



Roj: **SAN 6329/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6329**

Id Cendoj: **28079230062024100809**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/11/2024**

Nº de Recurso: **1568/2019**

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: 0001568/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

11234/2019

Demandante:

DIRECCION000 .

Procurador:

D. JOSÉ MANUEL JIMÉNEZ LÓPEZ

Demandado:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. 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. **1568/2019** promovido por el Procurador D. José Manuel Jiménez López, en nombre y representación de DIRECCION000 ., contra la resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 3.356 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 2009, hasta 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:

"la nulidad de la resolución de fecha 20 de junio de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que se dejará sin efecto.

Con imposición de costas a la demandada".

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

TERCERO.-Mediante auto de 13 de septiembre de 2022, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado y por , se fijó la cuantía del recurso en 3.356 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 23 de septiembre de 2024, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 9 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 DIRECCION000 , 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 3.356 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 2009, hasta 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:

25. Fernando ., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia, desde julio de 2009, fecha en que se firma un convenio para repartirse el mercado



entre las distintas empresas, hasta junio de 2018, momento en que finaliza la ejecución del contrato de 41 rutas de transporte escolar para los cursos 2016-2017 y 2017-2018.

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. Fernando , 3.356 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., Fernando ., 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 DIRECCION001 ., 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:

- Claudio
- ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S. L.
- Juan Pablo
- 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.)
- DIRECCION000 .
- 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.*
- *DIRECCION001 .*
- *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 DIRECCION001 . 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 DIRECCION000 con una multa de 3.356 euros, por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia, desde julio de 2009, fecha en que se firma un convenio para repartirse el mercado entre las distintas empresas, hasta junio de 2018, momento en que finaliza la ejecución del contrato de 41 rutas de transporte escolar para los cursos 2016-2017 y 2017-2018.

TERCERO.-En su demanda, la parte recurrente denuncia la nulidad de la resolución recurrida por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido porque el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia no cerró la fase de instrucción el 30 de mayo de 2018 cuando tenía la obligación legal de hacerlo.



En segundo lugar, denuncia la falta de competencia del Servicio de Defensa de la Competencia de Murcia para acordar el 25 de junio de 2018 (folio 2643 a 2645) la ampliación del plazo máximo sin tener competencia para ello por corresponder al órgano competente para resolver, en este caso, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que convalidó esta irregular actuación sin tener la facultad para ello al no ser superior jerárquico del Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia.

En tercer lugar, denuncia que la variación de elementos técnicos para el cálculo de sanciones no es una recalificación jurídica del art. 37.1. f) de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo tanto, la suspensión del plazo en el acuerdo de 9 de mayo de 2019 es nula, debiéndose mantener la fecha del 3 de junio de 2019 como plazo de terminación y caducidad del procedimiento.

Seguidamente denuncia la indefensión por falta de notificación del acuerdo de confidencialidad de 8 de febrero de 2018 y ausencia de acuerdo de confidencialidad sobre los documentos declarados confidenciales en el expediente a partir del 31 de mayo de 2018.

Asimismo, que los documentos incriminatorios de la Administración siguen siendo confidenciales imposibilitando su derecho de defensa.

Seguidamente, denuncia la nulidad por ampliar el expediente a conductas ajenas y distintas a las enjuiciadas en primer término, por no existir relación entre ellas.

Destaca la presencia de importantes bajas temerarias aceptadas por la Consejería que dieron origen a las renunciadas.

Resalta la inexistencia de prueba de cargo suficiente contra Fernando . porque el único indicio o prueba válida existente en el expediente es la inclusión de la mercantil DIRECCION000 . en un acta de seguimiento con fecha 2.009, encontrándose prescrito dicho documento.

Por ello, debe declararse la prescripción y archivo respecto de la mercantil DIRECCION000 ., al igual que se archivaron las actuaciones en la Resolución CNMC en el caso de aquellas mercantiles de las que no había prueba o indicio alguno posterior al año 2.009.

CUARTO.-El primer motivo impugnatorio plantea la nulidad de la resolución recurrida por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en el cierre de la fase de instrucción

La recurrente expone que según el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, tras la notificación del pliego de concreción de hechos, recibidas las alegaciones y practicadas las pruebas o, en su caso, transcurrido el plazo de 15 días, el órgano instructor procederá al cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la propuesta de resolución.

