



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 003 - A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA

Teléfono: 981185796 Fax: 981185794

Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

Equipo/usuario: MQ

N.I.G: 15030 33 3 2020 0000954

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0007330 /2020 /

Sobre DERECHO ADMINISTRATIVO Sancionador

De D/ña. ARRIVA GALICIA SL

Abogado: CRISANTO PEREZ-ABAD MARTIN

Procurador: ISABEL MARIA CASTIÑEIRAS FANDIÑO

Contra D/ña. COMISION GALEGA DA COMPETENCIA, AUTOS MORAN,S.L.

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD, CARLOS SEOANE DOMINGUEZ

Procurador: , PATRICIA DIAZ MUIÑO

D./ D^a. MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ, Letrado de la
Administración de Justicia de T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 003,
de los de A CORUÑA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de
PROCEDIMIENTO ORDINARIO n° 0007330 /2020 ha recaído , del
tenor literal:

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

SENTENCIA: 00430/2021

PONENTE: D. LUIS VILLARES NAVEIRA

RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7330/2020

RECURRENTE:ARRIVA GALICIA S.L.

Procurador: ISABEL MARIA CASTIÑEIRAS FANDIÑO

Letrado: CRISANTO PEREZ-ABAD MARTIN

ADMINISTRACION DEMANDADA:COMISION GALEGA DA COMPETENCIA

Procurador:

Letrado: ABOGACIA DE LA COMUNIDAD

CODEMANDADA:AUTOS MORAN S.L.

Procurador:PATRICIA DIAZ MUIÑO

Letrado: CARLOS SEOANE DOMINGUEZ

A Sección 003 da Sala do Contencioso-Administrativo do
Tribunal Superior de Xustiza de Galicia pronunciou a



SENTENZA

Presidente:

Francisco Javier Cambón García

Maxistrada e Maxistrados :

Cristina María Paz Eiroa

Juan Carlos Fernández López

Luís Villares Naveira (Relator)

A Coruña, 5 de novembro de 2021

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro-. Actividade administrativa impugnada. Posicións das partes.

A parte recorrente presenta unha demanda ante a Sala, que é aquendada a esta Sección, sendo designado Maxistrado Relator Luís Villares Naveira.

A demandante impugna a resolución da Comisión Galega da Competencia notificada en data 15/7/2020, pola que se declara a existencia de infracción por incorrer en prácticas de falseamento da competencia por actos desleais en relación á achega de determinada información con ocasión da licitación pública dun contrato como do seu cumprimento.

Os argumentos en que se fundamenta o escrito da parte demandante son os seguintes:

a. o relato de feitos probados da infracción determina que o seu ámbito está fóra do dereito da competencia, pois ao estar relacionado coa subrogación de determinados traballadores a cuestión sería no seu caso, laboral.

b. inexistencia de acto desleal contrario á LDC. En primeiro lugar, non existe infracción do art. 15.2. LDC porque non se vulnerou o art. 120 LCSP (2011), xa que a empresa achegou toda a información solicitada no requirimento de 6/3/20217. Doutra banda, tampouco se infrinxiu o art. 15.1. LDC, que a resolución cita como de argumentación subsidiaria, porque non se infrinxiu lei ningunha e singularmente o art. 120 LCSP, e en ningún caso a situación outorgaría a Arriva unha vantaxe significativa, porque a empresa xa a tiña previamente por ser a anterior titular do servizo; finalmente Arriva non obtivo o contrato, o que demostra que ningunha vantaxe adquiriu por





esta situación. En terceiro lugar, considérase inexistente calquera infracción do art. 4 LCD, posto que o seu comportamento non foi contrario ás regras da boa fe; ademais, o TS considera que non cabe unha cualificación subsidiaria contra as normas de comportamentos que previamente non encaixaron no art. 15. Non existiu mala fe, porque en realidade, a información a facilitar era moi complexa e a empresa non estaba habituada a este tipo de operacións. Se Arriva facilitou información parcialmente incorrecta en agosto de 2017 foi por equivocación, non por mala fe, que é un xuízo moi desproporcionado dos feitos. En todo caso, Arriva non podía saber que esa información podía afectar o art. 3 LDC.

c. Ausencia de afectación á competencia e de interese público, con vulneración do art. 3 LDC, posto que en relación aos feitos imputados, non se produce afectación da competencia no sentido de non terse causado dano á estrutura do mercado, tal como esixe o TS, algo que tamén se constata porque se trata dun contrato que opera no norte da provincia de Lugo, conectando 12 municipios.

d. Desproporción da sanción. Imponse o 1% do volume de facturación anual, cando o máximo é o 5%, é dicir é o 20% do máximo. Ao se tratar dunha situación sen precedentes e non clara, procedería, se acaso, unha multa simbólica. Subsidiariamente, non se observaron as circunstancias sinaladas por Arriva que poderían determinar a minoración da sanción, con infracción do art. 64 LDC, polo que a redución debera ser dun 50% do importe imposto.

A Administración demandada oponse ás pretensións actoras polos seguintes motivos:

a. que as actuacións podan ter relevancia para os efectos laborais, non lle negan a que exista no plano de defensa da competencia. A información que se reputa falseada é relevante para unha licitación e a posterior execución dun contrato administrativo e compromete eses intereses.

b. En canto ao acto de competencia desleal, existe unha infracción do art. 15 LCD. Cúmrese coa estrutura do tipo requirida para os efectos de acreditarse a infracción dunha norma legal, que é o art. 120 LSCP en diversos sentidos e momentos; norma que ademais ten a consideración de reguladora da actividade concorrencial, por regular unha actividade competitiva como é un contrato público; e coa que se obtén unha vantaxe significativa da que se prevale a recorrente, que é a única que coñece a información veraz relevante de cara o



novo contrato. Tamén se infrinxe o art. 4 LCD na medida en que se violenta a boa fe transferindo unha información distorsionada aos potenciais competidores.

c. En canto á afectación do interese público e a afectación da competencia, a normativa aplícase en toda o mercado, non só en grandes mercados a nivel estatal, que polo demais resulta relevante no ámbito xeográfico onde ten repercusión posto que reserva aos adxudicatarios unha sorte de monopolio; aféctase a un ben esencial como o transporte de viaxeiros por estrada, e así o declarou a normativa europea; cun prexuízo que se causa a todos os competidores potenciais da interesada no sector, e aos usuarios, que poden ter perda de oportunidade en canto as ofertas inclúan melloras no servizo.

d. A sanción é proporcionada tendo en conta os feitos concorrentes. Non debe acollerse ningunha multa simbólica porque cómpre estar ao réxime legal establecido e os ámbitos xeográfico e o tipo de concurso xustifican a gradación imposta.

A empresa Autos Morán, codemandada no procedemento, oponse ás pretensións actoras polos seguintes motivos: os feitos sancionan o intento de Arriva de impoñer a Autos Morán unha subrogación de persoal desproporcionada que evite a esta a execución da concesión dunha liña de transporte que historicamente desenvolveu a demandante. A demandante cometeu un acto de competencia desleal consistente en proporcionar unha lista de traballadores a subrogar de 15 persoas cando en realidade só debía facelo de 3, vulnerando así o art. 120 LCSP, precepto que si ten por obxecto regular a actividade concorrencial. De non terse detectado a falsidade, Morán tería que ter renunciado á concesión e esta pasaría a Arriva. A súa actitude foi contraria ás regras da boa fe, posto que tiña como finalidade beneficiarse da confusión creada coa súa información non veraz. Non resulta de aplicación a doutrina da sentenza da Sala sobre un contrato do Concello de Lugo, porque naquel caso o erro produciuse en relación a un convenio aplicable, cuestión estritamente xurídica, e aquí éo sobre condicións económicas derivadas dunha relación laboral que só Arriva coñecía e podía coñecer e polo tanto era desinformación da que dependía unha correcta formación para os licitadores das bases fácticas do contrato. Os actos realizados falsearon a competencia afectando o interese público, porque afectaron á capacidade dos competidores de realizar ofertas, o que comprometeu o interese público ao diminuír a ofertas existentes e a súa tipoloxía en función dos custos que deberían asumir. Isto afectou a un servizo declarado esencial legalmente como é o transporte de viaxeiros





por estrada. Sostén finalmente que a sanción é proporcionada porque se cumpriron os requisitos esixidos na lei e a proposta alternativa da demandante determinaría unha multa irrisoria.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Segundo-. Tramitación procesual. Proba practicada e contía do procedemento.

