



Roj: **SAN 6341/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6341**

Id Cendoj: **28079230062024100811**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/11/2024**

Nº de Recurso: **1512/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso: 0001512/2019**

**Tipo de Recurso:**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General:**

**10894/2019**

**Demandante:**

**AUTOBUSES VIDAL CARTAGENA S.L.**

**Procurador:**

**DON JOSÉ MANUEL JIMÉNEZ LÓPEZ**

**Demandado:**

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:**

**D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

**SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

**Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**



D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

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

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintidós de noviembre de dos mil veinticuatro.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 1512/19, el recurso contencioso-administrativo formulado por **AUTOBUSES VIDAL CARTAGENA S.L.** representada por el procurador don José Manuel Jiménez López contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 20 de junio de 2019, en el marco del expediente sancionador NUM000 TRANSPORTE ESCOLAR.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.**-Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso y la nulidad de la resolución impugnada.

**TERCERO.**-El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

**CUARTO.**-Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo, acordándose para el día 18 de septiembre de 2024, en que tuvo lugar

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo formulado por AUTOBUSES VIDAL CARTAGENA S.L. contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 20 de junio de 2019, en el marco del expediente sancionador NUM000 TRANSPORTE ESCOLAR.

La resolución impugnada estableció en su parte dispositiva *«[P]rimero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel de prohibida por el artículo 1 de la Ley 1 512007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar en la región de Murcia convocadas por la Consejería competente en materia de Educación de la Región de Murcia desde el año 2009 hasta el final de la ejecución del último contrato licitado en el procedimiento SG/CA/1412016, en junio de 2018.*

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

(...)

*5. AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A., 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. Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes sanciones:*

*5. AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A., 15.496 euros, [...]».*

Destacamos los siguientes extremos relevantes para la resolución del presente litigio que se recogen en el acuerdo sancionador y que enmarcan los términos en los que se desarrolló el procedimiento.

1.- El 9 de febrero de 2017, se recibió un escrito de denuncia en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), presentado por la Consejería de Educación y Universidades (actualmente Consejería de Educación, Juventud y Deportes) de la Región de Murcia (La Consejería de Educación) contra las empresas AUTOBUSES Y TAXIS PITOÑO, S.L. y AUTOCARES PELOTÓN, S.L., por posibles prácticas colusorias en el

procedimiento de contratación administrativa con referencia SG/C N1412016, 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 1512007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

2.- En cumplimiento de lo dispuesto en 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 ser la Administración licitadora y el territorio de aplicación de la contratación. Por ello corresponde 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.- El 28 de marzo de 2017, el SRDC acordó el inicio de una información reservada como diligencia previa a la posible incoación del expediente sancionador.

4. El 7 de julio de 2017, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, el SRDC, al observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, acordó la incoación de un expediente sancionador contra las dos entidades denunciadas y quince empresas más, por haber sido las participantes en el procedimiento de contratación administrativa SG/CA/1412016. (...) Se consideran interesados en el procedimiento la Consejería de Educación, que tramitó el contrato afectado, y AUTOCARES ALMAGRO S.L. por ser la empresa que comunicó al órgano de contratación la posible práctica contraria a la competencia.

5.- El 17 de enero de 2018, el SRDC dirigió solicitudes de información a las empresas imputadas a los efectos de recabar sus volúmenes de negocios totales y en el mercado afectado por las prácticas investigadas durante la duración de las mismas.

6.- El 4 de mayo de 2018, el SRDC dicta un primer pliego de concreción de hechos (PCH 1), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la LDC y en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC). 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.

7.- Entre los días 21 y 30 de mayo de 2018 se presentaron alegaciones al PCH.

8. El 17 de mayo de 2018, el SRDC envió a las empresas incoadas requerimientos de información sobre el volumen de negocios de cada una en el mercado del transporte escolar en el año 2017 y el volumen de negocios total en el año 2017.

9. El 31 de mayo de 2018, TRANSPORTES PERIFÉRICOS MURCIANOS, S.A. (TRAPEMUSA) presentó ante la CNMC, a los efectos del artículo 66 de la LDC, una solicitud de exención del pago de la multa.

10.- El 25 de junio de 2018, a la vista de la solicitud de clemencia presentada por TRAPEMUSA y del 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, siendo la nueva fecha de caducidad del expediente el 6 de mayo de 2019, lo que se notificó a los interesados.

