



Roj: **SAN 6318/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6318**

Id Cendoj: **28079230062024100800**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/11/2024**

Nº de Recurso: **1537/2019**

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: 0001537/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

11012/2019

Demandante:

AUTOCARES AGUILAS, S.L.

Procurador:

D. JOSÉ MANUEL JIMÉNEZ LÓPEZ

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. **1537/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Jiménez López que actúa en nombre y en representación de la mercantil **AUTOCARES AGUILAS, 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 NUM000 , 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 formalizara 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 10.947,16 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 presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplicaba se dicte sentencia que 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 2 de octubre 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 AGUILAS, 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 NUM000 , TRANSPORTE ESCOLAR DE MURCIA.

La referida resolución impone a la entidad AUTOCARES AGUILAS, S.L. una sanción de multa por importe de 129.000 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 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar en la región de Murcia convocadas por la Consejería competente en materia de Educación de la Región de Murcia desde el año 2009 hasta el final de la ejecución del último contrato licitado en el procedimiento NUM001 , en junio de 2018.

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

(...)



7. AUTOCARES ÁGUILAS, 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:

(...)

7.AUTOCARES AGUILAS, S.L., 129.000 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 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 fue firmado 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, de acuerdo con lo convenido, cada empresa optaba a las líneas que le interesaban, cediendo las que no le interesaban para su reparto entre las empresas del cártel. Además, se habría establecido que los contratos del curso escolar anterior (2008-2009) serían respetados por las empresas signatarias en el curso siguiente (2009- 2010) y sucesivos, subrayando su carácter indefinido.

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 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.

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".

Concretamente, la CNMC en relación con la entidad recurrente AUTOCARES AGUILAS, S.L. indica 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. Aunque no consta su firma en el Convenio de 2009, su participación en el cártel queda demostrada AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. fue incluida entre las empresas integradas en el cártel por el tercer solicitante de clemencia (folios 3617-3620) al vincularla directamente con la empresa DIRECCION000 ., que sí tuvo un papel relevante en el reparto de rutas desde esos años. De hecho, Florencio , firmante del convenio de 2009 en representación de DIRECCION000 ., fue administrador único de AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. hasta 2012, fecha a partir de la cual el cargo de administrador único lo viene ocupando Gumersindo , firmante del convenio de 2009 en representación de DIRECCION001 . Así pues, DIRECCION000 . se encuentra 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 figura como asignada a DIRECCION000 la ruta 300084671 IES RICARDO ORTEGA. De hecho, en la licitación de 2009 (folios 2.447 a 2.469) dicha línea correspondió a DIRECCION000 ., siendo prorrogada posteriormente en 2012 nuevamente a DIRECCION000 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (folio 2.480) y en 2015 a AUTOCARES ÁGUILAS para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 (folio 2.508), manteniéndose los efectos del reparto efectuado en 2009 hasta 2018. Adicionalmente AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. 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 AGUILAS, 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.

1. 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, lo cual 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.



2. 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.

3. 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 por la CNMC no es superior jerárquico del Servicio de la Región de Murcia. Sobre esta cuestión, la recurrente refiere que la CNMV 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. 1. 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 afirma que 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.

4. Nulidad de la resolución porque no se ha dictado en un procedimiento caducado pues 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. Y concluye que ello no implica una recalificación jurídica, ni de hechos ni de normas jurídicas aplicables a la calificación, sino ante la potestad normal y ordinaria de la CNMC en el control del cálculo de las sanciones.

5. 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.



6. 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.

7. 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 en la licitación en algunas de estas 41 rutas afectaron a los precios por los que se adjudicaron finalmente en el concurso del año 2016. Y a esos hechos se amplió, posteriormente, el procedimiento sancionador a conductas que afectaban al concurso de transporte escolar del año 2.009. Y dice que el Pliego de cláusulas por el que se licitó en el año 2.009, elaborado por la Consejería de Educación de la Región de Murcia es absolutamente distinto del que se aprobó para licitar en el año 2.016. Y además porque en el año 2.016 el precio por ruta es la variable única, esencial y fundamental del concurso. Lo que no ocurría en el año 2.009 en el que el precio estaba tasado, era inalterable y fue establecido, con carácter fijo, por las tarifas que imponía la Administración. Según expone, ampliar la imputación de nuevos hechos en un mismo expediente a numerosas empresas tuvo como finalidad evitar que los hechos relativos al concurso de 2009 fueran declarados prescritos. Y concluye 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.

