



Roj: **SAN 6314/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6314**

Id Cendoj: **28079230062024100796**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/11/2024**

Nº de Recurso: **2003/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso: 0002003/2019**

**Tipo de Recurso:**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General:**

**13021/2019**

**Demandante:**

**DIRECCION000 .**

**Procurador:**

**D. JOSE MANUEL JIMENEZ LOPEZ**

**Demandado:**

**COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:**

**D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

**SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

**Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**



D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de noviembre de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 2003/19 promovido por el Procurador D. José Manuel Jiménez López en nombre y representación de DIRECCION000 ., contra la resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 TRANSPORTE ESCOLAR, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 18.857 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se "... dicte en su día sentencia por la que, con la estimación del presente recurso declare la nulidad de dicha resolución por nulidad del procedimiento sancionador, con imposición de costas a la demandada. SUBSIDIARIAMENTE, y para el caso de que no declare la nulidad del procedimiento sancionador dicte en su día sentencia por la que, con la estimación del presente recurso, declare la nulidad de dicha resolución en relación con DIRECCION000 , por inexistencia de práctica colusoria, con imposición de costas a la demandada".

**SEGUNDO.**-El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.**-Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 2 de octubre de 2024, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 20 de junio de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 TRANSPORTE ESCOLAR, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

*"Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel de prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar en la región de Murcia convocadas por la Consejería competente en materia de Educación de la Región de Murcia desde el año 2009 hasta el final de la ejecución del último contrato licitado en el procedimiento SG/CA/14/2016, en junio de 2018.*

*Segundo. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el fundamento de derecho cuarto, declarar responsables de la citada infracción a las siguientes entidades:*

(...)

*19. DIRECCION001 ., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia, al menos durante el periodo de licitación del contrato de 41 rutas de transporte escolar para los cursos 2016-2017 y 2017-2018, abarcando desde el momento de presentación de las ofertas en julio de 2016 hasta el final de la ejecución del contrato en junio de 2018.*

(...)

*Tercero. Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes sanciones:*

(...)

*18. DIRECCION000 ., 18.857 euros*

(...)



*Quinto. Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.*

(...)

*Noveno. Remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos, de acuerdo con lo establecido en el fundamento de derecho séptimo.*

(...)"

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) Con fecha 9 de febrero de 2017, se recibió un escrito de denuncia en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), presentado por la Consejería de Educación y Universidades (actualmente Consejería de Educación, Juventud y Deportes) de la Región de Murcia (La Consejería de Educación) contra las empresas AUTOBUSES Y TAXIS PITOÑO, S.L. y AUTOCARES PELOTÓN, S.L., por posibles prácticas colusorias en el procedimiento de contratación administrativa con referencia NUM001, denominado "Contratación del servicio de 41 rutas de transporte escolar de la Región de Murcia, cursos 2016-17 y 2017-18", contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

2) En aplicación artículo 2.2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, la Dirección de Competencia de la CNMC consideró que los hechos objeto de análisis se circunscribían exclusivamente al ámbito territorial de la Región de Murcia, por lo que correspondería al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia (SRDC) la competencia para conocer del asunto. En consecuencia, la CNMC procedió a remitir al SRDC la denuncia recibida en la CNMC, el 28 de febrero de 2017.

3) Tras acordar el inicio de una información reservada, el 7 de julio de 2017 el SRDC acordó la incoación de un expediente sancionador contra las dos entidades denunciadas (AUTOCARES PELOTÓN, S.L. y AUTOBUSES Y TAXIS PITOÑO S.L.) y quince empresas más ( Adrian , ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S.L., Hipolito , AUTOBUSES FRANCISCO SÁNCHEZ GIL, S.L., AUTOBUSES Y TAXIS PITOÑO, S.L., AUTOCARES JOSÉ MARTÍNEZ GARCÍA, S.L., AUTOCARES JUAN GÓMEZ SÁNCHEZ, S.L., AUTOCARES KLEIN, S.L., DIRECCION002 ., AUTOCARES MARTÍNEZ SANTAOLALLA, S.L., AUTOCARES PELOTÓN, S.L., AUTOCARES RAVIGO, S.L., DIRECCION001 ., EUROPA BUS TURISMOS Y TRANSPORTE, S.L., FIRST CLASS BUS, S.L., PREMIER BUS, S.L. y TRANSPORTES PERIFÉRICOS MURCIANOS, S.A.) por haber sido las participantes en el procedimiento de contratación administrativa NUM001 .

4) Con fecha 4 de mayo de 2018 el SRDC emitió pliego de concreción de hechos en el que se concluía que las empresas incoadas habían llevado a cabo prácticas contrarias al derecho de la competencia consistentes en el reparto del mercado en relación con los diferentes lotes en el expediente de contratación del servicio de transporte escolar de 41 rutas de la Región de Murcia para los cursos 2016-2017 y 2017-2018. Pliego frente al cual formularon las empresas incoadas las alegaciones que refleja el expediente.

5) El 31 de mayo de 2018 TRANSPORTES PERIFÉRICOS MURCIANOS, S.A. (TRAPEMUSA) presentó ante la CNMC, a los efectos del artículo 66 de la LDC, una solicitud de exención del pago de la multa denunciando la comisión de una infracción del artículo 1 consistente en la concertación entre diversas empresas en relación con la prestación de los servicios públicos de transporte de viajeros regular de uso especial con origen y destino en centros educativos de la Región de Murcia. A ello añadía que la concertación venía realizándose desde hace tiempo, y que dio lugar a la firma de un convenio el 18 de agosto de 2006 y de otro posterior que se firmó el 8 de julio de 2009.