Según este precepto, el Servicio Regional de Defensa de la Competencia tenía la obligación de cerrar la fase de instrucción el 30 de mayo de 2018, por lo que el acuerdo de ampliación de plazo de 25 de junio de 2018 habría sido adoptado fuera del plazo previsto en el Reglamento de Defensa de la Competencia. Por lo tanto, la fase de instrucción ya se encontraba cerrada el 25 de junio de 2018, no pudiendo el SRDC reabrir la o ampliar un plazo que ya estaba agotado desde el 30 de mayo.

Este motivo impugnatorio no puede prosperar porque el PCH1 se dictó con fecha 4 de mayo de 2018 y el plazo de 15 días hábiles para presentar alegaciones comienza a contar a partir del día siguiente a aquel en que el interesado accede a su notificación electrónica.

Los interesados accedieron a la notificación del PCH en fechas sucesivas desde el día 4 de mayo, otros los días 7, 8 u 11 del mismo mes, y en particular, la empresa MUÑOZ BAENAS, S. L., accedió el día 15 de mayo. Por lo tanto, el órgano instructor no podía cerrar la fase de instrucción y notificarlo a los interesados hasta por lo menos el día 5 de junio de 2018, cuando finalizaba el plazo de alegaciones al PCH de esta última empresa. En otro caso hubiera causado indefensión a esta empresa.

En consecuencia, cuando el personal de la CNMC contactó con el SRDC para comunicar la presentación de la clemencia el 31 de mayo, el órgano instructor no podía proceder al cierre de la fase de instrucción, como es obvio, hasta no recibir y analizar las nuevas pruebas aportadas."

Por lo tanto, la fase de instrucción no se encontraba cerrada en la fecha que señala Fernando y el SRDC no prescindió del procedimiento legalmente establecido, sino que aplicó debidamente las previsiones de la LDC y RDC.

QUINTO.-Pr etende la actora se declare la nulidad de la resolución recurrida por la ampliación del plazo máximo para resolver, que fue acordada por el SRDC sin tener competencia para ello.

La actora entiende vulnerado el artículo 23 de la Ley 39/2015, que establece que la competencia para la ampliación del plazo máximo del procedimiento corresponde al órgano competente para resolver, que en este caso es la CNMC.

Asimismo, entiende que la CNMC realiza una convalidación ilegal del acuerdo de ampliación de plazo del procedimiento, por no ser superior jerárquico del Servicio Regional de Defensa de la Competencia. Aunque, más adelante, apunta que el SRDC no ha sido competente ni por razón de territorio, ni por razón de la materia, circunstancias por las cuales el acuerdo de ampliación del plazo en el procedimiento, de 25 de junio de 2018, es nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 47.1 de la Ley 39/2015.

Para resolver la cuestión, hemos de partir del 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".

Sostiene la actora que, 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.

Conviene precisar, sin embargo, que el 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 previsto 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".*

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

Ahora bien, a juicio de la Sala, 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 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.

Confirma 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 resolver la falta de competencia del SRDC para dictar el acuerdo de ampliación adoptado el 25 de junio de 2018.

SEXTO.-De nuncia la entidad recurrente la ilegalidad de la suspensión del procedimiento por recalificación jurídica.

La recurrente sostiene que la suspensión del procedimiento que se produjo en virtud del acuerdo del Consejo de la CNMC de 9 de mayo de 2019 es contraria a derecho porque no se trata de una recalificación jurídica en fase de resolución y ello porque la CNMC habría mantenido los mismos hechos probados, el mismo precepto normativo supuestamente infringido (artículo 1.1 de la LDC), la misma calificación de las conductas como muy graves y lo único que variaba es la consideración de los elementos técnico-jurídicos utilizados en el cálculo de las sanciones, es decir, el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) y el porcentaje sancionador aplicable sobre el volumen de negocios total (VNT).

Entiende que la modificación del método técnico de cálculo de las sanciones no implica la recalificación jurídica de los hechos acreditados en el expediente.

El artículo 37.1 apartado f) de la LDC establece que:

"Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas."

En este caso el acuerdo de recalificación del Consejo de la CNMC, de 9 de mayo de 2019, no responde a un cambio de calificación de los hechos que se entendieron acreditados durante la instrucción, sino sobre una nueva cuantificación de las sanciones que propuso el SRDC.

Hay que explicar que el SDRC de Murcia había utilizado para determinar las sanciones datos de la facturación de las infractoras en el mercado afectado no durante toda la duración de la infracción, sino solo correspondiente a un único año (generalmente 2017). Es decir, la facturación de las infractoras en el mercado afectado solo se refería a 12 meses, cuando en realidad la infracción había tenido una duración significativamente mayor, en algunos casos de 23 meses y en otros de hasta 107 meses.

Además, el SRDC había fijado los tipos sancionadores generales utilizando una proporción lineal (una regla de tres) a partir del tipo sancionador de 4,5% que fue fijado en el expediente NUM002 Transporte Balear de Viajeros, infracción aquella que había tenido una duración de 8 años. Por tanto, el SDRC establecía un tipo sancionador general del 5,6% para las infractoras con duraciones superiores a 10 años y solo un 1,1% para las infractoras con duraciones de menos de dos años.

De conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, el tipo sancionador debe determinarse basándose en las características generales de la infracción que se investiga (art. 64.1 de la LDC), y ello suponía una agravación de la sanción.

Por esa razón, era necesario otorgar trámite de audiencia para permitir formular alegaciones y de ahí que el acuerdo de recalificación de 9 de mayo de 2019 y la suspensión subsiguiente no resulte contraria a derecho ni infringe la jurisprudencia del TS.

SÉPTIMO.-De nuncia la entidad recurrente la existencia de indefensión por falta de notificación del acuerdo de confidencialidad de 8 de febrero de 2018 y la ausencia de acuerdo de confidencialidad sobre los documentos declarados confidenciales en el expediente a partir del 31 de mayo de 2018.



La recurrente señala, por un lado, que la resolución de la CNMC ha efectuado una concreta imputación de conductas anticompetitivas basada en documentos que constan en el expediente como confidenciales, sin poder contrastarlos y formular defensa alguna. Estos documentos se refieren exclusivamente a información aportada por los solicitantes de clemencia, en la propia solicitud o en documentos complementarios a la misma. A este respecto, la recurrente sostiene que no se han producido ni acuerdos de confidencialidad sobre dichos documentos, ni notificación alguna de los mismos, para poder ser rebatidos.

Destaca que el único documento adoptado por el SRDC, de fecha 8 de febrero de 2018 (folio 1.507) no fue notificado a ninguna de las empresas interesadas en el expediente. En este caso se trataría de los documentos que acompañaron la denuncia de la Consejería de Educación de la Región de Murcia.

Ahora bien, los documentos referidos (folios nº 2416 a 2564, nº 2685 a 2721, nº 2952 a 2975, nº 2979 a 2995 y nº 3617 a 3620 del expediente) no han sido declarados confidenciales en la instrucción del expediente. Se trata de la documentación relativa al programa de clemencia de la CNMC que está sometida a un régimen especial de protección que en todo caso permite a los interesados acceder a ellas y transcribir, copiar manualmente o grabar la lectura en voz alta de su contenido.

A DIRECCION000 . con fecha 23 de julio de 2018 (folios nº 2902 a 2904 del expediente), al igual que al resto de empresas incoadas le fue notificada la posibilidad de consultar esa documentación y si no lo hizo no puede imputar la falta de acceso a la CNMC sino a su propia conducta.

Denuncia también la actora la falta de notificación a Fernando . del acuerdo de confidencialidad adoptado por el SRDC con fecha 8 de febrero de 2018 (folio 1507 del expediente) y con independencia de que se trata de un acuerdo que no resulta notificable a Fernando ., al no referirse a documentación aportada por dicha empresa sobre la que esta hubiera solicitado confidencialidad dicho acuerdo fue incorporado al expediente administrativo como folio 1507 y pudo consultarse en cualquier momento solicitando acceso al mismo, conforme lo previsto en el artículo 31 del RDC, y así lo hicieron varias de las empresas incoadas.

En todo caso, la lectura de la demanda no revela de indefensión por falta de conocimiento de los elementos de la imputación.

OCTAVO.-So stiene la entidad actora que la resolución recurrida es nula por haberse ampliado el expediente a conductas ajenas y distintas a las enjuiciadas en primer término.

Sostiene Fernando 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 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 2009, fecha en que se firma el Convenio para repartir el mercado, hasta junio de 2018, momento en que finaliza la ejecución del Contrato.

En 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 no se encuentra Fernando 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, (en él se incluye a Fernando) 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 o en el caso de DIRECCION000 en los términos que vamos a analizar.

NOVENO.-La resolución recurrida expone que Fernando ., es responsable de una infracción única y continuada constitutiva del cártel porque si bien no firmó el Convenio de 2009, aparece posteriormente en el acta de la comisión de seguimiento, de fecha 17 de febrero de 2009 (folios 2.544 a 2.547).