11.- El 10 de julio de 2018, el SRDC dictó 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 transporte escolar de la Región de Murcia desde, al menos, el año 2006. En dicho acuerdo, además de mantenerse a las empresas ya incoadas en el acuerdo de fecha 7 de julio de 2017, se amplió a varias empresas, y entre otras a AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A.

12.- El 20 de julio de 2018, se realizaron requerimientos de información a las empresas incoadas que fue aportada a excepción de dos.

13.- El 26 de julio de 2018, se presentó una segunda solicitud de clemencia, y el 27 de julio de 2018, se presentó una tercera.

14.- El 12 de septiembre de 2018, se dictó un segundo pliego de concreción de hechos (PCH 2) en el que se recogieron los ya probados en el PCH 1 y se añadieron los aportados junto con las tres solicitudes de clemencia.

- 15.- El 25 de octubre de 2018, el SRDC, en virtud de lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente de referencia.
- 16.- El 26 de octubre de 2018, el SRDC acordó la propuesta de resolución del procedimiento (PR), notificándola debidamente a las partes para que presentaran las alegaciones, y en la que se le atribuyó a AUTOBUSES VIDAL CARTAGENA, S. A. una 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.
- 17.- El 28 de noviembre de 2018 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.5, de la LDC, el SRDC elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su informe y propuesta de resolución.
- 18.- El 19 de diciembre de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aprobó la convalidación del acuerdo que había adoptado el SRDC, por medio del cual se amplió el plazo máximo de resolución del procedimiento hasta el 6 de mayo de 2019.
- 19.- Tras la notificación del acuerdo de convalidación a todos los interesados, se recibieron en la CNMC alegaciones al mismo entre los días 16 de enero de 2019 y 30 de enero de 2019.
- 20.- El 10 de abril de 2019, la Sala de Competencia adoptó acuerdo por el que se requirió a las empresas incoadas que aportaran el volumen de negocio total en el año 2018.
- 21.- Contestados los requerimientos, el 9 de mayo de 2019, el Consejo de la CNMC adoptó acuerdo de recalificación, en virtud del cual se modificaron las sanciones propuestas por el SRDC, siendo notificado a todas las partes interesadas para que en el plazo de 15 días formularan las alegaciones oportunas.
- 22.- El 25 de mayo y el 11 de junio de 2019 se recibieron en la CNMC las alegaciones al acuerdo de recalificación.
- 23.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su reunión de 20 de junio de 2019.

**SEGUNDO.**-La demanda centra el inicio de sus alegaciones en la nulidad del procedimiento sancionador por diversos motivos: (i) por no cerrar la fase de instrucción en plazo, puesto que la mantuvo abierta durante un mes tras la presentación de alegaciones al PCH por parte de la última de las empresas, y debió cerrarse el 30 de mayo 2018 coincidiendo con la última cumplimentada; (ii) por la indebida ampliación del plazo del procedimiento efectuada por el SRDC de la Región de Murcia sin tener la competencia por vulneración del artículo 23 de la Ley 39/2015, en relación con el 14 de la LDC; (iii) por la convalidación por parte de la CNMC de la ampliación de plazo realizada por el SRDC, para lo que carecía de competencia al no ser superior jerárquico del SRDC.

La dilación en el cierre de la fase de instrucción no ha producido indefensión que, en rigor, no se alega siquiera por esta causa, y la consecuencia del incumplimiento del plazo solo podría ser la de la anulabilidad de la resolución en los términos del artículo 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según el cual *«[L]a realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo [...]»*.

La demandante no aporta dato alguno que permita suponer que, en este caso, la naturaleza del plazo determine esa anulabilidad por lo que el retraso en el cierre de la fase de instrucción no tiene, a juicio de la Sala, incidencia en la validez de la resolución recurrida. Por el contrario, no existen indicios de que se ha producido indefensión por cuanto la entidad actora ha podido hacer cuantas alegaciones tuvo por convenientes frente al pliego de concreción de hechos que reflejaba los que en rigor tomó en consideración la CNMC para declarar su responsabilidad.

**TERCERO.**-En cuanto a la indebida ampliación del plazo del procedimiento, partimos del incontrovertido hecho de que tuvo lugar 25 de junio de 2018, y se adoptó por el SRDC de Murcia, cuando es lo cierto que la competencia para ello correspondía a la Sala de Competencia.