6) A la vista de la solicitud de clemencia presentada por TRAPEMUSA, el número de nuevas empresas implicadas y el mayor periodo afectado por las conductas investigadas, el SRDC dictó un acuerdo de ampliación del plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento en cuatro meses; y, con fecha 10 de julio de 2018, un acuerdo de ampliación de la incoación del expediente sancionador, por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, en particular, la posible coordinación de comportamientos y el reparto del mercado entre varias empresas participantes en las licitaciones relativas a la contratación del servicio de transporte escolar de la Región de Murcia desde, al menos, el año 2006. En ese acuerdo se mantuvo a las empresas ya incoadas y además se amplió la incoación, a AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A., AUTOCARES ÁGUILAS, S.L., AUTOCARES BELMONTE HERMANOS, S.L., AUTOCARES ESPUÑA, S.L., AUTOCARES GÓMEZ, S.A., AUTOCARES HELLÍN, S.A., AUTOCARES IBEROCAR, S.A., AUTOCARES MEROÑO, S.A., AUTOCARES PATERNA, S.L., DIRECCION000 ., AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO, S.L., BUSMAR, S.L., DIRECCION003 ., LÍNEAS REGULARES DEL SUDESTE, S.L., LÍNEAS Y AUTOCARES, S.A., MARCOS HIDALGO CANO, S.L., TRANSALHAMA, S.L., TRANSPORTE DE VIAJEROS DE MURCIA, S.L., y TRANSPORTES



URBANOS DE CARTAGENA, S.A.; así como a las asociaciones ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES (ANETRA), FEDERACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBÚS - MURCIA (FENEBUS MURCIA), y FEDERACIÓN REGIONAL DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE TRANSPORTE DE MURCIA (FROET).

7) E 26 de julio de 2018, se presentó una segunda solicitud de clemencia por la empresa DIRECCION002 ., en la que se expone su decisión de colaborar con el SRDC al amparo de lo establecido en el artículo 66 de la LDC.; y el 27 de julio de 2018, se presentó una tercera solicitud de clemencia al amparo del artículo 66 de la LDC por la empresa AUTOCARES PATERNA, S.L.

8) A la vista de todo ello, el 12 de septiembre de 2018 se dictó un segundo pliego de concreción de hechos (PCH 2) en el que se recogieron los hechos ya probados en el PCH1 y se añadieron los aportados junto con las tres solicitudes de clemencia. Pliego de que se dio traslado a las incoadas.

9) Acordado el cierre de la fase de instrucción el 25 de octubre de 2018, el 26 de octubre siguiente se formuló propuesta de resolución. En la misma se proponía que se declarase acreditada la existencia de una infracción del artículo 1.1 de la LDC, distinguiendo en razón de la responsabilidad de cada empresa o asociación hasta tres formas de participación:

*"1. Participación en el cártel al menos en el período de la última licitación convocada para los cursos 2016-2017 y 2017-2018:*

- *Adrian*
- ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S. L.
- *Hipolito*
- AUTOBUSES Y TAXIS PITOÑO, S. L.
- AUTOCARES JUAN GÓMEZ SÁNCHEZ, S. L.
- AUTOCARES KLEIN, S. L.
- AUTOCARES MARTÍNEZ SANTAOLALLA, S. L.
- AUTOCARES PELOTÓN, S. L.
- DIRECCION001 .
- EUROPA BUS TURISMOS Y TRANSPORTE, S. L.
- FIRST CLASS BUS, S. L.
- PREMIER BUS, S. L.

*2. Participación en el cártel al menos desde julio de 2009, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, hasta la última licitación convocada para los cursos 2016-2017 y 2017-2018:*

- AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S. A.
- AUTOCARES ÁGUILAS, S. L.
- AUTOCARES BELMONTE HERMANOS, S. L.
- AUTOCARES ESPUÑA, S. L.
- AUTOCARES GÓMEZ, S. A.
- AUTOCARES HELLÍN, S. A.
- AUTOCARES IBEROCAR, S. A.
- AUTOCARES MEROÑO, S. A.
- AUTOCARES PATERNA, S. L.
- DIRECCION000 .
- AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO, S. L.
- DIRECCION003 .
- BUSMAR, S. L.
- LÍNEAS REGULARES DEL SUDESTE, S. L.



- LÍNEAS Y AUTOCARES, S. A. (actualmente INTERURBANA DE AUTOBUSES, S. A.)
- MARCOS HIDALGO CANO, S. L.
- TRANSALHAMA, S. L.
- TRANSPORTE DE VIAJEROS DE MURCIA, S. L.
- TRANSPORTES URBANOS DE CARTAGENA, S. A.
- AUTOBUSES FRANCISCO SANCHEZ GIL, S. L.
- AUTOCARES JOSÉ MARTÍNEZ GARCÍA, S. L.
- DIRECCION002 .
- TRANSPORTES PERIFÉRICOS MURCIANOS, S. A.

3. Participación en el cártel al menos desde julio de 2009, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, hasta la última licitación convocada para los cursos 2016-2017 y 2017-2018, así como por la organización, coordinación y seguimiento del mismo a través de una comisión creada al efecto:

- ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES (ANETRA)2.
- ASOCIACIÓN REGIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DE VIAJEROS DE MURCIA (FENEBUSMURCIA).
- FEDERACIÓN REGIONAL DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE TRANSPORTE DE MURCIA (FROET)".

Propuesta frente a la cual hicieron las empresas incoadas las alegaciones que tuvieron por conveniente.

10) El 28 de noviembre de 2018 el SRDC elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su informe y propuesta de resolución; y, con fecha 19 de diciembre de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó la convalidación del acuerdo que había adoptado el SRDC por el cual se amplió el plazo máximo de resolución del procedimiento hasta el 6 de mayo de 2019.

11) Presentada la información que les fue requerida a las incoadas acerca de su volumen de negocios en el año 2018, y tras la recalificación acordada el 9 de mayo de 2019, que fue asimismo contestada por las entidades interesadas, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó en su reunión de 20 de junio de 2019 la resolución cuya impugnación es objeto del presente proceso.

**SEGUNDO.**-Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando aborda la cuestión relativa al mercado de producto afectado, la resolución recurrida lo identifica con el del servicio de transporte público regular de uso especial, en concreto, escolar, prestado a centros públicos y sujetos a licitación pública convocada por la Consejería de Educación de Murcia. Mercado que limita geográficamente al territorio de la Comunidad Autónoma, coincidente con la competencia de la referida Consejería de Educación.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la CNMC inicia la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, y se refiere así a la información aportada junto con la denuncia de la Consejería de Educación (folios 1 a 106), a las informaciones facilitadas por TRAPEMUSA en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 2.416 a 2.564), por DIRECCION002 . en la segunda solicitud de clemencia (folios 2.952 a 2.975), y por AUTOCARES PATERNA, S.L. en la tercera solicitud de clemencia (folios 2.979 a 2.995), así como en la información y documentos aportados en las contestaciones a los requerimientos de información efectuados a las empresas incoadas durante la fase de instrucción.

