácter especial, aquellos de personas y mercancías que queden sujetos a una reglamentación singular por razón del tipo de vehículo utilizado, la clase de usuarios, las mercancías desplazadas, sus condiciones de prestación, y otras, siempre que no tenga cabida en una modalidad ya regulada.”

Parece oportuno mencionar asimismo el siguiente apunte del Consejo, realizado en la propia Resolución, que podría tomarse en consideración a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad al cálculo de las sanciones: “la ilicitud del acuerdo en precios acreditado es independiente de que el servicio afectado por esta práctica caiga en el ámbito de la regulación de los servicios de transporte discrecionales o de los transportes regulares, pues el daño a la competencia se produce de igual forma, no así necesariamente la intensidad del mismo”.

En relación con el ámbito geográfico del mercado afectado por la conducta, la Resolución recurrida expresa de manera clara que “El ámbito geográfico de dicho mercado vendría delimitado por la demanda que conforma la Administración Pública en la Comunidad Autónoma de Canarias”.

No obstante, tanto Transportes Antonio Díaz Hernández como GLCM argumentan en sendos escritos de fecha 22 de mayo que, atendiendo a las características singulares del mercado en las islas, para determinarse el sector o mercado específico afectado por la conducta sancionada debe considerarse exclusivamente

la isla de Gran Canaria. En concreto, Transportes Antonio Díaz Hernández señala que “el mercado de transporte discrecional de viajeros por carretera en Canarias está condicionado por la fragmentación territorial de nuestra Comunidad Autónoma, de tal suerte que para atender a cada uno de los mercados insulares, por las empresas que operen en más de una isla, se ha de disponer de personal, instalaciones y medios materiales en cada una de ellas, al resultar inviable trasladar de forma eficiente los medios de isla en isla, y con ello poder atender simultáneamente las demandas de transporte que se produzcan en islas diferentes.”

b) Duración de la infracción

El Consejo de la extinta CNC indica en la mencionada Resolución SA/CAN/0012/11 Transporte Ayuntamiento Las Palmas que “La infracción, el acuerdo en precios, se materializó durante la licitación, por lo que si bien cabría pensar en una infracción puntual, no debe ignorarse que la duración de la prestación del servicio licitado es de cuatro años. Cuatro años que son los que el Ayuntamiento de Las Palmas deberá pagar un precio por un servicio cuya licitación no gozó de las garantías que un proceso realmente competitivo ofrece: el mejor servicio al mejor precio y calidad. Y además el efecto de esta licitación bien pudo haber desplegado sus efectos más allá del momento temporal de la licitación concreta en la que se ha acreditado la infracción, ya que los precios fijados en esta han podido servir de base, tanto a oferentes como a demandantes, en servicios análogos posteriores. (...).”

Por su parte, tanto Transportes Díaz Hernández como GLCM indican que la infracción se agotó en el momento de la presentación de la oferta económica.

c) Alcance y efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos

El Consejo de la CNC manifiesta que “Estamos ante una infracción que supone un acuerdo horizontal entre competidores para fijar el precio de los servicios licitados, infracción que como ya se ha dicho debe ser calificada como muy grave. Pero no solo debe ser calificada como una infracción muy grave en atención a la naturaleza horizontal de la conducta, sino que, en el caso que nos ocupa, se trata de una infracción que se dirige a un servicio social financiado con los presupuestos públicos [...].”

d) Beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la infracción

En los Hechos Acreditados, el Consejo de la CNC indica que “La licitación objeto de la denuncia tenía un presupuesto de 524.000€ (131.000€ anuales) para una duración de 4 años. Cada uno de los servicios de transporte concretos a prestar se organizan tras las solicitudes recibidas y valoradas en los Centros Municipales de Servicios Sociales, que luego serán trasladadas a las empresas licitadoras. El servicio es finalmente solicitado por el ayuntamiento a la empresa ganadora de la licitación, se trata de solicitudes una a una. Podrían no llegar a prestarse la totalidad de los

servicios contemplados en la licitación, por lo que el presupuesto se trata de un techo.

Dicho Consejo expone asimismo en los fundamentos jurídicos que “No puede afirmarse que no haya quebranto para el licitador, desde el momento en que en ausencia de acuerdo los precios finales de la licitación podrían haber sido menores, cuestión distinta es que no pueda acreditarse la dimensión de tal quebranto.”

Señala también que “Con respecto a los efectos de la conducta, alegan que tampoco consta en el Expediente instruido que a consecuencia de la determinación final del precio de adjudicación realizado en el Expediente de Contratación 449/2010, se hayan visto alterados los precios de licitación de otros concursos posteriores convocados para similares tipos de servicios por otras administraciones públicas en la Isla de Gran Canaria. Ciertamente no hay una estimación cuantitativa de los efectos que el precio final de este concurso podría tener en otros concursos similares, no obstante, sí está acreditado que el precio del concurso anterior, el de 2008, sirvió de base para fijar el precio máximo de la licitación de 2010, y por tanto hay evidencia de cómo afectan a otros concursos los precios finales de concursos pasados, por lo tanto es innegable la presunción de que el resultado, alterado, de este concurso puede afectar el resultado de otros concursos, en detrimento del interés público, al poder conducir a precios mayores de los que se obtendrían en un proceso competitivo sin falseamiento del mismo.”

