



Roj: **SAN 6317/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6317**

Id Cendoj: **28079230062024100799**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/11/2024**

Nº de Recurso: **1655/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0001655/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

11692/2019

Demandante:

AUTOCARES KLEIN S.L.

Procurador:

D^a. LAURA ARGENTINA GÓMEZ MOLINA

Demandado:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS



D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de noviembre de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **1655/2019** promovido por la Procuradora D^a. Laura Argentina Gómez Molina, en nombre y representación de **AUTOCARES KLEIN S.L.**, contra la resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 115.431 euros de multa, por su participación en una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutiva de un cartel en el transporte escolar de la región de Murcia desde julio de 2016 a junio de 2018 .

Habiendo 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 de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se declare:

"1^a De forma principal declare la nulidad del procedimiento sancionador por haber sido instruido por el Servicio Regional de Competencia de Murcia cuando la competencia correspondía a la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia por el carácter supraautonómico de la presunta conducta colusoria.

2^a Para el caso de no estimar la petición 1^a, declare que mi representada no es responsable de una infracción única y continuada, constitutiva del cártel de transporte escolar en la Región de Murcia, durante el periodo de licitación de los ejercicios 2016-2017 y 2017-2018, y en consecuencia, que se anule la sanción impuesta por la CNMC.

3^a Para el caso de no estimar las peticiones 1^a y 2^a, declare la anulación de la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho; disponiendo que se remitan las actuaciones a la CNMC o el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia (en función de quien tenga la competencia para ello) a fin de que dicte otra en la cual fije su importe de acuerdo a los criterios legales de graduación debidamente motivados.

4^a Se condene en costas a la Administración 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.-Mediante auto de 10 de noviembre de 2020, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 115.431 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, por unidos los documentos aportados con los escritos de demanda y contestación y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.-Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 19 de julio de 2024, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 2 de octubre de 2024, en que tuvo lugar, si bien la deliberación se prolongó en sesiones sucesivas.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-En el presente recurso contencioso administrativo impugna AUTOCARES KLEIN S.L., la resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 115.431 euros de multa, por su participación en una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutiva de un cartel en el transporte escolar de la región de Murcia desde julio de 2016 a junio de 2018.



La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA,"era del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditada la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cartel 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. Declarar responsables de dicha infracción a las siguientes entidades:

12. AUTOCARES KLEIN, 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. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, procede imponer las siguientes sanciones:

2. AUTOCARES KLEIN, S.L., 115.431 euros."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse 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, presentado por la Consejería de Educación y Universidades (actualmente Consejería de Educación, Juventud y Deportes) de la Región de Murcia 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) De conformidad con el 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, 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 al que las empresas incoadas formularon las alegaciones que refleja el expediente.

5) El 31 de mayo de 2018, TRANSPORTES PERIFÉRICOS MURCIANOS, S.A. (TRAPEMUSA) presentó ante la CNMC, una solicitud de exención del pago de la multa denunciando la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC 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) El 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:

- Samuel
- ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S. L.
- Jesús Luis
- 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.-A la hora de delimitar el 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 aborda 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 la 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 CNMC 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.

Todo ello lleva 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".

La resolución recurrida sanciona a AUTOCARES KLEIN con una multa de 115.431 euros, 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.-En su demanda, la parte recurrente denuncia la falta de competencia del Servicio Regional de Defensa de la Competencia para instruir el procedimiento porque correspondía a la CNMC dado el efecto que la conducta prohibida desplegaba en los potenciales competidores de las CC.AA. limítrofes.

En segundo lugar, que su conducta no se incardina en ninguno de los preceptos de la LDC, en particular su art. 1. Rechaza formar parte del cartel porque si su finalidad como indicó TRAPEMUSA era (i) repartirse las líneas de transporte escolar de la Región de Murcia, (ii) perpetuar en la ejecución a los que eran adjudicatarios de las rutas, e (iii) impedir el acceso a empresas que no pertenecieran al cartel, ella no fue firmante del convenio de 2009 y siendo una empresa de Benidorm se incorporó al mercado de transporte de viajeros de Murcia ya en 2015.