Además, se remite al apartado IV del primer PCH en el que el SRDC expone los hechos que considera acreditados respecto a las conductas desarrolladas por las 17 empresas imputadas en torno a los diferentes lotes en el expediente de contratación del servicio de transporte escolar de 41 rutas de la Consejería de Educación para los cursos 2016-2017 y 2017-2018; y al apartado V del segundo PCH, en el que el SRDC expone los hechos que considera acreditados respecto a las conductas desarrolladas por las 19 empresas y las 3 asociaciones de empresas imputadas con origen en el convenio de 8 de julio de 2009.

Sobre la base de dicha información concluye que habría quedado acreditada la existencia de un acuerdo de larga duración que arranca del denominado "*Convenio regulador de los servicios de transporte público de viajeros regular de uso especial con origen y destino en centros educativos de la Región de Murcia, entre las empresas pertenecientes a la Asociación de Empresarios de Servicio Discrecional de Viajeros de la provincia de Murcia (AESDVM-ANETRA) y a FENEBUS-MURCIA*", que fue firmado el 8 de julio de 2009.



Este convenio evidenciaría que las empresas firmantes habían pactado, a través de sus respectivas asociaciones, una serie de condiciones para garantizar la carga de trabajo que tenían las empresas participantes en el acuerdo.

De acuerdo con lo convenido, cada empresa optó a las líneas que le interesaban, cediendo las que no le interesaban para su reparto entre las empresas del cártel. Además, se habría establecido que los contratos del curso escolar anterior (2008-2009) serían respetados por las empresas signatarias en el curso siguiente (2009- 2010) y sucesivos, subrayando su carácter indefinido.

Se preveía la creación de una comisión paritaria de representantes de AESDVM-ANETRA y de FENEBUS-MURCIA, que tenía como secretario al secretario general de FROET o persona que este designara, y cuyas funciones consistían en resolver sobre la forma de acceso a la contratación de las empresas firmantes, interpretar el convenio, resolver los conflictos que pudieran suscitarse en su aplicación y ejercer la actividad disciplinaria sobre las empresas que no lo respetasen.

Afirma además la CNMC que se ha acreditado el funcionamiento efectivo de la comisión de seguimiento formada por representantes de AESDVM-ANETRA, FENEBUS-MURCIA y FROET, así como el papel fundamental de FROET en la coordinación de comportamientos y el reparto de rutas, organizando reuniones y celebrando asambleas conjuntas de la Asociación de Empresarios de Servicio Discrecional de Viajeros de la provincia de Murcia y FENEBUS-MURCIA en la propia sede de FROET.

Se refiere así a las reuniones celebradas por Comisión de seguimiento del Convenio de 2009, en las que participaban miembros de las asociaciones incoadas, y cuya prueba obra a los folios 2.440 a 2.446 del expediente.

Alude a la concreta intervención de FENEBUS-MURCIA y también de FROET, a quien atribuye haber coordinado y supervisado la distribución de las compensaciones de rutas entre las empresas a través de correos electrónicos, sirviendo de nexo entre las empresas (alude en este sentido a los correos en los que ordena a las empresas que se abstengan de responder a las ofertas que ha enviado la Consejería de Educación hasta que la comisión de seguimiento se ponga en contacto con cada una de ellas, o en los que requiere que no indiquen a la Consejería las rutas que harán hasta que se solucionen las dudas, o que no acepten las prórrogas del Contrato licitado en 2016.

Describe las formas de compensación por pérdidas de contratos o desaparición de rutas y la existencia de turnos y sorteos pactadas en el Convenio, la posibilidad también prevista de permutar entre las empresas firmantes las rutas que en principio tuvieran asignadas, y el obligado respeto mutuo en relación a la contratación con centros privados.

Todo ello con apoyo en la prueba que cita en relación a cada una de dichas conductas.

Junto a dicho acuerdo de larga duración, la resolución advierte de la existencia de un acuerdo en la licitación del periodo 2016-2018 que traería causa del expediente de contratación del servicio de transporte escolar de 41 rutas para los cursos 2016-2017 y 2017-2018, por procedimiento abierto, y en el que la adjudicación se produjo en favor de las empresas y por los importes que recoge la misma resolución. Además, pormenoriza la conducta concreta de cada una de las empresas intervinientes y su relación con otra u otras de las participantes en la licitación, de la que deduce la existencia de concertación.

Estas circunstancias llevan finalmente a la CNMC a apreciar la existencia de una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC, que califica de muy grave, constitutiva de un cártel por el que *"... determinadas empresas, con el conocimiento y participación de AESDVMANETRA, FENEBUS-MURCIA y FROET, se repartieron las rutas de transporte escolar en la Región de Murcia a través de los lotes ofertados en las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación entre 2009 y 2016, año en que se produjo la última licitación de rutas para los ejercicios escolares 2016-2017 y 2017-2018"*.

Afirma que dicho cártel se formó y mantuvo en el tiempo hasta la fecha de incoación del expediente sancionador, y que se instrumentalizó mediante la firma del referido convenio de 8 de julio de 2009, para garantizar la concurrencia coordinada a la prestación del servicio de transporte escolar en Murcia, añadiendo que *"... durante la licitación del contrato de los cursos 2016-2017 y 2017-2018 y en ejecución del plan común previamente acordado por las empresas implicadas específicamente en el reparto de los lotes del Contrato, se produjeron una serie de prácticas -como renunciadas cruzadas o condicionadas a los lotes de los que habían sido inicialmente adjudicatarias- que constituyen indicios de la pervivencia del cártel hasta la actualidad, al que se habrían sumado empresas no firmantes del Convenio de 2009"*.