Admitida a trámite a demanda e deducida polos trámites do procedemento ordinario, tivo lugar a práctica da proba documental que obra en autos.

A contía do procedemento fixouse en 192.030 euros.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro. Sobre a relevancia dos feitos obxecto da sanción para os efectos da aplicación do Dereito da competencia.

A. Previo. Sobre os feitos obxecto de análise.

Con carácter previo á análise do procedemento, comezaremos por precisar que non foron discutidos en sede xudicial os feitos probados na resolución recorrida no tocante á falta de transmisión de información exacta imputada á empresa Arriva relativa ao persoal adscrito á Concesión V-7069, da que traía causa a Concesión XG-533, e máis relativamente no tocante ao persoal que debía ser subrogado nas novas limitacións derivadas da primixenia, situación que se constatou con ocasión do requirimento formulado en data 6/3/2017 e que se mantivo na comunicación entre empresas do 1/8/2017, relativa ao número de persoas traballadoras a subrogar como consecuencia do resultado do contrato público adxudicado á UTE da que formaba parte Autos Morán.

En consecuencia, o presente procedemento dilucidará se esa actividade desenvolvida pola empresa demandante foi contraria ás normas do dereito da competencia e se encaixa, en tanto que conduta típica, nun tipo sancionador. Resolverase finalmente sobre proporcionalidade da sanción imposta, no caso de que se considere a decisión de sancionar conforme a dereito.

B. Sobre a aplicabilidade das normas do dereito da competencia para a resolución deste litixio.



Sostén a administración demandada que a demandante cuestiona a aplicabilidade das normas sobre dereito da competencia, que no caso de autos virían constituídas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (en diante, LDC), a Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal (en diante, LCD), así como a infracción do Real Decreto Legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (en diante, LCSP, na versión de 2011, aplicable ao caso por razón das datas).

Posteriormente, no seu escrito de conclusións, a demandante indica que non pon en cuestión que o asunto ventilado teña unha vertente relevante para o dereito da competencia, pero nega que infrinxise precepto ningún a este respecto.

En consecuencia, non existe realmente discrepancia sobre a necesidade do estudo da normativa precitada para resolver sobre a corrección xurídica da resolución recorrida.

Segundo. Sobre a existencia de acto desleal contrario á Lei de Defensa da Competencia.

A demandante sostén dunha banda a inexistencia de actos desleais contrarios á lei, e doutra nega a relevancia dos feitos para a afectación da competencia e o interese público. Comezaremos por analizar o primeiro dos bloques argumentais, para posteriormente á súa comprobación, entrar no coñecemento da segunda parte.

Así, o primeiro argumento da actora é a inexistencia de acto desleal contrario á LCD, concretamente ao art. 15.1. e 2. da LCD, que indica o seguinte:

"1. Considérase desleal prevalecerse no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante a infracción das leis. A vantaxe ha de ser significativa.

2. Terá tamén a consideración de desleal a simple infracción de normas xurídicas que teñan por obxecto a regulación da actividade concorrencial."

A. Sobre a infracción de normas xurídicas que teñan por obxecto a regulación da actividade concorrencial (art. 15.2. LCD) .





En primeiro lugar, sostén Arriva que non existe infracción do art. 15.2. LCD porque non se vulnerou o art. 120 LCSP, xa que a empresa achegou toda a información solicitada no requirimento de 6/3/20217. A norma substantiva que se considera infrinxida na resolución recorrida é precisamente este precepto, que indica que:

"Artigo 120. Información sobre as condicións de subrogación en contratos de traballo.

*Naqueles contratos que impoñan ao adxudicatario a obrigação de subrogarse como empregador en determinadas relacións laborais, o órgano de contratación deberá facilitar aos licitadores, no propio prego ou na documentación complementaria, a **información sobre as condicións dos contratos dos traballadores aos que afecte a subrogación que resulte necesaria para permitir a avaliación dos custos laborais que implicará tal medida.** Para estes efectos, a empresa que viñese efectuando a prestación obxecto do contrato para adxudicar e que teña a condición de empregadora dos traballadores afectados estará obrigada a proporcionar a referida información ao órgano de contratación, a requirimento deste."*

A demandante sostén que entregou toda a información que lle foi requirida no Oficio de 6/3/2017, e que iso determina o cumprimento da súa obrigaçión derivada do art. 120 LCSP. A Sala, sen embargo, non comparte esa tese.

A norma que impón as obrigas substantivas de transferencia de información é o art. 120 LCSP, non o contido do requirimento oficiado.

A función do requirimento é desencadear os efectos previstos no art. 120 LCSP, é dicir, marcar un termo para o cumprimento da obrigaçión (a *requirimento deste*) pero non circunscribe as obrigas a ningunha mención concreta inserida no requirimento, porque un oficio non pode ser considerado como xerador das obrigas do antigo concesionario con carácter previo á licitación dun contrato: é a lei a que impón esas obrigacións, configurando estruturalmente a forma en que se obtén a información relevante para a licitación de contratos onde podan existir obrigacións de subrogación.

A demandante pretende outorgar maior valor á literalidade do contido dos puntos detallados no oficio que á propia literalidade da Lei, cando en realidade o oficio é



instrumental ao cumprimento das obrigas sinaladas no art. 120. É dicir, a obriga para Arriva é clara: "estará obrigada a proporcionar **a referida información** ao órgano de contratación", e esa información non é outra que "a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores **aos que afecte a subrogación** que resulte necesaria para permitir a avaliación dos custos laborais que implicará tal medida".

En consecuencia, a obrigación nace da propia lei; o requirimento desencadea o termo para o cumprimento da información.

Poderíase obxectar a este razoamento a utilidade do listado de información requirido no Oficio, pero esta non é outra que facilitar o cumprimento da obriga en relación a sistematizar certos datos, pero en si mesmo non é o constitutivo da obrigación de informar, cuxo contido e alcance impón unha norma con rango de lei. Para maior abastanza, débense indicar tres circunstancias: dunha banda, que a administración remite mediante un modelo de descarga, a uns anexos tipo que poden axudar a esta labor, e que son comúns a absolutamente todos os procedementos destas características, polo que se fai unha configuración xenérica de datos que necesariamente deberán figurar, de seren procedentes, na información a achegar, pero que non poden esgotar a actividade a desenvolver pola empresa porque, e esta é a segunda circunstancia de interese a subliñar, a administración descoñece as circunstancias concretas da antiga concesión administrativa, precisamente por falta de información precisa previa ao requirimento, e resulta difícil preguntar polo que se descoñece, e por iso precisamente é polo que o deber de información se configura nos termos do art. 120 LCSP: *a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores **aos que afecte a subrogación** que resulte necesaria para permitir a avaliación dos custos laborais que implicará tal medida.* É un deber de amplo espectro, pero cunha finalidade moi concreta, permitir avaliar, á hora da licitación, os custos reais do servizos que han de ser asumidos polo potencial adxudicatario e que polo tanto constitúen mínimos económicos que cada licitador ha de ter en conta para os seus propios cálculos de elaboración da oferta. Finalmente, non pode deixar de considerarse que este procedemento ten lugar entre a administración e un profesional do sector, non fronte un lego na materia, e polo tanto, os deberes que emanan deste tipo de procedementos non resultan estraños á recorrente, máxime tratándose dun aspecto tan relevante como a subrogación das persoas traballadoras da antiga concesión.





Aínda podería tentar obxectarse que o requirimento foi cumprido pois ningunha referencia hai ao contido do art. 120 LCSP, cuxo contido se reputa vulnerado. Pero o certo é que dunha banda, o parágrafo terceiro do requirimento comeza por aludir á normativa vixente, da que emana a xustificación legal da propia existencia do oficio, que non é discutida pola actora, e doutra banda, que a actora tampouco discutiu no procedemento a procedencia do cumprimento deste deber derivado directamente do art. 120 LCSP. É dicir, a demandante aférrase á literalidade do oficio pero sen negar a aplicabilidade do precepto legal, que é fonte de obrigacións, tanto que é a que lexítima o oficio non discutido e do que se afirma dar cumprimento, obviando, porén, que a imposición de deberes substantivos provén da Lei e non do oficio, que simplemente dá cumprimento aos trámites precisos para poder licitar unha antiga concesión da que era titular a recorrente.