8. Niega la existencia de prueba que implique su participación en las prácticas colusorias sancionadas. Rechaza su imputación basada exclusivamente en el hecho de tener un Administrador Único que es común con la empresa DIRECCION000 . firmante del Convenio de 2009. Es decir, la CNMC admite que AUTOCARES AGUILAS S.L. no firmó el convenio de 2.009, no participó en las supuestas reuniones posteriores de 2010 y 2011 ni tampoco aparece en ninguna de las tablas excel ni como compensado ni como cedente de ruta alguna. Y, sin embargo, la CNMC le imputa responsabilidad por las supuestas acciones y maniobras de otras dos mercantiles por el simple hecho de haber compartido con dicha empresa el Administrador Único, sin que la CNMC especifique como esta circunstancia traslada la responsabilidad a AUTOCARES AGUILAS S.L. cuando no ha realizado ninguna acción tendente a adoptar acuerdos anticompetitivos.

9. 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.

10. Alega vulneración del 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 NUM001 , denominado "Contratación del servicio de 41 rutas de transporte escolar de la Región de Murcia, cursos 2016-17 y 2017-18", contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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 NUM001 .

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 incoa 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.

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 AGUILAS 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 existía ya 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, anunciando 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 sentencia de 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 ser notificado a los interesados, quienes en un plazo de quince días podrán contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes"*, y prevén el cierre de la fase de instrucción una vez recibidas las alegaciones de los interesados o, en su caso, transcurridos quince días.

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 AGUILAS, S.L., 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 AUTOCARES AGUILAS, 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 a "... 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.

Corroborada 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 se ha dictado en un procedimiento caducado ya que, a su juicio, no tiene valor suspensivo la suspensión del procedimiento acordada por la CNMC. Y ello porque se ha apoyado en el artículo 37.1.d) de la LDC cuando la variación de los elementos técnicos para la determinación del importe de la sanción no tiene la consideración de recalificación jurídica.

Concretamente, con fecha 9 de mayo de 2019 el Consejo de la CNMC a través de su Sala de Competencia 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 durante ese plazo se suspendió el procedimiento hasta el 3 de junio de 2019 ya que se entendía 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.

Sin embargo, el recurrente alega que la modificación en los criterios a tener en cuenta en el cálculo del importe de la sanción no puede considerarse una recalificación jurídica que justifique la suspensión del procedimiento, porque la CNMC ha mantenido los mismos hechos probados, el mismo precepto normativo, 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).

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 de la calificación jurídica de la cuestión, 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 habían tenido en cuenta en la propuesta de resolución del SRDC de la Región de Murcia y 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 ahora que la CNMC ha sancionado a la mercantil recurrente AUTOCARES AGUILAS, 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. En la resolución sancionadora se individualiza su imputación concreta diciendo: *"AUTOCARES ÁGUILAS, 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. Aunque no consta su firma en el Convenio de 2009, su participación en el cártel queda demostrada AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. fue incluida entre las empresas integradas en el cártel por el tercer solicitante de clemencia (folios 3617-3620) al vincularla directamente con la empresa DIRECCION000 ., que sí tuvo un papel relevante en el reparto de rutas desde esos años. De hecho, Florencio , firmante del convenio de 2009 en representación de DIRECCION000 ., fue administrador único de AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. hasta 2012, fecha a partir de la cual el cargo de administrador único lo viene ocupando Gumersindo , firmante del convenio de 2009 en representación de DIRECCION001 . Así pues, DIRECCION000 . se encuentra 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 figura como asignada a DIRECCION000 la ruta 300084671 IES RICARDO ORTEGA. De hecho, en la licitación de 2009 (folios 2.447 a 2.469) dicha línea correspondió a DIRECCION000 ., siendo prorrogada posteriormente en 2012 nuevamente a DIRECCION000 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (folio 2.480) y en 2015 a AUTOCARES ÁGUILAS para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 (folio 2.508), manteniéndose los efectos del reparto efectuado en 2009 hasta 2018. Adicionalmente AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. 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".