**TERCERO.**-En cuanto a la concreta intervención de la actora, DIRECCION000 ., se describe en estos términos en la resolución recurrida:



" DIRECCION000 ., es responsable de una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia, al menos desde julio de 2009, fecha en que se firma el Convenio para repartir el mercado, hasta junio de 2018, momento en que finaliza la ejecución del Contrato. DIRECCION000 . fue incluida entre las empresas integradas en el cártel por el solicitante de clemencia por participar en el reparto de las rutas (folios 2.421 a 2.427).

A través de la documentación incorporada al expediente se ha acreditado que DIRECCION000 . fue signataria del Convenio de 2009 asociada a ANETRA (folios 2.428 a 2.439; y 2.984 a 2.990) y asistió a la reunión de la comisión mixta del transporte escolar de 8 de enero de 2010 (folio 2553).

DIRECCION000 . se encuentra igualmente incluida en la tabla "Cedidas" (folios 2968-2969) de 12 de septiembre de 2009, como adjudicataria 2008 cedente a compensar. En dicha tabla figura como adjudicadas en 2008 a DIRECCION000 . las rutas 30012860D y 30013566-B, las cuales se habrían cedido a las empresas AUTOCARES BENIEL, S.L. y AUTOBUSES MAR MENOR, S.L, respectivamente. Esta cesión se habría llevado a cabo como prueba la resolución de la Consejería de Educación por la que se hace pública la adjudicación definitiva de la contratación del servicio público de transporte escolar para los cursos 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012 (folios 2.447 a 2.469).

Por otro lado, la empresa DIRECCION000 . se encuentra vinculada con DIRECCION001 ., cuyo análisis individualizado se realiza en el siguiente apartado.

Adicionalmente DIRECCION000 . fue destinataria del correo electrónico de 7 de mayo de 2018, enviado desde FROET a varias empresas ordenando a las mismas no aceptar las prórrogas (folios 2.558 a 2.563). Firma dicho correo el antiguo CEO de TRAPEMUSA, considerado por esta empresa en su declaración de clemencia como organizador del cártel investigado".

Frente a ello, los motivos que se esgrimen en la demanda son los siguientes:

- Imposibilidad de modificar el pliego de concreción de hechos una vez dictado.
- Nulidad de la ampliación de incoación del procedimiento y su convalidación por la CNMC. Nulidad del procedimiento.
- Inexistencia de práctica colusoria por parte de DIRECCION000 . Prescripción de los hechos relativos al convenio de 2009.
- Inexistencia de prácticas colusorias en relación con el supuesto convenio del año 2009.
- Incongruencia omisiva. Ni el SRDC ni la CNMC resuelven la alegación de ilicitud de las pruebas aportadas por los solicitantes de clemencia.

**CUARTO**-.Denuncia en primer lugar la entidad actora que en el curso del expediente se modificó el pliego de concreción de hechos que ya había sido dictado, lo que arrastraría la nulidad del procedimiento.

Recuerda en tal sentido que "... con fecha 4 de mayo de 2018 el SRDC dicta un PCH, abriendo un plazo de 15 d.as para que los interesados pudiesen presentar alegaciones. En dicho momento del procedimiento la mercantil a la que represento no era parte del procedimiento y por tanto ni conocía dicho PCH, ni le fue notificado, ni pudo presentar alegaciones". Y que, tras la presentación de la solicitud de clemencia por TRAPEMUSA, "... a pesar de que existía ya el PCH 1, el SRDC dicta un nuevo PCH (el 2º) con fecha de 12 de septiembre de 2018 donde amplía las posibles prácticas colusorias a nuevas empresas (entre las que se encuentra mi representada), distintas del PCH 1, aportando nuevos hechos, fundamentos y supuestas pruebas, variando sustancialmente el PCH 1, anunciando un nuevo trámite de alegaciones".

A su juicio, la existencia de dos pliegos de concreción de hechos en un mismo procedimiento determina la nulidad de este, y ello de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha de 24 de julio de 2018 (recurso casación núm. 2665/2016), que confirma la dictada por esta misma Sección de 11 de julio de 2017 (recurso núm. 343/2014).

Avalaría esta interpretación, según la recurrente, lo dispuesto en los artículos 50 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, y 33 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, en cuanto establecen que "... los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que ser notificado a los interesados, quienes en un plazo de quince d.as podrán contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes", y prevén el cierre de la fase de instrucción una vez recibidas las alegaciones de los interesados o, en su caso, transcurridos quince días.



Por tanto, se estaría en el caso del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que se remite la demanda.

No compartimos, sin embargo, este criterio.

El citado artículo y hoy, en iguales términos, el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, declaran nulos los actos que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, supuesto al que se equipara, según reiterada jurisprudencia, el caso en que se haya obviado un trámite tan esencial que las consecuencias sean asimilables a la falta absoluta de procedimiento.

Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991 (Roj. STS 11921/1991), y en relación a la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, hacía al respecto las consideraciones siguientes:

*"La parte apelante alega irregularidades en la tramitación del expediente administrativo, tales como que en el mismo día se incoa y se declara finalizada la instrucción, no incoándose elemento probatorio alguno y pasándose directamente a la audiencia del interesado, con la consiguiente indefensión determinante de la nulidad del expediente por carecer de los elementos esenciales tales como la contradicción y el informe exacto de los cargos que se imputan y se entienden infringidos, así como la práctica de las pruebas solicitadas por el particular. (...).*

*Segundo: El art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo predica la nulidad de los actos de la Administración cuando son dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, precisando el art. 48 que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, si bien los defectos formales sólo determinarán la anulabilidad cuando tales actos carezcan de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados.*

*La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido reiteradamente manteniendo que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación y cautela la teoría jurídica de las nulidades y anulabilidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad debe ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente y, en fin, cuantas circunstancias concurren, insistiéndose en que la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparental, de modo que si la real falta y puede demostrarse que la decisión final hubiera sido la misma, lo procedente será prescindir del vicio formal y resolver sobre el fondo en aplicación del principio del economía procesal.*

*Tercero: Ciertamente, el expediente administrativo aquí contemplado no es un modelo de rigor y precisión y claridad, pero su contenido integra los elementos suficientes y determinantes para la formación de voluntad del órgano decisorio, lo que impide la pretendida declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho contemplado en el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo .*

*Las irregularidades o defectos formales denunciados por el apelante, tampoco son determinantes de la anulabilidad reglada en el art. 48 del mismo cuerpo legal, ya que contiene el expediente los elementos indispensables para alcanzar su fin, sin dar lugar tampoco a la indefensión del interesado".*

Criterio que reiteran otras como las de 20 julio 1992 (RJ 1992\6511) y 18 de diciembre de 1996 (recurso núm. 9414/1991).