Precisado o anterior a respecto da fonte das obrigacións da achega de información e o papel que deben ocupar a Lei e o oficio no caso de autos, debe analizarse a situación á vista do relato de feitos probados e non discutidos fixada no FX 1.A desta resolución. E a conclusión á que se chega é que non houbo un cumprimento dos deberes impostos no art. 120 LCSP no momento en que foi efectuado o requirimento, pois como recoñece a propia actora, non se facilitou a información relevante relativa ás obrigacións de subrogación que derivarían da anterior concesión, malia que a demandante non podía descoñecer este deber, tanto á vista do art. 120 LCSP, como no relativo aos termos do Acordo suscrito en 2016 entre a empresa e os representantes dos traballadores no marco da antiga concesión. Este contido e o feito de que a empresa empregase aos traballadores no marco da antiga Concesión V-7069 para diferentes rutas nas que logo se descompuxo a nova licitación, fan que ninguén máis que a empresa puidese manexar esa información para os efectos de instruír adecuadamente o expediente de licitación, pero si a colocaban a esta, a diferenza do sostido na demanda, nunha posición relativamente cómoda e sinxela para facilitar esta información, posición que non se revelaba evidente para a administración, e posición entre ambas (Xunta e empresa) non equiparables, pois a dinámica da distribución do traballo entre traballadores e liñas era algo que para a segunda era ben coñecido (derivado do poder de dirección) e ignorado completamente pola Xunta, razón pola cal, como se dixo anteriormente, dificilmente podería desencadear, no seu oficio, preguntar por algún extremo concreto.



Resta precisar que o art. 120 LCSP, como se vén a recoñecer finalmente pola actora no escrito de conclusións, forma parte do bloque de normas que regulan o dereito concorrencial, na medida en que impón unhas obrigas que serven para a instrución dun expediente para proceder a unha licitación dun contrato público ao que calquera empresa do sector poderá concorrer en réxime competitivo.

Do anteriormente argumentado séguese a consideración da existencia de infracción do art. 15.2. LCD con relación ao art. 120 LCSP.

B. Sobre o prevaecemento no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante a infracción das leis. A vantaxe ha de ser significativa (art. 15.1. LCD).

Sostén a recorrente que tampouco se infrinxiu o art. 15.1. LDC, que a resolución cita como de argumentación subsidiaria, porque non se infrinxiu lei ningunha e singularmente o art. 120 LCSP, e en ningún caso a situación outorgaría a Arriva unha vantaxe significativa, porque a empresa xa a tiña previamente por ser a anterior titular do servizo; finalmente Arriva non obtivo o contrato, o que demostra que ningunha vantaxe adquiriu por esta situación.

A recorrente pretende a inexistencia de vantaxe significativa por infracción do art. 120 LCSP porque sostén que en realidade non obtén ningunha información que non posuise de antemán (di literalmente que "*ese coñecemento tíñao xa Arriva en todo caso antes de calquera suposta infracción que puidese cometer, polo que mal pode encaixarse a conduta imputada no tipo da norma*"). A Sala non comparte este razoamento.

En realidade a demandante confunda *adquirir vantaxe* con *adquirir información*. En efecto, a demandante non adquire información relevante que lle reporte unha posición vantaxosa; a demandante adquire vantaxe derivada de non ofrecer a información requirida no art. 120 LCSP para que o resto da competencia se instrúa acerca dos custos reais do servizo. A ocultación de información é o que produce pois a vantaxe competitiva, porque dispón duns elementos fácticos que lle permiten obter un mellor coñecemento do custo real do servizo, información da que carecen o resto dos competidores (que quedan *a sensu contrario* en situación de desavantaxe) e que só é imputable á omisión realizada pola actora.





A demandante considera que en ningún caso a vantaxe puido ser considerada como significativa porque non resultou adxudicataria do contrato.



A Sala non comparte esta opinión, porque a vantaxe existiu realmente e consistiu en que a demandante dispuxo dunha información veraz e exacta acerca das condicións económicas que entrañaba o contrato a licitar, elementos dos que careceron o resto de competidores. Isto obrigounos a elaborar unha oferta económica e prestacional contando cunha obriga máis gravosa derivada da subrogación, gravame económico que non puideron dedicar, v.g. a ofrecer outro tipo de melloras na oferta. Isto supón un verdadeiro custo de oportunidade para a competencia á hora de dedicar os recursos económicos da oferta, problema que non padecía a demandante. A eventualidade de que desa vantaxe non se derivase a adxudicación do novo servizo á actora excede deste procedemento e é algo que depende da globalidade dos factores que inciden na adxudicación do servizo, pero é innegable que a actora puido afinar mellor na súa decisión económica na oferta derivada do seu coñecemento preciso dos traballadores a subrogar. Finalmente, como fan notar as codemandadas, non pode obviarse que a detección da omisión desta información durante a vida do proceso de contratación (que inclúe a fase de execución) foi o que desencadeou a corrección da situación que doutro modo podería ter causado un gravame en execución do contrato que implicase a súa resolución e adxudicación á demandante, algo que non sucedeu tras as vicisitudes mesmo xudiciais que sufriu o contrato, onde esta mesma Sala determinou que, á vista das especiais circunstancias concorrentes a respecto da cuestión da subrogación dos traballadores, non procedía resolver. Así o dixemos na STSXG nº 212/2019, de 25 de setembro (ROJ: STSJ GAL 4954/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:4954 Recurso: 7370/2018), onde ademais demos conta da constatación que o Consello Consultivo fixo da posición de Arriva e das prácticas de competencia desleal que afectaron non só á licitación do contrato, senón á súa execución:

*"TERCEIRO.- Que o Consello Consultivo de Galicia, por unanimidade, informou desfavorablemente a proposta de resolución, razoando que do informe de APPLUS e do Servizo de Inspección de Transporte conclúese que dos 50 traballadores que segundo Arriva dedicaban o 100% da súa xornada ao contrato, **un importante número non cumpría cos requisitos para a súa subrogación**; que non toda irregularidade pode aparellar a potestade resolutoria, senón unicamente cando o servizo deixa de prestarse ou se presta lesionando o interese público, rexendo como principio o de conservación dos contratos, constituíndo a*



resolución un último remedio excepcional; a UTE comunicou á DXM a contratación de 3 traballadores de Arriva de maior antigüidade e domicilio próximo aplicando os criterios que propuxo en escrito de 5-9-2017, cando a DXM esixíalle a contratación de 12 condutores e 1 administrativo, sen que a DXM contestase nin se opuxese expresamente; comprobouse que soamente 3 condutores dos 37 comunicados por Arriva cumprían o requisito de dedicar máis do 80% da súa actividade ao V-7069, debendo ventilarse as diferenzas en orde á procedencia de subrogación ante a xurisdición social; **Arriva utilizou estimacións para calcular o tempo empregado polos traballadores, sen correspondencia entre as follas de roteiro en formato papel e os rexistros Excel;** que o art. 120 TRLCSP obriga ao órgano de contratación a proporcionar información aos potenciais licitadores sobre a subrogación do persoal, previa petición dos datos ao contratista saínte e **aparece que no caso presente Arriva non cumpriu con tal obrigación, que tampouco inspección a DXM, estando Arriva interesada en desprenderse de traballadores, ao ser a adxudicataria dos outros dous servizos en que se desdoubrou a antiga concesión."**

Por todas as anteriores consideracións, entendemos concorrente igualmente a infracción do art. 15.1. LCD.

C. sobre a vulneración das regras da boa fe na actuación da recorrente (art. 4 LCD).

Indica o art. 4.1 que "se reputa desleal todo comportamento que resulte obxectivamente contrario ás esixencias da boa fe". A este respecto, sostén a recorrente que o seu comportamento non foi contrario ás regras da boa fe e que non cabe unha cualificación subsidiaria contra as normas de comportamentos que previamente non encaixaron no art. 15. Non existiu mala fe, porque en realidade, a información a facilitar era moi complexa e a empresa non estaba habituada a este tipo de operacións. Se Arriva facilitou información parcialmente incorrecta en agosto de 2017 foi por equivocación, non por mala fe, que é un xuízo moi desproporcionado dos feitos. En todo caso, Arriva non podía saber que esa información podía afectar o art. 3 LDC.

Comezando pola cuestión da subsidiariedade do argumento verquido na resolución recorrida, como constatou a Sala nos apartados anteriores, si existiu vulneración do art. 15. nos seus apartados 1 e 2 LCD, polo que o exame que se realiza aquí





faise para maior abastanza e por deber de exhaustividade no pronunciamento.

