



Roj: **SAN 1934/2022 - ECLI:ES:AN:2022:1934**

Id Cendoj: **28079230062022100208**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/04/2022**

Nº de Recurso: **352/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000352/2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02841/2017

**Demandante:** AUTOCARES PAYA S.L.

**Procurador:** DOÑA PALOMA RUBIO PELÁEZ

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de abril de dos mil veintidós.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **352/2017**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **AUTOCARES PAYA S.L.**, representada por el procurador doña Paloma Rubio Peláez contra la resolución de 9 de marzo de 2017, S/ DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se les impuso una sanción por importe de 46.404 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Se formalizó la demanda en la que solicita « [d]icte sentencia y anule totalmente la Resolución de la CNMC de 9 de marzo de 2017; o III.- Que, subsidiariamente, dicte sentencia y anule parcialmente la Resolución de la CNMC de 9 de marzo de 2017, anulando o, en su caso, reduciendo la multa impuesta u ordenando el recálculo de la multa. [...]».

**TERCERO.-** El Abogado del Estado, en su escrito de contestación pide la desestimación del recurso.

**CUARTO.-** Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 2 de marzo del año en curso en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por de AUTOCARES PAYA, S.L. (en adelante PAYA), la resolución de 9 de marzo de 2017, S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se les impuso una sanción por importe de 46.404 euros.

La parte dispositiva de la resolución impugnada concretaba:

« [D]eclarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de tres prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, constitutivas de varias infracciones muy graves del artículo 62.4. a) de la LDC :

- una infracción única y continuada que entra dentro de la definición de cártel, por los acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de las rutas escolares de las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 por el Gobierno Balear para la prestación del transporte escolar en las Illes Balears, desde octubre de 2004 hasta la actualidad, al estar aún vigentes los contratos de la licitación de 2013 para el curso escolar 2016/2017, prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC ;

- una infracción consistente en la recomendación y difusión de las tarifas de las excursiones y traslados de transporte discrecional en la isla de Mallorca por la FEBT desde 1977 hasta 2011, prohibido por el artículo 1 de la Ley 110/1963, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC y

- una infracción consistente en los acuerdos bilaterales de reparto de los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por determinados clientes y/o en determinadas zonas de la isla de Mallorca, de diversa duración.

**SEGUNDO.-** De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes entidades: (...)

15. AUTOCARES PAYA, S.L., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde agosto de 2005, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017 (...)

**TERCERO.-** Imponer a las autoras responsables de la primera conducta infractora las siguientes multas: (...)

14. AUTOCARES PAYA, S.L., 46.404 euros, [...]».

La Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditado que varias empresas, entre las que se encontraba la actora, cometieron tres prácticas prohibidas del artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio y en adelante LDC), y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326/49; en lo sucesivo TFUE): (i) una infracción única y continuada que entra dentro de la definición de cártel, por los acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de las rutas escolares desde el 2004, por las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 del transporte escolar en las Illes Balears, al estar aún vigentes los contratos de la licitación de 2013 para el curso escolar 2016/2017; (ii) una infracción consistente en la recomendación y difusión de las tarifas de las excursiones y traslados de transporte discrecional en la isla de Mallorca por la FEBT desde 1977 hasta 2011; y (iii) una infracción consistente en los acuerdos bilaterales de reparto de los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por determinados clientes y/o en determinadas zonas de la isla de Mallorca, de diversa duración.

De los antecedentes que obran en el expediente administrativo debemos destacar determinados hitos temporales por los que discurrió el procedimiento sancionador:

1- El 23 diciembre de 2013, la Dirección de Competencia (DC) recibió una solicitud de exención de pago de multa de AUTOCARES ALCAS, S.L., a los efectos del artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) o en su caso, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC, que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en un cártel en el sector del transporte de viajeros por carretera en las Illes Balears.

2.- El 23 de abril de 2014, la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL BALEAR DE TRANSPORTES (FEBT) y de las empresas TRANSACOBOS, S.L. (TRANSACOBOS), TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L. (TRANSUNIÓN) y ROIG BUS, S.A. (ROIG BUS).