Recordemos que conforme al artículo 37.4 de la Ley 15/2007, *«[E]xcepcionalmente, 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»*. Añade el apartado 5 que *«Contra el acuerdo que resuelva sobre la suspensión o sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno en vía administrativa [...]»*.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone que *«[1.] Excepcionalmente, cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles a los que se refiere el apartado 5 del artículo*

21, el órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, podrá acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser éste superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

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

Considera la actora que la CNMC no es un órgano jerárquicamente superior al SRDC de Murcia, que es el que adoptó el acuerdo después convalidado, por lo que la convalidación carecería de cualquier efecto y, con ello, resultaría también ineficaz el acuerdo de ampliación adoptado por el SRDC.

Ha de decirse sobre esta cuestión, en primer término, que dicho acuerdo de ampliación no puede considerarse nulo de pleno Derecho, pues no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Por tanto, sería en principio convalidable de conformidad con lo prevenido en el artículo 52 de la misma Ley, cuyo apartado 3 establece que *«[S]i 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 [...]*»

A pesar de que el SRDC de Murcia no es exactamente inferior jerárquico de la CNMC, cuando es designado instructor de un procedimiento sancionador que ha de resolver la CNMC, una doble condición. Así, desde el punto de vista orgánico no hay duda de que forma parte de la estructura de la Administración autonómica como órgano perteneciente a la misma y sujeto, por tanto, a la dependencia que resulte de dicha estructura. Pero al mismo tiempo, y desde un punto de vista funcional, ejerce su actividad como instructor del procedimiento lo que implica que, conforme a las normas que regulan el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia, mantenga con el órgano al cual le corresponde resolver dicho procedimiento la relación que resulta de las normas que lo regulan. Ello quiere decir que las resoluciones que dicte como tal instructor son revisables en los términos que establece la Ley 15/2007 y su Reglamento, sin que exista en esto diferencia alguna con los casos en los que la instrucción es asumida por la Dirección de Competencia.

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

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

Corroborar esta interpretación la normativa autonómica sobre la materia y, en particular, el Decreto 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 2.1 establece que *«[S]e crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia, como unidad integrada con rango de Servicio, en la Dirección General que ostente atribuciones en materia de comercio interior, de la citada Consejería [...]*». Dicha Consejería es la que, en cada momento, ostente competencia en materia de comercio interior, y es en la que se encuadra, orgánicamente y a los efectos que señalábamos antes, el SRDC. Añade el artículo 2 en su apartado 2 que *«[C]orresponden al Servicio Regional de Defensa de la Competencia, en el ámbito de lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, las funciones siguientes: a) Ejercer las funciones de instrucción de los procedimientos de infracción y de autorización singular en los supuestos establecidos en la normativa reguladora correspondiente [...]*».

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

**CUARTO.**-También invoca como motivo que no cabe la suspensión del procedimiento del 9 de mayo de 2019 por la CNMC. Afirma que la variación de elementos técnicos para el cálculo de sanciones no es una recalificación jurídica del artículo 37.1 f) LDC lo que habría dado lugar a la caducidad del procedimiento.



Establece el citado artículo 37.1.f) que *«[E]l transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos: ... Cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos establecidos en el artículo 51 [...]»*.

Se remite así a lo dispuesto en el artículo 51, cuyo apartado 4 dispone que *«[C]uando 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, y como resulta del acuerdo de 9 de mayo de 2019, por el que se acordó el traslado a las partes y la suspensión cuestionada, la CNMC consideró que la entidad y gravedad de los hechos acreditados en el expediente no fueron debidamente valorados por el SRDC en lo referente a la cuantificación de las sanciones propuestas, que resultaban inferiores a las procedentes. En la fundamentación de dicho acuerdo exponía la CNMC que la determinación de los tipos sancionadores no se ajustaba a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC, y la proporcionalidad de las multas exigía una reconsideración de los criterios de valoración en los términos que recoge el propio acuerdo.

Además, y tras referirse a las previsiones del artículo 37.1.f) y 51 de la LDC, precisaba que *«[e]l cambio de calificación no afectaba en este caso a los hechos que se han considerado acreditados durante la instrucción, sino que se concreta en una nueva cuantificación de las sanciones que ha propuesto el SRDC [...]»*.

