



Roj: **SAN 6319/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6319**

Id Cendoj: **28079230062024100801**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/11/2024**

Nº de Recurso: **1560/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0001560/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

11160/2019

Demandante:

AUTOCARES PELOTÓN SL.

Procurador:

D. JOSE MANUEL JIMÉNEZ LÓPEZ

Demandado:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.:

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

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 nº 1560/19, interpuesto por el procurador D. José Manuel Jiménez López, en nombre de **AUOCARES PELOTÓN SL.**, contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 20 de junio de 2019, en el expediente SAMUR/02/18, que declara responsable a AUOCARES PELOTÓN SL., como partícipe en una infracción única y continuada constitutiva de cártel prohibida por el art. 1 LDC en el reparto de licitaciones del servicio de transporte escolar de la Región de Murcia desde 2009 hasta junio de 2018, imponiéndole un sanción de 66.000 euros. Ha sido parte demanda la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia en 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.

SEGUNDO:El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO:No habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 25 de septiembre del año en curso, fecha en la que se inició, finalizando el 13 de noviembre pasado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO:En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 20 de junio de 2019, en el expediente SAMUR/02/18.

Dicha resolución acuerda:

"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 SG/CA/14/2016, 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:

(...)

17. AUOCARES PELOTÓN SL 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 2017-2019, 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:

(...)

17.. AUOCARES PELOTÓN, S.L., 66.000 EUTO (...)



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.

Décimo. Instar al Servicio Regional de Defensa de la Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución."

SEGUNDO:La resolución recurrida, tras recoger del procedimiento administrativo, identifica a las partes interesadas y, entre ellas, a la ahora recurrente.

A continuación, recoge el marco normativo para el sector del transporte de viajeros por carretera y las normas aplicables a las licitaciones públicas del servicio de transporte escolar en los centros públicos en la Región de Murcia.

Precisa que el mercado afectado por razón de producto, servicio o actividad es el constituido por los servicios profesionales de transporte de viajeros por carretera prestado a los centros escolares mediante autobuses y autocares, incluido en la clasificación NACE, sección H, clase 4931 "Transporte terrestre urbano y suburbano de pasajeros" y, en particular, atendiendo a la clasificación establecida por la normativa vigente y reproducida en anteriores resoluciones de la CNMC, el mercado de producto afectado por las conductas analizadas en este expediente es 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.

Desde el punto de vista de la demanda, recoge que, de este mercado, en el año 2017, un total de 18.500 alumnos utilizaban diariamente el transporte escolar en la Región de Murcia, que comprende 402 rutas, las cuales recorren más de 6.000 kilómetros diarios. Que el servicio es gratuito para todos los alumnos de enseñanzas obligatorias; incluye personal que acompaña a los alumnos de educación infantil y primaria durante el trayecto, así como ayudas individualizadas para los alumnos que tienen derecho a transporte escolar, pero viven en zonas en las que no hay ruta, cuando su vivienda se encuentra a más de tres kilómetros del centro escolar. Por el lado de la oferta, explica que la Consejería de Educación, como encargada de garantizar el servicio público de transporte escolar, ha realizado una inversión de 15,7 millones de euros durante el curso 2017-2018 y que, según las estadísticas del Ministerio de Fomento, existen 93 empresas autorizadas para prestar el servicio público de transporte de viajeros en autobús en la Región de Murcia, lo que supone un 2,8% sobre el total de 3.323 empresas que están autorizadas a nivel nacional para el mismo servicio público. Qu en términos de flota de autobuses, el número de vehículos autorizados para este servicio público en la Región de Murcia, a la misma fecha, asciende a 1.328, frente a un total de 42.949 autorizados a nivel nacional, lo que implica una media de 14,28 autobuses autorizados por empresa, muy superior a la media nacional (12,92) y de hecho solo superada por cuatro Comunidades Autónomas (Baleares, Madrid, La Rioja y Aragón), lo que es indicativo de un tamaño empresarial mayor que la media estatal. Que, en particular, la licitación de la Consejería de Educación para la prestación del servicio de 41 rutas de transporte escolar en el ámbito de la Región de Murcia para los cursos académicos 2016-2017 y 2017-2018, contrato que motivó la denuncia inicial de la Consejería y dio lugar a la apertura del presente expediente, contaba con un presupuesto de 2.986.555,76 euros, IVA incluido, correspondiente a dos anualidades.

Se expone que el mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación comprende el conjunto de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dado que coincide con el ámbito de la licitación pública del servicio de transporte escolar para la que es competente la citada Consejería de Educación.

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 (folios 1 a 106), a las informaciones facilitadas por TRAPEMUSA en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 2.416 a 2.564), por AUTOCARES LÓPEZ FERNÁNDEZ, S.L. en la segunda solicitud de clemencia (folios 2.952 a 2.975), y por AUTOCARES PATERNA, S.L. en la tercera solicitud de clemencia (folios 2.979 a 2.995), 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.

Además, se remite al apartado IV del primer PCH en el que el SRDC expone los hechos que considera acreditados respecto a las conductas desarrolladas por las 17 empresas imputadas en torno a los diferentes lotes en el expediente de contratación del servicio de transporte escolar de 41 rutas de la Consejería de Educación para los cursos 2016-2017 y 2017-2018; y al apartado V del segundo PCH, en el que el SRDC expone los hechos que considera acreditados respecto a las conductas desarrolladas por las 19 empresas y las 3 asociaciones de empresas imputadas con origen en el convenio de 8 de julio de 2009.

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 que las empresas firmantes habían 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.

De acuerdo con lo convenido, cada empresa optó 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.

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.

Afirma además la CNMC que se ha acreditado el funcionamiento efectivo de la comisión de seguimiento formada por representantes de AESDVM-ANETRA, FENEBUS-MURCIA y FROET, así como el papel fundamental de FROET en la coordinación de comportamientos y el reparto de rutas, 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.

Se refiere así a las reuniones celebradas por Comisión de seguimiento del Convenio de 2009, en las que participaban miembros de las asociaciones incoadas, y cuya prueba obra a los folios 2.440 a 2.446 del expediente.

Alude a la concreta intervención de FENEBUS-MURCIA y también de FROET, a quien 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 2016.

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 a la contratación con centros privados.

Todo ello con apoyo en la prueba que cita en relación a cada una de dichas conductas.

Junto a dicho acuerdo de larga duración, la CNMC advierte de 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. Además, pormenoriza la conducta concreta de cada una de las empresas intervinientes y su relación con otra u otras de las participantes en la licitación, de la que deduce la existencia de concertación.

Todo ello lleva 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 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 renuncias 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".

Por lo que se refiere a la sociedad aquí recurrente, se fundamenta su responsabilidad en la infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en la Región de Murcia para repartir el mercado en los siguientes términos:

"21. AUTOCARES PELOTÓN, S.L., 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 PELOTÓN, S.L.L. ha participado en el reparto del lote nº5 del contrato convocado por la consejería para los cursos 2016-2017 y 2017-2018".

TERCERO: Di sconforme con la resolución sancionadora impugnada, la parte recurrente opone frente a la misma los siguientes motivos de impugnación:

1-Nulidad del procedimiento por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido: 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 tenía la obligación legal de hacerlo. Vulneración del derecho de defensa como consecuencia de la ampliación y variación de los elementos fácticos del primer pliego de concreción de hechos una vez cerrada por imperativo legal la fase de instrucción.

2-Nulidad de la ampliación de plazo efectuada por el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia sin tener competencia para ello. Ilegal convalidación porque la CNMC no es superior jerárquico del Servicio de la región de Murcia.

3-Nulidad del procedimiento por la ampliación del expediente sancionador a conductas ajenas y distintas a las enjuiciadas en primer término. Inexistencia de relación directa entre ellas.