3.- Tras varios requerimientos de información a empresas implicadas, el 26 de agosto de 2015 la DC adoptó y notificó el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, entre otras a la actora, durante el que se practicaron otros tantos requerimientos.

4.- El 21 de julio de 2016 la DC adoptó y notificó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH).

5.- El 16 de septiembre de 2016 la DC acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente, tras la que se presentaron escritos de alegaciones y se dictó la resolución objeto del presente recurso.

**SEGUNDO.**- Son varios los motivos que se invocan en el escrito de demanda para justificar la anulación de la sanción. (i) En primer lugar considera que se ha realizado una errónea valoración de la prueba incriminatoria sobre la que se sustenta la sanción impuesta. Sostiene que no participó en ningún cartel. Se presentó por primera vez, y obtuvo la primera adjudicación del servicio de transporte escolar para el curso 2005-2006, por lo que no pudo tener participación ni responsabilidad alguna en práctica ilegal alguna anterior a esta fecha (la fijación de precios para el curso 2004-2005 por las empresas que formaron parte del presunto cártel de transporte escolar). Ni asistió ni delegó su voto en la reunión de agosto de 2005. La primera vez que concurrió al concurso fue el 3 de noviembre de 2005, tras lo que resultó adjudicatario de los lotes 167 a 171 de la Isla de Formentera, correspondientes a los centros escolares C.P. M. Lluís Andreu y del IES Marc Ferrer de Formentera. Respecto de su participación en las licitaciones de 2013, la resolución sancionadora hace alusión a la recepción de los correos de 30 de abril y 14 de mayo de 2013 de la FEBT, recibidos por PAYA, remitido por el Gerente de la FEBT convocando a una reunión a celebrar el 7 de mayo de 2013 en la sede de la FEBT (Palma de Mallorca). Sin embargo, la reunión era para tratar las inspecciones de trabajo que habían tenido lugar a algunas empresas de transporte en el Aeropuerto de Palma, por las denuncias presentadas por los sindicatos. La actora ni participó ni tiene constancia de los acuerdos de la reunión. El correo electrónico de fecha 14 de mayo de 2013, lo considera inocuo, puesto que comunica la FEBT los plazos de subsanación y deficiencias de la documentación presentada. El correo de 3 de julio de 2013 remitido por el Gerente de la FEBT, convocar a sus destinatarios (miembros de la Agrupación Empresarial de Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares) a una reunión el 11 de julio de 2013 en la sede de la FEBT en Palma de Mallorca, a fin de tratar diversos puntos de muy diversa naturaleza (Conflictividad laboral y denuncias ante la inspección de trabajo; tiempos de conducción y descanso en Ibiza y Menorca); el punto 2º del orden del día la reunión mantenida en la FEBT a instancias de la empresa Alcas, S.L. sobre el concurso de transporte escolar, tenía carácter meramente informativo de la denuncia interpuesta. Puntualiza que la actora tampoco acudió a esa reunión, ni tiene conocimiento de los acuerdos adoptados.

En el caso de la isla de Formentera queda acreditado que no pudo existir acuerdo alguno puesto que dos de las tres únicas empresas de transportes de la Isla, FORMENTERA SOLBUS, S.L Y TRANSPORTES TURITUR, S.L. no pertenecen a ninguna de las asociaciones que forman la FEBT, por lo que es imposible que participaran en ningún acuerdo de reparto de mercado, debiéndose únicamente a su propia estrategia e interés empresarial el no haber presentado oferta a la licitación de transporte escolar.

(ii) En segundo lugar, denuncia la errónea tipificación de la infracción del artículo 62.4.a) LDC, puesto que la realidad insular de Baleares hace que las empresas de las diferentes islas no sean competidoras entre sí puesto que su mercado geográfico es distinto, centrándose cada una de ellas en su propia isla, lo que hace imposible la existencia de un solo cartel; reitera que las otras dos empresas que operan en Formentera TRANS TURITUR, S.L. y FORMENTERA SOL BUS, S.L. no son miembros de ninguna de las asociaciones de transportes de baleares ni forman parte, por tanto, de la FEBT.