Tampoco pertenece a FROET y no es inculpada por ninguna de las declaraciones de clemencia. Explica las razones por la que renunció a algunos lotes, destacando que los que le fueron adjudicados fue porque realizó la mejor oferta y no por una renuncia cruzada con otra empresa. Finalmente, la incorrecta aplicación de los criterios utilizados para cuantificar la multa impuesta que no es individualizada ni proporcionada.

CUARTO.-En el primer motivo impugnatorio, AUTOCARES KLEIN sostiene la falta de competencia del Servicio Regional de Defensa de la Competencia para instruir el procedimiento porque, a su juicio, correspondía a la CNMC dado el efecto que la conducta prohibida desplegaba en los potenciales competidores de las CC.AA. limítrofes.

Considera que el hecho de que las conductas se lleven a cabo en el territorio de una sola Comunidad Autónoma no implica, per se, que el mercado afectado solo sea el de la CA en cuestión, pues existen varios criterios que deben ser objeto de valoración: dimensión del mercado afectado, efectos sobre los competidores efectivos y potenciales el alcance de la restricción y la modalidad, entre otros.

En el presente caso se trata de una supuesta actividad anticompetitiva que desborda el ámbito autonómico, dado que los efectos de la restricción sobre los competidores, efectivos y potenciales van más allá de la propia Región de Murcia, afectando a los competidores del resto de Comunidades Autónomas.

Las empresas de transporte tienen un ámbito de actuación superior al autonómico y prueba de ello es la concurrencia a las licitaciones de la Región de Murcia de empresas de la Comunidad Valenciana, Andalucía, Castilla-La Mancha y Cataluña.

Además, uno de los pilares sobre los que se habría construido el cártel era el de impedir que empresas que no fueran la Región de Murcia pudieran resultar adjudicatarias de alguna de las licitaciones.

El hecho de que la administración recurra a la figura de la licitación para la oferta de un contrato público tiene como objetivo la asegurar la concurrencia creíble y efectiva de varias empresas para poder adjudicar el contrato al prestador más eficiente.

Con los actuales medios de difusión y publicidad, a las licitaciones pueden concurrir una gran cantidad de empresas, sin importar su origen, como en el presente caso donde, a las licitaciones de la Región de Murcia, concurrían empresas de Murcia, Cataluña, Castilla-La Mancha, la Comunidad Valenciana y Andalucía.

Concluye, por ello, que la instrucción del procedimiento debía haberse llevado a cabo por la CNMC, y no por el SRDC de la Región de Murcia, dado el carácter supraautonómico de la infracción.

Las razones expuestas no pueden prosperar porque el planteamiento de la actora es teórico o potencial ya que para determinar la competencia debemos atender al ámbito territorial o geográfico de los efectos restrictivos para la competencia que puede producir una determinada conducta. En este caso, se trata de un acuerdo entre empresas de transporte competidoras entre sí para repartirse las licitaciones de transporte escolar convocadas por la Comunidad Autónoma de Murcia.

Así lo confirma, TRAPEMUSA en su solicitud de clemencia en la que en relación al convenio de 2009 afirmó que " *el Convenio afecta en exclusiva a la región de Murcia, dentro de cuyo territorio transcurren las líneas que son objeto de concertación*(folio 2423). Esta Comunidad es la que ha soportado el incremento de coste de las licitaciones por ella convocadas que repercutirá también sobre los usuarios del servicio en dicha Comunidad.