Dito isto, non se comparte a concorrencia de boa fe reputada pola actora, primeiro polo coñecemento que tiña do contido que lle impuña o art. 120 LCSP (ela mesma chega a afirmar que lle puxo de manifesto á administración determinadas ausencias no Oficio e que se derivaban do precepto, polo que non pode ignorar o seu contido se chega a facer esa manifestación) e en segundo termo porque, derivado do anterior, non podía ser descoñecedora das adversas consecuencias que para a competencia tiña esa omisión, na medida en que a subrogación dun traballador impón unha consecuencia económica máis gravosa para a execución do contrato que a súa inexistencia.

Fronte estas evidencias, a demandante unicamente apón a dificultade do cálculo do persoal a subrogar e pon como exemplo os tres informes que precisou a administración para comprobar os feitos. Non podemos estar de acordo con este razoamento, na medida en que a dificultade existe para a administración que previamente non coñecía como estaba estruturado o traballo da demandante en relación á vetusta concesión, e como esta repartía os traballadores entre as liñas que posteriormente foron fragmentadas en tres contratos: pero estas dificultades nunca existiron para a demandante, que exercendo o poder de dirección sabía perfectamente a que liñas dedicaba cada un dos recursos dispoñibles. En consecuencia para ela, por máis que tivese que facer algún tipo de cálculo para a asignación deses recursos por razón a cada unha das unidades resultantes da fragmentación de contratos, nunca sería parangonable ás dificultades que calquera terceiro tería para chegar á mesma conclusión. En consecuencia, non pode compartirse que esas dificultades fosen tan gravosas para a demandante que a colocasen na situación de non poder facilitar a obrigação que por lei lle viña imposta dun xeito tan claro no art. 120 LCSP. En consecuencia, pódese deducir que na súa actividade de facilitar unha información que ocultando estes extremos, a demandante incorreu nunha conduta que excedeu da simple equivocación e faltou á boa fe que neste eido, como indica a STS de 2/2/1996, no seu FX 8º se sintetiza en que falta cando, entre outras situacións *"realízase un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente da súa dubidosa significación"*.

Terceiro. Sobre a afectación da competencia e o interese público.



Unha vez verificada a existencia de actos de competencia desleal nos termos en que quedarn descritos, cómpre examinar se houbo afectación á competencia e ao interese público, con vulneración do art. 3 LDC, algo que nega a recorrente, indicando que non se produce afectación da competencia no sentido de non terse causado dano á estrutura do mercado, tal como esixe o TS, algo que tamén se constata porque se trata dun contrato que opera no norte da provincia de Lugo, conectando 12 municipios.

Comezaremos por recordar que o art. 3 LDC indica que *"A Comisión Nacional da Competencia ou os órganos competentes das Comunidades Autónomas coñecerán nos termos que a presente Lei establece para as condutas prohibidas, dos actos de competencia desleal que **por falsear a libre competencia afecten o interese público**"*.

A demandante sostén que non se afecta a estrutura do mercado, elemento indispensable segundo ela para entender concorrente o falseado da libre competencia, con cita de diversas pasaxes de resolucións do TS. A Sala non acepta a comparabilidade de situacións descritas sacadas do seu contexto. É certo que a práctica desleal detectada está localizada en relación a un concreto mercado e no relativo a un marco xeográfico determinado, pero en realidade todo acto de competencia desleal ten un contexto que o remite a un marco xeográfico, social e sectorial determinados, sen que isto teña que reconducirse ao mercado na súa totalidade en relación a un sector, porque do contrario, como apunta a administración, a Comisión galega da Competencia carecería de funcións, pois o ámbito autonómico sería sempre insuficiente con relación aos supostos de marco de funcionamento estatal dun mercado. Para o funcionamento do libre mercado en calquera sector cómpre que as prácticas de competencia desleal sexan inidóneas ou carentes de relevancia para falsear a competencia, ben pola súa intensidade ben pola súa ineficacia, xuízos que deben facerse unha vez centrado o ámbito sobre o que se proxecta a libre competencia como presuposto do funcionamento dun mercado dado. Do contrario, tomados todos os contratos de todas liñas de transporte de viaxeiros por estrada de Galicia, un a un, nunca poderían afirmarse concorrentes prácticas de risco ou de competencia desleal, o que loxicamente crearía un desgobierno absoluto e impediría á administración adoptar medidas correctoras ante as prácticas irregulares detectadas, algo que non pode ser admitido. No caso que nos ocupa, centrado o ámbito de mercado no transporte de viaxeiros por estrada na comarca da Mariña de Lugo, as prácticas desleais que a empresa demandante puxo en prácticas tiveron un impacto real no falseamento da libre competencia, posto que para os





licitadores en concreto da liña XG 533 **ese** é o ámbito sobre o que se proxecta de xeito relevante a necesidade da afirmación da libre competencia, e a súa vulneración produce efectos significativos no proceso competitivo, pois como se dixo, a actitude da demandante determinou que a Administración facilitase información non veraz sobre os deberes de subrogación de traballadores da concesionaria do servizo, que abocou aos licitadores a modular as ofertas tendo en conta ese gravame. Descoñecemos como terían sido as ofertas dos competidores da demandante se a información no momento da licitación tivese sido outra; ignoramos incluso se houbo potenciais licitadores que non chegaron a postularse ou declinaron a invitación como consecuencia desta situación. O que si é certo é que terían unhas e outras un contido diferente de saberen os custos reais da subrogación, porque terían que dedicar unha partida inferior a cubrir ese aspecto no seu cálculo económico de prestación do servizo.

En canto á non afectación do interese público, catro argumentos se opoñen ás teses actoras de falta de aceptación.

En primeiro lugar, este tribunal non pode aceptar o menosprezo dialéctico que á poboación afectada supón negar a existencia de interese público comprometido por que se trate da conexión de 12 concellos da Mariña de Lugo. A tutela do dereito a unha mobilidade en transporte público nas mellores condicións que poda ofrecer o resultado dun proceso competitivo entre empresas do sector dende logo que integra unha interpretación razoable de interese público, da que unha comarca de entorno a cen mil habitantes non pode quedar despoxada.

En segundo lugar, porque o tipo de transporte ao que se refire o contrato ten a cualificación de servizo de interese xeral, tal como lembran as codemandadas, ao abeiro do Regulamento CE nº 1370/2007, do 23 de outubro de 2007, sobre os servizos públicos de transporte de viaxeiros por ferrocarril e estrada, cuxo art. 1 indica que *"O obxectivo do presente Regulamento é definir as modalidades segundo as cales, en cumprimento das disposicións do Dereito comunitario, as autoridades competentes poderán intervir no sector do transporte público de viaxeiros para garantir a **prestación de servizos de interese xeral** que sexan máis frecuentes, máis seguros, de maior calidade e máis baratos que os que o simple xogo do mercado permitise prestar. // Con ese fin, o presente Regulamento define as condicións nas que as autoridades competentes, ao impoñer ou contratar obrigacións de servizo público, compensan aos operadores de servizos públicos polos custos que se derivaron e conceden dereitos exclusivos en contrapartida pola **execución de obrigacións de servizo***



público.". O precepto seguinte define o transporte público de viaxeiros, no apartado a como *"servizos de transporte de viaxeiros de interese económico xeneral ofrecidos aos usuarios sen discriminación e de forma continua"*. En consecuencia, o contrato cuxa licitación se viu alterada na información non veraz facilitada pola actora está, normativamente, encadrado na noción europea de servizo público de interese xeral, por máis que afecte unha liña concreta.

En terceiro lugar debe indicarse, como aducen as codemandadas, que o acto de competencia desleal repercute negativamente no interese directo da cidadanía potencialmente usuaria do servizo. En efecto, cada licitador debe facer unha oferta economicamente vantaxosa pero tamén que incorpore, como elemento de competencia, posibles melloras como frecuencias, horarios ou medios de transporte máis confortables que fagan a experiencia de viaxe máis cómoda ou conciliable co resto da xornada da persoa usuaria. Pois ben, unha consecuencia necesaria da información desleal facilitada pola demandante é que parte do montante económico terá que ser destinada ás subrogacións debidas e o custo adicional que isto supón non vai estar dispoñible para o licitador para os efectos de destinalo a posibles melloras dentro da súa oferta. Isto repercute finalmente na persoa usuaria que ao final verá que as licitacións son máis pobres en melloras por ter que estar destinada unha maior parte do caudal económico ás subrogacións.

