



Roj: **SAN 2114/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2114**

Id Cendoj: **28079230062022100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/05/2022**

Nº de Recurso: **330/2017**

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: 0000330 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02753/2017

Demandante: AUTOCARES VIDAL, S.L.

Procurador: DÑA. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

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 cinco de mayo de dos mil veintidós.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 330/17, interpuesto por la procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro en nombre y representación de **AUTOCARES VIDAL, S.L.** (en adelante, "VIDAL"), contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 9 de marzo de 2017, recaída en el expediente NUM000 , *Transporte Balear de Viajeros*. 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 por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso-Administrativo y en consecuencia (i) anule la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017 en el Expediente NUM000 - TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS y, (ii) de manera subsidiaria, se declare la disconformidad a Derecho de la sanción de cincuenta y seis mil ochenta y cuatro Euros (56.084 Euros) impuesta a Vidal y, en consecuencia, anule la sanción, no imponiendo multa alguna o sustituyéndola por una sanción que cumpla con el principio de proporcionalidad.

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: Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, 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 23 de febrero del año en curso.

CUARTO: Por providencia de 11 de marzo de 2022, a la vista de las alegaciones efectuadas por los recurrentes en los PO 324/2017, 343/2017, 352/2017 y 362/2017 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LJCA, la Sala acordó oír a las partes para que en el plazo común de 10 días efectuaran alegaciones en relación con la definición del mercado geográfico constitutivo de la infracción única y continuada imputada por la CNMC en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares, dejando en suspenso el plazo para dictar sentencia.

QUINTO: En cumplimiento del trámite conferido, la representación procesal de la parte recurrente y el Abogado del Estado presentaron escrito de alegaciones el 28 de marzo siguiente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 9 de marzo de 2017 (la Resolución), recaída en el expediente NUM000 , *Transporte Balear de Viajeros*.

Dicha resolución acuerda:

" 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 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:

20. AUTOCARES VIDAL, S.L., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde 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. (...)

6. Imponer a los autores responsables de la primera conducta infractora las siguientes multas:

(...)

19. AUTOCARES VIDAL, S.L., 56.084 euros.



(...)

NOVENO. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

SEGUNDO: La resolución recurrida, tras recoger los hitos procedimentales que culminaron con el dictado de la resolución recurrida, identifica a las partes interesadas y, entre ellas, a la ahora recurrente, señalando que:

"AUTOCARES VIDAL, S.L. tiene su domicilio social en Es Migjorn Gran (Menorca). Cuenta con 11 empleados y su denominación antigua es FRANCISCO VIDAL E HIJOS S.L. Su importe de cifra de negocios en 2014, según el Registro Mercantil, fue de 964.286€66, facturando 150.481,75€ por el servicio de transporte escolar gestionado por la Consejería de Educación Balear".

A continuación, la resolución recurrida recoge el marco normativo del sector de transporte de viajeros por carretera, que califica de actividad de interés público regulada por el Reglamento 1998/11/CE, de 11 de diciembre, que modifica el Reglamento (CEE) 684/92, y el artículo 2 del Reglamento 2007/1370/CE, de 23 de octubre, de Servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, que se aplica a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros medios ferroviarios y por carretera. Por lo que se refiere a España, recuerda que el transporte terrestre se regula por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), modificada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT), completada por la Orden FOM/1230/2013, de 31 de mayo, por la que se establecen normas de control en relación con los transportes públicos de viajeros por carretera.

Explica que, de acuerdo con ese marco normativo, los transportes terrestres por carretera se clasifican, por razón de su objeto, en transporte de viajeros y sus equipajes en vehículos acondicionados a tal fin, y de mercancías; y según su naturaleza, en públicos y privados. Recuerda que son transportes públicos aquéllos que se llevan a cabo por cuenta ajena a cambio de una retribución económica. Que son transportes privados aquéllos que se llevan a cabo por cuenta propia para satisfacer necesidades particulares, o como complemento a otra actividad realizada por una empresa o establecimiento del mismo sujeto y que, por razones de interés público y seguridad vial, la prestación del transporte público de viajeros por carretera está sujeto a autorización administrativa, estableciendo el artículo 22 de la LOTT que es necesario obtener previamente una licencia o autorización de transporte público que habilite para la realización de esta clase de transporte.