Antes de analizar la prueba que existe respecto de la participación de la recurrente en los acuerdos de reparto sancionados, entendemos que es oportuno relatar el funcionamiento del plan común imputado como infracción única y continuada para poder analizar posteriormente cómo encaja el comportamiento de la recurrente en el plan común anticompetitivo sancionado.

Así, el 8 de julio de 2009 la empresa DIRECCION000 . y la empresa DIRECCION001 ., 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, firmaron 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 de este convenio reflejaban el acuerdo adoptado entre varias empresas que permitía a cada empresa optar a las líneas y rutas que les interesaban y ceder las que no le interesaban para su reparto entre las otras empresas. Y, entre esas disposiciones, destacamos algunas que por su claridad son muy significativos de la realidad de los acuerdos de reparto anticompetitivos adoptados, 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 y funcionó y en la que FROET coordinaba los 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 desdoblaran 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 realizarán 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.

DÉCIMO. Analizado el mecanismo de actuación de las empresas sancionadas, debemos ahora examinar la imputación efectuada por la CNMC a la recurrente así como las razones que han llevado a la CNMC a sancionar a la mercantil AUTOCARES AGUILAS, S.L. por la comisión de una infracción única y continuada consistente en 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 julio del año 2009 hasta junio del año 2018. Según refiere la CNMC, "La participación de AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. en el acuerdo llevado a cabo con motivo del convenio de 2009, aunque la misma no sea firmante del mismo, queda demostrada no solo por las declaraciones de uno de los solicitantes de clemencia, AUTOCARES PATERNA, S.L., que la vincula directamente con la empresa DIRECCION000 ., que sí tuvo un papel relevante en el reparto de rutas desde esos años, sino también porque figura en la relación de empresas entregada por el segundo de los solicitantes de clemencia, AUTOCARES LÓPEZ FERNÁNDEZ, S.L., en su hoja Excel con los datos de las empresas, donde agrupa a AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. con DIRECCION000 .". Además, la CNMC dice que "Aunque no consta su firma en el Convenio de 2009, su participación en el cártel queda demostrada AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. fue incluida entre las empresas integradas en el cártel por el tercer solicitante de clemencia (folios 3617-3620) al vincularla directamente con la empresa DIRECCION000 ., que sí tuvo un papel relevante en el reparto de rutas desde esos años. De hecho, Florencio , firmante del convenio de 2009 en representación de DIRECCION000 ., fue administrador único de AUTOCARES ÁGUILAS, S.L. hasta 2012, fecha a partir de la cual el cargo de administrador único lo viene ocupando Gumersindo , firmante del convenio de 2009 en representación de DIRECCION001 ."

Como se ha expuesto, el exclusivo razonamiento de la CNMC para sancionar a la recurrente es que su Administrador Único era común con el que tenía la empresa DIRECCION000 que firmó el convenio del 2009 y que, además, estaba incluida en la tabla de rutas por compensar de 12 de septiembre de 2009 y en la tabla excel de reparto y compensación de rutas de 26 de septiembre de 2011. Y, según la CNMC, esa circunstancia permite declarar a AUTOCARES AGUILAS responsable de la comisión de una infracción única y continuada desde el julio del año 2009 hasta el mes de junio de 2018.

La mercantil recurrente AUTOCARES AGUILAS discrepa de esa conclusión indicando en su escrito de demanda que "esta parte rechaza la tesis de la Administración por la cual si dos mercantiles compartían un Administrador, y una de ellas fue signataria de un supuesto convenio de reparto de rutas, la otra mercantil también es responsable en una suerte de responsabilidad por contagio ajurídica que no puede sostenerse, y que forma parte de las elaboraciones ficticias de la CNMC para evitar prescripciones y sancionar a las mercantiles sin pruebas en un procedimiento sumario...".

Visto el planteamiento de la mercantil recurrente debemos analizar si es admisible la exigencia de responsabilidad por la actuación de otra empresa con quien compartía el Administrador Único.