Relata que Fernando . se encuentra igualmente incluida en las tablas "Rutas por compensar" (folios 2965-2967) y "Cedidas" (folios 2968- 2969) de 12 de septiembre de 2009, como adjudicataria 2008 cedente y compensada. Se encuentra también incluida en la tabla excel de reparto y compensación de rutas adjunta al correo electrónico de 26 de septiembre de 2011 (folios 2970-2973). En dicha tabla, en el número 12 del orden de compensación, dentro de las empresas que han cedido una línea a cambio de otra en concepto de compensación, se encuentra la entidad DIRECCION002 , vinculada a Fernando . ya que Victorino ostenta el cargo de administrador de esta última

Si bien la ruta compensada se adjudicó a través de un contrato menor el 14 de septiembre de 2009, según se indica en la tabla excel, sí se adjudicó en la licitación de 2009 (folios 2.447 a 2.469) la línea cedida, 300010152A IES SAN ISIDRO, AUTOCARES MEROÑO, S.A. (folio 2.456), ruta que fue posteriormente prorrogada en 2012 para los cursos 2012-2013, 2013- 2014 y 2014-2015 (folio 2.484) y en 2015 para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 (folio 2.514), manteniéndose los efectos del reparto efectuado en 2009 hasta 2018. Adicionalmente Fernando . fue destinataria del correo electrónico de 7 de mayo de 2018, enviado desde FROET a varias empresas ordenando a las mismas no aceptar las prórrogas (folios 2.558 a 2.563)54. Firma dicho correo el antiguo CEO de TRAPEMUSA, considerado por esta empresa en su declaración de clemencia como organizador del cártel investigado.

En la demanda, Fernando argumenta que la CNMC solo cuenta con cuatro indicios para acreditar su intervención en la infracción:



I. Reconoce que, aunque no firmó el Convenio de 2009, aparece posteriormente en el acta de la comisión de seguimiento, de fecha 17 de febrero de 2009, pero que este indicio, el único al que da validez se haya prescrito.

II. En la tabla Excel de 2011, en el número 12 del orden de compensación, dentro de las empresas que han cedido una línea a cambio de otra en concepto de compensación, se encuentra la entidad DIRECCION002, vinculada a Fernando, ya que Victorino ostenta el cargo de administrador de esta última.

Dice que Victorino es persona física que no ostenta el control de Fernando, ya que esta cuenta con tres administradores y Victorino no puede ejercer por sí solo el control de la sociedad al no disponer de la mayoría suficiente.

Lo que sucede es que la ruta compensada, número 12 del orden de compensación, se adjudicó a través de un contrato menor el 14 de septiembre de 2009, y como dice la actora "la Administración habría adjudicado contratos menores siguiendo la supuesta compensación dispuesta por las empresas, participando en el reparto de mercado y prácticas colusorias que ahora imputa a las empresas".

III.- Se adjudicó en la licitación de 2009 (folios 2.447 a 2.469) la línea cedida, 300010152A IES SAN ISIDRO, AUTOCARES MEROÑO, S.A. (folio 2.456), ruta que fue posteriormente prorrogada en 2012 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (folio 2.484) y en 2015 para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 (folio 2.514), manteniéndose los efectos del reparto efectuado en 2009 hasta 2018.

Sin embargo, en la tabla Excel "Rutas a compensar", la Ruta IES SAN ISIDRO 300010152A se encuentra en el orden de compensación núm. 38, y que las únicas mercantiles que aparecen involucradas en dicha tabla son AUTOCARES MEROÑO S.A. y BELMONTE BUS S.L. como supuestas cedente y cesionaria, sin que pueda inferirse de dicha tabla la intervención de Fernando que no aparece citada en ningún momento en relación con esta u otra ruta.

DIRECCION000. no aparece en la tabla "Rutas a compensar" y por eso no participó en maniobra de ningún tipo referente a la Ruta IES SAN ISIDRO 300010152^a, pues simplemente no aparece en dicha tabla y mucho menos en la línea correspondiente a la Ruta citada.

IV. Respecto que fue destinataria del correo electrónico de 7 de mayo de 2018, enviado desde FROET a varias empresas ordenando a las mismas no aceptar las prórrogas (folios 2.558 a 2.563) dice que la recepción de un correo electrónico no significa automáticamente la adhesión al contenido de dicho correo que no contestó.

Por otro lado, el rechazo de las prórrogas de las rutas en una licitación en la que la CNMC considera que se ha producido un reparto del mercado es contraria a la lógica, ya que si se hubiese producido un reparto del mismo que beneficiara a las empresas, estas habrían aceptado las prórrogas para prolongar los efectos de la práctica anticompetitiva.