Añade que, dentro del transporte público de viajeros por carretera, de acuerdo con el artículo 64 de la LOTT, se distingue entre el transporte regular, que se efectúa dentro de itinerarios preestablecidos y con sujeción a calendarios y horarios prefijados (líneas regulares de autobuses), y el transporte discrecional, que se lleva a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido y que, de acuerdo con el artículo 67 de la LOTT, teniendo en cuenta su utilización, el transporte público regular de viajeros puede ser: (i) de uso general, dirigido a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado (líneas regulares de autobús sujetas, por lo general, a concesión pública) y que tienen, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 71 de la LOTT el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración Pública, cuya prestación se llevará a cabo por la empresa a la que la Administración adjudique el correspondiente contrato de gestión de servicio público, debiendo el adjudicatario ser titular de la autorización de transporte público de viajeros, regulada en el artículo 42 de la LOTT y, (ii) de uso especial, destinado a servir a un grupo específico de usuarios, como escolares, trabajadores, militares o grupos homogéneos similares de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 de la LOTT, que únicamente podrán prestarse cuando se cuente además con una autorización especial que habilite para ello, otorgada por la Administración a una persona, física o jurídica, que previamente sea titular de la de transporte público de viajeros regulada en el artículo 42 de la LOTT.

Por lo demás refiere que, de acuerdo con el artículo 148.1.5ª de la CE y la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transportes por carretera y por cable, la competencia en materia de transporte terrestre fue traspasada a las CC.AA y añade que la normativa estatal que regula el servicio público de transporte escolar atribuye a las Administraciones educativas la competencia para contratar dicho servicio con el fin de garantizar el acceso a la enseñanza Primaria y Secundaria obligatoria, promoviendo programas de transporte escolar, que será gratuito para los alumnos que deban ser escolarizados en centros públicos ubicados en una localidad distinta a la del domicilio familiar (artículo 110 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) y que para garantizar dicha prestación, se dota a las Administraciones Públicas de competencias para convocar licitaciones para su cobertura, que se regirán por las normas de contratación pública, por las normas específicas de educación para el transporte de escolares, vinculadas a su condición de servicio público y a la obligación de las Administraciones Públicas de velar por su prestación, y por las de traspaso de competencias a las CC.A. en



materia de contratación pública, transporte terrestre y educación, enumerando, a continuación, la normativa aplicable a las licitaciones públicas del servicio de transporte escolar en centros públicos en las Illes Balears, así como la normativa que rige el transporte público de viajeros de uso regular.

Responde del transporte discrecional de viajeros, explica la resolución recurrida que se contrata de forma bilateral entre el usuario (ya sea particular, agencia de viaje o tour-operadora) y la empresa transportista. Señala que las empresas de transporte disponen de un listado de tarifas de sus servicios que remiten a sus clientes pero que no resulta infrecuente que las empresas de transporte, para atender demandas de servicio, soliciten la colaboración a otra empresa, formalizando dicha colaboración mediante acuerdo verbal o contrato escrito, que denominan de "transporte" o "de colaboración" y que, de acuerdo con la información aportada en contestación a los requerimientos realizados a empresas del sector en las Illes Balears, ésta fue una práctica común entre las empresas hasta la reforma de la LOTT en 2013. A estos efectos recoge que, hasta el 25 de julio de 2013 el régimen de colaboración para el transporte discrecional estuvo regulado por el artículo 97 de la LOTT pero que tras la citada reforma, este régimen ha sido suprimido para el transporte discrecional, al haberse eliminado toda referencia a la colaboración entre transportistas para la realización de transportes públicos discretos, incluso para los casos en que existieran picos de demanda que excedieran la propia capacidad de la empresa de transporte, de manera que, la única referencia a la posible colaboración en el transporte de viajeros se contiene desde entonces en el vigente artículo 54.1 de la LOTT, precepto que ciñe la colaboración a los supuestos contemplados en los artículos 76 y 89.2, relativos al transporte público de viajeros *regular* de uso general y especial, respectivamente.

En relación con el mercado afectado, se recoge que las prácticas investigadas afectan a distintos segmentos del transporte de viajeros por carretera, en concreto: 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 la prestación del servicio de transporte discrecional, incluyendo excursiones, visitas y traslados de turistas y viajeros en la isla de Mallorca.

Expone que la prestación del servicio de transporte público regular de uso general por las líneas regulares de autobuses en la isla de Mallorca, funciona en régimen de concesión pública y las vigentes concesiones licitadas en 2010 vieron prorrogado su plazo concesional, que vencía el 1 de agosto de 2016, hasta el 31 de diciembre de 2018, fecha a partir de la cual todas las líneas regulares de autobuses deberán obligatoriamente salir nuevamente a concurso¹⁴². Por 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, precisa que 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.

Añade que las prácticas investigadas también afectarían la prestación del servicio de transporte discrecional, concretamente al de turistas y viajeros en excursiones y traslados en la isla de Mallorca, íntimamente ligado al sector turístico en las Illes Balears, con casi 16,4 millones de visitantes en 2015, de los cuales 11,8 millones fueron recibidos en la isla de Mallorca.

El mercado geográfico afectado por las conductas sancionadas en relación con el transporte escolar, se sitúa en el conjunto de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en concreto, el territorio de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera.

Tras ello, se recogen y detallan los datos relativos a la oferta y a la demanda del mercado afectado.

Se consigna que los "Hechos Probados" se fundamentan en la información aportada por la empresa solicitante de exención, AUTOCARES ALCAS, S.L., la recabada en las inspecciones llevadas a cabo simultáneamente por el órgano de instrucción en los domicilios sociales de FEBT, TRANSACOBO, TRANSUNIÓN y ROIG BUS en abril de 2014 y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a empresas y asociaciones del sector -entre ellas, las incoadas-, la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares y la Agrupación Empresarial del Servicio Regular de Viajeros de Baleares de la FEBT, la Agrupación Empresarial de Agencias de Viaje de Baleares (AVIBA), la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento, el Consorcio de Transportes de Mallorca y las Consejerías de Educación, Cultura y Universidades, y de Territorio, Energía y Movilidad del Gobierno Balear.

Se añade que la información aportada por la empresa solicitante de exención daba cuenta del reparto de las rutas escolares ofertadas mediante licitación pública por la Consejería de Educación balear en 2013, y la información recabada en las inspecciones ha corroborado la existencia de un cártel del que forman parte 35 empresas incoadas AUTOBUSES SAN ANTONIO, AUTOCARES ADROVER, AUTOCARES



ALCAS, AUTOCARES ALORDA, AUTOCARES ARBOTOUR, AUTOCARES CALDENTEY, AUTOCARES ESTELRICH, AUTOCARES GARFRA, AUTOCARES LEVANTE, AUTOCARES LLULL, AUTOCARES LUCAS COSTA, AUTOCARES MALLORCA, AUTOCARES NORTE, AUTOCARES PAYA, AUTOCARES PUERTO POLLENSA, AUTOCARES PUJOL PALMER, AUTOCARES R. NADAL, AUTOCARES ROCA, AUTOCARES VIDAL, AUTOLÍNEAS MALLORCA, AUTOS VICENS, BOHIGAS CARS, BUS NORT BALEAR, CLASS LABOUR, COMERCIAL I TRANSPORTS LLORET, HEREDEROS DE FCO.VILAS, IBIZATOURS, JOSE CANOVAS AUTOCARES, M.M. ROMERÍAS, ROIG BUS, TORRES ALLES AUTOCARES, TRANSACOBO, TRANSUNIÓ, ULTRAMAR y VORAMAR EL GAUCHO, y el empresario autónomo D. Primitivo que opera con el nombre comercial AUTOCARES EMILIO SECO, con el conocimiento y participación de la FEBT, consistente en el reparto de los lotes (rutas escolares) de las licitaciones convocadas por dicha Consejería mediante el procedimiento de concurso público para la prestación de los servicios de transporte regular de uso especial (escolar) en las Illes Balears, habiéndose repartido los lotes de las licitaciones convocadas en 2005 y 2013, estando aún vigentes éstas últimas, así como la fijación de precios mínimos del servicio de transporte escolar a centros públicos en el curso escolar 2004/2005, que se licitó por la Consejería de Educación mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

Además, se afirma que, más allá de la información aportada por el solicitante de clemencia, la información recabada en las inspecciones y las contestaciones a los requerimientos realizados al CTM y a las Consejerías de Educación, Cultura y Universidades, y de Territorio, Energía y Movilidad Balear, han permitido tener conocimiento, de las siguientes actuaciones de las Empresas sancionadas:

- Recomendación y difusión por la FEBT de las tarifas adoptadas por la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares de la FEBT, y la Agrupación Empresarial de Agencias de Viajes de Baleares (en adelante, AVIBA) en el transporte discrecional en la isla de Mallorca, diferenciando las tarifas en función de cinco zonas territoriales con mayor afluencia de turistas, las denominadas "Tarifas de referencia para los servicios de transporte público discrecional de viajes en autocar", desde 1977 hasta 2011. Se explica que estas tarifas y también sus incrementos se recogían en documentos formales, con membrete de la FEBT, firmados de forma conjunta por la citada Asociación, integrada en la FEBT, y AVIBA187.

- Contratos bilaterales entre las principales empresas de transporte discrecional en Mallorca con el fin de repartirse el mercado del transporte discrecional de viajeros en dicha isla (de ULTRAMAR con AUTOCARES LEVANTE, AUTOCARES PUJOL PALMER, ROIG BUS y TRANSACOBO, y de TRANSUNIÓ también con AUTOCARES PUJOL PALMER, ROIG BUS, TRANSACOBO, AUTOCARES PUERTO POLLENSA y a través de VIAJES SAN FRANCISCO, con ULTRAMAR), en función de la zona de la isla o el cliente demandante del servicio, desde al menos febrero de 2007, estando varios de dichos contratos aún vigentes en 2016.

Por lo demás, se precisa que estas infracciones se realizan en diferentes segmentos del transporte de viajeros (regular de uso especial -escolar- y discrecional), con diferente ámbito territorial (las Illes Balears o sólo Mallorca) y temporal (desde 2004 la conducta relativa al transporte escolar; de 1977 a 2011 la recomendación de precios realizada por la FEBT y desde 2008 los acuerdos bilaterales en relación con el transporte discrecional), teniendo diferentes coordenadas espaciotemporales y utilizando distintos métodos y con diferente finalidad, sin que exista un plan común que permitiese la consideración de dichas prácticas como una infracción única y continuada, sin perjuicio de que algunas de las incoadas hayan participado en más de una de estas infracciones.

Después de recoger los elementos probatorios que acreditarían las infracciones sancionadas la Sala de Competencia constata que el expediente contiene suficientes evidencias y elementos probatorios para acreditar la efectiva comisión de las conductas que se imputan, evidencias que incluyen la información recabada a lo largo de la instrucción, la aportada a resultados de los diversos requerimientos de información formulados por la DC, particularmente la información procedente de la Consejería de Educación Balear y la facilitada por la empresa solicitante de la exención del pago de la multa.

En concreto, se concluye que ha quedado acreditada 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, así como 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, vulnerando así el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC. Que ha quedado probado que las entidades participantes en el cártel defendieron sus intereses colectivos presionando incluso, mediante el boicot, a la Administración balear competente con no prestar el servicio público de transporte escolar y, tras haber conseguido la revisión de los precios máximos de licitación de 2005, acordaron el reparto de las rutas escolares ofertadas en tal licitación y la subsiguiente de 2013 y que las empresas participantes en este cártel acordaron participar en las licitaciones de tal forma que se facilitara la adjudicación de las licitaciones

a las empresas previamente designadas por el cártel, generalmente a través de la técnica de no presentar ofertas las restante empresas o bien presentando ofertas intencionadamente más altas que la de la empresa acordada por el cártel como adjudicataria. Para ello contaron con la colaboración de la FEBT, de modo que las ofertas presentadas eran conocidas previamente por las entidades integrantes del cártel y la FEBT realizaba una labor de seguimiento y control del cumplimiento en cuanto a su contenido y que como se recogió en el apartado relativo a Hechos Acreditados, consta que la FEBT presentó ante la Consejería las ofertas (sobres nº 1 y/o sobres nº 2) de 19 empresas: AUTOCARES ESTELRICH, AUTOCARES PUERTO POLLENSA, BOHIGAS CARS, AUTOCARES CALDENTEY, AUTOLÍNEAS MALLORCA, ROIG BUS, AUTOCARES ARBOTOUR, AUTOCARES ROCA, COMERCIAL I TRANSPORTS LLORET, CLASS LABOUR, TRANSUNIÓN, AUTOS VICENS, AUTOCARES MALLORCA, M.M. ROMERÍAS, AUTOCARES ALORDA, AUTOCARES PUJOL PALMER, AUTOCARES GARFRA, JOSE CANOVAS AUTOCARES y Primitivo .

Añade que ha quedado acreditado que las sancionadas acordaron un plan común que limitaba su política comercial individual, al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado, concretamente en su participación en las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación balear. Además del acuerdo de reparto de licitaciones públicas, realizaron con posterioridad actuaciones para su ejecución y mantenimiento, con la colaboración de la FEBT. Ello permitió que prácticamente la totalidad de las ofertas presentadas tanto en la licitación de 2005 como en la siguiente de 2013 fueran ofertas únicas al precio máximo de licitación y en gran medida, las rutas escolares fueran adjudicadas a las mismas empresas en ambas licitaciones.

Por lo demás, la Dirección de Competencia resuelve que ha quedado probada la recomendación y difusión por parte de la FEBT de las tarifas adoptadas por la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares de la FEBT y AVIBA para el transporte discrecional aplicables cada temporada en función de las diferentes zonas territoriales de la isla de Mallorca, durante los años 1977 a 2011. Expone que el detallado contenido y el alcance de las "tarifas de referencia" (zonas, trayectos, tipos de excursión o traslado, duración y número de plazas), como se ha recogido en el apartado a Hechos Acreditados, permite concluir que la conducta de la FEBT no se ceñía a comunicar una determinada información, sino que contenía pautas de homogeneización de comportamiento dirigido a sus asociadas, en relación con las tarifas aplicables al transporte discrecional de viajeros en la isla de Mallorca, por zonas, temporada turística y tipo de excursión y que esta conducta constituye una recomendación colectiva de precios que resulta contraria a los artículos 1 de las leyes 110/1963, 16/1989 y LDC 2007, en tanto que se realiza en detrimento de la independencia de comportamiento y debida libertad y autonomía de acción de sus asociados.

Para terminar, entiende también acreditada la existencia de acuerdos particulares entre determinadas empresas de servicios de transporte discrecional de pasajeros en la isla de Mallorca, y con fuerte presencia en determinadas zonas de la misma que se reparten, en muchas ocasiones "en exclusiva", la totalidad de los servicios de transporte discrecional demandados por un determinado cliente respecto de específicas zonas de la isla de Mallorca en un periodo de tiempo, a veces plurianual, y estableciendo una compensación económica por la diferencia de producción entre ellos, sin que dichos contratos respondan a una necesidad puntual, coyuntural o excepcional de la demanda que no pueda ser prestada con medios propios, como se contemplaba hasta julio de 2013 en el artículo 97 de la LOTT311.

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

1- La resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia de VIDAL, dado que se le sanciona sin base probatoria alguna.

2- Subsidiariamente, la resolución no acredita que VIDAL haya sido parte en una infracción única y continuada. Una supuesta participación de VIDAL en el supuesto cártel (*quod non*) únicamente podría acreditarse en relación con la licitación de 2013. infracción del artículo 25 CE y el artículo 130.1 de la ley 30/1992 (artículo 28.1 ley 40/2015).

3- La resolución vulnera el principio de igualdad ante la ley, al discriminar a VIDAL frente a otras empresas parte del expediente, infringiendo el artículo 14 CE.

4- Caducidad del expediente.

5- Subsidiariamente, la multa impuesta a VIDAL es desproporcionada y ha de ser reducida. Infracción del artículo 131 de la ley 30/1992 (artículo 29 de la ley 40/2015).

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación

CUARTO: Es ta Sala considera que, con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas por la recurrente, debe examinar la tesis planteada de oficio al amparo de lo previsto en el artículo 33.2 de la LJCA, una

vez vistas las alegaciones efectuadas por algunas de las empresas sancionadas en sus respectivos escritos de demanda. Y por ello acordó dar traslado a las partes para que manifestaran si, a su juicio, la CNMC había definido de forma correcta el mercado geográfico afectado por las conductas imputadas, pero exclusivamente en relación con las empresas de transporte regular de uso especial (transporte escolar balear), en cuanto que fijó, como tal, el territorio de las Illes Balears. Se dejó fuera de ese trámite a las conductas que la CNMC había imputado a las empresas que ejercían su actividad en el servicio de transporte discrecional de viajeros porque, en relación con ese servicio, entendíamos que era correcta la definición del mercado geográfico limitado a la isla de Mallorca tal como se decía en la resolución impugnada: *"Las prácticas investigadas también afectarían a la prestación del servicio de transporte discrecional, concretamente al de turistas y viajeros en excursiones y traslados en la isla de Mallorca, íntimamente ligado al sector turístico en las Illes Balears"*.