Finalmente, cómpre lembrar que a propia idea de competencia desleal do art. 3 LDC en relativo aos conceptos de falseamento da competencia e interese público debe poñerse en relación aos concretos actos de competencia desleal en que incorre a empresa, neste caso os encadrables no art. 15.1. e 2 LCD. Así o remarca a STS nº 162/2017, de 3 de febreiro (ROJ: STS 349/2017 - ECLI:ES:TS:2017:349 Recurso: 779/2014), cando destaca que: *"Iniciamos o exame deste motivo coa cita da sentenza desta Sala do 20 de abril de 2010 (recurso 3337/2007), que sinala que a expresión de "actos de competencia desleal" utilizada polo artigo 7 da derogada LDC de 1989, e reiterada hoxe no artigo 3 da vixente LDC, "non ten unha significación autónoma, senón que remite ás condutas empresariais especificamente catalogadas como desleais nas leis correspondentes", hoxe plasmadas nos artigos 5 a 17 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal (LCD)."*

Debemos concluír pois, que os actos de competencia desleal encadrados no art. 15.1. e 2. LCD foron eficaces para incidir na licitación do contrato e con isto afectar o interese público nos termos do art. 3 LDC, non só para os competidores





da demandante senón tamén para a calidade do servizo resultante.



Cuarto. Sobre a proporcionalidade da sanción.

Resta analizar a corrección xurídica da proporcionalidade da sanción imposta. Sostén a demandante que ao se tratar dunha situación sen precedentes e non clara, procedería, se acaso, unha multa simbólica. Subsidiariamente, non se observaron as circunstancias sinaladas por Arriva que poderían determinar a minoración da sanción, con infracción do art. 64 LDC, polo que a redución debera ser dun 50% do importe imposto.

En canto á alegación de que a multa debera ter un carácter simbólico, tal caracterización aparece desprovista de respaldo legal, polo que non pode ser considerada como unha alternativa á decisión administrativa que poda determinar a súa anulación.

No tocante ás circunstancias de gradación da sanción, o punto de partida é o art. 63.1. b. LDC, por corresponder á cualificación grave, gradación en si mesma non discutida pola actora, aínda que si o marco fixado nese apartado, que abrangue *"ata o 5 por cento do volume de negocios total mundial da empresa infractora no exercicio inmediatamente anterior ao da imposición da multa"*. Sostén a demandante que a parte mínima do arco de sanción é o 0%, pero resulta máis axeitado á vontade do lexislador unha lectura completa do precepto, xa que no apartado a) no relativo ás infraccións leves, indica que serán castigadas con *"multa de ata o 1 por cento do volume de negocios total..."*. Parece que se a infracción leve pode ir ata o 1%, ten que concorrer un caso moi excepcional para que a sanción correspondente a unha infracción grave caia por baixo do arco de sanción da leve, de xeito que o normal é interpretar que o arco ordinario que corresponde á infracción grave vaia do 1% ao 5%. En calquera caso, é indiscutible que a administración impuxo unha sanción propia (no sentido legal) das infraccións leves (a máxima, pero das leves).

Pra xustificar a levidade da sanción en relación á cualificación infractora a administración xa explica (ff. 68 a 71 da resolución) a conxunción de circunstancias concorrentes no caso: ámbito xeográfico; duración do contrato; efectos da conduta sobre o concreto contrato, así como que fose a primeira vez que se licitase o contrato logo de moitos anos; e concretamente se xustifica a levidade da sanción dentro da gravidade da infracción en consideración a que se tratase



dunha liña circunscrita xeograficamente, por un período relativamente curto de tempo, e os limitados efectos do acto de competencia desleal sobre o contrato licitado. Todos estes criterios achegan racionalidade á decisión adoptada en relación ao 1%, ao apostar pola parte baixa do arco de sanción se a poñemos en relación coas infraccións leves, polo que entendemos que non hai razóns para considerala irracional ou desproporcionada, polo que o recurso debe ser rexeitado tamén neste punto.

Quinto. Consecuencias da aplicación do razoamento exposto nesta resolución.

A argumentación exposta na fundamentación precedente debe conducir ao rexeitamento total das pretensións da parte demandante, e proceder así este tribunal a declarar a conformidade a dereito da resolución obxecto de recurso (artigos 68.1.b e 70.1. LXCA).

Sexto. Sobre as custas do procedemento.

De conformidade co establecido no artigo 139.1 da LXCA, o rexeitamento das pretensións do recurso determina a imposición as custas devindicadas á parte demandante.

Establécese asemade unha **limitación** da contía de 1200 euros por todos os conceptos, en atención á materia obxecto do recurso así como o esforzo probatorio realizado polas partes.

Logo de ver os artigos citados e demais de xeral e pertinente aplicación, este Tribunal dita a seguinte

DECISIÓN

Que, con **rexeitamento** do presente recurso contencioso-administrativo PO n° 7330/2020, interposto contra a resolución da Comisión Galega da Competencia notificada en data 15/7/2020, debemos:

Primeiro: declarar a conformidade a dereito da resolución obxecto de recurso que, en consecuencia, confirmamos.





Segundo: Imponer as custas deste procedemento á parte demandante.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Réxime de recursos: Contra esta sentenza cabe **recurso de casación ordinario** nos termos establecidos no art. 86 e seguintes da Lei 29/1998, de 13 xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa, dentro do prazo de trinta días computados dende o seguinte á súa notificación, que se preparará ante esta Sala, a medio de escrito presentado cos requisitos indicados no art. 89.

Así o pronunciamos, mandamos e asinamos.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el magistrado don Juan Carlos Fernández López a la sentencia de 5 de noviembre de 2021, dictada en el recurso número 7330/2020.

Desde el máximo respeto a la decisión adoptada por la mayoría, y con amparo en lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, manifiesto mi discrepancia frente a la sentencia citada, por las razones que expongo.

PRIMERO.- Nada tengo que oponer al régimen normativo a que ha hecho mención la sentencia de la que discrepo, pero sí a la aplicación que ha hecho al caso concreto, en la medida en que, desde mi punto de vista, la actora no cometió la primera infracción por la que fue sancionada, mientras que la segunda no encajaba en el tipo infractor.

Este resumen apresurado debo motivarlo ahora, para lo cual comenzaré por hacer una referencia a los hechos que constan en el expediente administrativo.

SEGUNDO.- En efecto, la sociedad mercantil "Arriva Noroeste, SL" (luego "Arriva Galicia, SL") titular, desde el año 2006, de la concesión de transporte regular de viajeros de uso general denominado V-7069 ("A Mariña-Viveiro-Ribadeo"), se vió afectada por el nuevo régimen de prestación integral de los



servicios de transporte contemplada en la Ley 10/2016, de 19 de julio, de medidas urgentes para la actualización del sistema de transporte público de Galicia, de cuyas resultas renunció el 05.08.16 a continuar explotando aquel servicio.

En cumplimiento de lo dispuesto en la citada ley, se tomó la decisión de convocar 41 nuevas concesiones ajustadas a ella, entre ellas la V-7069, que fue desdoblada en las de referencia XG-535 -que representaba el 52,90% de aquella-, la XG-536 -el 21,30%- y la XG-533 -el restante 25,80%-. Como trámite previo para adjudicar estas concesiones, y con amparo en lo dispuesto en los artículos 120 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y 73.2.h y 75.4 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, dispuso la cláusula 1.9.1.2 del pliego rector de condiciones de la licitación que la concesionaria del servicio V-7069 debería facilitar la información sobre los empleados de que disponía en la actualidad para prestar tal servicio, en los términos contemplados en el artículo 19.4 del Acuerdo marco estatal sobre materias de transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor; por ello, la directora xeral de Mobilidade, como órgano de contratación, le requirió el 06.03.17 que facilitase una información sobre los empleados que prestaban servicios para su concesión que contaban con reconocimiento de discapacidad, ya permanente sujeta a revisión por mejora o temporal de larga duración, así como de los excedentes y de los que habían sido despedidos con demanda en curso y de los representantes de los trabajadores. En respuesta a ello, remitió el 28.04.17 tal información, en la que se incluía una relación nominal de 50 trabajadores, de los que 37 eran conductores-perceptores.

