



Roj: **SAN 6326/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6326**

Id Cendoj: **28079230062024100808**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/11/2024**

Nº de Recurso: **1387/2019**

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: 0001387/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

10046/2019

Demandante:

AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L.

Procurador:

DÑA. CAROLINA BEATRIZ YUSTOS CAPILLA

Demandado:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a 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. **1387/2019**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carolina Beatriz Yustos Capilla que actúa en nombre y en representación de la mercantil **AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, 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 formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que dicte sentencia estimatoria por la que

"Con carácter principal se declare la no conformidad a Derecho de la resolución recurrida y su consecuente anulación por apreciar que concurre la nulidad del procedimiento sancionador por vulneración de los requisitos fundamentales del mismo que son objeto de denuncia en este escrito.

- Que subsidiariamente de lo anterior se declare la no conformidad a derecho de la Resolución, dejándola sin efecto respecto de mi mandante al no poder incardinarse su conducta en la infracción de la que ha sido considerada responsable.

- Y subsidiariamente de lo anterior para el caso en que se considere procedente la resolución recurrida, que se reduzca la sanción decretada en atención a sus particulares circunstancias y a la desproporción de la misma de acuerdo con la responsabilidad que se entienda acreditada respecto de esta mercantil.

Todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada en el caso de que resulte procedente".

SEGUNDO. El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplica 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 18 de septiembre de 2024.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso-administrativo la entidad actora AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, 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 MARTINEZ SANTAOLALLA; S.L. una sanción de multa por importe de 6.018 euros por la comisión de una infracción única y continuada por su participación, junto con otras empresas competidoras, en prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE.

Concretamente la resolución sancionadora impugnada dispone:

"Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel de prohibida por el artículo 1 de la Ley 1512007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar en la región de Murcia convocadas por la Consejería competente en materia de Educación de la Región de Murcia desde el año 2009 hasta el final de la ejecución del último contrato licitado en el procedimiento 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:

(...)

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

(...)

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

(...)

14. AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, 6.018 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".

La CNMC individualiza la responsabilidad de la entidad recurrente AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L. diciendo en la resolución sancionadora que "es responsable de una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia, al menos durante el periodo de licitación del Contrato para los ejercicios 2016-2017 y 2017-2018, abarcando desde el momento de presentación de las ofertas en julio de 2016 hasta el final de la ejecución del Contrato en junio de 2018. En particular, de los hechos acreditados se infiere que AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L. ha participado en el reparto de los lotes nº 14, nº 20 y nº 31 del contrato convocado por la Consejería para los cursos 2016-2017 y 2017-2018".

SEGUNDO. En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L. se solicita la nulidad de la resolución sancionadora o, subsidiariamente, se reduzca el importe de la sanción impuesta. Y para ello efectúa las siguientes consideraciones.

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

Alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque se le ha sancionado sin que exista prueba de su participación en el plan común anticompetitivo imputado.

Finaliza diciendo que la sanción impuesta es desproporcionada.

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.

TERCERO. Con el fin de poder analizar tanto la alegación formal invocada determinante de nulidad como la imputación concreta efectuada a la recurrente AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L. entendemos conveniente 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 incoó expediente sancionador a las siguientes asociaciones: ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES (ANETRA); FEDERACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBÚS - MURCIA (FENEBUS MURCIA) Y FEDERACIÓN REGIONAL DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE TRANSPORTE DE MURCIA (FROET).



11. Con fecha 20 de julio de 2018, se realizaron requerimientos de información a las empresas incoadas, relativa al volumen de negocios de la empresa en el mercado del transporte escolar en el año 2017 y el volumen de negocios total de la empresa en el año 2017.

12. Con fecha 26 de julio de 2018, se presentó una segunda solicitud de clemencia por la empresa DIRECCION000., 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 renunciadas 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.

