



Roj: **SAN 6325/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6325**

Id Cendoj: **28079230062024100807**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/11/2024**

Nº de Recurso: **1527/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0001527/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

10963/2019

Demandante:

AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L.

Procurador:

D. JOSÉ MANUEL JIMENEZ LOPEZ

Demandado:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS



D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil veinticuatro.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **1527/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Jiménez López que actúa en nombre y en representación de la mercantil **AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 20 de junio de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente SAMUR/02/2018, TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que dicte sentencia estimatoria 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.

Alternativamente y de manera subsidiaria, y para el improbable supuesto de desestimación de los motivos de nulidad, estimando parcialmente el recurso contencioso, reducir la sanción a imponer, teniendo en cuenta su errónea valoración en la resolución recurrida, al no haberse considerado ponderación alguna, determinando su cuantía conforme a la Ley y, como máximo la de 60.010,43 Euros, eliminando, en todo caso, la sanción impuesta en la resolución de prohibición de contratar con la Administración. En este caso, sin imposición de costas".

SEGUNDO. El Abogado del Estado presenta escrito de contestación a la demanda en el que suplica se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y para ello se fijó la audiencia del día 25 de septiembre de 2024.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso-administrativo la entidad actora AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L. impugna la Resolución dictada en fecha 20 de junio de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente SAMUR/02/2018, TRANSPORTE ESCOLAR DE MURCIA.

La referida resolución impone a la entidad AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L. una sanción de multa por importe de 176.863 euros por la comisión de una infracción única y continuada por su participación, junto con otras empresas competidoras, en prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE.

Concretamente la resolución sancionadora impugnada dispone:

"Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel de prohibida por el artículo 1 de la Ley 1512007, 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:



(...)

20. AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO, S.L., 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:

(...)

20. AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO, S.L., 176.863 euros.

(...)

Noveno. Remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos, de acuerdo con lo establecido en el fundamento de derecho séptimo".

SEGUNDO. La resolución impugnada identifica el mercado de producto afectado 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 la Región 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, a las informaciones facilitadas por TRAPEMUSA en su solicitud de exención del pago de la multa, por AUTOCARES LÓPEZ FERNÁNDEZ, S.L. en la segunda solicitud de clemencia, y por AUTOCARES PATERNA, S.L. en la tercera solicitud de clemencia, 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.

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 se firmó el 8 de julio de 2009.

Este convenio evidenciaría, según refiere la CNMC, que las empresas firmantes habrían 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. Y, en virtud de lo convenido, cada empresa optaba a las líneas que le interesaban y cedían las que no le interesaban para su reparto entre las empresas del cártel. Además, se había 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.

Además, en dicho convenio 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. Y esa comisión de seguimiento formada por representantes de AESDVM-ANETRA, FENEBUS-MURCIA y FROET si ha funcionado de forma efectiva 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. La CNMC 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 la CNMC a la concreta intervención de FENEBUS-MURCIA y también de FROET, a quienes 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 2018).



La CNMC 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 con la contratación con centros privados.

Junto a dicho acuerdo de larga duración, la CNMC advierte 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 sancionadora. Además, pormenoriza la conducta concreta de cada una de las empresas intervinientes con renunciaciones y desistimientos a las licitaciones que se presentaban carentes de explicación alternativa, así como su relación con otra u otras de las participantes en la licitación, de la que deduce la existencia de concertación en relación con la citada licitación.

Todo ello ha llevado 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 la CNMC 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 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"*.

Finaliza la resolución impugnada diciendo que las empresas sancionadas han llevado a cabo conductas anticompetitivas en el mercado del transporte escolar en la Región de Murcia indicando expresamente que:

"Se ha acreditado en el expediente que existe un acuerdo entre empresas, con la intermediación de las asociaciones, que busca generar un reparto de mercado tendente a mantener el status quo de líneas en que cada empresa ha venido prestando el servicio. En el mismo no se permite que la tensión competitiva altere las cuotas de mercado de cada una y se prevé la entrada de nuevos operadores tan solo en determinados supuestos minimizando el efecto en los operadores incumbentes. Esta conducta se implementa por medio de un sistema de reparto, en el que incluso interviene una "comisión" de seguimiento que, de manera ajena a las condiciones de prestación del servicio (calidad o precio) realiza lo que las empresas denominan "adjudicaciones" atendiendo a sus propios intereses. Para conseguir un mayor éxito del acuerdo, las empresas dan una apariencia de concurrencia competitiva en las licitaciones consiguiendo de esta manera convertir los procedimientos de contratación en una mera ficción impropia de cualquier licitación pública. Nos encontramos, por tanto, ante un pacto entre competidores tendente al reparto del mercado del transporte escolar en la Región de Murcia que altera al alza los precios de las adjudicaciones. La OCDE en sus recomendaciones para combatir la colusión en la contratación pública, y la autoridad de competencia española en sus diferentes recomendaciones, ya han advertido de que estrategias tales como las ofertas de resguardo, la rotación de ofertas entre empresas, la presentación conjunta de ofertas entre empresas coincidentes sin necesidad objetiva, las repetidas subcontrataciones entre las mismas empresas, o las asignaciones de clientes o ciertas zonas geográficas son estrategias habituales entre las empresas que deciden llevar a cabo este tipo de prácticas, por lo que es necesario prestar atención cuando se observan estas pautas de comportamiento en los mercados. Esta Sala coincide con la apreciación del órgano de instrucción en cuanto a que nos encontramos ante una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC, que se califica de muy grave, constitutiva de cártel, por el que determinadas empresas, con el conocimiento y participación de AESDVM-ANETRA, 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. A tal fin, el cártel se formó y mantuvo en el tiempo hasta la fecha de incoación de este expediente, desarrollándose a través de varios instrumentos y prácticas:

- La firma de un convenio, con fecha de 8 de julio de 2009, para garantizar "la carga de trabajo que tenían las empresas partícipes del acuerdo", tal y como se señala en el documento. El propio texto del convenio demuestra que las conductas anticompetitivas habrían comenzado varios años antes de su firma, al indicar que



ya en el año 2006 se procedió a adaptar a la realidad del momento un pacto realizado 16 años atrás por las empresas prestatarias del servicio de transporte escolar, a través de sus asociaciones, y que para el curso escolar 2009-2010 se considera conveniente modificar algunos de los puntos del acuerdo, para que cualquier empresa de las asociaciones que pueda estar interesada tenga la posibilidad de concurrir a este tipo de transporte, de forma coordinada a través del Convenio.

-En el mismo Convenio se creó una comisión paritaria de representantes de la AESDVM-ANETRA y de FENEBUS-MURCIA, siendo su secretario el Secretario General de FROET o persona que este designara. Las funciones de esta comisión eran las de interpretar el convenio, resolver los posibles conflictos en su aplicación y el ejercicio de la actividad disciplinaria sobre las empresas que no respetasen el mismo. En la práctica, su funcionamiento efectivo se manifestaba con la adopción de acuerdos relativos al reparto de lotes de los contratos, cesión, compensación y reasignación de rutas entre las empresas licitadoras, retirada de ofertas y presentación de nuevas proposiciones, así como la oferta de rutas a posibles competidores no firmantes del acuerdo entre las asociaciones. Ello ha quedado reflejado en el apartado (3) y en el (a) de los hechos acreditados, a través de correos electrónicos como el de 26 de septiembre de 2011, en el que FROET difundía unas tablas con las rutas compensadas, suprimidas, adjudicadas "sin más" y permutadas junto con una relación de las rutas por compensar y cedidas que correspondían a cada una de las empresas (folio 2.963 a 2.975), o en los correos de 21 de

agosto de 2012 (Folio 2.536), 4 de enero de 2013 (Folios 2.541 y 2.542) y 7 de mayo de 2018 (Folios 2.558 a 2.563), en los que queda patente que la comisión de seguimiento era la encargada de que la presentación de las ofertas, o la aceptación de las prórrogas, se realizara de forma conjunta a través de las asociaciones promotoras del acuerdo, todo ello a efectos de evitar la libre competencia en el sector.

-Finalmente, 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".