Esta Sala entiende que esa forma de imputación implica la vulneración de uno de los principios básicos del derecho sancionador como es el principio de la responsabilidad y de personalidad de la pena, así como el principio de culpabilidad. E incluso, en este caso, tampoco sería posible aplicar el concepto de "unidad económica de decisión" que se aplica en el ámbito sancionador de la defensa de la competencia y que permite ampliar el concepto de responsabilidad no solo a la empresa que materialmente ha realizado las conductas colusorias, sino también a la sociedad matriz porque se considera que en dicha unidad económica las decisiones empresariales se toman de acuerdo con las directrices dadas por la sociedad matriz cuando esta posee el 100% del capital social de la filial y por ello, salvo que se demuestre lo contrario, es posible apreciar también en la sociedad matriz responsabilidad por las conductas colusorias realizadas materialmente por la filial. Responsabilidad que se admite por el TJUE en numerosas sentencias y, entre ellas, destacamos la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009, Azko Nobel -asunto C-97/08-, que admite en el ámbito del derecho de la competencia la ampliación del concepto de empresa -que no se corresponde necesariamente con el de sociedad en sentido mercantil- al de unidad económica de decisión en el que se incluye a todo el conglomerado de entidades sometidas a un mismo control y uno de los efectos que deriva de ese enfoque económico es la posibilidad de atribuir a la sociedad matriz de un grupo la responsabilidad por las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por sus filiales. En este sentido la citada sentencia del Tribunal de Justicia citada de 10 de septiembre de 2009 afirma:

"(54) Debe observarse, con carácter preliminar, que el Derecho comunitario de la competencia tiene por objeto las actividades de las empresas (sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C204/00 P, C205/00 P, C211/00 P, C213/00 P, C217/00 P y C219/00 P, Rec. p. 1123, apartado 59) y que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación (véanse, en particular, las sentencias, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 112; de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, C222/04, Rec. p. 1289, apartado 107, así como de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C205/03 P, Rec. p. 16295, apartado 25).

(55) El Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C217/05, Rec. p. 111987, apartado 40).

(56) Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C49/92 P, Rec. p. 14125, apartado 145; de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C279/98 P, Rec. p. 19693, apartado 78, así como de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C280/06, Rec. p. 110893, apartado 39)".

Es decir, el concepto de empresa que se utiliza en el ámbito del derecho de la competencia permite disociar la autoría de una infracción y la responsabilidad sobre la misma infracción pues es posible que una determinada sociedad participe materialmente en la adopción y realización de un acuerdo colusorio prohibido o abuse de su posición de dominio en el mercado, infringiendo con ello el derecho de la competencia y teniendo por ello la condición de sujeto infractor y que, además, dicha sociedad no haya actuado de forma autónoma sino siguiendo instrucciones de la entidad dominante del grupo en cuyo caso esta será también responsable de la actuación infractora realizada por la filial.

Sin embargo, la CNMC no ha acreditado que entre la mercantil recurrente AUTOCARES AGUILAS, S.L. y la mercantil DIRECCION000 . existan esos vínculos económicos y organizativos que hubieran permitido la calificación de "unidad económica de decisión" a los efectos de poder analizar la imputación y la exigencia de responsabilidad a la recurrente por la actuación material realizada por otra empresa.

Por otra parte, la CNMC no ha especificado ninguna actuación concreta realizada por el Administrador Único común con DIRECCION000 . que hubiera permitido a la recurrente, AUTOCARES AGUILAS, S.L. conocer el mecanismo de actuación acordado por diversas empresas competidoras tras la firma del convenio de 2009 y que, a su vez, hubiera podido justificar su imputación por su participación en la comisión de la infracción única y continuada consistente en la adopción de acuerdos de reparto desde la firma del convenio en el año 2009 hasta la finalización de la ejecución de la prórroga de los contratos efectuada a favor de la empresa DIRECCION000 en el año 2012 para los cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015.

Pero como venimos diciendo, ese razonamiento sin más datos probatorios no es válido para la exigencia de responsabilidad y es que en el ámbito sancionador no basta con meras sospechas o conjeturas para imputar responsabilidad sino que es necesario que la CNMC justifique porque considera que tener un Administrador Único común con otra empresa que si figura en las tablas de reparto y en las rutas a compensar permite concluir que también se puede exigir responsabilidad a la recurrente, AUTOCARES AGUILAS, S.L., cuando no



consta la realización de ninguna actuación que implique ni conocimiento ni ejecución del sistema de actuación común anticompetitivo pactado en el año 2009.