(iii) En tercer lugar, afirma que se ha vulnerado el principio de responsabilidad personal que debe guiar los procedimientos sancionadores ante la CNMC conforme al artículo 61.1 de la LDC y, en general, los principios del derecho administrativo sancionador en aplicación del artículo 28 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico de Sector Público. Concluye que no puede ser declarada responsable de la infracción mi representada ya que ni



para la licitación de rutas convocada de 2005 ni en ningún otro caso, participó, conoció o se benefició de ningún plan común presentó sus ofertas bajo el control o a través de la FEBT como parece presuponer la Resolución recurrida, careciendo además la CNMC de ninguna prueba que lo acredite con respecto a AUTOCARES PAYA, S.L., quien presentaba personalmente sus sobres en la Delegación de la Consellería en Ibiza, por lo que la CNMC ha errado al atribuirle responsabilidad con respecto a su participación en una supuesta conducta anticompetitiva de la que mi representada no ha sido en ningún caso partícipe.

(iv) En cuarto lugar, considera que los medios de prueba son nulos, arrastrados por la nulidad de las órdenes de investigación y de la actuación inspectora por infracción del artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, en cuanto carecen de motivación específica y nada había contra la actora, lo que supone una vulneración de la jurisprudencia que cita.

(v) En quinto lugar, alega que se ha infringido el principio de igualdad, respecto a TMSA, S.L. y AUTOCARES COSMACAR, S.L. en las que concurren hechos probados prácticamente idénticos, pero a los que se les da una consecuencia jurídica distinta como fue el archivo de las actuaciones para estas dos empresas. Respecto de las que primera reconoce la CNMC que no asistió a ninguna reunión del cartel y sus ofertas no fueron presentadas por la FEBT. En cuanto a la segunda, a pesar de resultar adjudicataria en el 2005 y en el 2006, no estaba asociada a FEBT, y no figura ni como emisora ni receptora de correos, excepto del citado correo electrónico de 14 de mayo de 2013 remitido por la FEBT, que la DC no considera por sí solo incriminatorio. Además de equivocarse la resolución puesto que COSMACAR la Asociación Pitusa de Empresas del Servicio Discrecional de Viajeros (folio 3940), Asociación que a su vez está integrada en la FEBT, la actora tampoco asistió a ninguna reunión, no recibió el resultado o actas de las reuniones y los tres correos incriminatorios de 30 de abril (Folio 6107, 6108), 14 de mayo de 2013 (Folios 6116), y de 3 de julio de 2017 (1140-1141), eran meramente informativos.

(vi) En sexto lugar y último lugar, denuncia la falta de motivación en el cálculo de la multa. infracción del artículo 35 Ley 39/2015 LPAC. se fija como volumen de negocio de 1.008.785€, ignorando en qué se basa esta cifra puesto que en el expediente administrativo el volumen de negocio es de 808.336,85 euros. Además, infringe lo establecido por la STS de 29 enero de 2015, que declaró ilegal la Comunicación de 6 de febrero de 2009. Invoca las razones que en torno a la motivación hace el voto particular que se acompaña a la resolución sancionadora.

Por parte del Abogado del Estado se solicita la desestimación del recurso y considera que no pueden prosperar ninguna de las razones invocadas por la actora para que sea declarada la nulidad de la resolución impugnada.

**TERCERO.-** A pesar de que con ello alteramos el orden expositivo seguido por el escrito de demanda, comenzaremos el análisis del punto segundo en el que se cuestiona la definición geográfica del mercado afectado. Dice la actora que resulta curiosa la definición del mercado geográfico que hace la CNMC en su resolución, lo que refleja una ignorancia completa de la realidad insular; en algunas partes de dicho texto se considera a las Islas Baleares en su conjunto como mercado geográfico, mientras que, en otras, se divide el mismo en función de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera.

Antes de dar respuesta a este motivo de impugnación la alegación requiere que distingamos dos conceptos que, aunque puedan tener una aparente relación, merecen una respuesta distinta. No podemos confundir la definición geográfica del mercado afectado por la resolución sancionadora, que afecta directamente sobre la condición de competidores dentro de un cártel, con las particularidades geográficas de una determinada zona, en la que varios competidores optan, en función de unos determinados criterios, económicos, empresariales o estratégicos, por repartirse el mercado o prestar sus servicios, y si estas concretas circunstancias geográficas del territorio justifican el reparto entre competidores sin afectar la competencia.