4- Autocares Pelotón S.L. no realizó práctica colusoria alguna. Inexistencia de indicio o prueba en contrario en el expediente. Inexistencia de concertación.

5- Indefensión por falta de notificación del acuerdo de confidencialidad de 8 de febrero de 2018 y ausencia de acuerdo de confidencialidad sobre los documentos declarados confidenciales en el expediente a partir del 31 de mayo de 2018.

6-Ilegal suspensión del procedimiento. La variación de elementos técnicos para el cálculo de sanciones no es una recalificación jurídica del artículo 37.1 f) LDC. Caducidad del procedimiento.

7-Ausencia de proporcionalidad en las sanciones respecto al volumen de negocio del mercado afectado. Prohibición de contratar con la administración. Desigualdad de trato

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación.

CUARTO: Expuestos los términos del debate, conviene recordar los siguientes hitos procedimentales que resultan de la resolución recurrida:

1- El expediente sancionador se incoó el 7 de julio de 2017 como consecuencia del escrito denuncia presentado el 9 de febrero de 2017 en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la Consejería de Educación y Universidades (actualmente Consejería de Educación, Juventud y Deportes) de la Región de Murcia (La Consejería de Educación) contra las empresas AUTOBUSES Y TAXIS PITOÑO, S.L. y AUTOCARES PELOTÓN, S.L., por posibles prácticas colusorias en el procedimiento de contratación administrativa con referencia SG/CA/14/2016, 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 (LDC). El procedimiento se dirigió contra AUTOCARES PELOTÓN, S.L. y AUTOBUSES Y TAXIS PITOÑO S.L.) y quince empresas más, por haber sido las participantes en el citado procedimiento de contratación administrativa.

2- Con fecha 4 de mayo de 2018, el SRDC dicta un primer pliego de concreción de hechos (PCH 1), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la LDC y en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC). 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, presentándose alegaciones por las incoadas, a las que el 17 de mayo de 2018 el SRDC envió 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.

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

4-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.

5. 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. Dicho acuerdo, además de mantener a las empresas ya incoadas en el de fecha 7 de julio de 2017, amplió la incoación a las siguientes empresas:

1. AUTOBUSES VIDAL-CARTAGENA, S.A.
2. AUTOCARES ÁGUILAS, S.L.
3. AUTOCARES BELMONTE HERMANOS, S.L.
4. AUTOCARES ESPUÑA, S.L.
5. AUTOCARES GÓMEZ, S.A.
6. AUTOCARES HELLÍN, S.A.
7. AUTOCARES IBEROCAR, S.A.
8. AUTOCARES MEROÑO, S.A.
9. AUTOCARES PATERNA, S.L.
10. AUTOCARES RÍOS, S.A.
11. AUTOCARES SÁNCHEZ ORTUÑO, S.L.
12. BUSMAR, S.L.
13. BUS RÍOS, S.L.
14. LÍNEAS REGULARES DEL SUDESTE, S.L1.
15. LÍNEAS Y AUTOCARES, S.A.
16. MARCOS HIDALGO CANO, S.L.
17. TRANSALHAMA, S.L.
18. TRANSPORTE DE VIAJEROS DE MURCIA, S.L.
19. TRANSPORTES URBANOS DE CARTAGENA, S.A.

Y también a las siguientes empresas:

1. ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES EN AUTOCARES (ANETRA)
2. FEDERACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE TRANSPORTE EN AUTOBÚS - MURCIA (FENEBUS MURCIA)
3. FEDERACIÓN REGIONAL DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE TRANSPORTE DE MURCIA (FROET)

6-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.



7.- Con fecha 12 de septiembre de 2018, se dictó un segundo pliego de concreción de hechos (PCH 2) en el que se recogieron los hechos ya probados en el PCH1 y se añadieron los aportados junto con las tres solicitudes de clemencia.

8.- El SRDC notificó a las empresas incoadas el PCH 2 (folios 3.649 a 3.689), indicando que, conforme al artículo 50.3 de la LDC podían acceder al expediente y contestar al PCH 2, proponiendo 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.

9.- 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 sancionador.

10.- El 26 de octubre de 2018, el SRDC acordó la propuesta de resolución del procedimiento (PR), notificándola debidamente a las partes para que presentaran las alegaciones 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.

11.- 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.

12.- 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 (folios 6.534 a 6.536).

13.- Tras la notificación del acuerdo de convalidación a todos los interesados, se recibieron en la CNMC alegaciones al mismo entre los días 16 de enero de 2019 y 30 de enero de 2019.

14.- 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 (folios 6.768 a 6.771).

15.- 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 en el plazo de 15 días formularan las alegaciones oportunas.

16.- 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.

17.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su reunión de 20 de junio de 2019.

QUINTO: Como ya hemos recogido, denuncia la mercantil recurrente que 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 tenía la obligación legal de hacerlo de acuerdo con 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 IBEROCAR por parte del SRDC, 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 10/07/2018 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.

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 a al plazo máximo de los procedimientos que regula, y en particular, de lo establecido en su apartado 1.

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. Debe por tanto considerarse NULO el auto 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 que el 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, exige que en el acto se haya dictado "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.

Por lo demás, cumple manifestar que, como hemos recogido, la ampliación de la incoación vino motivada por la presentación de la primera 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: Se opone en la demanda la caducidad del procedimiento porque la resolución sancionadora se dictó sobrepasando el plazo legal de 18 meses para resolver, amparándose en un acuerdo del Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia de 25 de junio de 2018, que amplió el plazo máximo de resolución del procedimiento sancionador en cuatro meses adicionales, dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y del territorio.

Por lo demás se fundamenta la caducidad en la nulidad del acto de convalidación de 18 de diciembre de 2018 dictado por la Sala de Competencia de la CNMC.

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

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone que *"1. Excepcionalmente, cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles a los que se refiere el apartado 5 del artículo 21, el órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, podrá acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser este superior al establecido para la tramitación del procedimiento.*

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

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

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



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

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

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

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

Admitir otra cosa, es decir, que los acuerdos dictados por el SRDC como instructor del procedimiento sancionador que ha de resolver el Consejo de la CNMC no puedan ser revisados por este, por la condición de órgano autonómico del referido servicio, es incompatible con la regulación que de la instrucción del procedimiento se contiene en la LDC y, en realidad, lo haría inviable.

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

Y añade el artículo 2 en su apartado 2 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.

SÉPTIMO: Denuncia la recurrente la vulneración del derecho de defensa como consecuencia de la ampliación y variación de los elementos fácticos del primer pliego de concreción de hechos una vez cerrada por imperativo legal la fase de instrucción.

El motivo ha de ser desestimado por las razones que pasamos a exponer.

El artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, declara 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 a la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, hacía al respecto las consideraciones siguientes:

"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 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 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, 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"

OCTAVO: Continuando con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, se afirma que Autocares Pelotón S.L. no realizó práctica colusoria alguna y que no existen indicios o pruebas en contrario en el expediente y que no firmó el Convenio de 2009.

Así las cosas, nos corresponde analizar si la imputación que realiza la CNMC a la recurrente consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar en la región de Murcia convocadas por la Consejería competente en materia de Educación de la Región de Murcia desde el año 2009 hasta el final de la ejecución del último contrato licitado en el procedimiento SG/CA/14/2016, en junio de 2018, es ajustada a derecho.

Para abordar esta cuestión hemos de remitirnos a la doctrina del Tribunal de Justicia que ha establecido las pautas o elementos que deben tomarse en consideración para calificar una conducta como infracción única y continua, y que parten de un presupuesto irrenunciable cual es la existencia de un plan único y conjunto de actuación de las distintas entidades implicadas. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, en la que se indica que: *"Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, 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 (sentencias Comisión/AnicPartecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portlandy otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)".* Conforme a esta misma jurisprudencia, la circunstancia de no haber participado en todos los elementos constitutivos de una práctica concertada únicamente tiene consecuencias en relación con el grado de participación en el acuerdo, pero no excluye la responsabilidad de la empresa.