Por ello, concluimos que carece de prueba la imputación efectuada por la CNMC al estar basada su responsabilidad en meras sospechas como es que compartía el Administrador Único con otra empresa DIRECCION000 . respecto de la cual la CNMC indica que sí participó en la adjudicación de las rutas cedidas a cambio de otras rutas en concepto de compensación.

Por otra parte, en la resolución sancionadora al concretar la individualización de la responsabilidad de la mercantil AUTOCARES AGUILAS consta que fue adjudicataria en el año 2015 de la prórroga de la ruta 30008467 I IES Ricardo Ortega para los cursos 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018. Ruta que en el año 2009 y en la prórroga del año 2012 se había adjudicado a la mercantil DIRECCION000 . Y, además, figura como receptora del correo de 4 de mayo de 2008 enviado por FROET respecto de la prórroga de las rutas para el año 2018 en el que se decía a las empresas receptoras que no aceptaran las prórrogas.

Es cierto que el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en fecha 24 de junio de 2015 indica que puede imputarse la comisión de una infracción única y continuada, aunque solo se haya participado en uno de los comportamientos contrarios a la competencia, pero exige que esa participación suponga tener conocimiento de la existencia del plan común anticompetitivo. En este sentido, dicha sentencia recoge que: *...una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente solo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de esta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43 y jurisprudencia citada)".*

Por ello, debemos ahora analizar si la participación de la recurrente en la prórroga efectuada en el año 2015 constituye por si sola prueba suficiente que permita concluir que tuvo conocimiento de los comportamientos anticompetitivos que se habían plasmado en el convenio de 2009 adoptado por empresas competidoras.

Esta Sala entiende que la CNMC nuevamente no efectúa ningún razonamiento específico respecto de la participación de la recurrente en la citada prórroga que pudiera ser suficiente para la imputación de una infracción única y continuada. Y ello porque la CNMC no ha efectuado un argumento distinto del que hasta ahora hemos visto y es que considera que la recurrente conocía la existencia del plan común anticompetitivo desde sus inicios, en el año 2009, hasta el final, junio de 2018, porque compartía con DIRECCION000 el Administrador Único. Pero, como venimos diciendo, para la exigencia de responsabilidad no es válido ese razonamiento de la CNMC porque no va acompañado de otros datos probatorios y ello porque en el ámbito sancionador para imputar responsabilidad no basta con meras sospechas o conjeturas, sino que es necesario y exigible que la CNMC aporte y motive porque considera que la participación de la recurrente en la prórroga de las licitaciones efectuada en el año 2015 le permitía tener conocimiento no solo de la existencia del plan común anticompetitivo iniciado en el año 2009 sino, además, que la participación en la prórroga del año 2015 suponía implicarse en el mecanismo de actuación común anticompetitivo. Y ello debe, aún, ser más exigente cuando en relación con AUTOCARES AGUILAS no hay constancia de que firmara el convenio de 2009, ni tampoco de que figurara en ninguna de las actas de seguimiento, ni en ninguna tabla de reparto ni tablas excel.

Por ello, concluimos que la imputación efectuada por la CNMC a la recurrente carece de prueba al estar basada su responsabilidad en meras sospechas como es que compartía el Administrador Único con otra empresa firmante del convenio de 2009, DIRECCION000 .

Todo ello nos lleva a concluir que la CNMC no ha aportado prueba de cargo suficiente respecto de AUTOCARES AGUILAS que permita concluir que conocía la existencia del plan anticompetitivo y, por tanto, debemos estimar el presente recurso contencioso-administrativo acordando la nulidad de la resolución sancionadora impugnada en lo que afecta a la recurrente, AUTOCARES AGUILAS.

DECIMOPRIMERO.La estimación del recurso implica que se impongan a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia 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**

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **1537/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Jiménez López que actúa en nombre y en representación de la mercantil **AUTOCARES AGUILAS, 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 NUM000 , TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA. Y, en consecuencia, anulamos la resolución impugnada en cuanto a la responsabilidad exigida a la recurrente AUTOCARES AGUILAS, S.L. porque entendemos que no es conforme con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la Administración demandada 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS