



Roj: **SAN 2133/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2133**

Id Cendoj: **28079230062022100250**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/04/2022**

Nº de Recurso: **319/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000319 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 2656/2017

Demandante: AUTOCARES ARBOTOUR, S.L.

Procurador: D^a ELENA PUIG TURÉGAÑO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de abril de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 319/17 promovido por la Procuradora D^a Elena Puig Turégano en nombre y representación de **AUTOCARES ARBOTOUR, S.L.**, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 50.302 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se acuerde "... 1.- ESTIMAR EL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DECLARANDO LA DISCONFORMIDAD A DERECHO DE LA RESOLUCIÓN ACORDADA POR LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA DE FECHA DE 09 DE MARZO DE 2017 Y LA PLENA NULIDAD DE LA MISMA POR VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 24 Y 25 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y POR VULNERACIÓN SUSTANCIAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR CADUCIDAD.

2.- *SUBSIDIARIAMENTE: en defecto de las pretensiones fundadas en cuestiones previas de orden público manifestadas en el apartado anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada Y POR CONSIGUIENTE LA REVOCACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA POR AUSENCIA DE CONDUCTA DE CLASE ALGUNA RESPONSABLE DE CARTEL A CARGO DE MI REPRESENTADA LA ENTIDAD AUTOCARES ARBOTOUR S.L.*

3.- *SUBSIDIARIAMENTE: y para el supuesto de que pudiese apreciarse o entenderse conducta responsable, se suplica al TRIBUNAL la corrección minorativa del importe de la multa sancionadora, según parámetros de proporción a la presunta gravedad de la conducta y su participación real y motivada en cuanto pudiesen derivarse de cargo de la recurrente, y al efecto SUPPLICAMOS sea determinada de conformidad con el beneficio ilícito de la supuesta conducta sancionable en el mínimo que apreciase la Sala.*

4.- *Y en todo caso, se condene a la Administración demandada al pago de las costas devengadas en el presente Recurso".*

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 16 de febrero de 2022.

CUARTO.- Mediante providencia de 11 de marzo siguiente la Sala acordó oír a las partes por términos de diez días a fin de que efectuasen alegaciones en relación a la definición geográfica del mercado afectado, y ello a la vista de lo manifestado al respecto en los recursos números 324/17, 343/17, 352/17 y 362/17. Con suspensión del plazo para dictar sentencia.

QUINTO.- Se han presentado las alegaciones que obran en autos acerca de la referida cuestión.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 9 de marzo de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar 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 cartel, 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 los Fundamentos de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:



(...)

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

(...)

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

(...)

5. AUTOCARES ARBOTOUR, S.L., 50.302 euros,

OCTAVO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) Con fecha 23 diciembre de 2013 la Dirección de Competencia (DC) recibió una solicitud de exención de pago de multa presentada por AUTOCARES ALCAS, S.L., que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en un cartel en el sector de transporte de viajeros por carretera en las Illes Balears, en especial, en el segmento del transporte escolar de centros públicos, sujeto a las convocatorias de contratación pública de provisión de este servicio por la Consejería de Educación, Cultura y Universidades de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Y el 22 de abril de 2014 la DC concedió la exención condicional a la empresa solicitante de clemencia al haber sido la primera en aportar elementos de prueba que permitían ordenar el desarrollo de una inspección en relación con el cartel descrito en la solicitud de exención.

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

3) Sobre la base de la información recaba en dichas inspecciones, y de la obtenida como consecuencia de los requerimientos de información realizados posteriormente, la DC acordó con fecha 26 de agosto de 2015 la incoación de un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, en el artículo 1 de la LDC frente a la FEBT y las empresas AUTOBUSES SAN ANTONIO, S.A., AUTOCARES ALCAS, S.L., AUTOCARES ALORDA, S.L., AUTOCARES CALDENTY, S.L., AUTOCARES LEVANTE, S.L., AUTOCARES NORTE, S.A., AUTOCARES PUJOL PALMER, S.A., AUTOCARES RAFAEL NADAL, S.L., AUTOCARES ROCA, S.L., IBIZATOURS & ISLANDBUS, S.L., JOSE CANOVAS AUTOCARES, S.L. (JOSE CANOVAS AUTOCARES), TRANSACOBO, S.L., TRANSUNIOIN MALLORCA, S.L., ROIG BUS, S.A., ULTRAMAR y D. Constantino (empresario autónomo que opera con el nombre comercial AUTOCARES EMILIO SECO).

4) Formulados nuevos requerimientos de información, y aportada esta, el 11 de julio de 2016 la DC amplió el acuerdo de incoación contra las empresas AUTOCARES ARBOTOUR, S.L., AUTOCARES ADROVER, S.L., AUTOCARES ESTELRICH, S.L. AUTOCARES GARFRA, S.A., AUTOCARES LLULL, S.L., AUTOCARES LUCAS COSTA, S.A., AUTOCARES MALLORCA, S.L., AUTOCARES PAYA, S.L., AUTOCARES PUERTO POLLENSA, S.L. AUTOCARES VIDAL, S.L., AUTOS VICENS, S.A., AUTOLINEAS MALLORCA, S.L., BOHIGAS CARS, S.L. BUS NORT BALEAR, S.L., COMERCIAL I TRANSPORTS LLORET VISTALEGRE, S.L., CLASS LABOUR, S.L., HEREDEROS DE FCO VILAS, S.A., IRUBUS, S.A.U., J.M.FUTURTRANS, S.L., M.M.ROMERIAS, S.L., TMSA TRANSPORTE REGULAR, S.L., TORRES ALLES AUTOCARES, S.L., VIAJES SAN FRANCISCO, S.A. y VORAMAR EL GAUCHO, S.L.

5) Conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la DC dictó con fecha 21 de julio de 2016 pliego de concreción de hechos, del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6) Acordado el cierre de la fase de instrucción, el 22 de septiembre de 2016 la Dirección de Competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

7) Presentadas alegaciones, el 14 de octubre de 2016 la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución; y el 2 de febrero de 2017 la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir información del volumen de negocios total en 2016 a las entidades incoadas, con suspensión del plazo máximo para resolver el expediente.

8) Alzada la suspensión por acuerdo de 24 de febrero de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 9 de marzo de 2017 y dictó, con esa misma fecha, la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO.- Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, la resolución recurrida describe a la entidad ahora recurrente, AUTOARES ARBOTOUR, S.L., como una empresa que tiene su domicilio social en Soller (Mallorca) y cuenta con 10 empleados, cuya cifra de negocios, según el Registro Mercantil, en 2014 fue de 697.648€. Señala que en ese mismo año la empresa facturó por el servicio de transporte escolar por los contratos con la Consejería de Educación Balear 168.207€, transportando 41.760 alumnos. Pone de relieve que opera también con el nombre comercial de AUTOCARES REPIC, y que es miembro de la FEBT al estar asociada de la Agrupación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre el marco normativo en el que se encuadra la actividad del transporte de viajeros por carretera, con referencia al régimen de autorización al que se encuentra sometido y a las normas autonómicas que regulan el servicio de transporte escolar en centros públicos en las Illes Balears en cuanto materia transferida. E incide también a las normas de aplicación al transporte público de viajeros de uso regular (líneas regulares de autobuses) en las Illes Balears, así como al transporte discrecional de viajeros, al afectar a los mismos parte de las conductas imputadas.

A continuación alude al mercado afectado, suponiendo que las prácticas y conductas investigadas afectan a diferentes segmentos del transporte de viajeros por carretera, en concreto, a la prestación del servicio de transporte público regular, de uso general (en concreto, las líneas regulares de autobuses en la isla de Mallorca), y de uso especial (fundamentalmente, el escolar prestado a centros públicos y sujetos a licitación pública convocada por la Consejería de Educación del Gobierno balear); y a la prestación del servicio de transporte discrecional, incluyendo excursiones, visitas y traslados de turistas y viajeros en la isla de Mallorca.

Por lo que se refiere al mercado geográfico, se limita a indicar que *"... abarca al conjunto de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en concreto, el territorio de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera"*, sin más precisiones, lo que ha de tener consecuencias relevantes al examinar la legalidad de la resolución recurrida, como veremos después.

Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la CNMC aborda la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos.

Y sobre la base de dicha información concluye, en relación a la primera de las infracciones imputadas -que es la única que se atribuye a la aquí recurrente, AUTOCARES ARBOTOUR, S.L.-, que habría participado en *"una infracción única y continuada muy grave constitutiva de cártel, por el que determinadas empresas, con el conocimiento y participación de la FEBT, se repartieron las rutas escolares a través de los lotes ofertados en las licitaciones de 2005 y 2013 convocadas por la Consejería de Educación Balear para la prestación de servicios de transporte regular de uso especial (escolar) en las Illes Balears"*; añadiendo que *"Igualmente, fijaron precios mínimos del servicio de transporte escolar a centros públicos para el curso escolar 2004/2005, que se licitó por la Consejería de Educación mediante procedimiento negociado sin publicidad. Constituye, por tanto, una infracción muy grave (art. 62.4.a.) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2016, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1.c)"*.

Además, precisa que, en el caso de la empresa actora, dicha participación en el cártel descrito se habría producido *"... 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 2016/2017"*.

TERCERO.- Frente a la referida imputación, son varios los argumentos que esgrime la actora en su demanda, si bien razones de sistemática procesal aconsejan analizar en primer lugar el relativo a la defectuosa definición del mercado geográfico, cuestión esta que ha sido planteada por la Sala al amparo de lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley jurisdiccional en los restantes recursos interpuestos por las demás empresas sancionadas, y ello a la vista de lo alegado al respecto en los recursos números 324/17, 343/17, 352/17 y 362/17, presentados por otras empresas sancionadas en la misma resolución.

Al respecto argumenta AUTOCARES ARBOTOUR que su zona geográfica de actuación está muy restringida por razones orográficas, de tal manera que *"Dicha situación limitó muchísimo el mercado de la zona, verificándose y operando el mismo fundamentalmente por vía portuaria y por servicios propios de empresas ubicadas en el término. Estas circunstancias no tan solo han marcado el propio carácter, costumbres ... construcciones de la localidad, sino que también condicionaron un mercado exclusivamente autosuficiente con las empresas de la"*

localidad, y una de ellas, ...desde "Autocares Repic" (Hoy "Arbotour SL") para el transporte". A lo que añade que "Autocares Arbotour SL", ha sido siempre, y es, la empresa familiar que ha cubierto la actividad -mercado- de Sóller, sin otras empresas del transporte interesadas en la zona, por los evidentes motivos antes expuestos".

Pues bien, sobre esta misma cuestión hemos dicho en la sentencia dictada en el recurso núm. 324/2017, en relación con otra de las empresas sancionadas por su participación en el mismo cártel, lo siguiente:

"Antes de dar respuesta a este motivo de impugnación, advertimos que en esta alegación la actora mezcla 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, la entidad CALDENTEY tiene su sede en Felanitx (Palma de Mallorca), se dedica al transporte de viajeros por carretera, en concreto, al transporte discrecional, regular y escolar. Está asociada a la FEBT a través de la Asociación de transporte regular de viajeros por carretera desde el 1 de abril de 1983, ocupando la administradora única de esta empresa el cargo de Secretaría de esta Asociación desde 1998, y de la Asociación Empresarial de transporte discrecional de viajeros por carretera desde el 1 de mayo de 1997, habiendo asistido a las reuniones y asambleas tanto del transporte discrecional como regular y escolar. En 2010, contaba con una flota de 12 autobuses con 562 plazas disponibles. Su importe de la cifra de negocios en 2014, según el Registro Mercantil, fue de 1.119.835 euros, facturando 64.087,04 euros por el servicio de transporte escolar gestionado por la Consejería de Educación Balear.

QUINTO.- A la relevancia del mercado se ha referido entre otras la STUE de 30 de enero de 2020, asunto C-307/18, 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, C-179/16, 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, C-49/07, 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 Continental/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). [...]» (34)

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. [...]».

SEXO.- 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 contradicción 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 estas 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 transportista 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".

La aplicación de este criterio debe conducir a la estimación del recurso también en este caso, pues es evidente que la incorrecta definición del mercado geográfico que advierte la sentencia transcrita alcanza a la conducta y participación de la entidad aquí recurrente.

En efecto, es incontrovertido que AUTOCARES ARBOTOUR solo presta servicios en el norte de la Isla de Mallorca, en la zona de Sóller, limitando su actividad a esta localidad y a las de Deia y Fornalutx, cuyas particulares características orográficas se describen en la demanda.

El mercado geográfico que define la resolución, como vimos, es el de las Islas Baleares, sin otra precisión, por lo que no cabe sino concluir que dicha definición es incorrecta, con la consecuencia de que debe anularse la resolución.

CUARTO.- El Abogado del Estado, en las alegaciones formuladas en el trámite abierto conforme a lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LJCA, mantiene que la delimitación exacta del mercado no resulta imprescindible a



fin de acreditar una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE cuando se ha demostrado la existencia de dicha conducta, y cita en apoyo de este criterio la sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016, en el asunto T- 208/13, así como otra de esta misma Sección de 30 de noviembre de 2013, recurso número 110/2012.

No obstante, y sin desconocer la doctrina que reflejan estos pronunciamientos, es lo cierto que en el caso analizado la dimensión geográfica de la conducta, limitada a la zona a la que nos hemos referido antes, tiene una relevancia mucho mayor pues determina que las empresas a las que se atribuye el reparto del mercado no sean en rigor competidores. Y ello no solo priva de efectos nocivos a esos acuerdos -lo que sería en principio insuficiente para excluir su responsabilidad, al tratarse de una infracción por el objeto-, sino que los hace devenir atípicos pues el reparto de mercado, conducta atribuida a la recurrente, solo puede convenirse entre empresas que compitan en dicho mercado. Teniendo en cuenta, además, que la antes citada Disposición Adicional Cuarta, apartado 2, de la Ley 15/2007, establece que "...se entiende por *cártel* todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado"; y que la misma resolución impugnada define la infracción como un *cártel* -alude literalmente al *Cártel del transporte escolar en las Illes Balears*, y en el apartado primero de su parte dispositiva se refiere a la infracción atribuida a ARBOTOUR como una "*infracción única y continuada que entra dentro de la definición de *cártel**".

La redacción de la parte dispositiva de la resolución recurrida, al describir las infracciones que sanciona y las conductas que las integran, así como las multa a imponer a las empresas responsables, determina que la incorrecta definición del mercado geográfico haya de extender sus efectos anulatorios también a la fijación de precios mínimos por cuanto:

- La resolución -apartado Primero- atribuye a la entidad actora la comisión de "... 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...*". Infracción que califica de muy grave, prevista en el artículo 62.4.

- En su apartado Tercero, acuerda "*Imponer a las autoras responsables de la primera conducta infractora las siguientes multas: ...*".

Es decir, califica la infracción como única y continuada, derivada de la realización de dos conductas -fijación de precios mínimos y reparto de mercado-. Infracción de la que declara responsables a las empresas que relaciona a continuación, entre ella la recurrente.

Y al fijar la multa, acuerda imponerla "... a las autoras responsables de la primera conducta infractora".

Es evidente que la definición de la infracción en el apartado primero de la parte dispositiva de la resolución es consecuencia de la comisión de las dos conductas que describe en el mismo apartado. Sin embargo, cuando determina la multa que impone a cada una de las empresas lo hace aludiendo a la responsabilidad por la primera "conducta infractora".

Esta imprecisión resulta inadmisibles en un acuerdo de naturaleza sancionadora, en el que se han utilizado de manera indistinta los conceptos de infracción y conducta cuando del propio contenido de la resolución se desprende que la infracción es una -infracción única y continuada, muy grave, del artículo 62.4 de la LDC-, y las conductas típicas dos -fijación de precios y reparto de mercado, que se corresponden con los apartados 1.a) y 1.c) de la misma Ley 15/2007, respectivamente-. A pesar de lo cual, insistimos, la multa se impone por la "primera conducta infractora".

QUINTO.- Procede, en atención a lo expuesto, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida, por lo que las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Elena Puig Turégano en nombre y representación de **AUTOCARES ARBOTOUR, S.L.**, contra la resolución de 9 de marzo de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 50.302 euros



2.- Anular la referida resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta a la entidad actora por no ser, en estos pronunciamientos, ajustada a Derecho.

3.- Imponer las costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