Es el primero de los conceptos el que nos resulta relevante, y desde luego prioritario para la resolución de este litigio, puesto que la correcta o incorrecta configuración geográfica del mercado condiciona el ámbito y el perfil de los competidores dentro de ese mercado.

**CUARTO.-** Para dar una correcta respuesta a esta cuestión resultan determinantes dos aspectos. Primero, como ha definido el geográfico, la resolución sancionadora, y segundo, cuál es el concreto ámbito de actuación de la recurrente como competidor en el mercado.

En cuanto al primer punto, cuando la resolución se refiere al mercado afectado lo condiciona al proceso de licitación, y dice «*[P]or lo que se refiere a la prestación del servicio de transporte público regular de uso especial, en concreto, el escolar prestado a centros públicos y sujetos a licitación pública convocada por la Consejería de Educación balear, son objeto de investigación en este expediente la prestación de dicho servicio en el curso escolar 2004/2005, que se licitó a través de un procedimiento negociado sin publicidad, así como las licitaciones públicas convocadas mediante concurso en 2005 y 2013 en la Comunidad Autónoma Balear. [...]»*. Tras una breve referencia a determinados cambios legislativos en el régimen de contratación pública puntualiza que «



*[e]l mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación abarca al conjunto de las Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en concreto, el territorio de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera. (...) Por lo que se refiere al transporte regular de uso especial (escolar), en la licitación del Gobierno Balear para la prestación de este servicio a los centros escolares públicos para los cursos escolares 2013/14 a 2016/17, se adjudicaron 161 lotes a un total de 47 empresas, por las que facturaron 9.341.582€ en 2014, con la siguiente distribución territorial: 5.856.975€ en Mallorca a un total de 31 empresas; 2.397.593€ en Ibiza y Formentera a un total de 7 empresas y 1.087.015€ en Menorca a un total de 8 empresas [...]».*

Por lo que se refiere a la actividad de la recurrente, dice la resolución recurrida en los folios 17 y 18 que AUTOCARES PAYA « [t]iene su domicilio social en Sant Ferran-Formentera. Es una empresa familiar constituida en 1967, perteneciente a una sola persona, administrador único de la empresa, que en 2015 cedió un 1% su hija como administradora solidaria. Su objeto social es principalmente el transporte de viajeros en autobús exclusivamente en la isla de Formentera, en diferentes segmentos, dedicándose: en un 79,74% al transporte regular, explotando la concesión de transporte regular IB-01; en un 16,13% al transporte escolar, siendo adjudicataria de cinco contratos en la licitación pública de 2005, de un contrato en 2008, de otro en 2009 para alumnos con necesidades educativas especiales y actualmente de cuatro contratos correspondientes a la licitación pública de 2013, todos ellos adjudicados por la Consejería de Educación Balear; y en un 4,14% al transporte discrecional. Es la única empresa en Formentera que realiza transporte regular y escolar. En 2014 en transporte regular, transportó a 128.000 pasajeros con una facturación aproximada de 400.000€, y en transporte escolar, 125.000 alumnos y 240.000€ de facturación.

En cuanto al transporte discrecional, existen tres empresas en la isla, calculando la cuota de mercado de AUTOCARES PAYA en un 15% del total. AUTOCARES PAYA está asociada a APEBUS, Asociación Pituisa de Empresas de Transporte Regular de Viajeros por Carretera y a la Asociación Pituisa de Empresas de Servicio Discrecional de Transporte de Viajeros por carretera, estando ambas asociaciones, que reúnen a todas las empresas de Ibiza y Formentera, integradas en la FEBT53.

Su última cifra de negocios publicado en el Registro Mercantil correspondiente al ejercicio 2012 fue de 667.440,13 € [...]».