A la vista de todo ello, entiende esta Sala que la suspensión se encontraba justificada pues, en efecto, el acuerdo de 9 de mayo de 2019 excedía de una mera reconsideración de hechos en la medida en que advertía de la aplicación errónea de los artículos 63 y 64 de la LDC, de tal manera que la correcta aplicación de dichos preceptos no podía llevarse a cabo sin antes someter la modificación de las sanciones a los interesados para que pudieran formular alegaciones. Teniendo presente, en cualquier caso, que la modificación implicaba un incremento de las multas propuestas por el instructor.

**QUINTO.**-En cuanto al fondo de la infracción imputada, niega la actora la existencia de prácticas colusorias en el concurso de 2009 y también su participación en práctica colusoria alguna. Afirma que no existe indicio o prueba en contrario en el expediente.

La correcta valoración de estos motivos exige con nos adentremos en los hechos que se declararon probados, su valoración y los términos en los que se exigió la responsabilidad.

Se le imputa a la actora AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A., la 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. Coincide ese momento con la finalización de la ejecución del contrato de 41 rutas de transporte escolar para los cursos 2016-2017 y 2017-2018.

Para el correcto examen de este motivo debemos centrarnos en como identifica la resolución sancionadora los hechos probados, como los valora y como razona los términos de la responsabilidad de manera individualizada para la actora.

A los hechos probados se refieren conductas descritas en los apartados 9, 13, 15 y 24 *«[9] Las entidades AUTOCARES VIDAL-CARTAGENA, S.A. y MARCOS HIDALGO CANO, S.L., no firmantes del Convenio de 2009, participaron en el reparto de las rutas (compensación por cesión de rutas y sorteo de rutas), como prueba el acta de la comisión de seguimiento del Concurso del Transporte Escolar de la Región de Murcia, de fecha 21 de julio de 2009 (folios 2.441 y 2.442), cuyo orden del día era el siguiente:*

(...)

*SEGUNDO Se compensa la ruta 30008901-A - nueva - (/ES. Sierra Menera - Los Nietos - Unión), a la empresa Autocares Vidal, por la cesión de su ruta 30001977- A (CP. Santa María del Buen Aire - Lo Recover - La Puebla).*

*CUARTO La ruta 02005177-A (IES. Socoyos - Benizar - Socovos), quedo sin asignar en las compensaciones, por lo que tras una serie de propuestas se procedió a sortear entre las empresas interesadas en realizarla, que fueron: Autocares Meroño, Autocares Sánchez Ortuño, Autocares Gómez, Marcos Hidalgo Cano y Líneas y Autocares, S.A. El resultado del mismo fue el siguiente: primero.- Autocares Gómez; segundo.- Autocares Meroño; tercero.- Marcos Hidalgo Cano. Posteriormente las empresas Autocares Gómez y Autocares Meroño declinaron su oferta de realizarla, por lo que concursará definitivamente la empresa Marcos Hidalgo Cano.»*

La participación de estas entidades se confirmó en la resolución de la adjudicación definitiva de las rutas del servicio de transporte escolar para los tres cursos del período 2009-2012, publicada en el BORM de 18 de enero de 2010.

(...)

(13) Tras haber invitado a las distintas empresas a que manifiesten por escrito su voluntad de prorrogar los contratos que se les adjudicaron en el año 2009, la Consejería de Educación, mediante Orden de 22 de junio de 2012, autorizó la prórroga, para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015, de 337 contratos de transporte escolar de los 422 (folios 2.470 a 2.500).

Entre las empresas con rutas prorrogadas se encuentran las siguientes entidades imputadas:

ANTONTO MUÑOZ BAENAS, S.L. (folio 2.475) o AUTOCARES PELOTÓN, S.L. (folio 2.486)

AUTOCARES RIOS ALICANTE, S.L. (folio 2.484) o PREMIER BUS, S.L. (folio 2.493)

AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A. (folio 2.477)

AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. folio 2.477)

AUTOCARES BELMONTE HERMANOS, S.L. (2.477)

AUTOCARES ESPUÑA, S.L. (folio 2.479)

AUTOCARES IBEROCAR, S.A. (folio 2.481)

AUTOCARES MEROÑO, S.A. (folio 2.477)

AUTOCARES RIOS, S.A. (folio 2.493)

AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO, S.L. (folio 2.485)

BUS RÍOS, S.L. (folio 2.488)

MARCOS HIDALGO CANO, S.L. (folio 2.492)

TRANSALHAMA, S.L. (folio 2.497)

TRANSPORTES URBANOS DE CARTAGENA, S.A. (folio 2.497)

AUTOCARES JOSÉ MARTÍNEZ GARCÍA, S.L. (folio 2.477)

AUTOCARES LÓPEZ FERNÁNDEZ, S.L. (folio 2.483)

(...)

(15) Mediante Orden de la Consejería de Educación de 19 de junio de 2015, se autorizó la prórroga, para los cursos 2014-2015, 2015-2016 y 2016-2017, de 354 contratos de transporte escolar de los 422 que fueron adjudicados por Orden de 10 de septiembre de 2009 (folios 2.501a 2.530).

Entre las empresas con rutas prorrogadas se encuentran las siguientes entidades imputadas:

(...)

AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A. (folio 2.506)

(...)

(24) Con fecha 27 de enero de 2017 se registró, ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, un recurso especial con el no 8812017 contra la Orden de la Consejería de Educación, de 27 de diciembre de 2016, por la que se adjudican 28 lotes en la licitación del Contrato. Este recurso lo presentaron D. Francisco Limorte Guillén en nombre y representación de Carlos Jesús, Autocares Beniel S.L., Bus Sigüenza S.L., Viajes Altiplano S.4., Autocares José Martínez García S.L., Viajes Hispamur S.L., Autobuses Francisco Sánchez Gil S.L., Autocares Belmonte Hermanos S.L., Autobuses Antonio García S.L., Busmar S.L., Autocares Meroño S.4., Autocares Justo Martínez S.L., Selecta Bus S.L., Autocares Espuña S.L., Autocares Vidal-Cartagena S.4., Bus Línea 5 S.L., Autocares Molina, S.L. y Transportes Urbanos de Cartagena, S.A. Finalmente, el 10 de marzo de 2017 el citado tribunal dicta resolución no 25412017 por la que se acuerda desestimar el recurso. [...]».

En cuanto a su valoración, la resolución sancionadora dice que «[A.] Convenio de 2009 entre las asociaciones del sector Los participantes en el Convenio, en representación de sus asociaciones y empresas respectivas, fueron los consignados en las tablas incluidas en el hecho acreditado (7).



Ha quedado acreditado que mediante dicho Convenio las incoadas acordaron un plan común que limitaba su política comercial individual, al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado, concretamente en su participación en las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación.

Técnicas de colusión en licitaciones públicas semejantes a las acreditadas en este expediente han sido ya sancionadas en otros recientes por esta misma Sala. Así, en la resolución de 30 de junio de 2016 (Expte. NUM001 , Infraestructuras Ferroviarias),

(...)

En línea con lo dispuesto por el SRDC en su propuesta de resolución (folios 4.810 y siguientes), han quedado acreditadas las comunicaciones mediante correos electrónicos (folios 2.536,2.568 a 2.563,2.689 a 2.690 y 2364 a 2974) en los que se comprueba que FROET ha venido actuando como nexo de unión entre todas las empresas, coordinando la presentación y/o retirada de ofertas y prórrogas de los distintos licitadores, y la compensación de rutas, entre otros aspectos.

Respecto al concurso de 2009 en aplicación de lo pactado en el Convenio del mismo año, algunas empresas han sostenido en sus alegaciones a la PR que no puede hablarse de prácticas colusorias dado que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la licitación no se daba a las empresas posibilidad alguna de modificar el precio; el órgano contratante, que entonces era la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas, establecía los presupuestos de cada lote aplicando la tarifa mínima, no siendo posible para los licitadores ofertar precios más económicos.

Esta alegación no puede ser considerada como justificación de la conducta, dado que el precio es uno de entre todos los elementos sobre los que puede influir una conducta anticompetitiva entre empresas, que también podría actuar sobre la calidad de los servicios prestados, u otras condiciones relevantes para la Administración y los escolares destinatarios del servicio.

Como más adelante se detallará, el reparto de mercados constituye una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC para cuya antijuridicidad es suficiente que las empresas licitadoras decidan repartirse los lotes de un contrato para impedir los beneficiosos efectos de la libre competencia en el mercado afectado, operando sobre diversas variables al margen del precio, como la calidad del servicio, la atención al usuario o la innovación tecnológica.

B. Conductas realizadas en la licitación del contrato de los cursos 2016-2017 y 2017-2018.

Se ha acreditado 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 renunciadas cruzadas o condicionadas a los lotes de los que habían sido inicialmente adjudicatarias, de la siguiente manera (hechos 11 a 15) [...]».