Más recientemente, la de 18 de julio de 2022 (recurso núm. 416/21), declara lo siguiente:

*"En efecto, se parte de la idea que las formas del procedimiento no tienen en nuestro Derecho, como regla general, una finalidad en sí mismas, sino que se justifican, en el concreto ámbito de los poderes públicos, en cuanto, de una parte, son una garantía de acierto en las decisiones de tales instituciones; de otra, una garantía de defensa de los ciudadanos a quienes mediante tales formas se pretende garantizar la protección de sus derechos.*

*Que ello es así se refleja en las determinaciones de las causas de nulidad y anulabilidad que se contemplan en nuestro Derecho, ya desde la vieja Ley de Procedimiento de 1958; ahora recogidos en los artículos 47 y 48 de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , que reserva para la nulidad de pleno derecho los supuestos en que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, lo que ha sido reiteradamente interpretado por la jurisprudencia como aquellos supuestos en que existe una omisión absoluta de todo trámite procedimental (artículo 47-1º-e). En otro caso, los defectos de forma afectan a la validez de los actos, por la vía de la anulabilidad, solo cuando se omitan los requisitos formales necesarios para alcanzar su fin o el vicio formal ocasione indefensión de los interesados. Fuera de esos supuestos, los defectos del procedimiento no tienen trascendencia para la plena eficacia de los actos y se consideran como omisiones no invalidantes, sin perjuicio de los efectos que pudieran tener en el ámbito doméstico de la Administración.*



*Esa es la doctrina que reiteradamente hemos declarado en relación con el procedimiento de indulto, entre la últimas, en la sentencia 609/2022 (ECLI:ES:TS:2022:2001), con abundante cita".*

En el caso que examinamos ahora, no se ha producido indefensión por cuanto la entidad actora ha podido hacer cuantas alegaciones tuvo por convenientes frente al pliego de concreción de hechos que reflejaba los que en rigor tomó en consideración la CNMC para declarar su responsabilidad.

Salvado su derecho a la defensa, el que se dictaran dos pliegos de concreción de hechos cuando la Ley de Defensa de la Competencia y su Reglamento prevén solo uno, o el que se cerrase la fase de instrucción después del segundo, y no tras el primero, pese a la literalidad de los preceptos de ambas normas que invoca la recurrente, no puede equipararse a que se haya "... *prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*" en los términos en que lo requiere la jurisprudencia citada para dar lugar a la nulidad.

Por lo demás, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018 (recurso núm. 2665/2016), que confirmó la dictada por esta Sección de 11 de julio de 2017 (recurso núm. 343/2014), no obliga a conclusión distinta.

En el caso entonces enjuiciado se trataba de la modificación de un único pliego de concreción de hechos, modificación que se hizo al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992 y, por tanto, como una mera rectificación de errores materiales o aritméticos, que además perseguía ampliar el pliego a la vista de las alegaciones exculpatorias presentadas por la empresa afectada, como de manera explícita lo recoge la sentencia de esta Sección:

*"La finalidad del pliego de concreción de hechos es, insistimos, la de delimitar los que puedan ser constitutivos de infracción; y su relevancia resulta evidente, pues constituye una garantía para el expedientado que conoce sobre qué base fáctica se construye la imputación, pudiendo hacer las alegaciones y proponer las pruebas que considere necesarias para desvirtuarlos.*

*Es consustancial con esa finalidad, y con la garantía a la que sirve, que no pueda ser modificado a la vista de las alegaciones presentadas por el expedientado, acomodándolo a las mismas con el fin de eludir su eventual eficacia exculpatoria.*

*Y eso es, precisamente, lo que ha sucedido aquí. Desechada la posibilidad de la mera rectificación de un error material, en realidad la Dirección de Competencia, al dejar sin efecto el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, ya adoptado, y modificar el pliego de concreción hechos ampliando temporalmente aquellos a los que se refería la imputación, ha alterado el procedimiento establecido, que no prevé una retroacción en ese trámite.*

*Además, la afectación al derecho de defensa de la expedientada que con ello se ha causado no puede discutirse. Esa lesión no deriva de la falta de audiencia, sino de la alteración del procedimiento sancionador, siendo así que la necesaria observancia de sus trámites constituye, como decíamos, la primera garantía para el sancionado"*

**QUINTO.**-Argumenta por otra parte DIRECCION000 ., que es nulo el acuerdo de ampliación de incoación del procedimiento adoptado por el SRDC de Murcia, instructor del mismo, lo que determina su nulidad.

Literalmente, se refiere a la "Nulidad de la ampliación de incoación del procedimiento y su convalidación por la CNMC. Nulidad del procedimiento".

Este enunciado del motivo incurre en un claro error por cuanto el acuerdo de ampliación de la incoación fue adoptado por el SRDC con fecha 10 de julio de 2018, y no fue convalidado por la Sala de Competencia. Siendo así que la convalidación a la que se refiere la entidad recurrente fue acordada por la CNMC en relación al acuerdo de ampliación del plazo para resolver adoptado por el SRDC el 25 de junio de 2018.

En relación con todo ello, aduce la demandante que se excedió el plazo máximo de doce meses que para la instrucción del expediente establece el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia toda vez que se inició el 7 de junio de 2017, y el acuerdo de ampliación de la incoación se adoptó por el SRDC el 10 de julio de 2018.

Pues bien, el citado artículo 28.4 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, dispone que *"El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación"*.