**QUINTO.-** A la relevancia del mercado se ha referido entre otras la STUE de 30 de enero de 2020, asunto C30 7/18, que dice « [L]a determinación del mercado de referencia exige definir, en primer lugar, el mercado de productos y, en segundo lugar, su mercado geográfico (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continentaal/Comisión, 27/76, EU:C:1978:22, apartados 10 y 11). [...]» (128), e implica que en el mercado de referencia « [p]ueda existir una competencia efectiva entre los productos y servicios que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos o servicios que forman parte de un mismo mercado. La intercambiabilidad o la sustituibilidad no se aprecian únicamente en relación con las características objetivas de los productos y servicios relevantes. Es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado ( sentencia de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C179/16 , EU:C:2018:25 , apartado 51 y jurisprudencia citada). [...]» (129).

Ya se destacaba la importancia de la definición del mercado en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/ C 372/03), que comienza con la distinción entre mercado de referencia y mercado geográfico, lo que permite « [d]eterminar y definir los límites de la competencia entre empresas [...]», lo que « [t]iene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia. [...]».

Recordaba la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento nº 17 y a la sección 6 del formulario CO relativo al Reglamento (CEE) nº 4064/89, que si bien se refería a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, identificaba el mercado geográfico de referencia como « [l]a zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. [...]». Significa que, para la determinación del mercado de referencia se debe combinar el mercado de producto y el mercado geográfico.

Jurisprudencialmente, la STJ de 1 de julio de 2008, C49/07, definió el mercado geográfico « [c]omo aquel territorio en el que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares, en lo que respecta, en concreto, a los productos de que se trata. No es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores económicos sean perfectamente homogéneas. Basta con que sean similares o suficientemente homogéneas (véase, en este sentido, la sentencia United Brands y United Brands Continentaal/



*Comisión, antes citada, apartados 44 y 53). Además, este mercado puede estar limitado a un único Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 28). [...]» (3 4)*

La Comisión, en las definiciones de los puntos 7 y 8 de la Comunicación, sigue las líneas marcadas por la jurisprudencia. Puntualiza que, en ocasiones, para la correcta definición del mercado geográfico, por las condiciones del producto, puede ser necesario el « [a]nálisis de los factores de la oferta para asegurarse de que las empresas localizadas en zonas distintas no encuentran obstáculos para realizar sus ventas en condiciones de competencia en todo el mercado geográfico. Este análisis incluirá un examen de los requisitos de ubicación para poder vender en un área determinada, las condiciones de acceso a los canales de distribución, los costes relativos al establecimiento de una red de distribución y la existencia o ausencia de obstáculos reglamentarios vinculados a la contratación pública, las regulaciones de precios, los contingentes o derechos de aduana que restringen el comercio o de la producción, las normas técnicas, los monopolios, la libertad de establecimiento, los requisitos para obtener autorizaciones administrativas, la reglamentación del envasado, etc. En resumen, la Comisión identificará los posibles obstáculos que protegen a las empresas localizadas en una zona determinada contra la presión de empresas competitivas localizadas fuera de dicha zona, determinada contra la presión de empresas competitivas localizadas fuera de dicha zona, a fin de determinar con precisión el grado de interpenetración de los mercados a escala nacional, europea o mundial. [...]».

En su dimensión geográfica matiza que las « [b]arreras y costes asociados a los desvíos de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas. La ausencia de compras o flujos comerciales transfronterizos, por ejemplo, no significa necesariamente que el mercado tiene una dimensión puramente nacional. Ha de determinarse si existen barreras que aislen el mercado nacional antes de concluir que el mercado geográfico de referencia en tal caso es nacional. [...] ».

En definitiva, la definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de estas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulte de una competencia efectiva.

Tampoco podemos olvidar la relevancia que la determinación del mercado geográfico tiene de cara a la sanción. Nos recuerdan las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n.º 17 y del apartado 5 del artículo 65 [CECA] (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, «Directrices de 1998») que disponen, en su punto 1, letra A, dedicado a la evaluación de la gravedad de la infracción « [A]. Gravedad. A la hora de evaluar la gravedad de la infracción ha de tomarse en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar) y la dimensión del mercado geográfico afectado. [...]».