Conviene recordar asimismo que en escrito de fecha 5 de marzo de 2014 en contestación a un requerimiento de la Audiencia Nacional de fecha 24 de febrero de 2014, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria indicó que el importe de facturación derivado de la citada contratación fue de 39.158,96 euros para 2011 y de 21.525,05 euros para 2012.

e) Circunstancias agravantes o atenuantes:

Según se recoge en la Resolución: “AUTARCA alega como atenuante la falta de participación de las otras dos denunciadas en la subrogación del servicio, coincidiendo con el SCDC que propone como atenuante el no haber realizado ninguna subcontratación tras la adjudicación a uno de los tres imputados. El Consejo no comparte dicha valoración. Dado que existió una denuncia, la que originó precisamente este expediente, la inexistencia de subcontratación podría deberse a otras causa distintas a la enumerada en la LDC como causa de la aplicación de atenuante, como es la de no haber puesto en marcha el acuerdo, esto es, la no aplicación efectiva de las conductas. Entiende el Consejo que la aplicación de tal atenuante requiere el presupuesto de la no aplicación voluntaria de las conductas, lo que en el caso presente cabe suponer que no se da. Y añade una serie de atenuantes como la escasa trascendencia económica del concurso adjudicado, probado en 20.000€ como máximo en el plazo de cinco años; que no se ha probado la existencia del pacto; que no se ha probado la existencia de motivación para participar en el pacto, es más, la pericial ha probado su inexistencia; que no

existieron ofertas idénticas, sólo lo existieron en el 80% de la oferta; que no se ha provocado quebranto alguno al licitador, sino todo lo contrario, pues la adjudicación fue en unos precios absolutamente competitivos; que no se ha vulnerado el desarrollo de la concurrencia legítima de otros al concurso; y que no se ha vulnerado a los otros participantes en el concurso, al no haberse acreditado prácticas de falsedad o de manipulación del mercado. Algunas de estas afirmaciones no forman parte de las categorías de atenuantes listadas en la LDC, y además no están acreditadas en el expedientes. Recordamos que el hecho de que en un expediente no se hayan acreditado efectos no puede conducir automáticamente a que se ha acreditado que no ha habido efectos, por mucho que los imputados así les interese interpretar. Con respecto al resto de alegaciones no incluidas en esta última categoría, debe señalarse que varias de las mismas se han tenido en cuenta a la hora de valorar el tipo infractor [...], no pudiendo por tanto ser también consideradas en el capítulo de atenuantes”.

Finalmente, en el Informe elevado por el SCDC se añade, a modo de resumen, el siguiente cuadro, en el que se pone en relación el volumen total de negocios de las empresas infractoras en 2011, ya presentado en la tabla anterior, con las sanciones impuestas en la Resolución SA/CAN/0012/11 TRANSPORTE AYUNTAMIENTO DE LAS PALMAS:

Empresa	Volumen de negocios total (VNT) en 2011 (€)	10% del VNT en 2011 (multa máxima en €)	Multa impuesta en 2012 (€)	% Multa en 2012 sobre VNT en 2011
AUTURCA	5.407.403,00	540.740,30	43.800	0,81%
TRANSPORTES ADH	21.977.493,30	2.197.749,33	292.600	1,33%
GLCM	7.745.918,25	774.591,82	53.90	0,70%

A la vista de todo lo anterior, esta Sala considera que, si bien la infracción cometida por las empresas es muy grave, que sus efectos trascienden el momento puntual en el que se produjo la licitación, y que afecta a un servicio social financiado con los presupuestos públicos, debe tenerse en cuenta así mismo tanto el reducido ámbito geográfico afectado por la licitación como la reducida importancia efectiva de la contratación a la que dio lugar la licitación en 2011 y 2012.

Por otro lado, para la individuación de la sanción, debe tenerse en cuenta la participación de las empresas en la infracción, de acuerdo con el volumen de negocios del mercado afectado recogido en la Resolución original de la CNC, que no ha sido puesto en duda en la revisión judicial. Según esos datos, a AUTURCA le corresponde un 11,2% del volumen de negocios en el mercado afectado, a TRANSPORTES ADH un 74,8% y a GLCM un 13,9%.

De acuerdo con la valoración global e individual de la conducta, a las empresas infractoras les corresponderían los siguientes tipos sancionadores iniciales: AUTARCA, 1,70%; TRNASPORTES ADH, 2,70%; y GLCM, 1,80%.

Sin embargo, a continuación es necesario considerar no ya la cuota de participación en la conducta sino, sino la efectiva dimensión del mercado afectado, y la correspondiente estimación del beneficio ilícito y daño potenciales, para asegurar que la sanción es proporcional. En este sentido, hay que tener en cuenta que el volumen de negocios del mercado afectado recogido en la Resolución original de la CNC no ha sido puesto en duda en la revisión judicial.

La estimación del beneficio ilícito y daño potenciales plantean especiales dificultades en el caso de las licitaciones y, más aún en el caso que ocupa a esta resolución por la interrupción de la prestación licitada antes de terminar el período para el que se ganó la adjudicación del contrato.

Una alternativa utilizada en resoluciones sancionadoras anteriores, es asumir que el beneficio ilícito y daño potenciales de una conducta anticompetitiva es al menos un 10% del tamaño del mercado afectado. Como es sabido, este es el valor empleado por la Autoridad Alemana de Competencia desde 2009. Sin embargo, en este caso puede utilizarse como referencia adicional el margen bruto de explotación (es decir, sin tener en cuenta los ingresos y gastos financieros) de las empresas del sector del transporte de pasajeros por carretera en 2011, según datos del Banco de España. Para las empresas del sector con un volumen de negocio de entre 2 y 10 millones de euros (que serviría como referencia para AUTARCA y GLCM), el valor del margen bruto de explotación de la empresa mediana del sector fue de 17,52% en 2011. Para las empresas con un volumen de negociación de entre 10 y 50 millones de euros, fue del 14,89%. Por tanto, la utilización de valores iguales o inferiores al 10% como referencia para la estimación del beneficio ilícito y daño potenciales es una opción por defecto razonable y conservadora. Así, teniendo en cuenta la reducida importancia efectiva de la contratación a la que dio lugar la licitación en 2011 y 2012, se ha visto apropiado utilizar un 8% como valor de referencia.

Aplicando este criterio de proporcionalidad, los porcentajes sancionadores iniciales mencionados anteriormente (AUTARCA, 1,70%; TRANSPORTES ADH, 2,70%; GLCM, 1,80%) se modifican para que sean proporcionales al mercado afectado por cada empresa.

En consecuencia, esta Sala considera que el porcentaje sancionador final que debe utilizarse para determinar el importe de la multa, con respecto al volumen de negocios total en 2011 de AUTURCA, TRANSPORTES ADH, y GLCM, en ejecución de las Sentencias de la audiencia Nacional de 10 y 12 de marzo de 2015 referidas en el antecedente de hecho cuarto de la presente Resolución, por las infracciones declaradas en la Resolución de la CNC de 25 de octubre de 2012, debe ser:

Empresa	Tipo sancionador final (%) a aplicar sobre VNT en 2011	Multa a imponer (€)
AUTURCA	0,65%	35.148
TRANSPORTES ADH	1,10%	241.752
GLCM	0,60%	46.476

Como puede apreciarse, aunque la multa de GLCM es mayor en euros, es menor en porcentaje sobre el volumen de negocios total en 2011. Esto es así por la corrección que el límite de proporcionalidad impone en favor de las empresas con un tamaño del mercado afectado menor respecto de su volumen de negocios total. En el caso de AUTARCA, su mercado afectado supone un 8,1% del volumen de negocios total en 2011, mientras que para GLCM esta proporción es un 7,03%. De esta diferencia se deriva un tipo sancionador ligeramente superior para AUTARCA que para GLCM.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aceptación, la Sala de Competencia del Consejo de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sesión de 29 de septiembre de 2015,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Imponer en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10 y 12 de marzo de 2015, y en sustitución de las inicialmente impuestas en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de octubre de 2012 (Expte. SACAN/0012/11, TRANSPORTE AYUNTAMIENTO DE LAS PALMAS), las siguientes multas:

- Una sanción de 35.148 € (treinta y cinco mil ciento cuarenta y ocho euros), a Autobuses Turísticos Canarios, S.L. (AUTURCA) como autora de la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en ofertar idénticos precios entre las tres sancionadas en los servicios contenidos en la licitación pública 449/10 llevada a cabo por el Ayuntamiento de Las Palmas para la provisión de servicios de transporte de viajeros para actividades lúdicas, sociodeportivas, socioculturales y socioeducativas, durante cuatro años.
- una sanción de 241.752 € (doscientos cuarenta y un mil setecientos cincuenta y dos euros), a TRANSPORTES ANTONIO DÍAZ HERNÁNDEZ S.L. como autora de la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en ofertar idénticos precios entre las tres sancionadas en los servicios contenidos en la licitación pública 449/10 llevada a cabo por el Ayuntamiento de Las Palmas para la provisión de servicios de transporte de viajeros para actividades lúdicas, sociodeportivas, socioculturales y socioeducativas, durante cuatro años.
- una sanción de 46.476 € (cuarenta y seis mil cuatrocientos setenta y seis euros), a Gerardo Lucas Cubas Mateo como autor de la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en ofertar idénticos precios entre las tres sancionadas en los servicios contenidos en la licitación pública

449/10 llevada a cabo por el Ayuntamiento de Las Palmas para la provisión de servicios de transporte de viajeros para actividades lúdicas, sociodeportivas, socioculturales y socioeducativas, durante cuatro años.

Comuníquese esta Resolución a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.