



Roj: **SAN 6343/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6343**

Id Cendoj: **28079230062024100812**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/11/2024**

Nº de Recurso: **1393/2019**

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: 0001393/2019**

**Tipo de Recurso:**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General:**

**10082/2019**

**Demandante:**

**FIRST CLASS BUS, S.L.**

**Procurador:**

**D<sup>a</sup> CAROLINA BEATRIZ YUSTOS CAPILLA**

**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:**

**D<sup>a</sup>. 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. 1393/19 promovido por la Procuradora D<sup>a</sup> Carolina Beatriz Yustos Capilla en nombre y representación de **FIRST CLASS BUS, S.L.**, 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 9.000 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 *"- Con carácter principal se declare la no conformidad a Derecho de la resolución recurrida y su consecuente anulación por apreciar que concurre la nulidad del procedimiento sancionador por vulneración de los requisitos fundamentales del mismo que son objeto de denuncia en este escrito.*

*- Que subsidiariamente de lo anterior se declare la no conformidad a derecho de la Resolución, dejándola sin efecto respecto de mi mandante al no poder incardinarse su conducta en la infracción de la que ha sido considerada responsable.*

*- Y subsidiariamente de lo anterior para el caso en que se considere procedente la resolución recurrida, que se reduzca la sanción decretada en atención a la falta de motivación específica y a la desproporción de la misma de acuerdo con la responsabilidad que se entienda acreditada respecto de esta mercantil".*

**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 25 de septiembre 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 NUM001, 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:*

(...)

*23. FIRST CLASS BUS, S.L., 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:*



(...)

26. *FIRST CLASS BUS, S.L., 9.000 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 ( Abilio , ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S.L., Eloy , 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., DIRECCION000 ., AUTOCARES MARTÍNEZ SANTAOLALLA, S.L., AUTOCARES PELOTÓN, S.L., AUTOCARES RAVIGO, S.L., AUTOCARES RÍOS ALICANTE, S.L., 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., AUTOCARES RÍOS, S.A., AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO, S.L., BUSMAR, S.L., BUS RÍOS, S.L., 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 DIRECCION000 ., 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:*

- Abilio
- ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S. L.
- Eloy
- 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.
- AUTOCARES RÍOS ALICANTE, S. L.
- 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.
- AUTOCARES RÍOS, S. A.

- AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO, S. L.
- BUS RÍOS, S. L.
- 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.
- DIRECCION000 .
- 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 DIRECCION000 . 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 renuncias 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, FIRST CLASS BUS, S.L., se describe en estos términos en la resolución recurrida:

*"FIRST CLASS BUS, S.L., es 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, en virtud de los hechos acreditados, FIRST CLASS BUS, S.L. ha participado en el reparto de los lotes nº14, nº20, y nº31 del contrato convocado por la Consejería para los cursos 2016-2017 y 2017-2018".*

Frente a ello, opone en primer lugar la recurrente lo que califica como vulneraciones procedimentales y que consistirían, en síntesis, en que se emitieron dos pliegos de concreción de hechos, cuando la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) solo prevé uno; no se procedió al cierre de la fase de instrucción en el plazo que asimismo prevé la citada Ley; y se llevó a cabo una ampliación por cuatro meses del plazo para resolver, ampliación que acordó el instructor del procedimiento, el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia (SRDC), que carecía de competencia para hacerlo, sin que pudiera convalidarlo, como hizo, la CNMC al no tener la condición de superior jerárquico del referido SRDC.

En cuanto al fondo, niega que su conducta pueda subsumirse en ninguna de las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y rechaza haber cometido la infracción única y continuada que se le atribuye, afirmando que la prueba indiciaria en la que se sustenta la declaración de su responsabilidad no permite suponer acreditada tal infracción.

**CUARTO.**-Sobre las consecuencias que cabe atribuir a que en el curso del procedimiento sancionador se hubieran dictado dos pliegos de concreción de hechos, el segundo a raíz de la ampliación de la incoación a otras entidades acordada por el SRDC, nos hemos pronunciado en el recurso número 2003/19, interpuesto por otra de las empresas sancionadas por la misma resolución que se recurre aquí.

*Argumentaba dicha entidad 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 determinaría 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).

Esta interpretación se vería confirmada, según la recurrente, por 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 días 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.

La Sala, sin embargo, no comparte 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 FIRST CLASS BUS que es nulo el acuerdo de ampliación de la incoación del procedimiento adoptado por el SRDC de Murcia, instructor del procedimiento, lo que determina asimismo la nulidad de este.

También sobre esta cuestión nos hemos pronunciado en el citado recurso 2003/19, en el que se planteaba igual motivo de impugnación, aduciendo en ese caso la entidad actora que con ello 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, 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 sociedad actora.

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 este 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 la recurrente, 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.

Por tanto, 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.