Así lo avala la sentencia de 17 de mayo de 2013 del Tribunal General, Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, que en sus apartados 59 y siguientes 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 periodos 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 periodo 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 quod* del plazo de prescripción se computa partir del cese de la última conducta.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, sintetiza el criterio seguido en esta materia al señalar lo siguiente:

"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, 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, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 42 y la jurisprudencia citada).

158 En consecuencia, 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 sólo 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 ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 43)".

NOVENO: Di cho lo anterior, recordemos que la resolución sancionadora declara que 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 SG/CA/14/2016, en junio de 2018.

La Sala de Competencia considera acreditada la continuidad de la infracción en virtud de la firma de un acuerdo expreso en 2009 por los representantes de 21 empresas y que ello habría condicionado la actitud futura de las entidades en el acceso al mercado a través de las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación para la adjudicación de rutas de transporte escolar en la Región de Murcia, como ha quedado corroborada en el marco de licitación del Contrato para el periodo 2016-2018.

Y añade 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.

Pues bien, recordemos de nuevo que la recurrente ha sido sancionada 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 2017-2019,



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.

Llegados a este punto, hemos de remitirnos a la doctrina del Tribunal de Justicia que ha establecido las pautas o elementos que deben tomarse en consideración para calificar una conducta como infracción única y continua, y que parten de un presupuesto irrenunciable cual es la existencia de un plan único y conjunto de actuación de las distintas entidades implicadas. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, en la que se indica que: "*Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, 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 (sentencias Comisión/AnicPartecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portlandy otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)". Conforme a esta misma jurisprudencia, la circunstancia de no haber participado en todos los elementos constitutivos de una práctica concertada únicamente tiene consecuencias en relación con el grado de participación en el acuerdo, pero no excluye la responsabilidad de la empresa.*

Así lo avala la sentencia de 17 de mayo de 2013 del Tribunal General, Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, que en sus apartados 59 y siguientes 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 periodos 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 practicas 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 practicas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el periodo 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 quod* del plazo de prescripción se computa partir del cese de la última conducta.

DÉCIMO. -Pu es bien, ha quedado acreditado que Autocares Pelotón no fue firmante del Convenio de 2009 y, por consiguiente, siguiendo la argumentación de la resolución sancionadora impugnada, no puede concluirse que las conductas por las que se le sanciona fueran realizadas, en ejecución del plan común que venía articulado en el Convenio de 2009.

Ningún otro razonamiento ofrece la resolución recurrida para acreditar que la recurrente actuó en ejecución de un plan común diseñado en 2009.

En consecuencia, con independencia de la calificación que desde el punto de vista del derecho de la competencia puedan merecer las conductas realizadas por Autocares Pelotón que se recogen en la resolución recurrida, no pueden quedar integradas en la tan citada infracción única y continuada por faltar un presupuesto irrenunciable cual es la existencia de un plan único y conjunto de actuación de las distintas entidades implicadas, que, insistimos, la propia resolución recurrida residencia en la firma del tan citado Convenio de 2009, lo que determina la estimación del presente recurso, sin necesidad de entrar a examinar los restantes motivos de impugnación articulados en la demanda.

UNDÉCIMO:Lo expuesto determina la estimación del presente recurso y la anulación de la resolución recurrida respecto de Autocares Pelotón, con imposición de costas a la administración demandada.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO



Estimar el recurso interpuesto por el procurador por el procurador D. José Manuel Jiménez López, en nombre de **AUTOCARES PELOTÓN SL.**, contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 20 de junio de 2019, que anulamos por lo que se refiere a la recurrente, con imposición de costas a la Administración demandada.

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 CENDOJ