



Roj: **SAN 6272/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6272**

Id Cendoj: **28079230062024100783**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/11/2024**

Nº de Recurso: **1412/2019**

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: 0001412/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

10235/2019

Demandante:

DIRECCION000 .

Procurador:

DOÑA CAROLINA BEATRIZ YUSTOS CAPILLA

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^a. 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 **1412/2019**, el recurso contencioso-administrativo formulado por DIRECCION000 . representada por la procuradora Doña Carolina Beatriz Yustos Capilla 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, 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 con 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 25 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 DIRECCION000 . (antes DIRECCION001 .) 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:

(...)

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

(...)

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

11. DIRECCION001 ., 25.259 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.

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.
- 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 que podemos circunscribir a cuestiones formales y materiales. Dentro de las primeras denuncia el cierre en falso de 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. Añade que se acordó indebidamente la ampliación del plazo del procedimiento efectuada por el SRDC de la Región de Murcia sin tener la competencia para ello, ampliación indebida que se extiende de la investigación y a la posterior convalidación efectuada por la CNMC. Sostiene que no se cerró la fase de instrucción en el plazo que al efecto prevé el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, lo que arrastraría la nulidad de lo resuelto conforme a lo prevenido en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido.

Al margen de las posibles irregularidades que se pudieran cometer en la tramitación del procedimiento sancionador, 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 Servicio Regional de Defensa de la Competencia 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.-El resto de las quejas encajan en la crítica de cuestiones que afectan directamente al fondo de la imputación o motivación de la responsabilidad de la actora y a la falta de prueba indiciaria. Dice que consta participación alguna en el cartel antes de 2016, por lo que no cabe llevarlo en el tiempo hasta el año 2009. Añade que tampoco se ha practicado prueba de cargo respecto de la concreta práctica colusoria de la que se considera responsable por su participación en la licitación 2016. Denuncia que la Administración sancionadora no tuviera en cuenta un dato relevante para la retirada de otras ofertantes en los concursos como fue pérdida de tiempo que supuso el retraso en su tramitación, lo que además propició la prórroga de los servicios de transporte que se venían prestando en años anteriores. Cuando habla de los sobre costes ocasionados a la Administración en los diferentes lotes, no tiene en cuenta que el importe fue menor en todos ellos y no lo fueron por los precios inicialmente licitados. Las retiradas de las licitadoras esta expresamente prevista en los pliegos en el caso de que se produjeran situaciones como las descritas.

Para la correcta valoración de este motivo debemos centrarnos en la imputación que hace la resolución, la relación de hechos probados de los que parte y la valoración individualizada que la resolución sancionadora hace de la participación de la actora.

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

En cuanto a los hechos probados los identifica en los siguientes términos «[2]. *Existencia de un acuerdo de larga duración (8) Las firmas de representantes sobre el ejemplar del convenio de 2009 (folios 2.433 a 2.439) prueban la participación en el mismo de las siguientes asociaciones y empresas:*

Por parte de FENEBUS-MURCIA: (...) Por parte de AESDVM-ANETRA: (...) DIRECCION001 . (...) el tercer solicitante de clemencia, AUTOCARES PATERNA, S.L. en su declaración señala que las empresas que tenían un papel más relevante en las decisiones y negociaciones del reparto de las rutas escolares eran: (...) DIRECCION001 . (...) 14 Con fecha 31 de julio de 2014, Higinio , uno de los miembros de la comisión de seguimiento del convenio de 2009, envió un correo electrónico a varios destinatarios, entre los que se encuentran Gaspar , representante de AUTOCARES IBEROCAR, S.A. y Miguel Ángel , representante de DIRECCION001 , en el que informa de lo siguiente: ""Con el fin de no dejar pasar más tiempo, he repartido las llamadas que creo que hay que hacer para enterarnos de las invitaciones al transporte escolar. Por favor, dadle un repaso y comprobad que nos digan las empresas /as rutas a los que les han invitado. Si falta alguna se añade, o, si por el contrario, alguien no se lleva con los que le he puesto, que lo comunique y llama otro. Necesitamos saber el número de ruta y centro al que han sido invitados."

En el mismo correo, solicita a Gaspar que acuda a la Consejería y se informe de cómo obtener los modelos y forma en que debe hacerse la presentación del concurso."