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 que corresponde conocer a la CNMC no puede hacerse por el órgano de la Administración autonómica jerárquicamente superior al SRDC, que ajeno a dicho procedimiento y que 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 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.**-En cuanto al fondo del asunto, sostiene FIRST CLASS BUS que no hay prueba de su participación en la infracción única y continuada que se le atribuye, e incide en este sentido en que *"no ha quedado acreditada ni la conexión, ni la continuidad de una conducta que permita responsabilizar a esta mercantil de una práctica de larga duración manifestada a través de actos diversos pero con un objetivo común, al carecer por completo las presunciones efectuadas de la necesaria corroboración a través de elementos objetivos, aportados lícitamente al procedimiento y convenientemente averados por quienes tenían el deber de demostrar en contra de la presunción de inocencia que ampara a las encartadas"*.

Además, y al margen de negar cualquier vinculación con las prácticas anteriores a las licitaciones de los cursos 2016/17 y 2017/18, considera que los indicios en los que se sostiene su imputación respecto de tales licitaciones son insuficientes para considerar acreditada su responsabilidad en la infracción, aportando explicaciones alternativas que justificarían las renunciaciones en las que la CNMC basa su conducta colusoria.

Para analizar este motivo debemos partir de la concreta imputación que la resolución dirige a FIRST CLASS BUS, y que se recoge en el ordinal 4 de la letra A, "Individualización de responsabilidades", del apartado 4, sobre Responsabilidad de las entidades incoadas, Fundamento de Derecho Cuarto (Valoración de la Sala de Competencia) de la resolución de 20 de junio de 2019. Se pronuncia en los siguientes términos literales:

*"FIRST CLASS BUS, S.L., es 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, en virtud de los hechos acreditados, FIRST CLASS BUS, S.L. ha participado en el reparto de los lotes nº14, nº20, y nº31 del contrato convocado por la Consejería para los cursos 2016-2017 y 2017-2018"*.

La calificación es de *"... una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC, que se califica de muy grave, constitutiva de 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"*.

En cuanto también afecta a la actora, la resolución señala con carácter general que *"Por lo que se refiere a las empresas no firmantes del Convenio de 2009 pero cuyas conductas anticompetitivas llevadas a cabo en el Contrato licitado por la Consejería de Educación para los periodos escolares 2016-2017 y 2017-2018 han quedado también acreditadas, dichas empresas eran igualmente conscientes de la ilicitud de su comportamiento y de las consecuencias que tenían tanto las ofertas de cobertura de muchas de ellas, con precios que no pensaban mantener en la adjudicación, en beneficio de sus teóricos competidores, como las ofertas a precios elevados de otras, a la espera de la realización del plan común de renunciaciones en cada uno de los lotes, para obtener así la adjudicación con estos precios considerablemente más caros y en perjuicio de las arcas públicas que, en definitiva, son las que financian este servicio de transporte escolar"*.

Pues bien, la imputación de una infracción única y continuada, que arranca de la firma del convenio de 2009, requiere justificar que concurren las circunstancias que caracterizan a esta clase de infracciones, especialmente cuando la infracción única alcanza a dos clases de operativas bien diferentes: por un lado, la que se inicia al suscribir varias empresas el citado convenio y se materializa con el reparto de licitaciones



que supuestamente se llevó a cabo con arreglo a lo pactado en el mismo; y por otro, la que se produjo en las licitaciones de las rutas escolares para los cursos 2016/17 y 2017/18.

De hecho, la misma biología del procedimiento sancionador seguido en este caso evidencia esa diferencia pues el procedimiento nace con la investigación de estas últimas licitaciones y se amplía después, como consecuencia de la intervención del clemente, a conductas que son previas en el tiempo, aunque llegan a superponerse a partir de 2016, para finalmente sancionar una sola infracción continuada.

La posibilidad de homogeneizar estas dos formas de colusión, que además responden a operativas distintas (firma de un acuerdo cuyos términos se prolongan en el tiempo y se prorrogan a otras empresas cesionarias de las firmantes; frente a las renunciadas cruzadas o condicionadas a los lotes adjudicados), requiere de una especial y más intensa motivación que explique, pese a esas diferencias, la existencia de una infracción única. Y debe además sustentarse en una prueba que permita considerar acreditados los requisitos a los que se condiciona, según la doctrina del TJUE, la calificación de infracción única y continuada.

A ello dedica la resolución impugnada el apartado 2, que rubrica "Duración de la conducta. Infracción única y continuada" del Fundamento de Derecho Cuarto.