DÉCIMO.-A juicio de la Sala, la aparición de Fernando en el acta de la comisión de seguimiento, de fecha 17 de febrero de 2009, que la empresa niega constituye un indicio relevante de su participación.

El argumento de la actora relativo a que Victorino es persona física que no ostenta el control de Fernando, ya que esta cuenta con tres administradores y Victorino no puede ejercer por sí solo el control de la sociedad al no disponer de la mayoría suficiente y por tanto, la mención en la tabla Excel de 2011, en el número 12 del orden de compensación, dentro de las empresas que han cedido una línea a cambio de otra en concepto de compensación, no se refiere a la entidad DIRECCION003, no puede prosperar.

A juicio de la Sala, el hecho de que no aparezcan en la tabla los otros dos administradores es irrelevante a estos efectos porque no estamos hablando de la capacidad de obrar de la empresa en cuyo caso sí podríamos entender que la intervención únicamente de Victorino no vincula a la entidad pero la tabla excel se limita a identificar las empresas que forman parte de las rutas a compensar por lo que la mención a Victorino, como administrador de Fernando es suficiente para entender que la citada entidad forma parte del acuerdo.

Ahora bien, a partir de aquí no hay más indicios.

La resolución recurrida se limita a decir que "si bien la ruta compensada se adjudicó a través de un contrato menor el 14 de septiembre de 2009, según se indica en la tabla Excel, sí se adjudicó en la licitación de 2009 (folios 2.447 a 2.469) la línea cedida, 300010152A IES SAN ISIDRO, AUTOCARES MEROÑO, S.A."

Es decir, la propia resolución recurrida quita fuerza probatoria al hecho de la compensación de la ruta para centrarse en la licitación de 2009 (folios 2.447 a 2.469) en la línea cedida, 300010152A IES SAN ISIDRO, AUTOCARES MEROÑO, S.A. (folio 2.456), ruta que fue posteriormente prorrogada en 2012 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (folio 2.484) y en 2015 para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 (folio 2.514), manteniéndose los efectos del reparto efectuado en 2009 hasta 2018.



Lo que sucede es que la recurrente advierte que en la tabla Excel "Rutas a compensar", la Ruta IES SAN ISIDRO 300010152A se encuentra en el orden de compensación núm. 38, pero las únicas mercantiles que aparecen involucradas en dicha tabla son AUTOCARES MEROÑO S.A. y BELMONTE BUS S.L. como supuestas cedente y cesionaria, sin que se deduzca de la tabla la intervención de Fernando en relación con esta u otra ruta.

DIRECCION000 . no aparece en la tabla "Rutas a compensar" y por eso no participó en maniobra de ningún tipo referente a la Ruta IES SAN ISIDRO 300010152^a, pues simplemente no aparece en dicha tabla y mucho menos en la línea correspondiente a la Ruta citada.

El Abogado del Estado, en su escrito de contestación y respecto de esta alegación alude al acta de la comisión de seguimiento de fecha 21 de julio 2009 que se refiere a la ruta 02005177-A y no menciona la ruta IES SAN ISIDRO 300010152, objeto de imputación en la resolución recurrida, por lo que debemos dar razón a la recurrente.

Por lo tanto, solo se imputa a Fernando "la ruta compensada que se adjudicó a través de un contrato menor el 14 de septiembre de 2009" y que no fue objeto de prórroga.

Por esa razón, el hecho de ser destinataria del correo electrónico de 7 de mayo de 2018, enviado desde FROET a varias empresas ordenando a las mismas no aceptar las prórrogas (folios 2.558 a 2.563), en su caso, no tiene valor incriminatorio alguno respecto de Fernando porque no resultó adjudicataria de ninguna ruta que fuera objeto de prórroga y respecto de la ruta compensada que se adjudicó a través de un contrato menor el 14 de septiembre de 2009 que aparece incluida en la tabla excel de reparto y compensación de rutas adjunta al correo electrónico de 26 de septiembre de 2011 (folios 2970-2973) con el número 12 del orden de compensación debemos apreciar la prescripción de la acción para sancionar toda vez que, respecto de esa conducta, el expediente sancionador fue incoado, nueve años después, el 10 de julio de 2018.

Procede en consecuencia la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a DIRECCION000 .

DECIMOPRIMERO.-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 el Procurador D. José Manuel Jiménez López, en nombre y representación de DIRECCION000 ., contra la resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 3.356 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 2009, hasta junio de 2018, resolución que anulamos en cuanto a la sanción impuesta a la entidad 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.