Por otra parte, pese a lo que afirma la actora, las conductas analizadas no impidieron la participación de empresas, como la recurrente, pues como ella misma admite concurrieron a las licitaciones de la Región de Murcia, empresas de la Comunidad Valenciana, Andalucía, Castilla-La Mancha y Cataluña, no se introdujeron barreras de entrada a otros competidores y como su objetivo, según el relato de la resolución recurrida, era mantener y prorrogar el contrato a las empresas adjudicatarias en las rutas acordadas en el ámbito de la Comunidad de Murcia evitando la competencia entre ellas, la competencia para instruir el expediente correspondía al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia.

QUINTO.-Denuncia, en segundo lugar la actora que las conductas que se le atribuyen no se incardinan en ninguna de las infracciones prohibidas por el art. 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

Recordemos que a la actora se la sanciona por su participación en una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, constitutiva de un cartel en el transporte escolar de la región de Murcia desde julio de 2016 a junio de 2018

En la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C- 49/92, Rec. p. I-4125), apartado 82, se afirmó que:

" para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó 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 materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 31 supra , apartado 87)".Y añadió que "las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95 , T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T- 50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112)."

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que *" también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE , apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06 . , Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)(apartado 240)".*

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que *" en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada uno de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".*

En el mismo sentido la sentencia del TJUE de 1 de febrero de 2024, C-251/22 P, Scania, recuerda que:

"una infracción del artículo 101 TFUE , apartado 1, puede resultar no solo 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 de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 41 y jurisprudencia citada).

También se desprende de reiterada jurisprudencia que, para acreditar la participación de una empresa en la ejecución de tal infracción única, la Comisión debe probar que dicha 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 de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartados 42 y 60 y jurisprudencia citada).

En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente solo en una parte de dichos comportamientos, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cártel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de esta en su totalidad (sentencia de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43)."

De esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

Conviene recordar que el expediente sancionador se incoa inicialmente contra 17 empresas, entre ellas, AUTOCARES KLEIN por la realización de 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.

Dice la resolución recurrida 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 renunciaciones 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.

Como refleja la resolución recurrida, es a raíz de la denuncia de TRAPEMUSA el 31 de mayo de 2018 en la que indica que la concertación venía realizándose desde hace tiempo y que dio lugar a la firma de un convenio de 18 de agosto de 2006 y de un convenio posterior firmado el 8 de julio de 2009 cuando tiene lugar la ampliación del acuerdo de incoación el 10 de julio de 2018, que da lugar a la apreciación de una infracción única y continuada "desde las reuniones preparatorias para la firma del Convenio de 2009 hasta junio de 2018, momento en que finaliza la ejecución del Contrato correspondiente al periodo 2016-2018".

Son los términos del convenio de 2009 los que llevan a la resolución recurrida a apreciar la existencia de una infracción única y continuada desde ese momento pues "el hecho de que las empresas vinieran coordinándose con carácter previo a la celebración de las licitaciones desde un momento anterior al Convenio de 2009 no lleva sino a concluir que la infracción es única y continuada, de modo que, respecto a los hechos posteriores, consistentes en la participación en la licitación de rutas de transporte escolar para los cursos de 2016 a 2018, las empresas llevan a efecto lo dispuesto previamente tal como se acordó en el Convenio de 2009."

Dice también la resolución recurrida que "la falta de pruebas de contacto durante un período no significa que el cártel del transporte escolar de la Región de Murcia no siga vigente, máxime si tenemos en cuenta que en la licitación del Contrato para la adjudicación de 41 rutas de transporte escolar para los periodos 2016-2017 y 2017-2018 se ha acreditado identidad de los elementos esenciales de la estrategia seguida por las empresas participantes y de su objetivo. Ello es una prueba evidente de la vigencia del acuerdo de 2009 y del carácter indefinido de su aplicación, como se ha señalado anteriormente.