Y la CNMC individualiza la responsabilidad de la entidad recurrente AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L. diciendo en la resolución sancionadora que "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. AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO fue incluida entre las empresas integradas en el cártel tanto por el primer solicitante de clemencia (folios 2421-2427) como por el tercero (folios 3617-3620). Igualmente fue incluida por el primer solicitante de clemencia como integrante de la Comisión de Seguimiento que supervisaba el cártel (folio 2.441 y 2.442). A través de la documentación incorporada al expediente se ha acreditado que AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO fue signataria del Convenio de 2009 asociada a FENEBUS (folios 2.428 a 2.439; y 2.984 a 2.990) y asistió a la reunión comisión mixta transporte escolar de 8 de enero de 2010 (folio 2553) y a la reunión de las juntas ANETRA-FENEBUS de 25 de enero de 2010 (folio 2555). AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO se encuentra igualmente incluida en 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 incluida igualmente 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 nº 9, figura la ruta 30004139-A que AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO habría de ceder, aunque, finalmente, fue adjudicada a él mismo, por lo que la ruta 30001746-A, que en un primer momento le iba a servir de compensación, ahora se destina a AUTOCARES MEROÑO, S.A. En efecto, en la licitación de 2009 (folios 2.447 a 2.469) la línea 30004139-A CE INF-PRI MANUELA ROMERO se adjudicó a AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO (folio 2.458), ruta que fue posteriormente prorrogada en 2012 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (folio 2.485) y en 2015 para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 (folio 2.515). Al mismo tiempo, la ruta compensada según consta en el excel, 30001746-A 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. Adicionalmente AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO 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). Firma dicho correo el antiguo CEO de TRAPEMUSA, considerado por esta empresa en su declaración de clemencia como organizador del cártel investigado".

TERCERO. En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L. se solicita la nulidad de la resolución sancionadora o, subsidiariamente, se reduzca el importe de la sanción



impuesta, eliminando, en todo caso, la sanción impuesta en la resolución consistente en la prohibición de contratar con la Administración. Y para ello efectúa las siguientes consideraciones.

Nulidad del procedimiento 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 legalmente estaba obligado a ello, como era tras el transcurso del plazo concedido para efectuar las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos. Y ello supone la vulneración del artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia. En este sentido expone que, desde el 30 de mayo de 2018 hasta el 25 de junio de 2018, fecha en la que se adopta el acuerdo de ampliación de plazo, el SRDC Región de Murcia tuvo el deber legal de declarar el cierre de la fase de instrucción, cosa que no hizo. Incumplida esa obligación, según refiere la actora, estando esa fase del procedimiento cerrada, no puede en ningún caso reabrirse o ampliar el plazo que ya estaba agotado desde el 30 de Mayo.

Nulidad del procedimiento por la falta de competencia del Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia para acordar la ampliación del plazo de duración del procedimiento sancionador vulnerándose el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común ya que la competencia para acordar la ampliación del plazo máximo del procedimiento corresponde al órgano competente para resolver, en este caso, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Asimismo, sostiene que el artículo 23 referido establece la excepcionalidad de esta ampliación de plazo, limitándola a cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles. Y refiere que, en este caso, no se agotaron dichos medios ya que el SRDC Región de Murcia estaba facultado por el artículo 14 de la Ley de Defensa de la Competencia a solicitar la asistencia del personal de la CNMC si los medios con los cuales contaba eran insuficientes, solicitud de asistencia que no se realizó en ningún momento, ni ha sido alegada por dicho Servicio. Y, por tanto, no se daban las condiciones de excepcionalidad para la ampliación del plazo en el procedimiento, dado que el SRDC Región de Murcia no solicitó la asistencia de la CNMC, optando de manera automática por la opción más gravosa para el derecho de defensa de los inculpados en el procedimiento, cual es la ampliación del plazo máximo de resolución.

Asimismo, la recurrente sostiene que la CNMC, reconociendo que el Órgano Instructor no es competente para acordar la ampliación del plazo del procedimiento, convalida tal irregular actuación bajo la excusa de ser superior jerárquico del Instructor -el SRDC Región de Murcia-. Convalidación que, según la recurrente, es nula de pleno derecho porque la CNMC no es superior jerárquico del Servicio de la Región de Murcia. Sobre esta cuestión, la recurrente refiere que la CNMC no puede considerarse superior jerárquico de una entidad autonómica respecto de la cual debe mantener una relación de independencia, tal y como desarrolla el artículo 2 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC. Y añade que el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia se integra en una Administración Pública autonómica como es la Consejería competente en materia de comercio interior, tal y como establece el artículo 1 del Decreto número 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 que dispone: *"Atribución de competencias en materia de defensa de la competencia: Corresponde a la Consejería competente en materia de comercio interior el ejercicio en el territorio de la Región de Murcia de las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos de infracción en relación con las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 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. Asimismo, ejercerá la competencia de ejecución para la concesión de las autorizaciones singulares prevista en el artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero"*. Por tanto, el SRDC de la Región de Murcia es un órgano integrado en una Administración Pública como es la Consejería competente en materia de mercado interior de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Y la CNMC es un órgano que debe permanecer independiente de otras Administraciones Públicas tal y como establece su Ley de creación. Sostener, como hace la CNMC, que es un órgano superior jerárquico del SRDC de la Región de Murcia, equivale a negar esa independencia que debe mantener respecto de otras Administraciones, puesto que la relación jerárquica es contraria al principio de independencia que debe regir en su actuación. Finaliza diciendo que en ningún caso debe considerarse a la CNMC como superior jerárquico de los órganos autonómicos de Defensa de la Competencia integrados en las respectivas Consejerías que conforman los gobiernos autonómicos, a riesgo de vulnerar lo dispuesto en su propia Ley de creación.

Nulidad de la resolución porque se ha dictado en un procedimiento caducado porque no tiene efectos suspensivos la suspensión del procedimiento acordada por la CNMC ya que, según dispone, la variación de elementos técnicos para el cálculo de las sanciones no es una recalificación jurídica del artículo 37.1.f) de la LDC. Insiste en que no se ha producido recalificación jurídica que justifique la suspensión del procedimiento,



porque la CNMC ha mantenido los mismos hechos probados, el mismo precepto normativo supuestamente infringido (art. 1.1 de la LDC), la misma calificación de las conductas como muy graves y tan solo ha variado la consideración de los elementos técnico-jurídicos utilizados en el cálculo de las sanciones (VNMA y porcentaje sancionador aplicable sobre el VNT). Es decir, tan sólo modifica el método técnico de cálculo de las sanciones de lo que concluye que ello no implica una recalificación jurídica, ni de hechos ni de normas jurídicas aplicables a la calificación.

Alega que se le ha causado indefensión porque no se le ha notificado el Acuerdo de Confidencialidad de 8 de febrero de 2018. Y añade que no existe acuerdo de confidencialidad respecto de los documentos declarados confidenciales en el expediente a partir del 31 de mayo de 2018.

Asimismo, expone que se le ha causado indefensión determinante de nulidad del procedimiento sancionador porque son confidenciales los documentos que, según la CNMC, constituyen la prueba de la realización de conductas anticompetitivas.

Nulidad del procedimiento sancionador por ampliar el expediente a conductas ajenas y distintas de las enjuiciadas en primer lugar cuando no existe una relación directa entre ambas conductas. En este sentido refiere que el expediente inicialmente incoado tenía un objeto concreto y definido como era el concurso de licitación de rutas de transporte escolar para el año académico 2016-2017 por el que se licitaron 41 rutas de transporte escolar y respecto del cual el SDC de la Región de Murcia consideraba que las renunciaciones y desistimientos efectuados en algunas de las licitaciones de las 41 rutas afectaron a los precios por los que finalmente se adjudicaron en el concurso del año 2016. Y, posteriormente, se amplió el procedimiento sancionador a otras conductas que afectaban al concurso de transporte escolar licitado en el año 2.009 cuando no existía entre ambos hechos ninguna conexión. Y concluye diciendo que se está ante hechos que no poseen relación alguna entre sí, que no comparten la misma calificación jurídica, llevada a cabo por actores distintos y con nueve años de diferencia.