Se esfuerza la resolución sancionadora en desmentir las explicaciones alternativas a las conductas descritas y dice que «[e]s cierto que el hecho de que de las empresas que presentaron recurso ante el TACRC, ocho (y entre ellas VIDAL), puede dar la apariencia de que realmente existía una competencia fuerte entre todas las empresas participantes en la licitación del Contrato. El mismo sentido cabría dar al hecho de que la presentación del recurso se produjera meses antes de que las entidades tuvieran noticia alguna sobre este expediente sancionador, así como a la presentación del posterior recurso ante el TSJ de la Región de Murcia en un momento en que solo una de las recurrentes, FRANCISCO SÁNCHEZ GIL, S.L., había sido imputada por los hechos descritos en el PCH 1.

Sin embargo, de la presentación de estos recursos no puede inferirse directamente la existencia de la competencia que es deseable en el procedimiento de licitación del Contrato, habida cuenta de que las empresas a las que inicialmente se les habían adjudicado los lotes que, de prosperar los recursos, deberían ceder a las entidades siguientes en el orden de puntuación configurado por la Consejería de Educación, son precisamente las que han efectuado las renunciadas por motivaciones que no quedan aclaradas.

Por tanto, teniendo en cuenta que el resultado perseguido por la interposición de los recursos es el mismo que finalmente se ha producido por el juego de las renunciadas, esto es, la propuesta de adjudicación a las empresas recurrentes, esta Sala entiende que tampoco la conducta de las empresas incoadas referidas desvirtúa la presunción de que las empresas estuvieron coordinadas desde un primer momento.

En definitiva, teniendo en cuenta que para que la prueba de presunciones pueda lícitamente desvirtuar la presunción de inocencia, "resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano'<sup>23</sup>, esta Sala entiende que las conclusiones alcanzadas por el SRDC se sustentan en los hechos acreditados conforme a un razonamiento lógico y fundamentado. [...]».

Cuando individualiza las conductas imputadas y fija la responsabilidad concluye que «[6.] AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A., es responsable de una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia, al menos desde julio de 2009, fecha en que se firma el Convenio para repartir el mercado, hasta junio de 2018, momento en que finaliza la ejecución del Contrato en junio de 2018. Si bien es cierto que esta empresa 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). Igualmente, AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A. participó en el reparto de las rutas y compensación conforme al Acta de la Comisión de seguimiento, de 21 de julio de 2009 (folios 2.441 y 2.442).

AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA 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, con el orden de compensación no3, figura como compensada a AUTOBUSES VIDALCARTAGENA la ruta 30008901C, en compensación de otra ruta cedida por dicha empresa (30001977A).

En efecto, en la licitación de 2009 (folios 2.447 a 2.469) la línea compensada, 3000891C IES SIERRA MINERA, se adjudicó a AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA (folio 2.452), ruta que fue posteriormente prorrogada en 2012 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (folio 2.477) y en 2015 para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 (folio 2.506). Al mismo tiempo, la ruta cedida, 30001977A IES ISAAC PERAL, se adjudicó a AUTOCARES MEROÑO, S.A. (folio 2.456), siendo prorrogada posteriormente en 2012 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (folio 2.484) y asimismo 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.

(...)

AUTOCARES MEROÑO se encuentra igualmente 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 figuran como asignadas a AUTOCARES MEROÑO las rutas 30001977-A CE INF-PRI SANTA MARIA DEL BUEN AIRE (cedida por AUTOBUSES VIDAL CARTAGENA, S.A.) [...].»

Concluye sancionando a AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A., «[p]or 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. [...]».

El examen del relato de hechos que refleja la resolución recurrida acerca de la participación de la actora en la trama y plan iniciado con la firma del Convenio de 2009. Si bien es cierto que AUTOBUSES VIDAL CARTAGENA no fue firmante inicial del acuerdo, se incorporó al poco tiempo como lo acredita el acta de la comisión de seguimiento del Concurso del Transporte Escolar de la Región de Murcia, de fecha 21 de julio de 2009, donde además se fue compensada la ruta 30008901-A - nueva - (/ES. Sierra Menera - Los Nietos - Unión), por la cesión de su ruta 30001977- A (CP. Santa María del Buen Aire - Lo Recover - La Puebla). Se benefició de las prórrogas y aparece incluida en la tabla Excel de reparto y compensación de rutas adjunta al correo electrónico de 26 de septiembre de 2011, sin que ninguna explicación razonable ofrezca sobre ese comportamiento.