CUARTO. Iniciamos el análisis por el defecto formal determinante de nulidad de la resolución sancionadora invocado por la recurrente en su escrito de demanda cuando refiere 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 SRDC dicta un PCH, abriendo un plazo de 15 días para que los interesados pudiesen presentar alegaciones, en el que no era parte del procedimiento y, por tanto, ni conocía dicho PCH, ni le fue notificado, ni pudo presentar alegaciones. Y que fue, tras la presentación

de la solicitud de clemencia por TRAPEMUSA, a pesar de que ya existía el PCH 1, cuando el SRDC dicta un nuevo PCH (el 2º) con fecha de 12 de septiembre de 2018 donde amplía las posibles prácticas colusorias a nuevas empresas (entre las que se encuentra la recurrente), distintas del PCH 1, aportando nuevos hechos, fundamentos y supuestas pruebas, variando sustancialmente el PCH 1 y otorgando un nuevo trámite de alegaciones.

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

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

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

No compartimos, sin embargo, este criterio.

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

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

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

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

QUINTO. La CNMC sanciona a la mercantil recurrente AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L. por la realización de conductas que acreditan la "...existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel de prohibida por el artículo 1 de la Ley 1512007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar en la región de Murcia convocadas por la Consejería competente en materia de Educación de la Región de Murcia desde el año 2009 hasta el final de la ejecución del último contrato licitado en el procedimiento NUM001, en junio de 2018".

Concretamente, se le imputa la realización de prácticas colusorias que se integran en una infracción única y continuada en relación con las rutas nº 14, nº 20 y nº 31 del expediente de contratación del servicio de transporte escolar de 41 rutas para los cursos 2016-2017 y 2017- 2018, por procedimiento abierto, con referencia de contrato NUM001. En este sentido, la CNMC señala que la recurrente "es responsable de una



infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia, al menos durante el periodo de licitación del Contrato para los ejercicios 2016-2017 y 2017-2018, abarcando desde el momento de presentación de las ofertas en julio de 2016 hasta el final de la ejecución del Contrato en junio de 2018. En particular, de los hechos acreditados se infiere que AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L. ha participado en el reparto de los lotes nº 14, nº 20 y nº 31 del contrato convocado por la Consejería para los cursos 2016-2017 y 2017-2018".

La CNMC justifica el carácter anticompetitivo de la actuación de la recurrente en relación con el lote nº 14 indicando que: "Respecto a la participación de FIRST CLASS BUS, S.L., AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L., DIRECCION001 y ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S.L. en el lote nº 14, ha quedado acreditado que AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L. presento su solicitud de retirada de la oferta con fecha 24 de noviembre de 2016, de modo que el órgano de contratación procedió a proponer dicho lote al licitador cuya oferta se encontraba posicionada a continuación, DIRECCION001. Este, a su vez, comunicó su renuncia a la adjudicación mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2016, manifestando que su renuncia quedaba condicionada a que se mantuviera la validez de la renuncia que había manifestado la empresa ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S.L. En consecuencia, el órgano de contratación procedió a recabar la documentación necesaria al licitador siguiente en el orden de puntuación, que en este caso era FIRST CLASS BUS, S.L., siendo esta la empresa a quien finalmente se adjudicó el lote nº 14 por un precio de 59.730,00 euros (65.703,00 euros, IVA incluido), lo que supone un sobrecoste a la Administración regional de 3.982,00 euros (un 6,5%) sobre el precio inicial". Añadiendo la CNMC que: "En relación con el comportamiento de las empresas FIRST CLASS BUS, S.L., AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L., Feliciano y ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S.L. respecto al lote nº 14, en este caso, la empresa propuesta inicialmente como adjudicataria es AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L., por un importe de 61.721,00 euros. No obstante, dicha empresa comunica al órgano de contratación que no va a presentar la documentación requerida para este lote, a la vez que otra empresa, la entidad ANTONIO MUÑOZ BAENA, S.L., la tercera en orden de puntuación comunica su desistimiento de la proposición económica presentada. Debiendo recaer la adjudicación, por tanto, en la segunda oferta económicamente más ventajosa, la de Feliciano, un empresario individual, quien, a su vez, presenta tres escritos ante la Consejería de Educación. En el primero de ellos, comunica que no va a presentar la documentación exigida para la adjudicación del lote; en el segundo solicita que se deje sin efecto el primer escrito, puesto que va a presentar la documentación que se le requiere y, en el tercero, comunica que renuncia nuevamente a presentar tal documentación bajo la condición de que se mantenga la validez de la renuncia al mismo lote de la empresa ANTONIO MUÑOZ BAENAS, S.L. Al mantenerse efectivamente ambas renunciaciones, el órgano de contratación adjudica el lote nº 14 a la empresa FIRST CLASS BUS, S.L., por un importe de 65.703,00 euros. Esta peculiar forma de actuar por parte de Feliciano, que en un mismo día adopta tres decisiones distintas (renuncia, cancelación de la renuncia y nueva renuncia condicionada a la renuncia de otra empresa) sólo podría justificarse por la existencia de contacto con otros agentes del mercado y la supeditación de sus decisiones y renunciaciones a las de ellos. Como señala el SRDC, la mera existencia de la última renuncia, literalmente condicionada a la validez de la renuncia de otro licitador, demostraría que el proceso está siendo "teledirigido", por expresarlo gráficamente, para conseguir que cada licitador obtenga el lote o lotes previamente pactados por el grupo participante en el acuerdo colusorio".

En relación con el comportamiento de la recurrente respecto de los lotes nº 20 y nº 31, la CNMC señala que: "En relación con el comportamiento de las empresas AUTOCARES JUAN GOMEZ SÁNCHEZ, S.L., FIRST CLASS BUS, S.L., AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L., Feliciano y U.T.E. AUTOCARES RIOS ALICANTE, S.L., PREMIER BUS, S.L. y AUTOCARES KLEIN, S.L. respecto a los lotes nº 20 y nº 31, la empresa seleccionada como oferta más ventajosa inicialmente es Feliciano, con unos importes de 58.137,20 euros y 61.721,00 euros, respectivamente. Este empresario presenta su renuncia a ambos lotes precisamente el mismo día (29 de noviembre de 2016) en que presentó sus tres escritos de renuncia, cancelación de renuncia y renuncia condicionada al lote nº 14 que esta Sala ya ha analizado. La siguiente empresa en orden de puntuación, en ambos lotes, es AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, S.L., que en su momento renuncia a las dos adjudicaciones. En el lote nº 20, la tercera empresa en el baremo es la U.T.E. AUTOCARES RIOS ALICANTE, S.L., PREMIER BUS, S.L. y AUTOCARES KLEIN, S.L., que ya había renunciado en caso de ser posible adjudicataria de este lote. Por ello, tanto en el lote nº 20 como en el nº 31, se convoca al siguiente licitador que resulta ser la empresa FIRST CLASS BUS, S.L., la cual, como hicieron las anteriores, renuncia a ambos. Finalmente, tras la citada concatenación de renunciaciones, estos dos lotes recaen en una misma empresa, AUTOCARES JUAN GÓMEZ SÁNCHEZ, S.L., por un importe de 75.658,00 euros y 80.436,40 euros, respectivamente. Esta Sala considera que los hechos probados constituyen indicios suficientemente fundados de un comportamiento colusorio entre las empresas participantes en la licitación de estos dos lotes, toda vez que se han producido cuatro renunciaciones de cinco licitadores en total en el lote nº 20 y tres renunciaciones de cuatro empresas participantes en el lote nº 31. Es decir, han renunciado todos los licitadores, salvo el que finalmente consigue el contrato en ambos casos, lo que lleva a pensar que AUTOCARES JUAN GOMEZ SÁNCHEZ, S.L. era el contratista que se había pactado previamente que sería el adjudicatario de los lotes nº 20 y nº 31. Asimismo, debe subrayarse que estos lotes del Contrato han llegado a adjudicarse al licitador con



menor puntuación de todos los participantes (21,66 puntos frente a 83,57 puntos de la oferta ganadora en el primer lote y 23,67 frente a 71,67 puntos, en el segundo lote), desvirtuando por completo el procedimiento de contratación y la importante tarea de evaluación y selección de ofertas efectuada por la mesa de contratación y demás órganos técnicos intervinientes en el mismo".