Alega la ausencia de proporcionalidad en las sanciones respecto al volumen de negocio en el mercado afectado. Refiere que la CNMC ha utilizado como base para calcular la sanción el volumen de negocio de las empresas durante toda la infracción, esto es 8,9 años, y no lo ha dividido entre el número de años de la supuesta práctica colusoria para obtener la cifra anual tal y como determina el artículo 63 LDC. Así, el VNMA anual medio de la mercantil AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L. sería de 600.104,29 euros y no los 5.340.928 euros y el límite de proporcionalidad del 10% deberá realizarse sobre dicha cantidad de 600.104,3 euros. Y la sanción de 176.863 euros impuesta supera el límite de proporcionalidad que supone el 10% del VNMA anual de la empresa multiproducto a la que se sanciona.

Finaliza diciendo que se ha vulnerado el principio de igualdad porque la CNMC en otros expedientes sancionadores no ha impuesto la prohibición de contratar con la Administración.

Por el contrario, el Abogado del Estado en su escrito de contestación rechaza todas las cuestiones formales y de fondo planteadas por el recurrente y solicita la desestimación del recurso interpuesto.

CUARTO. Con el fin de poder analizar muchas de las alegaciones formales determinantes de nulidad invocadas por la recurrente en su escrito de demanda entendemos conveniente con el fin de centrar adecuadamente el objeto de debate destacar los siguientes hechos:

1. En fecha 9 de febrero de 2017, se recibió un escrito de denuncia en la CNMC, presentado por la Consejería de Educación y Universidades de la Región de Murcia contra las empresas AUTOBUSES y TAXIS PITOÑO, S.L. y AUTOCARES PELOTON, 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 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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. Y, por ello, se entendió que correspondía al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia (SRDC) la competencia para conocer del asunto. En consecuencia, la CNMC remitió al SRDC la denuncia recibida en la CNMC, el 28 de febrero de 2017.

3. Con fecha 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 (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 SG/CA/1412016.
5. Con fecha 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 estas. Se recibieron las respuestas a los requerimientos de información en el SRDC durante el mes de febrero de 2018, excepto AUTOCARES RAVIGO, S.L., EUROPA BUS TURISMOS Y TRANSPORTE, S.L., y PREMIER BUS, S.L. Estas empresas no habían accedido a la notificación de la solicitud de información del SRDC según consta en los acuses de recibo de notificaciones por comparecencia electrónica, por lo que se entiende rechazada por el transcurso de 10 días naturales.
6. Con fecha 4 de mayo de 2018, el SRDC dicta un primer pliego de concreción de hechos, 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. En el mismo 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. Con fecha 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. Todas las empresas requeridas contestaron a la solicitud de información y documentación, salvo EUROPA BUS TURISMOS Y TRANSPORTE, S.L., que no accedió a la notificación del requerimiento del SRDC, por lo que se entendió rechazada por el transcurso de 10 días naturales desde su puesta a disposición.
8. Con fecha 31 de mayo de 2018, TRANSPORTES PERIFERICOS 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 que pudiera imponerse por 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. Dicha entidad indicó que la concertación venía realizándose desde hace tiempo y dio lugar a la firma de un convenio de 18 de agosto de 2006 y de un convenio posterior que se firmó el 8 de julio de 2009. La CNMC trasladó dicha solicitud al SRDC.
9. Con fecha 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.
10. Con fecha 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 en las licitaciones relativas a la contratación del servicio de 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 la incoación a otras empresas. Y, además, se incoó expediente sancionador a las siguientes 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).
11. Con fecha 20 de julio de 2018, se realizaron requerimientos de información a las empresas incoadas, relativa al volumen de negocios de la empresa en el mercado del transporte escolar en el año 2017 y el volumen de negocios total de la empresa en el año 2017.
12. Con fecha 26 de julio de 2018, se presentó una segunda solicitud de clemencia por la empresa AUTOCARES LÓPEZ FERNÁNDEZ, S.L., en la que exponía su decisión de colaborar con el SRDC al amparo de lo establecido en el artículo 66 de la LDC. En este sentido, respecto a la coordinación de comportamientos entre las empresas participantes en las licitaciones de transporte escolar, la entidad solicitante de clemencia señala que "se realizaba a través de la Asociación FROET donde las empresas de mayor volumen económico dominaban las actuaciones, obligando a las empresas pequeñas a participar, bajo el riesgo de perder todas sus rutas escolares, que era en última instancia donde se decidía el reparto de rutas "a compensar", para el caso de



que determinadas licitaciones no hubieran sido adjudicadas a la empresa prevista, tras lo cual se ordenaban renunciaciones para reinstaurar el reparto inicialmente acordado.

13. Con fecha 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., aportando nueva información y documentación sobre la actuación coordinada de las entidades imputadas.

14. Con fecha 12 de septiembre de 2018, se dictó un segundo pliego de concreción de hechos en el que se recogieron los hechos ya probados en el primer pliego y se añadieron los aportados junto con las tres solicitudes de clemencia. El SRDC notificó a las empresas incoadas el segundo pliego indicando que, conforme al artículo 50.3 de la LDC podían acceder al expediente y formular alegaciones proponiendo, además, las pruebas que consideraran pertinentes en el plazo de 15 días, conforme al artículo 35 del RDC. Igualmente, se les informó de que, de acuerdo con los artículos 50.3 de la LDC y 51.2 del RDC, tenían la posibilidad de acceder a los documentos que conforman las solicitudes de clemencia presentadas y que, hasta ese momento, formaban pieza separada especial de confidencialidad. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.3 del RDC, no podrían obtener copia de las declaraciones de los solicitantes de clemencia realizadas por estos de forma específica para su presentación en el ámbito de dicha solicitud.

15. Con fecha 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, notificándola debidamente a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas, así como la propuesta de la práctica de pruebas y actuaciones complementarias que considerasen convenientes, incluida la solicitud de celebración de vista.

17. 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, con fecha 28 de noviembre de 2018.

18. Con fecha 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. Con fecha 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 antes de la aplicación del IVA o impuestos relacionados.

20. Con fecha 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 formularan alegaciones en el plazo de 15 días.

21. Entre el 25 de mayo y el 11 de junio de 2019 se recibieron en la CNMC las alegaciones al acuerdo de recalificación enviadas por las empresas y asociaciones interesadas en el expediente.

22. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó la resolución sancionadora ahora impugnada en fecha 20 de junio de 2019.

QUINTO. Iniciamos el análisis por los defectos formales determinantes de nulidad de la resolución sancionadora invocados por la recurrente en su escrito de demanda.

Así, en primer lugar, la entidad actora invoca lo dispuesto en el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, según el cual *"El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación"* y advierte que este plazo ya se había sobrepasado cuando se amplió la incoación del procedimiento sancionador contra AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO por parte del SRDC de la Región de Murcia, sin que conste la existencia previa de ningún acuerdo de suspensión del plazo de tramitación y que, en consecuencia, el acuerdo de ampliación de la incoación adoptado el 10 de julio de 2018 fue nulo de pleno derecho y, por ende, todas las actuaciones seguidas por su causa y la propia resolución final sancionadora, al haberse vulnerado el procedimiento legal de instrucción a que estaba sometido el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia. Se añade, además, que el acuerdo de ampliación se refiere a hechos que nada tienen que ver con los acaecidos en el procedimiento de contratación de 41 rutas de transporte escolar para los cursos 2016-2017 y 2017-2018, con las que no guardan relación directa.

Pues bien, las consideraciones contenidas en la demanda sobre el motivo de impugnación que analizamos no pueden incardinarse entre las causas de nulidad o anulabilidad del acto administrativo.



Sobre esta cuestión ha de decirse que la limitación a doce meses del plazo de instrucción del expediente que establece el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia no puede tener el efecto pretendido por la recurrente, esto es, el de arrastrar la ineficacia de la resolución que finalmente se dicte. No lo determina así el propio Reglamento, ni se sigue esa consecuencia de la regulación contenida en el artículo 36 la Ley 15/2007 en relación con el plazo máximo de los procedimientos que regula y, en particular, de lo establecido en su apartado 1.

Por lo demás, cumple manifestar que, como hemos recogido, la ampliación de la incoación vino motivada por la presentación de la solicitud de clemencia por TRAPEMUSA, que puso de manifiesto nuevos hechos; empresas implicadas y una posible mayor extensión en el tiempo de las conductas, respecto de las inicialmente consideradas. Así las cosas, debemos convenir con la resolución recurrida en que el acuerdo de ampliación de la incoación vino justificado por la necesidad de examinar la nueva documentación aportada y su relación con las conductas sobre las que versaba la instrucción ya iniciada, lo que es conforme con el artículo 29 del RDC, a cuyo tenor: *"La Dirección de Investigación, por propia iniciativa o a instancia de los interesados, podrá disponer la acumulación de expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa, así como su desglose cuando la naturaleza de los hechos denunciados haga necesaria la tramitación de procedimientos independientes. Asimismo, podrá disponer la ampliación del acuerdo de incoación cuando en el curso de la instrucción se aprecie la participación de otros presuntos responsables, la presunta comisión de otras infracciones, o se personen nuevos interesados no incluidos en dicho acuerdo"*.

Por ello, el motivo examinado ha de ser desestimado.

SEXTO. Asimismo, la recurrente sostiene que en el curso del expediente se modificó el pliego de concreción de hechos que ya se había dictado, lo que arrastraría la nulidad del procedimiento.

Recuerda en tal sentido que con fecha 4 de mayo de 2018 el SRCD dicta un PCH, abriendo un plazo de 15 días para que los interesados pudiesen presentar alegaciones, en el que no era parte del procedimiento y, por tanto, ni conocía dicho PCH, ni le fue notificado, ni pudo presentar alegaciones. Y que fue, tras la presentación de la solicitud de clemencia por TRAPEMUSA, a pesar de que ya existía el PCH 1, cuando el SRDC dicta un nuevo PCH (el 2º) con fecha de 12 de septiembre de 2018 donde amplía las posibles prácticas colusorias a nuevas empresas (entre las que se encuentra la recurrente), distintas del PCH 1, aportando nuevos hechos, fundamentos y supuestas pruebas, variando sustancialmente el PCH 1 y otorgando un nuevo trámite de alegaciones.

A su juicio, la existencia de dos pliegos de concreción de hechos en un mismo procedimiento determina la nulidad de este, y ello de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha de 24 de julio de 2018 (recurso casación núm. 2665/2016), que confirma la dictada por esta misma Sección de 11 de julio de 2017 (recurso núm. 343/2014).

Avalaría esta interpretación, según la recurrente, lo dispuesto en los artículos 50 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, y 33 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en cuanto establecen que *"... los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que será notificado a los interesados, quienes en un plazo de quince días podrán contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes"*, y una vez recibidas las alegaciones de los interesados o, en su caso, transcurridos el plazo de quince días se cerrara la fase de instrucción.

Por tanto, se estaría en el caso del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que se remite la demanda.

No compartimos, sin embargo, este criterio.

El citado artículo y hoy, en iguales términos, el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, declaran nulos los actos que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, supuesto al que se equipara, según reiterada jurisprudencia, el caso en que se haya obviado un trámite tan esencial que las consecuencias sean asimilables a la falta absoluta de procedimiento.

Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991 (Roj. STS 11921/1991) y, en relación con la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, hacía al respecto las consideraciones siguientes:

"Primero: (...) La parte apelante alega irregularidades en la tramitación del expediente administrativo, tales como que en el mismo día se incoa y se declara finalizada la instrucción, no incoándose elemento probatorio alguno y pasándose directamente a la audiencia del interesado, con la consiguiente indefensión determinante de la nulidad del expediente por carecer de los elementos esenciales tales como la contradicción y el informe exacto"

de los cargos que se imputan y se entienden infringidos, así como la práctica de las pruebas solicitadas por el particular. (...).

Segundo: El art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo predica la nulidad de los actos de la Administración cuando son dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, precisando el art. 48 que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, si bien los defectos formales sólo determinarán la anulabilidad cuando tales actos carezcan de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido reiteradamente manteniendo que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación y cautela la teoría jurídica de las nulidades y anulabilidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad debe ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente y, en fin, cuantas circunstancias concurren, insistiéndose en que la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparential, de modo que si la real falta y puede demostrarse que la decisión final hubiera sido la misma, lo procedente será prescindir del vicio formal y resolver sobre el fondo en aplicación del principio del economía procesal.

Tercero: Ciertamente, el expediente administrativo aquí contemplado no es un modelo de rigor y precisión y claridad, pero su contenido integra los elementos suficientes y determinantes para la formación de voluntad del órgano decisorio, lo que impide la pretendida declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho contemplado en el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Las irregularidades o defectos formales denunciados por el apelante tampoco son determinantes de la anulabilidad reglada en el art. 48 del mismo cuerpo legal, ya que contiene el expediente los elementos indispensables para alcanzar su fin, sin dar lugar tampoco a la indefensión del interesado".

Criterio que reiteran otras como las de 20 julio 1992 (RJ 1992\6511) y 18 de diciembre de 1996 (recurso núm. 9414/1991).

Más recientemente, la de 18 de julio de 2022 (recurso núm. 416/21), declara lo siguiente:

"En efecto, se parte de la idea de que las formas del procedimiento no tienen en nuestro Derecho, como regla general, una finalidad en sí mismas, sino que se justifican, en el concreto ámbito de los poderes públicos, en cuanto, de una parte, son una garantía de acierto en las decisiones de tales instituciones; de otra, una garantía de defensa de los ciudadanos a quienes mediante tales formas se pretende garantizar la protección de sus derechos. Que ello es así se refleja en las determinaciones de las causas de nulidad y anulabilidad que se contemplan en nuestro Derecho, ya desde la vieja Ley de Procedimiento de 1958; ahora recogidos en los artículos 47 y 48 de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que reserva para la nulidad de pleno derecho los supuestos en que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, lo que ha sido reiteradamente interpretado por la jurisprudencia como aquellos supuestos en que existe una omisión absoluta de todo trámite procedimental (artículo 47-1º-e). En otro caso, los defectos de forma afectan a la validez de los actos, por la vía de la anulabilidad, solo cuando se omitan los requisitos formales necesarios para alcanzar su fin o el vicio formal ocasione indefensión de los interesados. Fuera de esos supuestos, los defectos del procedimiento no tienen trascendencia para la plena eficacia de los actos y se consideran como omisiones no invalidantes, sin perjuicio de los efectos que pudieran tener en el ámbito doméstico de la Administración. Esa es la doctrina que reiteradamente hemos declarado en relación con el procedimiento de indulto, entre la últimas, en la sentencia 609/2022 (ECLI:ES:TS:2022:2001), con abundante cita".

En el caso que examinamos ahora, no se ha producido indefensión por cuanto la entidad actora ha podido hacer cuantas alegaciones tuvo por convenientes frente al pliego de concreción de hechos que reflejaba los que en rigor tomó en consideración la CNMC para declarar su responsabilidad.

Salvado su derecho a la defensa, el que se dictaran dos pliegos de concreción de hechos cuando la Ley de Defensa de la Competencia y su Reglamento prevén solo uno, o el que se cerrase la fase de instrucción después del segundo, y no tras el primero, pese a la literalidad de los preceptos de ambas normas que invoca la recurrente, no puede equipararse a que se haya "... prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido" en los términos en que lo requiere la jurisprudencia citada para dar lugar a la nulidad.

Por lo demás, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018 (recurso núm. 2665/2016), que confirmó la dictada por esta Sección de 11 de julio de 2017 (recurso núm. 343/2014) no obliga a conclusión distinta.

En el caso entonces enjuiciado se trataba de la modificación de un único pliego de concreción de hechos, modificación que se hizo al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992 y, por tanto, como



una mera rectificación de errores materiales o aritméticos, que además perseguía ampliar el pliego a la vista de las alegaciones exculpatorias presentadas por la empresa afectada, como de manera explícita lo recoge la sentencia de esta Sección:

"La finalidad del pliego de concreción de hechos es, insistimos, la de delimitar los que puedan ser constitutivos de infracción; y su relevancia resulta evidente, pues constituye una garantía para el expedientado que conoce sobre qué base fáctica se construye la imputación, pudiendo hacer las alegaciones y proponer las pruebas que considere necesarias para desvirtuarlos. Es consustancial con esa finalidad, y con la garantía a la que sirve, que no pueda ser modificado a la vista de las alegaciones presentadas por el expedientado, acomodándolo a las mismas con el fin de eludir su eventual eficacia exculpatoria. Y eso es, precisamente, lo que ha sucedido aquí. Desechada la posibilidad de la mera rectificación de un error material, en realidad la Dirección de Competencia, al dejar sin efecto el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, ya adoptado, y modificar el pliego de concreción hechos ampliando temporalmente aquellos a los que se refería la imputación, ha alterado el procedimiento establecido, que no prevé una retroacción en ese trámite. Además, la afectación al derecho de defensa de la expedientada que con ello se ha causado no puede discutirse. Esa lesión no deriva de la falta de audiencia, sino de la alteración del procedimiento sancionador, siendo así que la necesaria observancia de sus trámites constituye, como decíamos, la primera garantía para el sancionado".

SÉPTIMO. Argumenta por otra parte la mercantil recurrente, AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, que es nulo el acuerdo de ampliación de incoación del procedimiento adoptado por el SRDC de Murcia, instructor del procedimiento, lo que determina asimismo la nulidad del procedimiento.

Literalmente, se refiere a la *"Nulidad de la ampliación de incoación del procedimiento y su convalidación por la CNMC. Nulidad del procedimiento"*.

Este enunciado del motivo incurre en un claro error por cuanto el acuerdo de ampliación de la incoación fue adoptado por el SRDC con fecha 10 de julio de 2018, y no fue convalidado por la Sala de Competencia. Siendo así que la convalidación a la que se refiere la entidad recurrente fue acordada por la CNMC en relación con el acuerdo de ampliación del plazo para resolver adoptado por el SRDC el 25 de junio de 2018.

En relación con todo ello, aduce la demandante que se excedió el plazo máximo de doce meses que para la instrucción del expediente establece el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia toda vez que se inició el 7 de junio de 2017, y el acuerdo de ampliación de la incoación se adoptó por el SRDC el 10 de julio de 2018.

Pues bien, el citado artículo 28.4 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, dispone que *"El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación"*.

Sin embargo, no establece que el exceso en dicho plazo determine la nulidad del procedimiento, como sostiene la recurrente, por lo que la consecuencia del incumplimiento solo podría ser la de la anulabilidad de la resolución en los términos del artículo 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según el cual *"La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo"*.

La demandante no aporta dato alguno que permita suponer que, en este caso, la naturaleza del plazo determine esa anulabilidad. Y ello a diferencia del otro plazo que establece el mismo artículo 28.4 en su párrafo segundo, donde dispone que *"El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad de este de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio"*. Aquí sí anuda la norma una concreta consecuencia al incumplimiento del plazo máximo que fija, lo que abunda en esta interpretación.

Por tanto, el transcurso de un plazo superior a doce meses en la instrucción del expediente no tiene en este caso, a juicio de la Sala, incidencia en la validez de la resolución recurrida.

Por análogas razones, el hecho de que no se cerrase la fase de instrucción en el plazo de quince días que prevé el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia no produce la nulidad, como pretende la actora al afirmar que el órgano administrativo tenía obligación de cerrar la fase de instrucción y no lo hizo, bien por el transcurso del plazo de doce meses, bien por estar finalizada dicha instrucción. Y, por tanto, a su juicio debería considerarse nulo el acuerdo de ampliación de incoación adoptado el día 10 de julio de 2018, según lo dispuesto por el artículo 62 apartado e) de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y encontrarse cerrada la fase de instrucción tras las alegaciones realizadas al Pliego de Concreción de Hechos.

Baste para rechazar este argumento remitirnos a lo ya dicho sobre la interpretación que ha de hacerse del motivo de nulidad previsto en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, y antes en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, en relación con "... haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", condición que, desde luego, no puede identificarse con el retraso en el cierre de la fase de instrucción.

Cabe plantearse entonces sí, a la vista de lo que también aduce la recurrente, y puesto que es incontrovertido que el acuerdo de ampliación del plazo, de fecha 25 de junio de 2018, se adoptó por el SRDC cuando la competencia para ello correspondía a la Sala de Competencia, es válida la convalidación que llevó a cabo esta en su acuerdo de 19 de diciembre siguiente.

Recordemos que conforme al artículo 37.4 de la Ley 15/2007, *"Excepcionalmente , podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes. En el caso de acordarse la ampliación del plazo máximo, ésta no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento"*. Y añade el apartado 5 que *"Contra el acuerdo que resuelva sobre la suspensión o sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno en vía administrativa"*.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone que:

"1. Excepcionalmente, cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles a los que se refiere el apartado 5 del artículo 21, el órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, podrá acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser este superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

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

En opinión de la recurrente, la CNMC no es un órgano jerárquicamente superior al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia, que es el que adoptó el acuerdo después convalidado, por lo que la convalidación carecería de cualquier efecto y, con ello, resultaría también ineficaz el acuerdo de ampliación adoptado por el SRDC.

Ha de decirse sobre esta cuestión, en primer término, que dicho acuerdo de ampliación no puede considerarse nulo de pleno Derecho, pues no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Por tanto, sería en principio convalidable de conformidad con lo prevenido en el artículo 52 de la misma Ley, cuyo apartado 3 establece que *"Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado"*.

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

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

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

Admitir otra cosa, es decir, que los acuerdos dictados por el SRDC como instructor del procedimiento sancionador que ha de resolver el Consejo de la CNMC no puedan ser revisados por este, por 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.



Corroborar esta interpretación la normativa autonómica sobre la materia y, en particular, el Decreto 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 2.1 establece que *"Se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia, como unidad integrada con rango de Servicio, en la Dirección General que ostente atribuciones en materia de comercio interior, de la citada Consejería"*. Dicha Consejería es la que, en cada momento, ostente competencia en materia de comercio interior y en la que se encuadra, orgánicamente y a los efectos que señalábamos antes, el SRDC.

El artículo 2, en su apartado 2, añade que *"Corresponden al Servicio Regional de Defensa de la Competencia, en el ámbito de lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, las funciones siguientes: a) Ejercer las funciones de instrucción de los procedimientos de infracción y de autorización singular en los supuestos establecidos en la normativa reguladora correspondiente (...)"*.

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

OCTAVO. Por otra parte, la recurrente invoca la nulidad de la sanción porque, a su juicio, se ha dictado en un procedimiento caducado ya que no tiene valor suspensivo el acuerdo de suspensión del procedimiento adoptado por la CNMC con apoyo en el artículo 37.1.f) de la LDC toda vez que, la variación de los elementos técnicos para la determinación del importe de la sanción no tiene la consideración de recalificación jurídica.

Concretamente, el Consejo de la CNMC en fecha 9 de mayo de 2019 comunicó a los interesados en el procedimiento un "Acuerdo de Audiencia" para que efectuaran alegaciones respecto de la modificación en el cálculo de las sanciones propuesto por el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia y, además, acordó la suspensión del procedimiento hasta el 3 de junio de 2019 indicando que en la determinación del importe de la sanción de multa debían tenerse en cuenta los criterios de cálculo fijados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015.

El recurrente alega que la modificación en los criterios que deben tenerse en cuenta en el cálculo del importe de la sanción no es una recalificación jurídica que pueda justificar la suspensión del procedimiento porque la CNMC ha mantenido los mismos hechos probados, el mismo precepto normativo y la misma calificación de las conductas como muy graves y, únicamente, se ha variado la consideración de los elementos técnico-jurídicos que deben utilizarse en el cálculo de las sanciones.

Esta Sala rechaza esta alegación, así como las consecuencias que invoca la recurrente.

El artículo 37.1, apartado f), de la LDC establece que se podrá suspender el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento 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 de la LDC. Y este artículo dispone 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."*

Pues bien, lo cierto es que la aplicación de los criterios fijados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015 en relación con la determinación del importe de la multa no se había tenido en cuenta en la propuesta de resolución del SRDC de la Región de Murcia por lo que su aplicación por el Consejo de la CNMC para garantizar el derecho de defensa exigía dar traslado de los nuevos criterios de fijación del importe de la multa a las empresas afectadas. Por tanto, el acuerdo de recalificación de 9 de mayo de 2019 y la suspensión subsiguiente resulta plenamente respetuosa con el derecho de defensa del administrado.

NOVENO. Rechazadas las alegaciones formales invocadas por la recurrente, destacamos que la CNMC ha sancionado a la mercantil recurrente AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L. 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. En la resolución sancionadora se individualiza su imputación concreta diciendo: *"AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO, S.L., 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. AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO fue incluida entre las empresas integradas en el cártel tanto por el primer solicitante de clemencia (folios 2421-2427) como por el tercero (folios 3617-3620). Igualmente fue incluida por*

el primer solicitante de clemencia como integrante de la Comisión de Seguimiento que supervisaba el cártel (folio 2.441 y 2.442). A través de la documentación incorporada al expediente se ha acreditado que AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO fue signataria del Convenio de 2009 asociada a FENEBUS (folios 2.428 a 2.439; y 2.984 a 2.990) y asistió a la reunión comisión mixta transporte escolar de 8 de enero de 2010 (folio 2553) y a la reunión de las juntas ANETRA-FENEBUS de 25 de enero de 2010 (folio 2555). AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO se encuentra igualmente incluida en 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 incluida igualmente 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 nº 9 figura la ruta 30004139-A que AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO habría de ceder, aunque, finalmente, fue adjudicada a él mismo, por lo que la ruta 30001746-A, que en un primer momento le iba a servir de compensación, ahora se destina a AUTOCARES MEROÑO, S.A. En efecto, en la licitación de 2009 (folios 2.447 a 2.469) la línea 30004139- A CE INF-PRI MANUELA ROMERO se adjudicó a AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO (folio 2.458), ruta que fue posteriormente prorrogada en 2012 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (folio 2.485) y en 2015 para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 (folio 2.515). Al mismo tiempo, la ruta compensada según consta en el excel, 30001746-A 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. Adicionalmente AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO 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). Firma dicho correo el antiguo CEO de TRAPEMUSA, considerado por esta empresa en su declaración de clemencia como organizador del cártel investigado".

La concreta individualización de la imputación efectuada por la CNMC a la mercantil AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L. supone la imputación de una infracción única y continuada por la adopción de acuerdos de reparto de licitaciones en el mercado del transporte escolar de la Región de Murcia junto con otras empresas competidoras desde el año 2009 hasta junio del año 2018 y, en su caso, por su actuación derivada de la ejecución del convenio de 2009 que, como ahora veremos, no se ha puesto en duda por la recurrente.

Así, podemos dar por cierto que el 8 de julio de 2009 la empresa AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, junto con otras empresas pertenecientes a la Asociación de Empresarios de Servicio Discrecional de Viajeros de la provincia de Murcia (AESDVM-ANETRA) y a FENEBUS-MURCIA, firmó el 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". Las disposiciones recogidas en este convenio reflejaban el acuerdo adoptado entre las empresas que permitía a cada empresa optar a las líneas y rutas que les interesaban y, en su caso, ceder las que no les interesaban para su reparto entre las otras empresas. Y, entre esas disposiciones, destacamos algunas que, por su claridad, son muy significativas de la realidad de los acuerdos de reparto anticompetitivos adoptados por, al menos, por los firmantes del convenio.

En el apartado segundo del convenio de 2009 se dispuso 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.

En el apartado quinto del convenio de 2009 ("Comisión y funciones") se preveía la creación de una comisión paritaria de representantes de AESDVM-ANETRA y de FENEBUS-MURCIA, en la que el secretario era el secretario general de FROET o persona que este designara. Comisión de seguimiento que se constituyó en la que FROET tuvo un papel fundamental en la coordinación de comportamientos y el reparto de rutas, organizando numerosas reuniones, celebrando asambleas conjuntas de la Asociación de Empresarios de Servicio Discrecional de Viajeros de la provincia de Murcia y coordinando y supervisando la distribución de las compensaciones de rutas entre las empresas a través de varios correos electrónicos, como el (i) correo de 26 de septiembre de 2011, en el que difundía unas tablas que reflejaban las rutas compensadas, suprimidas, adjudicadas "sin más" y permutadas junto con una relación de las rutas por compensar y cedidas que correspondían a cada una de las empresas; (ii) correo de 21 de agosto de 2012, en el que ordenaba a las empresas que se abstuvieran de responder a las ofertas que había enviado la Consejería de Educación hasta que la comisión de seguimiento se pusiera en contacto con cada una de ellas; (iii) correo de 4 de enero de 2013 en el que comunicaba a las empresas que no indicasen a la Consejería las rutas que harían hasta que se solucionasen las dudas y (iv) correo de 7 de mayo de 2018 ordenando a las empresas que no aceptasen las prórrogas del Contrato licitado en 2016 que lo extenderían al curso 2018-2019. Además, en este correo, FROET indicaba que se enviará un borrador de contestación que cada empresa debería rellenar con sus datos y presentar ante la Consejería, acompañado de un escrito de FROET.



En el apartado séptimo del convenio de 2009 ("Compensación por rutas o contratos perdidos y participación de nuevas empresas") se recogían las formas de compensación por pérdidas de contratos o desaparición de rutas y la existencia de turnos y sorteos, llegando a establecer prohibiciones de presentación de ofertas con la finalidad de que se siguieran manteniendo los acuerdos incluidos en el convenio y fijando que la presentación de ofertas ante la Consejería de Educación se realizara de forma conjunta a través de la Asociación de Empresarios de Servicio Discrecional de Viajeros de la provincia de Murcia (AESDVM-ANETRA) y FENEBUS-MURCIA. El citado apartado séptimo permite apreciar los compromisos acordados por las empresas participantes en el convenio de cara a las licitaciones en el sector del transporte escolar al decir:

"1. Las empresas que vinieran prestando servicios amparados por un contrato donde se trasladaran dos grupos de alumnos de diferentes enseñanzas, o a diferentes centros, así como los contratos que se estén realizando y se desdoblaron para el siguiente curso, sea por exceso de alumnos o por acortamiento del tiempo de permanencia de los alumnos en el transporte, consensuarán tanto la ruta originaria como la resultante del desdoblamiento, consumiendo dicha empresa cualquier turno que le pudiera corresponder por el sorteo de nuevas rutas hasta su compensación. A este efecto se inscribirá en un registro habilitado para ello.

2. Los nuevos contratos de la Consejería de Educación que se produzcan anualmente como consecuencia de la creación de nuevos centros escolares o rutas en un mismo centro, que no estén contempladas en el punto anterior, se adjudicarán en primer lugar, entre aquellas empresas que, al inicio del curso anterior al actual, no se les hubiesen podido compensar las pérdidas de contratos, por desaparición de alguna ruta, respecto a las que venían realizando.

3. En segundo lugar, a las empresas que hayan perdido alguna ruta de las que venían realizando en el curso escolar acabado.

4. Si en el segundo año desde la pérdida del contrato no se generan nuevos contratos o bien los nuevos no son del interés de la empresa, ésta perderá el derecho de compensación.

5. Los contratos se adjudicarán por la Comisión procurando la mayor proximidad a su centro de trabajo. En el caso de no existir acuerdo en esa forma de adjudicación, se procederá asignándole a cada empresa un número de orden para elegir de acuerdo con el número de los contratos perdidos, en el orden de menor a mayor según numeración establecida por la Consejería, eligiendo por este orden por el que tenga derecho a ello.

6. Los contratos se adjudicarán por la Comisión procurando la mayor proximidad a su centro de trabajo. En el caso de no existir acuerdo en esa forma de adjudicación, se procederá asignándole a cada empresa un número de orden para elegir de acuerdo con el número de los contratos perdidos, en el orden de menor a mayor según numeración establecida por la Consejería, eligiendo por este orden por el que tenga derecho a ello.

7. Una vez compensados los contratos perdidos, el resto de los nuevos contratos se asignarán por sorteo, de acuerdo con el criterio de asignar a cada empresa para participar en el sorteo de un número por tal consideración de empresa y otro u otros por cada una de las rutas de las que sea adjudicataria.

8. Con el fin de que las empresas de la región afiliadas a las asociaciones, firmantes de este convenio, que en la actualidad no son adjudicatarias de contratos de la Consejería de Educación, Formación y Empleo y que disponen a fecha de 30 de junio de 2009 de vehículos aptos para realizar este tipo de transporte y atendiendo al interés mostrado por algunas de ellas, las empresas que durante el pasado curso escolar 2008/2009, venían realizando la totalidad de las rutas de la Consejería de Educación, y en aras a que se sigan manteniendo los acuerdos a los que se refiere el presente convenio, no presentarán oferta a un número determinado de rutas para posibilitar el acceso a éstas por aquellas otras empresas, que hasta la fecha no realizan ninguna ruta a la Consejería de Educación por sí mismas o por alguna empresa de su grupo. La presentación de estas ofertas se realizará conjuntamente a través de las asociaciones promotoras de este acuerdo, ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE SERVICIO DISCRECIONAL DE VIAJEROS DE LA PROVINCIA DE MURCIA Y FENEBUS-MURCIA.

9. Los contratos a los que no se presentaran las empresas que los han venido realizando durante el pasado curso se distribuirán según el siguiente baremo, siempre que tanto las empresas como vehículos aportados cumplan las condiciones técnicas y administrativas exigidas por la Consejería de Educación, Formación y Empleo para optar al concurso del transporte escolar publicado por ésta:

Una opción de contrato si se dispone de 2 a 11 vehículos.

Dos opciones de contrato si se dispone de 12 a 16 vehículos.

Tres opciones de contrato si se dispone de 17 a 21 vehículos.

Cuatro opciones de contrato si se dispone de 22 a 25 vehículos.

Cinco opciones de contrato si se dispone de 26 a 30 vehículos.



Seis opciones de contrato si se dispone de 31 vehículos en adelante.

Y una opción adicional por empresa siempre que ésta disponga de una media de edad inferior a cuatro años, con un mínimo de 4 vehículos.

10. A las empresas interesadas y que reúnan los requisitos, se les dará a conocer en el momento de la firma de aceptación del presente convenio las rutas disponibles y su posible asignación, con el fin de que muestren su conformidad o no y en este último caso los contratos no aceptados serán retomados por las empresas que los venían realizando.

11. Los contratos a los que han dejado de concursar las empresas que habían sido titulares de ellos en el anterior curso, se consideran como pérdida de una ruta, a efectos de la compensación establecida en el apartado séptimo, siendo estas pérdidas prioritarias con respecto a los demás motivos establecidos en dicho apartado, sin que haya para éstos fecha de caducidad.

12. Las empresas firmantes de este acuerdo se comprometen a no presentar por sí mismas o a través de empresas vinculadas con ellas por cualquier circunstancia o situación, ofertas para ser adjudicatarias de los transportes objeto del presente convenio.

13. Las empresas que en este concurso pudieran verse afectadas por la pérdida de alguno de sus contratos, a los que hubieran concursado y adjudicados a empresas ajenas a este acuerdo serían compensadas de igual forma que aquellas a las que se hace referencia en el anterior punto once.

14. De todos los movimientos y adjudicaciones quedará constancia firmada por la comisión".

En el apartado octavo del convenio de 2009 ("Permuta de rutas") se permite expresamente a las empresas firmantes permutar entre ellas las rutas que en principio tengan asignadas, obligándose a comunicarlo por escrito a la comisión de seguimiento con anterioridad a la iniciación del proceso de formalización de la documentación en el proceso de licitación correspondiente.

El apartado undécimo del convenio de 2009 ("Centros privados") indica que, si bien la contratación con centros privados se realizará por iniciativa individual de las empresas firmantes, éstas estarán obligadas a respetarse mutuamente los contratos que vinieran realizando.

Igualmente ha quedado acreditado que las empresas firmantes del convenio sabían que los efectos de los acuerdos de reparto no se agotaban con la firma del convenio pues conocían que, una vez obtenida una licitación con arreglo al sistema pactado en el convenio, la ruta así adjudicada se mantendría en los cursos posteriores mediante prorrogas sucesivas como así se indicaba en la cláusula 5.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares que regía la licitación convocada en el año 2009 para los cursos 2009-2010; 2010-2011 y 2011-2012 al indicarse que "cada contrato podrá ser prorrogado hasta cinco veces por periodos de tres cursos escolares en cada prórroga, de acuerdo con lo establecido en el artículo 254.b) de la LCSP ".Y, precisamente, en virtud de esa cláusula, la línea 30004139 A CE INF-PRI MANUELA ROMERO que se había adjudicado a la recurrente en el año 2009, se le prorroga tanto en el año 2012 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 como en el año 2015 para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018.

La recurrente en su escrito de demanda no ha negado ni la adjudicación ni tampoco las prórrogas obtenidas. Ello permite a esta Sala concluir que la recurrente ha participado en la conducta colusoria sancionada firmando el convenio de 2009 y ejecutando las disposiciones del mismo adoptando con otras empresas competidoras acuerdos para el reparto de las rutas del transporte escolar desde la firma del convenio en julio del año 2009 hasta junio de 2018 en que finaliza la ejecución del último contrato adjudicado en ejecución de ese convenio y que, en su caso, fue tras la prórroga obtenida en el año 2015. Por ello, en relación con la recurrente, no podemos apreciar la prescripción invocada ya que ha quedado acreditado que ha realizado conductas colusorias calificadas como infracción única y continuada desde el año 2009 hasta junio del año 2018.

En definitiva, esta Sala concluye que la mercantil recurrente no solo conocía la existencia de un plan común anticompetitivo plasmado en el convenio de 2009 que había firmado, sino que, además, participó activamente en su ejecución sabiendo que las prórrogas que obtuvo en los años 2012 y 2015 de la adjudicación obtenida en el año 2009 implicaban el mantenimiento de los acuerdos anticompetitivos de reparto adoptados con las empresas competidoras.

Todo lo expuesto, permite a esa Sala referir que, en relación con el recurrente, existe prueba de cargo suficiente que justifica la imputación de la infracción única y continuada desde julio de 2009 hasta junio de 2018. Ello determina que sea innecesario examinar la alegación referida en el escrito de demanda de falta de homogeneidad entre las conductas que determinaron los dos pliegos de concreción de hechos ya que, en el caso de la recurrente, se le ha sancionado por la realización de diversas actuaciones anticompetitivas que la



CNMC ha considerado una sola infracción única y continuada por cuanto se han integrado en la ejecución del plan común anticompetitivo antes relatado desde julio de 2009 hasta junio de 2018.

Por otra parte, los hechos y los elementos probatorios que han llevado a la CNMC a sancionar a la recurrente no se han discutido ni se han negado por el recurrente en el escrito de demanda, pues se ha limitado a invocar la vulneración del derecho de defensa. En este sentido, la recurrente señala que la imputación de las conductas anticompetitivas por parte de la CNMC se ha apoyado en documentos que constan como confidenciales en el expediente y que se corresponden con los documentos aportados por los solicitantes de clemencia, así como por los documentos que se acompañaron a la denuncia presentada por la Consejería de Educación de la Región de Murcia respecto de los cuales, según dice, no se han dictado acuerdos de confidencialidad ni tampoco los afectados han tenido la posibilidad de contrastarlos para poder ser rebatidos.

Pues bien, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional solo es posible acordar la nulidad de la actuación de la Administración que haya ocasionado indefensión material y no meramente indefensión formal. Y, en este caso, las alegaciones formuladas por la recurrente pueden incluirse en la llamada indefensión formal por cuanto, en ningún caso, ha discutido la imputación apoyada en la veracidad de los documentos afectados por la confidencial.

En definitiva, esta Sala concluye que las conductas llevadas a cabo por la recurrente suponían la ejecución de un plan global de actuación tendente al reparto del mercado entre las empresas que ha implicado un comportamiento común y reiterado en el tiempo consistente en la repetición de alianzas entre el grupo de empresas sancionadas con el objeto de colaborar y de participar de forma conjunta y anticompetitiva en las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación de la Región de Murcia. Comportamientos que constituyen conductas colusorias prohibidas en el artículo 1.1 de la LDC en cuanto que dicho precepto prohíbe acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia lo que permite su calificación como infracción por el objeto en la medida en que por su naturaleza podían impedir, restringir o falsear la competencia toda vez que, atendiendo al contenido de los acuerdos, a los objetivos que pretendían alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se adoptaron poseían un grado de nocividad suficiente como para poder considerarse una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, lo cual, tal como se recoge por el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de marzo de 2018, hace innecesario examinar los efectos anticompetitivos producidos en el mercado.

DÉCIMO. Por lo que se refiere a la arbitrariedad en la fijación del importe de la sanción, y su insuficiente motivación, es lo cierto que aparecen reflejados en la resolución recurrida, bajo la rúbrica Determinación de la sanción, los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la multa y que se corresponde con lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC.

En la determinación del importe de la multa el recurrente únicamente discute el concepto del volumen de negocios que debe tenerse en cuenta para aplicar el límite del 10% a que se refiere el artículo 63 de la LDC. Así, mientras la CNMC tiene en cuenta el volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, la recurrente considera que debería tenerse en cuenta la media anual del volumen de negocios en el mercado afectado lo que supondría una reducción en la cuantía del importe de la multa.

Como hemos indicado, en la resolución impugnada se tienen en cuenta los criterios previstos en el artículo 64 de la LDC para determinar el tipo sancionador general aplicable a todas las empresas imputadas. Así, tiene en cuenta los siguientes criterios:

-El mercado afectado (art. 64.1.a) por la conducta colusoria que es el del servicio de transporte público regular de uso especial escolar, prestado a centros públicos y sujetos a licitación pública convocada por la Consejería de Educación.

-El alcance (art. 64.1.c) de las conductas objeto de investigación que comprende el conjunto de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dado que coincide con el ámbito de la licitación pública del servicio de transporte escolar para la que es competente la citada Consejería de Educación.

-En cuanto a la duración de la infracción (art. 64.1.d), la conducta ha tenido una duración global de casi nueve años (107 meses) desde las reuniones preparatorias para la firma del Convenio de 2009 hasta la actualidad, sin perjuicio de la individualización posterior de las duraciones de la infracción para cada entidad imputada.

-Por lo que se refiere a los efectos de la infracción (art. 64.1.e), ha quedado acreditado que la ejecución del plan preconcebido por el que las empresas se han coordinado entre ellas para presentar sus ofertas al Contrato ha supuesto un encarecimiento de los precios de adjudicación de los respectivos lotes.

Asimismo, la CNMC para graduar el tipo sancionador ha tenido en cuenta que en los acuerdos analizados se adoptaban medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas, tales como el ejercicio de las actividades disciplinarias sobre empresas que no respetasen los mismos.

Posteriormente, atendiendo al conjunto de factores expuestos anteriormente -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos y otras circunstancias de la conducta- la CNMC ha concretado, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la infracción. Y fija el tipo sancionador con carácter general, en el 5%.

Una vez determinado el tipo sancionador general, la resolución procede a determinar el tipo sancionador individual indicando que: *"Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de las infractoras en esos mercados. Estos datos pueden deducirse de la información proporcionada por las empresas a requerimiento de la CNMC, con los ajustes explicados en la respuesta a las alegaciones. Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta demuestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64.1.a y d)."*

El volumen de negocios de una empresa a los efectos analizados tiene una doble consideración: la primera, es que para determinar la densidad antijurídica de cada empresa se tiene en cuenta su participación en el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción y que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella para poder fijar un tipo sancionador proporcionado a su participación en tiempo y gravedad; y, la segunda, una vez valorado el tipo sancionador con el límite del 10% se aplicará teniendo en cuenta exclusivamente el volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.

En definitiva, teniendo en cuenta el VNMA de cada una de las empresas infractoras y la duración individual de cada una de ellas, se fija el tipo sancionador individual. Y respecto de la recurrente, la CNMC, teniendo en cuenta el VNMA que tuvo durante la infracción, consideró que supuso un 12,6% de la suma del VNMA de todas las empresas imputadas lo que significaba que era la segunda empresa con mayor VNMA. Además, la duración de la infracción se prolongó, en su caso, entre el 8 de julio de 2009 y el 1 de junio de 2018, lo que asciende a 107 meses, por lo que se incluye en el grupo de empresas infractoras con una mayor duración.

Y atendiendo a esos criterios la Resolución fija en el 6,3% el tipo sancionador impuesto a la recurrente que se aplica a su volumen de negocios total del año anterior al de la imposición de la sanción, es decir, 2018. Y de esa operación resulta la sanción de multa por importe de 176.862,76 euros que, entendemos, se ha fijado atendiendo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015.

DÉCIMOPRIMERO. Finalmente invoca la desigualdad de trato por parte de la Administración respecto a la prohibición de contratar ya que refiere que, en el marco de otro expediente, en concreto en el expediente S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, la CNMC no impuso prohibición alguna de contratar con la Administración en la resolución del expediente.

Como ahora veremos la mencionada prohibición de contratar es conforme con el ordenamiento jurídico y, por ello, no puede invocarse la desigualdad de trato por parte de la Administración en relación con otros expedientes sancionadores cuyas circunstancias desconocen esta Sala ya que en la ilegalidad nunca podría invocarse desigualdad en el trato.

Esa medida se ha adoptado al amparo del artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que dispone que quedan sujetas a prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. Señalándose en la resolución sancionadora ahora impugnada que como se ha puesto de manifiesto la responsabilidad de varias empresas por infracción del artículo 1 de la LDC esta debe ser calificada como infracción de falseamiento de la competencia a los efectos del mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP.

Decisión que, además, es respetuosa con el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en sentencias de 1 de diciembre de 2021, recurso de casación núm. 7659/2020, y en las de 23 y 28 de marzo de 2022, dictadas en los recursos de casación nº 7454/2020 y 1758/2020, respectivamente, que se pronuncian sobre la posibilidad de suspender cautelarmente la prohibición de contratar impuesta por la CNMC en supuestos del todo análogos



al que examinamos ahora. En estos casos, el Tribunal Supremo no cuestiona la competencia de la CNMC para imponer tal prohibición, y declara que la cuestión de interés casacional planteada "... consiste en determinar si la declarada prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora dictada por la CNMC ha de entenderse inmediatamente ejecutiva a los efectos de su eventual suspensión cautelar o, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado". A lo que da la respuesta siguiente: "A tal efecto debe afirmarse que la prohibición de contratar acordada por la CNMC al amparo del art. 71.1. b) de la LCSP es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias. Los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro. Ello no impide que el órgano judicial, por vía cautelar, pueda suspender la remisión a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado cuando, entre otros supuestos, haya considerado necesario suspender cautelarmente la sanción a la que va anudada".

Asimismo, se declara expresamente en las referidas sentencias de 23 y 28 de marzo de 2022, que "De lo dispuesto en el art. 72.2 de la LCSP se desprende que, si bien la procedencia de imponer la prohibición de contratar se debe contener en la resolución sancionadora, el alcance y duración de dicha prohibición puede concretarse de dos formas distintas: a) en la propia resolución sancionadora; b) o si la resolución sancionadora no contiene un pronunciamiento sobre extremo, "mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo". Este procedimiento(art. 72.3 de la LCSP) "corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada". Por ello, el órgano administrativo que ha impuesto la sanción a la que anuda la prohibición de contratar remitirá de oficio testimonio a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado"; y añadíamos: "Ya hemos destacado anteriormente que si bien es la resolución sancionadora la que declara la prohibición de contratar, el alcance y duración de dicha medida puede diferirse a un momento posterior, remitiendo, en este caso, testimonio de las actuaciones a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que elabore una propuesta y sea el Ministro de Hacienda y Función Pública o los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas los que concreten el alcance de la prohibición".

DÉCIMOSEGUNDO.Procede, en atención a lo expuesto, la íntegra desestimación del recurso implica la condena en costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **1527/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Jiménez López que actúa en nombre y en representación de la mercantil **AUTOCARES SANCHEZ ORTUÑO, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 20 de junio de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente SAMUR/02/2018, TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA. Resolución que confirmamos en cuanto a la mercantil recurrente porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la entidad recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.