Pese a que esa empresa se presentó a la licitación de las concesiones XG-533, XG-535 y XG-536, resultó adjudicataria de estas dos últimas, pero no de la primera, que, mediante resolución del órgano de contratación de 27.07.17 se le adjudicó a la unión temporal denominada "UTE Autos Morán, SL - Autocares Rodríguez Domínguez", para comenzar a prestar los servicios el 07.08.17, fecha en que dejaría de prestarse la concesión original V-7069. Con fecha 01.08.18, y sin que nada comunicara aquella al órgano de contratación, sí le remitió a la nueva concesionaria un listado donde se incluían los 13 trabajadores de la anterior concesión que tendría que subrogar, así como otros dos de concesiones de uso especial-escolar, a lo que aquella no mostró su conformidad, por lo que no los contrató. A la vista de ello, la contratista comunicó al órgano de contratación que en esa nueva relación figuraban trabajadores que no coincidían con la anterior, lo que dio lugar a que éste le requiriera el 25.08.17 a "Arriva Galicia,





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

SL" que emitiera una certificación de la relación nominal de trabajadores que prestaban servicios habituales para la concesión V-7069, lo que cumplimentó el 29.08.17 para ratificar que eran los 13 que incluyó en la relación que cursó a la adjudicataria del contrato.

A la vista de los actuado, con fecha 08.09.17 inició el director xeral de Mobilidade un procedimientu tendente a resolver el contrato del servicio XG-533, por incumplir la contratista su obligación de subrogar al personal de la anterior concesión, donde se le otorgó a aquélla audiencia, que cumplimentó, al tiempo que se recabaron informes de la Axencia de Modernización Tecnolóxica de Galicia, de la consultora externa "Applus" y de la Inspección de Transportes autonómica, de cuyas resultas concluyó el órgano de contratación que, de los 15 trabajadores que "Arriva Galicia, SL" incluyó en su segunda relación, tan sólo debería subrogar a tres la nueva contratista, de lo que resultaba que, la relación que remitió antes del inicio de la licitación no permitía concretar el personal a subrogar, por lo que, con fecha 17.01.18, se resolvió archivar ese procedimiento.

Por ese motivo, y ante la discrepancia en los datos que ofreció "Arriva Galicia, SL", tres semanas después remitió el órgano de contratación a la Comisión Galega da Competencia copia del expediente, al entender que aquélla pudo haber incurrido en una práctica anticompetitiva. Tras realizar una información reservada, acordó su subdirector de Investigación, con fecha 13.04.18, iniciar un procedimiento sancionador a esa empresa, por la presunta realización de actos desleales que falseaban la competencia, infracción grave tipificada en el artículo 62.3.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. En ese procedimiento fue parte interesada la unión temporal, que había denunciado los hechos, de modo que, al igual que la imputada, fue oída durante su instrucción, al tiempo que se practicaron las pruebas que el instructor consideró pertinentes, para finalizar con el acuerdo de la Comisión Galega da Competencia de 15.07.20, en el que le impuso una multa de 192.030,00 euros, por haberse vulnerado lo dispuesto en los artículos 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, 120 del TRLCSP y 3 de la LDC. Frente a ese acuerdo se alzó el presente recurso, a través de una demanda que mencionó esos hechos y pretendió su nulidad, con fundamento en los motivos a que hace mención el primer antecedente de hecho de la sentencia de la que discrepo.

TERCERO.- En la medida en que en la demanda se hizo referencia a que, como indicó esta sala en su sentencia de 25.09.19, las diferencias sobre la procedencia de la subrogación tenían que ventilarse ante la jurisdicción social, considero que debo dar respuesta a tal alegato para rechazarlo, ya que la actuación



impugnada versa sobre la sanción que se le impuso a la actora por haber vulnerado unas exigencias que, si bien se imponen en normas de contratación y transporte (artículos 120 del TRLCSP y 73.2.h) y 75.4 de la LOTT, respectivamente), repercuten de lleno en la libre competencia, que el artículo 1 del TRLCSP pretende salvaguardar y que afecta, al comienzo, a los derechos de los licitadores, y al final, al de los usuarios del servicio público de transporte expresamente reconocido en los artículos 4.3, 15.2.c), 17.2, 64.1, 67 y 71 de la LOTT.

Por ello, ante la existencia de indicios de la posible comisión de una infracción, entiendo que lo que se imponía era que el órgano competente iniciara y resolviera el oportuno procedimiento sancionador, ya que tal potestad no es un privilegio, sino el instrumento normal para el cumplimiento de los fines en orden a satisfacer los intereses generales, lo que comporta que tal incoación no sea una decisión discrecional de la administración, sino una obligación que le viene impuesta, como señala la constante jurisprudencia de la que son un ejemplo las SsTS de 01.03.85, 25.05.87, 29.03.89, 14.06.89 y 03.04.90.

Pues bien, eso fue lo que se hizo en un acuerdo que es impugnado ante esta jurisdicción, por lo que, como he señalado, aquel reproche de nulidad no puede ser acogido, ello sin perjuicio de las consecuencias que para los trabajadores y sus respectivas empresas se pudieran derivar sobre la procedencia o no de las discutidas subrogaciones, como bien señaló la cláusula 1.9.1.4 del pliego de condiciones.

CUARTO.- Seguidamente voy a analizar el alegato que formula el letrado de la actora acerca de que ésta no realizó ningún acto desleal contrario a las leyes reguladoras de la defensa de la competencia y de la competencia desleal, en concreto en sus artículos 3 y 15.1, respectivamente, ni tampoco remitió la comunicación engañosa, con vulneración de lo previsto en el artículo 120 del TRLCSP, ni fue contraria a las exigencias de buena fe que contempla el artículo 4 de la LCD. Como los defensores de las adversas sostienen lo contrario, procede reproducir esos preceptos y los que con ellos se relacionan, no sin antes advertir que la tipificación de los comportamientos calificados como infracciones se tiene que aplicar con hondo sentido restrictivo y no de forma extensiva o analógica, como sostienen los artículos 27.4 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, del régimen jurídico del actor público, y 4.2 del Código civil (en igual sentido las SsTS de 02.11.00 o 16.05.01 y las SsTC 101/1988, 219/1989, 61/1990, 93/1992, 137/1997, 151/1997, 161/2003, 218/2005, 229/2007, 54/2008, 113/2008, 57/2010, 153/2011, 199/2013, 29/2014 y 12/2018).





Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la LCD, se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, a lo que añade su artículo 15.1 que se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. Relacionado con ello, dispone el artículo 120 del TRLCSP que en los contratos en los que el órgano de contratación imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, tendrá aquél que facilitar con anterioridad la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, a fin de permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, para lo cual, "la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación a requerimiento de éste". Finalmente, el artículo 3 de la LDC faculta a los órganos autonómicos competentes en la materia conocer de las conocer, en los términos que la presente ley establece, de las conductas prohibidas y de los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público.

Esos fueron los preceptos que el acuerdo impugnado tuvo presentes al detectar que no fue correcta la información que remitió la empresa saliente en respuesta al requerimiento de 06.03.17, al entender que había inflado el número de empleados a subrogar para perjudicar a las licitadoras y futura adjudicataria del nuevo contrato, lo que también hizo cuando dio cuenta posteriormente a la adjudicataria de un número mayor de trabajadores adscritos a la nueva concesión de los que en realidad lo estaban, de forma que no eran 13 (o 15, si se contaban otros dos tráfico), sino tres, los que tenía que subrogar.

Pues bien, en el primero de los dos casos indicados, la entrega de una información incorrecta el 28.04.17 al órgano de contratación para que éste la facilitara a las licitadoras del lote XG-533 podría ocasionar una ventaja competitiva a quien facilitó tal información, en la medida que, lógicamente, tales licitadoras calcularían costes de personal más elevados o reducidos, según el caso -aunque los hechos posteriores revelaron que ello no fue así, pues quien ofreció esa información no resultó ser al final la adjudicataria-; sea como fuere, en tal caso sí se habría vulnerado lo dispuesto en el artículo 3 de la LDC, al realizar un acto de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afectaba de forma clara al interés público. Sin embargo, ese no era el caso de la información que la empresa saliente ofreció a la entrante el 01.08.17, pues aunque fuera falsa (y ciertamente



lo fue, como se reconoció en sentencia del orden social, así como la sentencia de la que discrepo), ya no se estaba en presencia de un procedimiento de concurrencia competitiva donde tuviera que respetarse la libre competencia a que se refiere el precepto que se acaba de citar, puesto que ya se había adjudicado el contrato, y de ahí que yo no comparta la responsabilidad que el acuerdo sancionador imputó finalmente a la actora por la segunda falsedad, ni tampoco la conclusión a la que, en tal sentido, llegó la sentencia de la que discrepo, lo que determina que no tenga interés alguno examinar si hubo o no un cálculo indebido del número de trabajadores a subrogar, aunque se reitera que tal extremo quedó suficientemente acreditado.

Así pues, lo que interesa es la primera de las dos informaciones, esto es, la de 28.04.17 que se ofreció para cumplimentar el oficio de 03.06.17, para lo que no basta con la mera remisión al órgano de contratación del listado comprensivo de los trabajadores que se tienen que subrogar en el nuevo servicio, sino que la información debe ser real, puesto que el propósito que persigue el artículo 120 del TRLCSP es que la respuesta sirva para que los licitadores puedan valorar debidamente en sus ofertas las cargas que tal subrogación producen, de modo que no existe razón alguna que justifique facilitar una información falsa, salvo que lo que se quiera sea disuadir a los posibles licitadores, en cuyo supuesto se habrán vulnerado de forma flagrante los principios de igualdad, concurrencia y libre competencia que impone el artículo 1 de ese texto legal, al que remiten, a los efectos que aquí interesan, los artículos 4 y 15 de la LDC, al estar en presencia de un comportamiento que resulta objetivamente desleal, al prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa, contrario a las exigencias de la buena fe y con infracción de una norma reguladora de una actividad concurrencial.

Pero esa información indebida no sólo podría perjudicar directamente a los demás licitadoras y a la futura concesionaria, sino que también podría afectar negativamente al interés público a quien iba dirigida la contratación si se llegara a adjudicar a quien no lo mereciera o, incluso, si llegara a frustrarse la contratación misma; y es que no se debe olvidar que el artículo 71 de la LOTT señala que los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos (el que aquí interesa afectaba a 12 municipios con una población de 64.602 vecinos), y que su artículo 17.2 dispone que para su explotación se aplicará, en su caso, lo dispuesto en la legislación sobre contratos del sector público sobre régimen económico del contrato de gestión de servicios públicos (ahora de concesión de servicios). Por ello, el ofrecimiento de una deficiente





información para conseguir la adecuada y justa adjudicación de ese contrato podría falsear la libre competencia en perjuicio del interés público, que es a lo que se refiere el artículo 3 de la LDC y de ahí que se estuviera en presencia de una conducta sancionable al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.a) de la LDC, por haberse falseado la libre competencia mediante actos desleales en los términos establecidos en el referido artículo 3.

Tal precepto fue el que declaró infringido el acuerdo impugnado, pero -como acabo de indicar- no sólo porque la sociedad mercantil "Arriva Galicia, SL" hubiera facilitado al órgano de contratación una información incierta para la licitación, sino también porque fue igualmente falsa la que facilitó a la nueva concesionaria para el cumplimiento del contrato, previsión ésta que no podía servir de base para sancionar con arreglo a la ley de defensa de la competencia, al ser ajena a lo dispuesto en su artículo 3, que fija el ámbito de su aplicación a la libertad de competencia, esto es, a la fase concurrencial, pero no a la de ejecución del contrato, donde la nueva concesionaria tendría que cumplirlo en sus propios términos y a su riesgo y ventura, como disponen los artículos 209 y 15 del TRLCSP, respectivamente, y no con arreglo a las instrucciones o determinaciones que le pudiera dar la empresa saliente, ello sin perjuicio de las acciones privadas que aquélla tuviera frente a ésta o de la posibilidad de que no diera por ciertas las informaciones recibidas, lo que fue el caso, con las consecuencias que de ello se derivaron y que han sido precisadas en el primer fundamento de derecho de esta sentencia. Por supuesto, también podría haber sucedido que el órgano de contratación desistiera de adjudicar el contrato si observara algún defecto no subsanable, o que revisara de oficio lo actuado, o que alguna licitadora impugnara la licitación y la adjudicación del contrato por haber partido de una información engañosa, maliciosa y en perjuicio de los competidores, pero ni consta que esto hubiera sucedido, ni tampoco interesa al caso que aquí se examina.

Y creo que tampoco interesa si la conducta imputada supuso o no el abuso de posición dominante contemplado en el artículo 2 de la LDC, pues ello fue descartado en el acuerdo impugnado.

En definitiva, en mi opinión, tan sólo era sancionable con arreglo a lo previsto en los artículos 3 de la LDC y 4 y 15 de la LCD el indebido cumplimiento del mandato contenido en el artículo 120 del TRLCSP, pero no la información que la actora ofreció voluntariamente a la empresa saliente cuando la fase de preparación y adjudicación habían concluido y, por ello, no regía ya el principio de libre competencia, sino el de ejecución, por lo que sólo en este caso se vulneró el principio de tipicidad a que se refiere el artículo 25.1 de la Constitución española, lo que no sucedió al responder al



requerimiento del órgano de contratación, eso sí, siempre que se hubiera cometido en verdad la infracción que tipifica el artículo 62.3.c) de la LDC.

QUINTO.- En efecto, la circunstancia de que la conducta que acabo de señalar esté tipificada, no significa que sea siempre sancionable, pues para ello sería necesario que su autora fuera culpable y responsable de la comisión de la actuación o de la omisión, circunstancia que tiene que acreditar el órgano sancionador para salvar el derecho de la imputada a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la CE, y que ha sido extendido al ámbito de las sanciones administrativas en las SsTC 18/1981, 13/1982, 36/1985, 22/1990, 76/1990, 229/1993, 120/1994, 95/1995, 120/1996, 7/1998, 56/1998, 3/1999, 14/1999, 276/2000, 117/2002 o 54/2003).

Pues bien, en este caso la falsedad de la información no fue detectada por el órgano de contratación cuando la recibió en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 120 del TRLCSP y 73.2.h) y 75.4 de la LOTT y en la cláusula 1.9.1.4 del pliego de condiciones, sino tras haber reaccionado la adjudicataria frente a la información que la anterior concesionaria le facilitó con posterioridad, lo que determinó que se negara a subrogar al personal que en esa comunicación se identificó. Y aquella falsedad -que es la única que aquí interesa- no ha sido negada por el letrado de la actora, al haber afirmado en su demanda que ésta había cumplido con el requerimiento que se le practicó en el oficio de 06.03.17, en el que nada se le indicaba respecto del personal a subrogar, si bien después ha reconocido que había incluido en su primera certificación "un número de trabajadores que posteriormente, tras un análisis pormenorizado, resultó superior al que debía haber sido", aunque no por ello hubiera faltado a su deber actuar de buena fe, lo que esta sala comparte en su totalidad, pese a que la actora es una gran empresa del sector del transporte, con contratos ya vigentes y otros por adjudicar, que cuenta con 300 trabajadores y con una flota de 224 vehículos.

Para centrar el grado de responsabilidad en que pudo haber incurrido la actora al cumplimentar el oficio de 06.03.17, considero de interés reproducir el artículo 120 del TRLCSP, a cuyo tenor "el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida", a lo que añade que, "a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará





obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste".

Así pues, de acuerdo con tal precepto, no existe una relación triangular entre la empresa saliente, el órgano de contratación y las licitadoras, sino dos bilaterales; así, en la primera, la empresa saliente tiene la obligación de informar al órgano de contratación sobre los trabajadores que deban ser subrogados por la empresa entrante, mientras que en la segunda el órgano de contratación se obliga a facilitar a las licitadoras tal información. A ello se refirió la cláusula 1.9.1.4 del pliego de condiciones, que añadió que la administración no asumiría responsabilidad alguna sobre la exactitud o corrección de los datos que facilitara la empresa saliente, ni tampoco sobre las consecuencias derivadas de eventuales inexactitudes o discrepancias con la situación real del personal afectado.