A mayor abundamiento, tal y como figura en la documentación aportada por TRAPEMUSA en el marco de su declaración de clemencia, la comisión de seguimiento del transporte escolar ha seguido manteniendo negociaciones con la Consejería de Educación para la prórroga de los contratos celebrados, mientras que, en paralelo, FROET instaba a las empresas a no firmar las prórrogas que enviaba la Consejería hasta tanto se concluyeran las negociaciones. Ello pone de manifiesto, a juicio de esta Sala, que tanto las conductas como

los mecanismos de seguimiento que se previeron en el Convenio de 2009 han gozado de continuidad hasta la celebración de la última licitación para el periodo 2016-2018."

Concluye la resolución recurrida, que 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."*

Y es que entiende probada la existencia de un plan común previamente acordado por las empresas implicadas específicamente en el reparto de los lotes del Contrato, mediante una serie de prácticas como renunciaciones cruzadas o condicionadas a los lotes de los que habían sido inicialmente adjudicatarias, de la siguiente manera y va explicando como en relación a cada empresa, por ejemplo, AUTOCARES KLEIN ha renunciado a la adjudicación de determinados lotes.

SEXTO.-Aunque aceptemos la existencia de una infracción única y continuada 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, entendemos no acreditada la participación en ella de AUTOCARES KLEIN porque no se ha demostrado que conociera el plan preconcebido que da origen al cartel ni los comportamientos infractores de los demás participantes.

Lo que la resolución recurrida llama prueba indiciaria basada en la renuncia al lote inicialmente adjudicado en favor de la que ha venido prestando el servicio de transporte por dichas rutas durante la mayor parte del periodo anterior, no es más que una sospecha o conjetura que no demuestra la concertación en el caso de AUTOCARES KLEIN. La resolución recurrida se limita a decir que *"este mantenimiento de los servicios adjudicados en periodos previos constituiría otra manifestación de las conductas que han podido llevar a cabo las empresas con la finalidad de perpetuar el statu quo, sobre todo teniendo en consideración el juego de renunciaciones a los lotes."*

De este extremo no puede deducirse sin más, la existencia de un plan preconcebido para conseguir el reparto de los lotes en los términos que describe la resolución impugnada pues AUTOCARES KLEIN no fue firmante del convenio de 2009, se incorporó al mercado de transporte de viajeros de Murcia ya en 2015, no pertenece a FROET y no es inculpada por las declaraciones de clemencia. Si el previo acuerdo que refleja el convenio de 2009 era el reparto de las rutas de transporte escolar, en la licitación del Contrato para el periodo 2016-2018 no se explica por la resolución recurrida el beneficio que obtiene la empresa que renuncia y, de hecho, AUTOCARES KLEIN no resulta adjudicatario de ningún lote por renuncia de otra empresa.

En realidad, AUTOCARES KLEIN presentó oferta para 18 lotes de los 41 que fueron objeto de licitación, resultando adjudicataria de 10 rutas de 18 y ello por presentar la mejor oferta y resultar la primera adjudicataria, pero no por la existencia de renunciaciones previas. De esos 18 lotes, 13 no fueron investigados lo que no resulta compatible con la existencia de la continuidad infractora a la que se refiere la CNMC.

Es cierto que renunció a los lotes 7,13 y 37 pero explica que fue porque apenas suponían margen de beneficio ya que su oferta era inferior en 10.000 euros a la segunda mejor oferta. También renunció al lote 41 que no fue objeto de investigación.

En definitiva, no existen indicios que hagan pensar que AUTOCARES KLEIN conocía el plan preconcebido ideado para el reparto de las rutas de transporte escolar y que hubiera cometido la infracción única y continuada por la que ha sido sancionada.

El acogimiento de este motivo hace innecesario analizar el relativo a la cuantificación de la sanción

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a AUTOCARES KLEIN.

SÉPTIMO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D^a. Laura Argentina Gómez Molina, en nombre y representación de **AUTOCARES KLEIN S.L.**, contra la resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una



sanción de 115.431 euros de multa, por su participación en una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutiva de un cartel en el transporte escolar de la región de Murcia desde julio de 2016 a junio de 2018, resolución que anulamos en cuanto a la sanción impuesta al recurrente.

Con imposición de 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