La CNMC justifica el carácter anticompetitivo del comportamiento de la recurrente en relación con los lotes descritos diciendo: "De todo lo anterior se deduce que los comportamientos de las empresas incoadas que participaron en la licitación del Contrato han dado como fruto un reparto del mercado de transporte escolar en la Región de Murcia. Por medio de la conducta, las empresas han distorsionado la competencia "por el mercado" a través de la concertación previa entre ellas, pues sólo la concertación explica que tantas empresas participantes en la licitación hayan renunciado simultáneamente y de forma encadenada a los lotes del Contrato de los que habían resultado adjudicatarias, en favor de otros licitadores que ofertaban precios mucho mayores". Y sigue diciendo la CNMC que: "En el caso que nos ocupa tampoco es posible justificar qué estrategia empresarial puede llevar a tantas empresas en una misma licitación a realizar renunciar dobles, triples o cuádruples, e incluso condicionadas a las renunciaciones de otras empresas, a menudo emitidas en un brevísimo periodo de tiempo (uno o dos días), con cambios extremos de criterio (renuncia y cancelación de la renuncia en el mismo día) y encontrando hasta renunciaciones conjuntas de todos los licitadores de un lote que obligan al órgano de contratación a adjudicar el contrato a la oferta más cara de todas las presentadas, con un notable perjuicio económico para las arcas públicas. Nada de ello puede explicarse sin el concierto de voluntades entre los licitadores, con independencia de su posible participación o no en el Convenio de 2009".

SEXTO. No obstante, no puede olvidarse que el comportamiento sancionado por la CNMC no ha sido la actuación concreta realizada por la recurrente en relación con la adjudicación de los lotes nº 14, 20 y 31 derivados de la licitación convocada para la realización de las rutas escolares para los cursos 2016-2017 y 2017-2018 que se ha descrito en el anterior fundamento de derecho. Sino que ese comportamiento se ha sancionado no de forma autónoma sino en cuanto integra una infracción única y continuada consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar en la región de Murcia convocadas por la Consejería 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.

La recurrente niega que su comportamiento integre la infracción única y continuada imputada.

El TJUE se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el concepto de infracción única y continuada. Así, el TJUE en la sentencia dictada en fecha 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, dijo que "para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo". Y añade que: "En efecto, las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo".

De igual modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada en fecha 24 junio 2015, asunto C-263/2013, señala que:

"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución

de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/ Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada)".

Y la Sentencia de 17 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 116) Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

"a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta."

Por otra parte, el Tribunal General dispuso en su sentencia de 6 de febrero de 2014 (asunto T-27/10 AC-Treuhand AG, apartados 240 y 241) que no podía identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (entre otras, la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada). En igual sentido se pronuncia el TJUE en la sentencia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11 , apartado 41.

De la jurisprudencia citada se deduce que para acreditar la participación en una infracción única y continuada debe acreditarse: la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

Y, por tanto, para calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada es necesario que presenten un vínculo de complementariedad que contribuyen, mediante una interacción, a la realización de un objetivo conjunto con efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores en el marco de un plan global del que tienen conocimiento (demostrado o presunto) todos los participantes de tal manera que, la empresa o bien sabía o bien debería saber que cuando participa en las practicas colusorias se integraba en el acuerdo único y se adhería al mismo. Y, en este sentido, la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción se deduce de aspectos tales como la unidad de objetivos comunes entre las conductas realizadas, la identidad de los productos y servicios afectados, la identidad de las empresas que han participado en la infracción, los métodos empleados o la coincidencia temporal de ambas conductas. Elementos que deben considerarse a la hora de valorar la existencia de una infracción única o de dos infracciones distintas o autónomas.

SÉPTIMO. Los comportamientos que la CNMC ha integrado en una infracción única y continuada están perfectamente delimitados: por una parte, los comportamientos derivados de la ejecución del Convenio regulador de los servicios de transporte publico de viajeros regular de uso especial con origen y destino en centros educativos de la Región de Murcia aprobado en fecha 8 de julio de 2009 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; y, por otra parte, los comportamientos realizados en relación con la licitación de rutas escolares convocada para los cursos 2016-2017 y 2017-2018, por procedimiento abierto.

Para apreciar el vínculo de complementariedad que permite integrar ambos comportamientos en una infracción única y continuada desde julio de 2009, fecha en que se firma el convenio, hasta junio de 2018, fecha en la que finaliza la ejecución de las licitaciones convocadas para los cursos 2016-2017 y 2017-2018 es necesario describir cual ha sido la actuación llevada a cabo por las empresas competidoras en ambos casos.



Así, la CNMC describe, por una parte, el comportamiento de las empresas derivado del "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", firmado el 8 de julio de 2009. Convenio que, según refiere la CNMC, evidencia que las empresas firmantes habrían pactado, a través de sus respectivas asociaciones, una serie de condiciones para garantizar la carga de trabajo que tenían las empresas participantes en el acuerdo. Y, en virtud de lo convenido, cada empresa optaba a las líneas que le interesaban, 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. Por otra parte, 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. Comisión de seguimiento que 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. En esa comisión de seguimiento FROET se encargaba de la coordinación de comportamientos y el reparto de rutas, organizando numerosas reuniones, celebrando asambleas conjuntas de la Asociación de Empresarios de Servicio Discrecional de Viajeros de la provincia de Murcia y coordinando y supervisando la distribución de las compensaciones de rutas entre las empresas a través de varios correos electrónicos, como el (i) correo de 26 de septiembre de 2011, en el que difundía unas tablas que reflejaban las rutas compensadas, suprimidas, adjudicadas "sin más" y permutadas junto con una relación de las rutas por compensar y cedidas que correspondían a cada una de las empresas; (ii) correo de 21 de agosto de 2012, en el que ordenaba a las empresas que se abstuvieran de responder a las ofertas que había enviado la Consejería de Educación hasta que la comisión de seguimiento se pusiera en contacto con cada una de ellas; (iii) correo de 4 de enero de 2013 en el que comunicaba a las empresas que no indicasen a la Consejería las rutas que harían hasta que se solucionasen las dudas y (iv) correo de 7 de mayo de 2018 ordenando a las empresas que no aceptasen las prórrogas del Contrato licitado en 2016 que lo extenderían al curso 2018-2019.

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:

"(...) 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.

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.

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.

Junto a dicho acuerdo de larga duración, la CNMC advierte la existencia de otro comportamiento anticompetitivo llevado a cabo en la licitación de 41 rutas por el procedimiento abierto del servicio de transporte escolar para los cursos 2016-2017 y 2017-2018 que se manifestaba a través de renunciadas cruzadas o condicionadas o de desistimientos a los lotes que habían sido inicialmente adjudicatarios carentes, según la CNMC, de una explicación alternativa creíble de lo cual ha deducido la existencia de concertación en relación con la citada licitación.

Según ha razonado la CNMC, ambos comportamientos se han integrado en 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 AESDUM-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".

Afirma la CNMC que dicho cártel 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 renunciadas 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 renunciadas 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".

Conductas anticompetitivas que se han calificado por la CNMC como infracción única y continuada por cuanto responden a un plan común de actuación y a un patrón de actuación similar de todas las empresas sancionadas que se ejecutaban como integrantes de un objetivo, de un plan y de un comportamiento común y en el que las empresas sancionadas participaban desde, al menos, el año 2009 hasta junio del año 2018.

OCTAVO.La mercantil recurrente, frente al criterio de la CNMC, niega la imputación de una infracción única y continuada porque refiere que no existe prueba que permita concluir que su exclusiva participación en las concretas licitaciones convocadas para los cursos 2016-2017 y 2017-2018 supongan la ejecución del plan común acordado por otras empresas en fecha 8 de julio de 2009 aprobando y firmando el "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 del Servicio Discrecional de Viajeros de la Provincia de Murcia (AESDUM-ANETRA y a FENEBUS-MURCIA)". Y ello porque:

(i) desconocía la existencia del plan que se había iniciado en el año 2009 pues no solo no firma ese convenio, sino que tampoco figura en ninguna de las reuniones convocadas, ni tampoco figura en ninguna tabla de rutas cedidas o compensadas ni tampoco recibió ningún correo ni de las empresas ni de las asociaciones de las que no formaba parte;

(ii) no existe homogeneidad entre las conductas que la CNMC integra en la infracción única y continuada ya que, según refiere, no puede equipararse su participación en el procedimiento de licitación de 41 rutas convocadas para los cursos 2016-2017 y 2017-2018 con el sistema de actuación seguido por las empresas tras la firma del convenio en julio de 2009.

Como hemos indicado, la infracción única y continuada implica la existencia de un plan preconcebido que supone la actuación concertada de varias empresas, que son competidoras entre sí, en cuanto que adoptan



acuerdos que no solo están prohibidos en el artículo 1 de la LDC, sino que, además, entre todas las conductas realizadas existe un vínculo de complementariedad que contribuyen, mediante una interacción, a la realización de un objetivo conjunto con efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores en el marco de un plan global del que tienen conocimiento (demostrado o presunto) todos los participantes de tal manera que, la empresa o bien sabía o bien debería saber que cuando participa en las practicas colusorias se integraba en el acuerdo único y se adhería al mismo. Por ello, para poder calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada deben integrarse en un plan común que no puede consistir meramente en el objetivo de distorsionar la competencia, sino que debe ser más preciso ya que el objetivo de distorsionar la competencia es inherente a toda infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Asimismo, esa actuación conjunta que implica la existencia de un plan preconcebido para la adopción de acuerdos anticompetitivos exige conocimiento por parte de todos los implicados por cuanto se han beneficiado de ese plan común al conocer las estrategias de las empresas competidoras perjudicando, por el contrario, la competencia en ese mercado concreto. No obstante, esa actuación conjunta no implica la participación de todas las empresas en la adopción de todos los acuerdos colusorios, pero si exige su conocimiento y consentimiento en cuanto ello permite a todas las empresas alcanzar un objetivo común en ese mercado y en esa zona geográfica.

La CNMC ha concluido que las practicas sancionadas responden todas a un mismo objetivo y que el comportamiento de las empresas reiterado en el tiempo ha contribuido a la realización de un mismo plan común desde julio del año 2009 hasta el mes de junio del año 2018. Y justifica en la resolución indicando que, a su juicio, esos comportamientos integran una infracción única y continuada diciendo que: *"No obstante, el hecho de que las empresas vinieran coordinándose con carácter previo a la celebración de las licitaciones desde un momento anterior al Convenio de 2009 no lleva sino a concluir que la infracción es única y continuada, de modo que, respecto a los hechos posteriores, consistentes en la participación en la licitación de rutas de transporte escolar para los cursos de 2016 a 2018, las empresas llevan a efecto lo dispuesto previamente tal como se acordó en el convenio de 2009"*.

Y sigue diciendo la CNMC que: *"...aunque entre el concurso de 2009 (que refleja la aplicación del Convenio hasta 2012 y en las sucesivas prórrogas) y el concurso de 2016 no se repita una actuación similar por parte de las empresas participantes en las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación (la nueva firma de un convenio), no cabe duda de que las empresas que firmaron el Convenio de 2009 y participaron en la licitación de 2016, lo hicieron en ejecución del plan que se venía realizando, al menos, siete años atrás"*.

Esta Sala admite la tesis de la recurrente y, en consecuencia, concluimos que la CNMC no ha especificado el vínculo de complementariedad que existía entre el comportamiento de la recurrente y la ejecución del plan común y global acordado en el convenio aprobado en fecha 8 de julio de 2009 que no firmo, pues no es suficiente con que la CNMC indique de forma genérica y sin ninguna otra explicación porque considera que el comportamiento de las empresas en las licitaciones de 2016 suponía llevar a efecto y se estaba ejecutando el plan común acordado con la aprobación del convenio en 2009. Ya que la infracción única y continuada exige la concurrencia de una serie de elementos que deben considerarse a la hora de valorar si se está ante la existencia de una infracción única o de dos infracciones distintas o autónomas. Y, como venimos diciendo, la infracción única y continuada implica la existencia de un plan preconcebido que supone la actuación concertada de varias empresas, que son competidoras entre sí, en cuanto que adoptan acuerdos que no solo están prohibidos en el artículo 1 de la LDC, sino que, además, existe entre todas las conductas realizadas un vínculo de complementariedad que encajan dentro de un plan y objetivo común.

La gravedad e intensidad que implica la imputación de una infracción única y continuada desde julio del año 2009 hasta junio del año 2018 exigía a la CNMC acreditar que durante ese periodo las empresas competidoras sancionadas han realizado actuaciones complementarias que efectivamente contribuían a la ejecución del plan común que implica una infracción única y continuada y para ello debe acreditar que los comportamientos realizados por las empresas en el año 2009 en cuanto a las cesiones y compensaciones de rutas escolares mantenidas en las sucesivas prórrogas de los años 2012 y 2015 coinciden con la actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación convocadas por la Consejería de Educación de la Región de Murcia de 41 rutas escolares para los cursos 2016-2017 y 2017-2018.

Y, además, corresponde a la CNMC acreditar que durante todo el periodo imputado - julio de 2009 a junio de 2018- como una infracción única y continuada todas las conductas sancionadas implicaban la efectiva participación en el indicado plan común que tuvo su origen en el convenio de 2009.

En definitiva, para que sea posible calificar la realización de actuaciones concertadas entre varias empresas como infracción única y continuada no basta con que sean conductas colusorias, sino que se exige que esa actuación responda a la ejecución de un plan común adoptado por las empresas competidoras y que, además,



se conozca ese plan común, así como que conozcan que la realización de prácticas colusorias supone la participación en la ejecución del mismo objetivo plasmado en el plan común.

Ese razonamiento que es obligatorio para la CNMC debe ser aún más exigente cuando, como es el caso, la propia CNMC está reconociendo que las actuaciones realizadas son distintas al decir que: *"Como ha señalado el SRDC, si nos centramos en el bloque de empresas concurrentes en las conductas colusorias en este contrato, aunque cuatro de ellas sí figuran en el Convenio de 2009 (AUTOBUSES FRANCISCO SÁNCHEZ GIL, S.L., DIRECCION000 ., AUTOCARES JOSÉ MARTÍNEZ GARCIA, S.L. y AUTOCARES JUAN GÓMEZ SÁNCHEZ, S.L.), no existe prueba directa de la participación del resto en el cártel puesto que no firmaron el Convenio de 2009. No obstante, de los hechos se deduce la existencia de una práctica concertada que se ve notablemente reforzada por la existencia de un pacto colusorio entre las asociaciones incoadas"*.

Y aunque es cierto que esta Sala ha indicado en numerosas sentencias que en el ámbito analizado es difícil encontrar pruebas directas que acrediten no solo la existencia de acuerdos anticompetitivos entre empresas competidoras, sino que, además, responden a la ejecución de un mismo plan concertado por las empresas para alterar la competencia en el mercado afectado. Y que, por ello, para poder acreditar ambas situaciones se debe acudir a la prueba de indicios aceptada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, eso sí siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador y se encuentren en directa relación con las consecuencias que pretenden extraerse de los mismos. Hasta el punto de que para que la prueba de presunciones pueda desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que los indicios no se basen en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Por tanto, la prueba de indicios no puede suponer que la CNMC alcance la conclusión de la existencia de prácticas concertadas en ejecución de un plan común apoyándose en suposiciones y en interpretaciones basadas en indicios que carecen de relación directa con el hecho que se quiere acreditar.

Pues bien, en este caso, la CNMC ha calificado la conducta de la recurrente como ejecución de un plan común pero no ha acreditado ni siquiera de forma indiciaria que las conductas imputadas se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Al contrario, esta Sala entiende que la CNMC ha justificado de forma voluntarista y de forma artificiosa que la participación de la recurrente en la licitación convocada para los cursos 2016-2017 y 2017-2018 implicaba también su participación y conocimiento del plan común que se había iniciado en el año 2009. Y concluimos que es una justificación voluntarista porque no se ha constatado el vínculo de conexión entre ambas conductas ni tampoco se ha acreditado que la recurrente conociera el citado convenio de 2009 pues no consta su firma; tampoco consta su participación en alguna reunión convocada por la comisión de seguimiento de la ejecución del convenio; no consta que recibiera ningún correo de las empresas competidoras firmantes del convenio de 2009 ni tampoco aparece incluida ni mencionada en ninguna tabla de reparto de rutas cedidas o de rutas a compensar. Por lo que, a falta de otra explicación de la CNMC, entendemos que ese vínculo de complementariedad y de conexión se ha apoyado por la CNMC en meras sospechas o conjeturas que no tienen valor probatorio para sancionar.

NOVENO.Procede, en atención a lo expuesto, la estimación del recurso contencioso-administrativo lo que 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 **1387/2019**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carolina Beatriz Yustos Capilla que actúa en nombre y en representación de la mercantil **AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA, 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. Resolución que acordamos su nulidad en todo lo que afecta a la mercantil recurrente 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.