Como he indicado, en el presente supuesto existía circunstancia que requería una relevante matización a la exigencia señalada en el artículo 120 del TRLCSP y a la referida cláusula del pliego rector, ya que no se estaba en presencia de la gestión de un servicio de transporte que se extinguiera para pasar a licitarse otro idéntico, sino que la nueva concesión de transporte integrado XG-533 no coincidía con la anterior V-7069 de transporte regular de viajeros, no ya tanto porque representaba el 25,80% de ésta, sino también porque se agregaba la totalidad de los tráficos de las concesiones de transporte escolar V-7036 y V-7057, de modo que si el órgano de contratación tenía que informar adecuadamente a las licitadoras sobre el personal que debían subrogar al lote XG-533 para que lo tuvieran en cuenta en sus proposiciones, además de requerir a las concesionarias de los servicios V-7036 y V-7057 que informaran del personal a subrogar, también tenía que requerir a la del servicio V-7069 que desagregara o desglosara los datos ajustados a cada uno de los tres servicios en que se dividía la antigua concesión, o bien hacer ella misma esa precisión o desglose, una vez que aquélla hubiera informado sobre el personal destinado a su contrato vigente.

En este punto debo abrir un paréntesis para advertir que no consta en el voluminoso expediente administrativo remitido a esta sala (y sería de gran utilidad), la información que el órgano de contratación ofreció a las licitadoras del lote XG-533, siendo así que debería agrupar los datos de las anteriores concesiones V-7036 y V-7057, así como la parte que correspondía a la V-7069, que la actora no llegó a desglosar, sencillamente porque no se le solicitó.

En efecto, como he indicado, lo que hizo el órgano de contratación en su oficio de 06.03.17 fue requerir a "Arriva Galicia, SL" que diera información sobre diversos extremos



sobre los empleados "destinados actualmente a prestar sus servicios en el contrato de referencia", esto es, al V-7069; y así lo hizo, esto es, de forma integral o genérica, sin que llegara a desglosar los que podrían corresponder al nuevo lote licitado, XG-533, que representaba tan sólo el 25,80% de la original, lo que no necesariamente significaba que el personal a subrogar tuviera que guardar esa misma proporción, como tampoco que el previsto para el lote XG-535 fuera el 52,90% y el XG-536 el 21,30%.

Así lo admite el letrado autonómico al reconocer que no se le pidió a la empresa saliente que identificara a los trabajadores afectados por la subrogación del lote XG-533, si bien luego añade que *"ese matiz está ínsito na invocación das circunstancias do cambio de concesións e no feito de que o anexo I que a recorrente debe achegar inclúa como campos de cobertura obrigada os relativas á "código de contrato" (explicando que este se refire á concesión sobre a que se pide información), a antigüidade na empresa, o convenio colectivo de aplicación, a categoría profesional, os diferentes conceptos retributivos, as horas de dedicación ao contrato no 2016 e a porcentaxe de dedicación ao contrato no 2016"*.

No estoy de acuerdo con tal afirmación, ya que la referencia al código del contrato no deja claro si se refiere al saliente o al entrante, como tampoco se puede inferir de los datos singulares que se piden. Sea como fuere, el oficio de 06.03.17 era claro cuando exigió datos de los empleados "destinados actualmente a prestar sus servicios en el contrato de referencia", que era el V-7069; no obstante, aún si tuviera razón el letrado autonómico y se entendiera que estaba ínsito en ese oficio que la información requerida se refería al nuevo contrato XG-533, lo cierto es que consta que la empresa saliente consignó en el campo del "código del contrato" V-7069, pero no consta que el órgano de contratación hubiera requerido subsanación alguna, ni tampoco que hubiera puesto objeciones al número de trabajadores que se certificaban, por resultar excesivo, si se tiene en cuenta que ese lote representaba casi la cuarta parte del contrato originario, ello sin olvidar que el nuevo lote asumía otros tráficos diferentes, como bien recuerda el propio letrado autonómico al afirmar que *"o contrato XG-533 non só asume tráficos do V-7069 (o 25,8 % destes), senón de máis concesións, todas elas descritas no proxecto de explotación (anexo IX): o 100% da V-7036, o 100% da V-7057 e o 100% de diversas concesións de transporte de uso especial-escolar, concretamente as 16LU4096, 99LU0206, 99LU0444, 99LU0447, 99LU0508, 99LU0509, 99LU0603, 99LU3010 e 99LU4052"*.

Por lo demás, el oficio de 06.03.17 no requería dato alguno sobre el tipo de jornada que realizaban los conductores, de modo que no venía obligada "Arriba Galicia, SL" a facilitar





ese dato, aunque el órgano de contratación pudiera tener interés para verificar si cumplía o no con sus obligaciones como concesionaria, si bien esta es una cuestión que afecta a la correcta ejecución del contrato V-7069 y no a las obligaciones que a ambas partes les impone el artículo 120 del TRLCSP. Sobre esta cuestión no está de más recordar que, tras haberse planteado el problema de la subrogación, el órgano de contratación inició un extenso procedimiento para verificar qué trabajadores eran subrogables y cuáles no, a la vista de numerosos datos, como las hojas de ruta, los registros de los tacógrafos, las expediciones, las horas de conducción, las jornadas de los conductores o, incluso, sus cotizaciones sociales, datos más provechosos para otras causas que nada tienen que ver con la que aquí interesa, que es verificar si la empresa saliente había cumplido con la obligación de ofrecer los datos que el órgano de contratación le requirió en su oficio de 06.03.17. Y tampoco está de más reprochar aquí el feroz informe previo a la resolución, que acusó a la empresa saliente de "disuadir a las empresas de presentar ofertas" o de su propósito "deliberado y planificado 'ex ante' de Arriva de que el resto del sector renunciase a presentarse", o de haber "intentado poner a la adjudicataria del concurso ante una situación imposible", mediante el "inflado" del coste del personal, a fin de "enfuchar" personal indebido a la nueva contratista adjudicataria, que califica como de "monstruosidad", o la gratuita apelación al "volumen del coste artificial que se pretende establecer".

Lo que consta es que la empresa saliente, "Arriva Galicia, SL", remitió al 28.04.17 un listado comprensivo de los 50 empleados que tenía asignados a la concesión V-7069, como se le reclamó en el claro oficio de 06.03.17, sin que constara objeción alguna por el órgano de contratación que lo reclamó. Y tal listado no era en modo alguno contradictorio con el más limitado que el 01.08.17 remitió a la empresa entrante, donde ya identificó a los que tendría que subrogar para el lote XG-533, que eran 12 conductores y un administrativo de la concesión V-7069, todos los cuales estaban comprendidos en el primer listado, así como también un conductor de la concesión de escolar 99LU3010 y otro de la 16LU4096. Y ya en cuanto al tercer listado que remitió el 29.08.17, esta vez al órgano de contratación en el procedimiento de resolución contractual, no era sino reiteración del anterior, pero innecesario a los efectos que aquí interesan.

En definitiva, entiendo que todo el problema se originó por el requerimiento de una información que el órgano de contratación exigió de forma clara (el listado de los trabajadores actuales de la concesión V-7069) y que se cumplimentó en sus propios términos, sin oposición por quien la recibió, información que exigía una compleja y dificultosa intervención posterior por



parte de aquel órgano para que sirviera al propósito que exige el artículo 120 del TRLCSP, dado que el lote que se licitaba no coincidía con los servicios precedentes (V-7036 y V-7057 y V-7069), y de ahí que para mí, no fuera responsable la actora de la comisión de la infracción que tipifica el artículo 62.3.a) de la LDC, en relación con su artículo 3, y menos aún de la segunda infracción imputada y de la que también fue declarada responsable, que no encajaba en modo alguno en lo dispuesto en ese precepto, según se ha razonado en el anterior fundamento de derecho.

SEXTO.- Como corolario de todo lo expuesto, entiendo que "Arriva Galicia, SA" no fue responsable de cometer la primera infracción por la que fue sancionada, pues se limitó a informar lo que se le pidió; pero tampoco podía ser sancionada por la segunda infracción, pues, con ser cierto que la información que libremente ofreció a la nueva contratista fue incorrecta, tal conducta no aparece tipificada en la norma que regula la defensa de la competencia, pues cuando se cometió, ya había finalizado la fase concurrencial y se estaba en presencia de la de ejecución del contrato.

Por estas razones considero que la sentencia de 05.11.21 tenía que haber acogido el recurso y haber anular el acuerdo impugnado, sin necesidad de que se analizara el último motivo de nulidad, sobre la desproporción de la multa, al no servir para alterar el signo del fallo (SsTC 19/1983, 93/1984, 62/1989 y 32/1991, así como SsTS de 19.09.96 y 07.12.00).

A Coruña, 5 de diciembre de 2021.

Fdo. Juan Carlos Fernández López

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo la presente certificación.

En A CORUÑA, a ocho de noviembre de dos mil veintiuno.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