Todo revela que nos encontramos ante una infracción única y continuada en la que participó la actora desde su incorporación al convenio de 2009.

Recordemos que estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, por todas la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

Se destaca de este concepto la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción. En cuanto al carácter único, se aprecia cuando hay identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, STG de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T21 /99, Rec. p. I11681, apartado 67, STJUE de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C113/04 P, Rec. p. I88 31, apartados 170 y 171, y la STG de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T43 /02, Rec. p. I13435, (apartado 312); en la identidad de los productos y servicios afectados, SsTJUE de 15 de junio de 2005, Tokai Carbón y otros/Comisión, T71 /03, T74/03, T87 /03 y T91/03, no publicada en la Recopilación, (apartados 118, 119 y 124), y STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); en la identidad de las empresas que han participado en la infracción STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); y en la identidad de sus formas de ejecución STG Dansk Rørindustri/Comisión,



(apartado 68). Además, también se pueden tener en cuenta para ese examen la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

Por lo que respecta a la continuidad, una infracción del artículo 81 CE, 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. Las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» con un idéntico objeto que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, lo que permite imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156).

Para que las prácticas colusorias puedan ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia, es necesario «[q]ue 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 [...]», STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95, T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T10 4/95, Rec. p. II491, (apartados 4027 y 4112).

No desvirtúa la valoración que hacemos la alusión que el acuerdo sancionador hace a las licitaciones de las 41 empresas como parte integrante o comportamiento involucrado en la infracción única y continuada que se le imputa a la actora. Es cierto que estamos ante unos comportamientos heterogéneos, no determinantes en todos los casos del enganche o vinculación al plan. Sin embargo, la relevancia de la antijuridicidad de la conducta de la actora viene determinada por su incorporación al plan preconcebido urdido con el convenio del 2009 al que sí se incorporó la recurrente al poco tiempo de su firma.

**SEXTO.**-Por último, se cuestiona la ausencia de proporcionalidad en las sanciones respecto al supuesto perjuicio causado. Sostiene que se ha cuantificado incorrectamente la multa que le fue impuesta.

Frente a esta queja, recordemos que conforme al artículo 63.1 LDC la sanción que cabe imponer en el caso de las infracciones muy graves puede elevarse hasta el diez por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (2018). Comoquiera que dicho volumen fue de 267.165,50 euros con resulta evidente que la multa finalmente impuesta de 15.496 euros, no supera aquel porcentaje. Por otro lado, la actora equivoca el valor que cabe atribuir al VNMA, que no es sino un criterio de graduación empleado al individualizar el tipo sancionador aplicable a cada empresa.

Los criterios de cuantificación aplicados por la CNMC no difieren de los seguidos en otras ocasiones y que han sido también analizados por esta Sala. La justificación que aduce la resolución recurrida tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión *volumen de negocios total* del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, el Tribunal Supremo rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como *umbrales de nivelación* (o *límites extrínsecos*, como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación de 11 de febrero de 2009, considerando que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2018, y analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso, especificando los criterios seguidos para la cuantificación de tal manera que en cada uno de ellos tiene en cuenta la duración de la conducta, así como la no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes.



Para la valoración individual de la conducta, tiene en cuenta tanto la duración de la infracción de las entidades como el volumen de negocio del mercado afectado (VNMA) durante la infracción, y la participación de cada una en el VNMA total. En el supuesto enjuiciado para la actora se estableció en 107 meses de duración, una cifra de VNMA 2.287.857 euros estableciendo una participación de 5,4 % sobre el afectado. Sobre la base del conjunto de factores que analiza (gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción, participación de las infractoras en la conducta, concurrencia de agravantes) y dentro del límite del 10% del volumen total de negocios, fijó en el 5,4% el tipo sancionador aplicable a la actora lo que dio lugar a la imposición de una sanción por importe de 15.496 euros.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente al sustentarse en la aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007.

**SÉPTIMO.**-Lo dicho en los anteriores razonamientos nos conducen a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la recurrente de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

### FALLO

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **AUTOBUSES VIDAL CARTAGENA S.L.** representada por el procurador don José Manuel Jiménez López contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 20 de junio de 2019, en el marco del expediente sancionador NUM000 TRANSPORTE ESCOLAR, con expresa condena en costas a la parte demandante.

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.