Tras referirse a los requisitos jurisprudenciales, declara que la infracción única y continuada incluye tres conductas que supone acreditadas:

*"a) La firma del Convenio de 2009, una conducta cuyos efectos se han extendido durante, al menos, diez años, desde las reuniones preparatorias para la firma del mismo hasta la actualidad.*

*b) La creación de una comisión paritaria de representantes AESDVMANETRA y de FENEBUS-MURCIA, siendo su secretario el Secretario General de FROET, con objeto de interpretar el convenio, resolver los posibles conflictos en su aplicación y el ejercicio de la actividad disciplinaria sobre las empresas que no respeten el mismo.*

*c) Las prácticas de las empresas (algunas no signatarias del Convenio de 2009) en la última licitación del servicio de transporte escolar para los cursos académicos 2016-2017 y 2017-2018, desde el momento de presentación de las ofertas (julio de 2016) hasta el final de la ejecución del contrato (junio de 2018)".*

FIRST CLASS BUS solo sería responsable de estas últimas prácticas, y los datos que refleja la resolución recurrida para atribuirle la comisión de una infracción única y continuada que tiene su origen en el convenio de 2009 y que requiere la existencia de un plan común, y el conocimiento del mismo por parte de la sancionada, entiende la Sala que son insuficientes para sostener esa imputación.

En efecto, la resolución 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 habría quedado corroborada, dice, en el marco de la licitación del Contrato para el periodo 2016-2018.

Y concluye en relación a esta cuestión que *"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".*

La propia resolución, por lo tanto, declara de manera explícita que *"... 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".* Pero no aporta datos suficientes, a juicio de esta Sala, para considerar que también actuaron en ejecución de dicho plan, con conocimiento del mismo y de manera concertada, las empresas que no suscribieron el convenio de 2009.

Al margen de las dudas que pudieran suscitarse en torno a la existencia de acuerdos prohibidos entre las empresas participantes en las licitaciones de los cursos escolares 2016/17 y 2017/18, es lo cierto que la CNMC ha optado por calificar las conductas de las mismas como constitutivas de una infracción única y continuada que se inicia con la suscripción del convenio de 2009. Y es precisamente esa calificación, con la atribución del alcance temporal y el desvalor que conlleva, lo que carece de una prueba suficiente en atención a la ya mencionada disparidad de conductas y a la falta de coincidencia entre en las empresas que firmaron el convenio y las que participaron en las licitaciones 2016-2018, salvo el limitado número de ellas que se ha acreditado que intervinieron en ambas.



Son muchas las ocasiones en las que nos hemos referido al valor que cabe atribuir a la prueba de indicios en materia de sanciones de competencia pues, como declara el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993), "... estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

Sin embargo, esta afirmación no limita las exigencias a las que se condiciona la eficacia de las presunciones.

Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 marzo 2016, recurso núm. 1571/2013, declara que "Por lo demás, frente a lo argumentado en el motivo de casación procede recordar algo que ya señala la sentencia de instancia, esto es, que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional - SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988- y a la jurisprudencia de esta Sala - sirvan de muestra las sentencias de 16 de febrero de 2015 (dos sentencias con esa fecha dictadas en los recursos de casación 940/2012 y 4182/2012), 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010) y las que en ella se citan de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999 y 6 de marzo de 2000 -, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; si bien para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En parecidos términos se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios ( STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso Phan Hoang c. Francia, § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria, § 5); si bien, cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. Es ésta, como destacábamos en la sentencia antes citada de 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010), la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas, debiendo estar asentado el engarce lógico en una «comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» ( STC 45/1997, de 11 de marzo, F. 5; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2; 135/2003, de 30 de junio, F. 2, entre otras)".

En el mismo sentido, hemos dicho en sentencia de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, respecto de la prueba de indicios que "... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano".

Y en la de 28 de julio de 2020, recurso núm. 479/16, que "... la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración".

Atendiendo a esta doctrina hemos de concluir que, en este caso, la prueba acopiada para justificar la existencia de una infracción única y continuada, en los términos en que la declara la CNMC respecto de la empresa FIRTS CLASS BUS y, en particular, al hacerla partícipe del plan común iniciado con la firma del convenio de 2009, es insuficiente, pues únicamente gravita en torno a la intervención de la recurrente en las licitaciones en los cursos 2016/17 y 2017/18, sin conseguir evidenciar que conocía la existencia del plan conjunto al que se refiere la jurisprudencia europea al definir esta clase de infracciones, y de la que es ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, en la cual hace las consideraciones siguientes sobre el concepto de infracción única y continuada:

"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas



acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto ( sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo ( sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada)".

No ha quedado acreditada, en definitiva, ni la relación entre las conductas vinculadas a la firma del convenio de 2009 y la llevada a cabo por la empresa aquí recurrente al participar en las licitaciones de los cursos 2016/17 y 2017/18; ni que la misma tuviera conocimiento de la existencia de un plan común que pudiera haber inspirado ambas clases de conductas.

Por tanto, al no poder atribuirse a la empresa demandante la infracción única y continuada que le imputa la resolución recurrida, procede estimar el recurso y anular dicha resolución en cuanto declara la responsabilidad y sanciona a FIRST CLASS BUS, S.L.

**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 la Procuradora D<sup>a</sup> Carolina Beatriz Yustos Capilla en nombre y representación de **FIRST CLASS BUS, S.L.**, 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 9.000 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.