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: (...) DIRECCION001 . (fotio 2.506) (...) 21. Respecto a la participación de DIRECCION001 ., FIRST CLASS BUS, S.1., AUTOCARES MARTÍNEZ SANTAOLALLA, S.1., Isaac y U.T.E. AUTOCARES RIOS ALICANTE, S.1., PREMIER BUS, S.L. Y AUTOCARES KLEIN, S.L. en los lotes nº 20 y nº 31, ha quedado acreditado: En cuanto al lote no 20, que Isaac presentó su solicitud de retirada de la oferta con fecha de 29 de noviembre de 2016. De este modo, el lote fue propuesto a la U.T.E. AUTOCARES RIOS ALICANTE, S.1., PREMIER BUS, S.L. Y AUTOCARES KLEIN, S.L., quien había ofrecido un precio de 64.798,00 euros (71.277,80 euros, IVA incluido). No obstante, mediante la Orden de la consejería de Educación de 20 de diciembre de 2016 se dio cuenta del error de solicitar la documentación necesaria para la adjudicación a la citada U.T.E. ya que no era la oferta económicamente más ventajosa siguiente, sino la de la empresa AUTOCARES MARTÍNEZ SANTAOLALLA, S.L., que había ofertado un precio de 56.110,00 euros (61.721,00 euros, IVA incluido). A su vez, la empresa AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L. presentó un escrito con fecha de 23 de diciembre de 2016, en el que manifestaba su intención de no presentar la documentación necesaria para la adjudicación del lote nº 20. Por ello, la oferta económicamente más ventajosa pasaba a ser, ahora sí, la de la U.T.E. AUTOCARES RÍOS ALICANTE, S.1., PREMIER BUS, S.L. Y AUTOCARES KLEIN, S.1., cuya oferta se ha descrito antes, pero quien ya había presentado escrito de renuncia con fecha de 25 de noviembre de 2016 ante una posible adjudicación del lote nº 20. El órgano de contratación pasó a recabar la documentación necesaria para la contratación a la oferta siguiente, la presentada por la empresa FIRST CLASS BUS, S.L., quien declinó su presentación (así como también, en su caso, la del lote n1 31) mediante escrito de 29 de diciembre de 2016. En consecuencia, este lote se propuso a la siguiente empresa, DIRECCION001 ., resultando

finalmente adjudicataria del lote no20 por un precio de 68.780,00 euros (75.658,00 euros, IVA incluido), lo que supone un sobreprecio para la Administración contratante de 17.520,80 euros (un 30,1%) sobre el precio de la adjudicación inicial. [...]».

Este relato y descripción fáctica que acabamos de reproducir le mereció la CNMC la siguiente consideración de cara a la valoración de la participación de la recurrente «[B]. Conductas realizadas en la licitación del contrato de los cursos 2016-2017 y 2017-2018 (...) d) LAS EMPTESAS DIRECCION001 ., FIRST CLASS BUS, S.L., AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L., Isaac Y U.T.E. AUTOCARES RÍOS ALICANTE, S.L., PREMIER BUS, S.L. Y AUTOCARES KLEIN habrían acordado un plan común para participar en los lotes nº 20 y nº 31. (...) si nos centramos en el bloque de empresas concurrentes en las conductas colusorias en este contrato, aunque cuatro de ellas sí figuran en el convenio de 2009 (AUTOBUSES FRANCISO SÁNCHEZ GIL, S.L., AUTOCARES LOPEZ FERNÁNDEZ, S.1., AUTOCARES JOSÉ MARTÍNEZ GARCÍA, S.L. Y DIRECCION001), no existe prueba directa de la participación del resto en el cártel puesto que no firmaron el Convenio de 2009. No obstante, de los hechos se deduce la existencia de una práctica concertada que se ve notablemente reforzada por la existencia de un pacto colusorio entre las asociaciones incoadas. (...) En el lote nº 20, la tercera empresa en el baremo es la U.T.E. AUTOCARES RÍOS ALICANTE, S.L., PREMIER BUS, S.L. Y AUTOCARES KLEIN, S.L., que ya había renunciado en caso de ser posible adjudicataria de este lote.

Por ello, tanto en el lote nº 20 como en el nº 31, se convoca al siguiente licitador que resulta ser la empresa FIRST CLASS BUS, S.L., la cual, como hicieron las anteriores, renuncia a ambos.

Finalmente, tras la citada concatenación de renunciaciones, estos dos lotes recaen en UNA MISMA EMPRESA, DIRECCION001 ., por un importe de 75.658,00 euros y 80.43G,40 euros, respectivamente.

Esta Sala considera que los hechos probados constituyen indicios suficientemente fundados de un comportamiento colusorio entre las empresas participantes en la licitación de estos dos lotes, toda vez que se han producido cuatro renunciaciones de cinco licitadores en total en el lote nº 20 y tres renunciaciones de cuatro empresas participantes en el lote nº 31. Es decir, han renunciado todos los licitadores, salvo el que finalmente consigue el contrato en ambos casos, lo que lleva a pensar que DIRECCION001 . era el contratista que se había pactado previamente que sería el adjudicatario de los lotes nº 20 y nº 31. Asimismo, debe subrayarse que estos lotes del Contrato han llegado a adjudicarse al licitador con menor puntuación de todos los participantes (21,66 puntos frente a 83,57 puntos de la oferta ganadora en el primer lote y 23,67 frente a 71,67 puntos, en el segundo lote), desvirtuando por completo el procedimiento de contratación y la importante tarea de evaluación y selección de ofertas efectuada por la mesa de contratación y demás órganos técnicos intervinientes en el mismo. [...]».