**SEXTO.-** Realizadas las anteriores consideraciones, si nos atenemos a la previsión que hace nuestro Derecho doméstico, establece el artículo 62.4 de la LDC que son infracciones muy graves « [a] El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales [...]». Añade a la disposición adicional cuarta punto 2 de esta misma Ley que « [A] efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones. [...] ». De ambos preceptos se colige, como no podría ser de otro modo dentro del marco del Derecho de la UE, que para que estemos ante una infracción de competencia cometida a través de un cártel que tenga como actividad ilícita el reparto de mercado, se requieren dos presupuestos inescindibles, el de competidor y el de mercado.

Este binomio requiere la previa y correcta definición del mercado en ambas dimensiones, producto y geográfico, que alcance tintes determinantes cuando de ello depende la atribución de responsabilidad a una empresa por supuestos comportamientos anticompetitivos. En este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2003 del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-61/99, Adriatica di Navigazione SpA c. Comisión señalaba que « [u]n error en la atribución de responsabilidades puede tener origen en una definición insuficiente y confusa del mercado de referencia [...]» (36).

Como hemos visto, el análisis del mercado debe hacerse de manera pormenorizada y en cada caso concreto. En el supuesto que nos ocupa, define el mercado afectado como el de « [p]restación del servicio de transporte público regular de uso especial, en concreto, el escolar prestado a centros públicos y sujetos a licitación pública convocada por la Consejería de Educación balear [...]», que fue objeto de dos licitaciones por la Consejería en los años 2004/2005 y 2013, y precisa que «[e]l mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación abarca al conjunto de las Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en concreto, el territorio de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera. [...]».



En la propia definición, la CNMC incurre en una contracción puesto que extiende el área geográfica a la Comunidad Autónoma, cuando por el tipo de servicio que se presta, por islas, no puede configurar un mercado global en los contornos de ese ente autonómico cuando los servicios y los competidores están circunscritos al marco territorial de cada Isla. Difícilmente un transportista de la Isla de Mallorca puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción de cada territorio lo hace imposible; al menos la resolución sancionadora no hace el más mínimo esfuerzo para explicarlo o motivarlo. Las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportistas localizados en islas diferentes.

Precisamente, esta circunstancia fue tenida en consideración por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, en su informe C-56/00 SALCAI/UTINSA, también relacionado con las concesiones en el sector del transporte, que valoró que la insularidad determinaba que el servicio estuviera prestado exclusivamente por empresas de la isla de Gran Canaria. En esa ocasión, se indicó que « [e]l mercado del transporte regular de viajeros en la Isla continúa absolutamente igual que antes de producirse la fusión porque SALCAI y UTINSA nunca fueron empresas que compitieran entre sí ya que cada una tenía legalmente atribuido su propio sector geográfico de prestación del servicio (...) el carácter insular del mercado geográfico se configura como una barrera adicional a las anteriores debido, básicamente, a que los límites geográficos lo son también a posibles expansiones de la actividad. [...]», concluyó que el mercado geográfico se limitaba a la isla de Gran Canaria.

La realidad insular de Baleares hace que las empresas de las diferentes islas no sean competidoras entre sí puesto que su mercado geográfico es distinto, es por isla no por la circunscripción administrativa o política de la Comunidad Autónoma, lo que hace del todo imposible que empresas presentes en distintas islas del archipiélago balear formaran parte de un solo cártel.

Probablemente, el error de la CNMC estuvo en identificar la competencia administrativa del órgano licitador que sí se extendía a toda la Comunidad Autónoma con la realidad del mercado geográfico afectado a los efectos de la competencia.

**SÉPTIMO.-** De los anteriores fundamentos se desprende que el recurso debe ser íntegramente estimado, puesto que la incorrecta definición del mercado geográfico en el que se proyecta el cártel hace inviable la sanción impuesta, sin que para llegar a esta decisión se requiera que nos pronunciemos sobre el resto de los motivos invocados en el escrito de demanda.

**OCTAVO.-** La íntegra estimación implica la condena en costas a la Administración demandada de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

## FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo **352/2017** interpuesto por **AUTOCARES PAYA S.L.** contra la resolución de 9 de marzo de 2017, S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que anulamos por no ser ajustada a Derecho, con expresa condena en costas a la demandada.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.