Sin embargo, no establece que el exceso en dicho plazo determine la nulidad del procedimiento, como sostiene DIRECCION000 , por lo que la consecuencia del incumplimiento solo podría ser la de la anulabilidad de la resolución en los términos del artículo 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según el cual *"La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo"*.



La demandante no aporta dato alguno que permita suponer que, en este caso, la naturaleza del plazo determine esa anulabilidad. Y ello a diferencia del otro plazo que establece el mismo artículo 28.4 en su párrafo segundo, donde dispone que *"El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio"*. Aquí sí anuda la norma una concreta consecuencia al incumplimiento del plazo máximo que fija, lo que abunda en esta interpretación.

Por tanto, el transcurso de un plazo superior a doce meses en la instrucción del expediente no tiene en este caso, a juicio de la Sala, incidencia en la validez de la resolución recurrida.

Por análogas razones, el hecho de que no se cerrase la fase de instrucción en el plazo de quince días que prevé el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia no produce la nulidad, como pretende la actora al afirmar que *"... el órgano administrativo tenía obligación de cerrar la fase de instrucción y no lo hizo, bien por el transcurso del plazo de doce meses, bien por estar finalizada dicha instrucción. Debe por tanto considerarse NULO el auto de ampliación de incoación adoptado el día 10 de julio de 2018, según lo dispuesto por el artículo 62 apartado e) de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y encontrarse cerrada la fase de instrucción tras las alegaciones realizadas al Pliego de Concreción de Hechos"*.

Baste para rechazar este argumento remitirnos a lo ya dicho sobre la interpretación que ha de hacerse del motivo de nulidad previsto en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, y antes en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, en relación a *"... haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"*, condición que, desde luego, no puede identificarse con el retraso en el cierre de la fase de instrucción.

Cabe plantearse entonces si, a la vista de lo que también aduce la recurrente, y puesto que es incontrovertido que el acuerdo de ampliación del plazo, de fecha 25 de junio de 2018, se adoptó por el SRDC cuando la competencia para ello correspondía a la Sala de Competencia, es válida la convalidación que llevó a cabo esta en su acuerdo de 19 de diciembre siguiente.

Recordemos que conforme al artículo 37.4 de la Ley 15/2007, *"Excepcionalmente , podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes. En el caso de acordarse la ampliación del plazo máximo, ésta no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento"*. Y añade el apartado 5 que *"Contra el acuerdo que resuelva sobre la suspensión o sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno en vía administrativa"*.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone que *"1. Excepcionalmente, cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles a los que se refiere el apartado 5 del artículo 21, el órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, podrá acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser éste superior al establecido para la tramitación del procedimiento."*

*2. Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno"*.

En opinión de DIRECCION000 , la CNMC no es un órgano jerárquicamente superior al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia, que es el que adoptó el acuerdo después convalidado, por lo que la convalidación carecería de cualquier efecto y, con ello, resultaría también ineficaz el acuerdo de ampliación adoptado por el SRDC.

Ha de decirse sobre esta cuestión, en primer término, que dicho acuerdo de ampliación no puede considerarse nulo de pleno Derecho, pues no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Así, sería en principio convalidable de conformidad con lo prevenido en el artículo 52 de la misma Ley, cuyo apartado 3 establece que *"Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado"*.

Rechaza la entidad actora, como decíamos, que la Sala de Competencia sea órgano superior jerárquico del SRDC, sin hacer más precisiones al respecto.

No obstante, creemos que el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia mantiene, cuando es designado instructor de un procedimiento sancionador que ha de resolver la CNMC, una doble condición. Así, desde el punto de vista orgánico no hay duda de que forma parte de la estructura de la Administración autonómica como órgano perteneciente a la misma y sujeto, por tanto, a la dependencia que resulte de dicha



estructura. Pero al mismo tiempo, y desde un punto de vista funcional, ejerce su actividad como instructor del procedimiento lo que implica que, conforme a las normas que regulan el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia, mantenga con el órgano al cual le corresponde resolver dicho procedimiento la relación que resulta de las normas que lo regulan. Ello quiere decir que las resoluciones que dicte como tal instructor son revisables en los términos que establece la Ley 15/2007 y su Reglamento, sin que exista en esto diferencia alguna con los casos en los que la instrucción es asumida por la Dirección de Competencia.

Por tanto, sus acuerdos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia conforme al artículo 47 de la LDC. Y, fuera de los supuestos a que este precepto se refiere, el Consejo podrá adoptar respecto de los acuerdos del instructor, ya sea el SRDC o la Dirección de Competencia, las decisiones que procedan, entre ellas su revocación o, en su caso, su convalidación.

Admitir otra cosa, es decir, que los acuerdos dictados por el SRDC como instructor del procedimiento sancionador que ha de resolver el Consejo de la CNMC no puedan ser revisados por este, por razón de la condición de órgano autonómico del referido servicio, es incompatible con la regulación que de la instrucción del procedimiento se contiene en la LDC y, en realidad, lo haría inviable. Del mismo modo, es evidente que la convalidación de un acto dictado dentro del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia y del que corresponde conocer a la CNMC no puede hacerse por el órgano de la Administración autonómica jerárquicamente superior al SRDC, que es ajeno a dicho procedimiento y carece de toda competencia para intervenir en el mismo.

Corroborar esta interpretación la normativa autonómica sobre la materia y, en particular, el Decreto 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 2.1 establece que *"Se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia, como unidad integrada con rango de Servicio, en la Dirección General que ostente atribuciones en materia de comercio interior, de la citada Consejería"*. Dicha Consejería es la que, en cada momento, ostente competencia en materia de comercio interior, y es en la que se encuadra, orgánicamente y a los efectos que señalábamos antes, el SRDC.

Y añade el artículo 2 en su apartado 2 que *"Corresponden al Servicio Regional de Defensa de la Competencia, en el ámbito de lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, las funciones siguientes: a) Ejercer las funciones de instrucción de los procedimientos de infracción y de autorización singular en los supuestos establecidos en la normativa reguladora correspondiente (...)"*.

De ahí que esta Sala considere que la convalidación llevada a cabo por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en su acuerdo de fecha 19 de diciembre de 2018 no es contraria al ordenamiento jurídico, y resulta eficaz a los efectos de solventar la falta de competencia del SRDC para dictar el acuerdo de ampliación adoptado el 25 de junio de 2018.

**SEXTO.**-Afirma la entidad actora que no tiene ninguna vinculación con los hechos que dieron lugar a la incoación originaria del expediente sancionador, y recuerda al respecto que las conductas que le atribuye la CNMC consistirían en *"- Haber suscrito el convenio de 2009 (tras expresarlo así uno de los solicitantes de clemencia) y figurar en la tabla de cedidas de dicho convenio, con fecha de 12 de septiembre de 2009."*

- La vinculación de la empresa DIRECCION000 con DIRECCION001 .

- Haber sido destinataria del correo enviado por FROET, el 7 de mayo de 2018, a varias empresas en relación con la negociación de la prórroga del transporte escolar en la Región de Murcia".

Es decir, carecería de cualquier relación con los hechos que reflejaba el primero de los pliegos de cargos, referido al procedimiento de contratación administrativa NUM001 , denominado "Contratación del servicio de 41 rutas de transporte escolar de la Región de Murcia, cursos 2016-2017 y 2017-2018".

Al faltar toda conexión entre aquellas conductas y estos hechos, supone que la infracción que se le atribuye estaría caso prescrita.

Destaca que así lo entendió la propia CNMC en relación a diversas empresas (ocho de las diecinueve a las que se les amplió el expediente) que, a pesar de haber firmado el convenio de 2009, y de haberles atribuido un comportamiento colusorio desde entonces, quedaron exentas de responsabilidad por considerarse prescrita su infracción en aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 de la LDC.

Aduce además que dichas empresas fueron también, como ella, destinatarias del correo de FROET de 7 de mayo de 2018, relativo a la prórroga del contrato.



Para examinar este motivo resulta imprescindible recordar la imputación que la resolución recurrida dirige contra DIRECCION000 al señalar que, en relación con las empresas y asociaciones firmantes del Convenio de 2009, habría quedado acreditado en virtud del propio texto del Convenio, la documentación aportada y las declaraciones realizadas por las empresas solicitantes de clemencia, que todas las entidades participantes eran plenamente conscientes de la ilicitud de sus comportamientos, tanto en el momento de la firma como durante la ejecución del Convenio en los años posteriores, a través de la comisión de seguimiento del mismo y la efectiva adopción de acuerdos relativos al reparto de lotes de los contratos, cesión, compensación y reasignación de rutas entre las empresas licitadoras, retirada de ofertas y presentación de nuevas proposiciones; y todo ello con el fin de evitar la libre competencia en el sector, llegando incluso a prever la adopción de medidas disciplinarias contra las empresas que no respetasen los acuerdos.

Por otra parte, y en cuanto a la particular situación de la recurrente, la resolución hace las consideraciones siguientes en las que se encontraría la justificación de que no se pueda entender prescrita su responsabilidad:

*" DIRECCION000 . se encuentra igualmente incluida en la tabla "Cedidas" (folios 2968-2969) de 12 de septiembre de 2009, como adjudicataria 2008 cedente a compensar. En dicha tabla figura como adjudicadas en 2008 a DIRECCION000 . las rutas 30012860D y 30013566-B, las cuales se habrían cedido a las empresas AUTOCARES BENIEL, S.L. y AUTOBUSES MAR MENOR, S.L, respectivamente. Esta cesión se habría llevado a cabo como prueba la resolución de la Consejería de Educación por la que se hace pública la adjudicación definitiva de la contratación del servicio público de transporte escolar para los cursos 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012 (folios 2.447 a 2.469)".*

*Añade que "Adicionalmente DIRECCION000 . fue destinataria del correo electrónico de 7 de mayo de 2018, enviado desde FROET a varias empresas ordenando a las mismas no aceptar las prórrogas (folios 2.558 a 2.563). Firma dicho correo el antiguo CEO de TRAPEMUSA, considerado por esta empresa en su declaración de clemencia como organizador del cártel investigado"*

Alude a su vinculación con DIRECCION001 al señalar que Jacobo ostenta los cargos de vicepresidente y director general de DIRECCION000 ., así como el de presidente de DIRECCION001 ., empresa a la que declara responsable de una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia, al menos durante el periodo de licitación del Contrato para los ejercicios 2016-2017 y 2017-2018, abarcando desde el momento de presentación de las ofertas en julio de 2016 hasta el final de la ejecución del Contrato en junio de 2018. En particular, de los hechos acreditados infiere que DIRECCION001 . ha participado en U.T.E. en el reparto de los lotes nº4, nº7, nº13, nº20, nº31 y nº37 del contrato convocado por la Consejería para los cursos 2016-2017 y 2017-2018.

La resolución atribuye por todo ello a DIRECCION000 ., la comisión de una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia, al menos desde julio de 2009, fecha en que se firma el Convenio para repartir el mercado, hasta junio de 2018, momento en que finaliza la ejecución del Contrato.

En relación a la prescripción que invoca la actora, y que fue ya alegada por esta y por otras empresas durante la tramitación del expediente, la resolución hace una serie de valoraciones al abordar la duración de la conducta y el carácter de infracción única y continuada, y *"... considera acreditada mediante prueba indiciaria la continuidad de la infracción desde 2009 hasta la actualidad, en virtud de la firma de un acuerdo expreso en aquel año por los representantes de 21 empresas que habría condicionado la actitud futura de las entidades en el acceso al mercado a través de las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación para la adjudicación de rutas de transporte escolar en la Región de Murcia. Actitud que ha quedado corroborada en el marco de la licitación del Contrato para el periodo 2016-2018".*