Debemos tener presente que la propia resolución sancionadora hace una importante salvedad distinguiendo claramente entre las empresas firmantes del Convenio de 2009 y el resto «[p]ero cuyas conductas anticompetitivas llevadas a cabo en el Contrato licitado por la Consejería de Educación para los periodos escolares 2016-2017 y 2017-2018 han quedado también acreditadas, dichas empresas eran igualmente conscientes de la ilicitud de su comportamiento y de las consecuencias que tenían tanto las ofertas de cobertura de muchas de ellas, con precios que no pensaban mantener en la adjudicación, en beneficio de sus teóricos competidores, como las ofertas a precios elevados de otras, a la espera de la realización del plan común de renunciaciones en cada uno de los lotes, para obtener así la adjudicación con estos precios considerablemente más caros y en perjuicio de las arcas públicas que, en definitiva, son las que financian este servicio de transporte escolar [...]».

La imputación de una infracción única y continuada, que arranca de la firma del convenio de 2009, requiere justificar que concurren las circunstancias que caracterizan a esta clase de infracciones, especialmente cuando la infracción única alcanza a dos clases de operativas bien diferentes: por un lado, la que se inicia al suscribir varias empresas el citado convenio y se materializa con el reparto de licitaciones que supuestamente se llevó a cabo con arreglo a lo pactado en el mismo; y por otro, la que se produjo en las licitaciones de las rutas escolares para los cursos 2016/17 y 2017/18.

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

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



La resolución considera acreditada mediante prueba indiciaria la continuidad de la infracción desde 2009 hasta la actualidad, en virtud de la firma de un acuerdo expreso en aquel año por los representantes de 21 empresas que habría condicionado la actitud futura de las entidades en el acceso al mercado a través de las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación para la adjudicación de rutas de transporte escolar en la Región de Murcia. Actitud que habría quedado corroborada, dice, en el marco de la licitación del Contrato para el periodo 2016-2018. Concluye en relación a esta cuestión que «[L]o anterior no lleva sino a concluir que, aunque entre el concurso de 2009 (que refleja la aplicación del Convenio hasta 2012 y en las sucesivas prórrogas) y el concurso de 2016 no se repita una actuación similar por parte de las empresas participantes en las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación (la nueva firma de un convenio), no cabe duda de que las empresas que firmaron el Convenio de 2009 y participaron en la licitación de 2016, lo hicieron en ejecución del plan que se venía realizando, al menos, siete años atrás. Al tratarse de una infracción única y continuada, siguiendo con lo dispuesto en el artículo 68 de la LDC, el término de la prescripción de 4 años se debe computar desde el día en que haya cesado [...]».

La propia resolución, por lo tanto, declara de manera explícita que «[q]ue las empresas que firmaron el Convenio de 2009 y participaron en la licitación de 2016, lo hicieron en ejecución del plan que se venía realizando, al menos, siete años atrás [...]». Pero no aporta datos suficientes, a juicio de esta Sala, para considerar que también actuaron en ejecución de dicho plan, con conocimiento del mismo y de manera concertada, las empresas que no suscribieron el convenio de 2009.

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

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

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



F. 5; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2; 135/2003, de 30 de junio, F. 2, entre otras) [...]»; en el mismo sentido, hemos dicho en sentencia de 15 de julio de 2016, recurso 293/2012 y 28 de julio de 2020, recurso 479/2016.

Atendiendo a esta doctrina hemos de concluir que, en este caso, la prueba acopiada para justificar la existencia de una infracción única y continuada, en los términos en que la declara la CNMC respecto de la actora, en particular, al hacerla partícipe del plan común iniciado con la firma del convenio de 2009, es insuficiente, pues únicamente gravita en torno a la intervención de la recurrente en las licitaciones en los cursos 2016/17 y 2017/18, sin conseguir evidenciar que conocía la existencia del plan conjunto al que se refiere la jurisprudencia europea al definir esta clase de infracciones, y de la que es ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, en la cual hace las consideraciones siguientes sobre el concepto de infracción única y continuada «[156.] Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 41 y la jurisprudencia citada).

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

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

En consecuencia y no poder atribuirse a la empresa demandante la infracción única y continuada que le imputa la resolución recurrida, procede estimar el recurso y anular dicha resolución en cuanto declara la responsabilidad y sanciona a DIRECCION000. (antes DIRECCION001., sin que resulte necesario entrar a analizar el resto de los motivos invocados.

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

FALLO

Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DIRECCION000, representada por la procuradora Doña Carolina Beatriz Yustos Capilla 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, expediente sancionador NUM000 TRANSPORTE ESCOLAR; anulando parcialmente la resolución impugnada en lo que se refiere a la responsabilidad y sanción impuesta a la actora por no ser ajustadas a Derecho, con expresa condena en 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.