*Añade que en el transcurso de este periodo de tiempo "... la continuidad de las conductas se ha sostenido mediante la planificación de cesiones de las rutas escolares y, en su caso, compensación a las empresas cedentes de otras rutas, siguiendo el reparto que se describe en las tablas "rutas por compensar", "rutas cedidas" y el documento excel que aportó el segundo solicitante de clemencia, se ha verificado tanto en la resolución de la Consejería de Educación de adjudicación de la contratación del servicio público de transporte escolar para los cursos 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012 (folios 2.447 a 2.469), como en las propuestas de prórroga de esos contratos para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (folios 2.470 a 2.500) y para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 (folios 2.501 a 2.534). (...) Lo anterior no lleva sino a concluir que, aunque entre el concurso de 2009 (que refleja la aplicación del Convenio hasta 2012 y en las sucesivas prórrogas) y el concurso de 2016 no se repita una actuación similar por parte de las empresas participantes en las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación (la nueva firma de un convenio), no cabe duda de que las empresas que firmaron el Convenio de 2009 y participaron en la licitación de 2016, lo hicieron en ejecución del plan que se venía realizando, al menos, siete años atrás. Al tratarse de una infracción única y continuada, siguiendo con lo*



*dispuesto en el artículo 68 de la LDC, el término de la prescripción de 4 años se debe computar desde el día en que haya cesado. Por tanto, no concurrirían en este caso los requisitos necesarios para que pueda considerarse prescrita la conducta en relación con la firma del Convenio de 2009".*

La situación concreta de DIRECCION000 la describe también la resolución al señalar que en las citadas tablas excel figuran como adjudicadas en 2008 a DIRECCION000. las rutas 30012860D y 30013566-B, las cuales se habrían cedido a las empresas AUTOCARES BENIEL, S.L. y AUTOBUSES MAR MENOR, S.L., respectivamente. Cesión que se habría llevado a cabo para los cursos 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012.

Si bien coincide la Sala en el valor que cabe atribuir a efectos inculpativos al hecho de la firma del convenio de 2009, y a la cesión de las rutas, la conducta de la demandante se habría prolongado, como resulta de la misma resolución, hasta la finalización del curso 2011/2012.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la incoación del procedimiento sancionador tuvo lugar el 7 de julio de 2017 y, por tanto, más de cuatro años después del cese de la conducta de DIRECCION000.

Es preciso entonces analizar cuál es el alcance que cabe atribuir, a efectos de interrumpir la posible prescripción, a los dos hechos que la CNMC recoge al describir la conducta de la recurrente y que se habrían producido con posterioridad a la conclusión del curso 2011/2012,

Afirma la resolución impugnada que *"... la empresa DIRECCION000. se encuentra vinculada con DIRECCION001., cuyo análisis individualizado se realiza en el siguiente apartado".*

Sobre esta cuestión ha de decirse, en primer término, que dicho análisis no se refiere a la vinculación entre ambas empresas, circunstancia que no aborda en ningún momento, sino a la conducta de DIRECCION001., y a su intervención en la infracción sancionada.

Entendemos que la mera referencia a la vinculación entre las empresas es desde luego insuficiente para considerar que la conducta llevada a cabo por DIRECCION001., pudiera interrumpir la prescripción a favor de DIRECCION000.

Y es que el único razonamiento que hace la resolución al respecto se contiene en una nota a pie de página con este texto *" Jacobo ostenta los cargos de vicepresidente y director general de DIRECCION000., así como el de presidente de DIRECCION001."*

No hay ninguna otra consideración acerca de la relación entre ambas empresas que permita colegir la existencia de un vínculo de una intensidad suficiente como para considerar que la actividad de una de ellas pudiera interrumpir la prescripción que favorece a la otra, en los términos expuestos.

Precisamente por la relevancia que tiene a efectos de mantener la responsabilidad de DIRECCION000 sobre la totalidad del período infractor que le atribuye la resolución recurrida debería la CNMC haber motivado de manera mucho más intensa la existencia de la supuesta vinculación, justificando que una de las empresas participaba directa o indirectamente en la gestión, el control o el capital de la otra (así por ejemplo, por poseer una de las sociedades, o ejercer un control exclusivo, sobre la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o socios de la otra; tener derecho a nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, dirección o control; ejercer una influencia dominante sobre la otra en virtud de un contrato entre ellas o una cláusula estatutaria de la segunda empresa...).

Nada de esto se refleja en la resolución recurrida, lo que obliga a concluir que estarían prescritas las conductas que se atribuyen a DIRECCION000 anteriores al último hecho inculpativo que incluye la resolución en relación con la actora, cual es haber sido destinataria del *"... correo electrónico de 7 de mayo de 2018, enviado desde FROET a varias empresas ordenando a las mismas no aceptar las prórrogas",* correo que obra a los folios 2.558 a 2.563, declarados confidenciales por la CNMC.

Es cierto que el artículo 68.1 de la LDC establece que, en el caso de infracciones continuadas, el término de la prescripción se computará desde el día en que hayan cesado, como recuerda la propia resolución.

Sin embargo, el criterio seguido por la CNMC en este mismo asunto respecto de otras empresas que firmaron el Convenio de 2009 fue el de declarar prescrita la infracción, siendo así que habían recibido el mismo correo de 7 de mayo de 2018, y ya fuera la fecha de notificación de su incoación el 10 de julio de 2018 (caso, entre otras de AUTOCARES HELLÍN, S.A., o de la misma empresa recurrente), o el 7 de julio de 2017 (caso de AUTOCARES JOSÉ MARTÍNEZ GARCÍA, S.L.).

Conclusión obligada de cuanto antecede es que, por una parte, todas las conductas infractoras de DIRECCION000., anteriores al 7 de mayo de 2018 estarían prescritas pues la vinculación con la empresa DIRECCION001 carece de toda eficacia inculpativa, conforme a lo antes expuesto; y, por otra, que el hecho de haber recibido el correo de esa fecha sería insuficiente para, por sí solo, dar lugar a responsabilidad alguna o



enervar la prescripción, por cuanto este ha sido el criterio mantenido por la CNMC respecto de otras empresas del cártel que se encuentran en la misma situación.

Lo que determina que el recurso haya de ser estimado y anulada la resolución recurrida en cuanto declara responsable de la infracción y sanciona a DIRECCION000,.

**SÉPTIMO.**-Las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. José Manuel Jiménez López en nombre y representación de DIRECCION000 ., contra la resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 TRANSPORTE ESCOLAR, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 18.857 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta a la entidad actora por no ser, en estos pronunciamientos, ajustada a Derecho.

3.- Imponer las costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.