En respuesta a dicho traslado la parte recurrente ha alegado que el mercado geográfico relevante se encuentra mal definido en la resolución. Explica que se basa aparentemente en que las licitaciones de lotes para el servicio de transporte escolar (transporte regular especial) se convocan por la Consejería de Educación y Universidad del Gobierno Balear para el conjunto del territorio autonómico, dado que la materia de educación es de competencia autonómica y no local. Añade que, en este caso, resulta obvio de que la dimensión geográfica del mercado es insular es que una empresa de transporte radicada, por ejemplo, en Menorca (como es el caso de Vidal) solamente prestará servicios en dicha isla y que VIDAL ya puso de manifiesto en su demanda que las empresas de transporte compiten a nivel insular ya que una empresa situada en una isla (Menorca en el caso de Vidal) no podrá competir en otra de las Islas Baleares sin contar con la infraestructura necesaria (una base de operaciones y flota de autocares). En consecuencia, carecería de sentido un acuerdo anticompetitivo entre empresas que operan en islas distintas.

El Abogado del Estado defiende la definición del mercado geográfico que se realiza en la resolución recurrida y concluye que no existen razones para que su indefinición pueda conducir a la nulidad de la sanción impuesta y ello porque: (i) La delimitación exacta del mercado no es imprescindible a fin de acreditar una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC porque, a su juicio, no constituye un elemento del tipo de la infracción cuando los acuerdos son anticompetitivos por el objeto. Y se apoya en la Sentencia dictada por el Tribunal General en fecha 28 de junio de 2016 (Asunto T-208/13); (ii) Que no puede delimitarse un mercado geográfico distinto para cada una de las empresas participantes en el cártel en función de las áreas concretas a las que cada una de ellas se circunscriba su actividad.

QUINTO: Nos centraremos, por tanto, exclusivamente en la determinación del mercado geográfico del servicio del transporte de viajeros regular de uso especial (transporte escolar).

La resolución impugnada cuando se refiere al mercado geográfico afectado lo condiciona al proceso de licitación al decir: *"Por 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.(...) En este caso, el 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..."*.

La CNMC señala, según la conducta colusoria imputada, como mercado geográfico afectado el correspondiente a las Illes Balears, mientras que, en otras, divide el mercado geográfico en función de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera.

No se discute que la recurrente, tiene su domicilio social en Es Migjorn Gran (Menorca) y que su actividad en el transporte discrecional de viajeros se centra en la isla de Menorca, que constituye su ámbito geográfico exclusivo

No compartimos la alegación del Abogado del Estado cuando expone que no es esencial la determinación del mercado geográfico afectado por las conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la LDC. Al contrario, entendemos que en el ámbito del derecho de la competencia es imprescindible la determinación de cuál es el mercado de referencia, tanto del producto como del área geográfica, para poder así concluir que las empresas están en un mismo mercado y son, por tanto, competidoras que pueden verse afectadas por un determinado comportamiento.



Por mercado geográfico de referencia debemos entender aquella zona en la que las condiciones objetivas de competencia del producto de que se trata son homogéneas para todos los operadores. Esto no implica que las condiciones de competencia deban ser iguales en todo el mercado geográfico según haya sido definido; basta que las eventuales diferencias no sean susceptibles de obstaculizar el acceso a determinadas partes de ese mercado a las empresas que operan en las distintas áreas del mismo. Y no se puede confundir la definición geográfica del mercado afectado por la resolución sancionadora, que afecta directamente a 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. Y, frente al criterio que mantiene el Abogado del Estado, la definición del mercado si es un elemento esencial en la determinación de la conducta anticompetitiva imputada en cuanto permite determinar cuál es el poder en el mercado con independencia de cuál sea la naturaleza de la infracción anticompetitiva imputada bien por el objeto, o bien por sus efectos.

A la relevancia del mercado se ha referido también la jurisprudencia comunitaria, entre otras, la STJUE de 30 de enero de 2020, asunto C-307/18, en la que se dice: *"La 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 Continental/Comisión, 27/76, EU:C:1978:22, apartados 10 y 11)"*, e implica que en el mercado de referencia *"pueda 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)"*.

Igualmente, la importancia de la definición del mercado ya se destacaba 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 *"determinar y definir los límites de la competencia entre empresas"*, lo que *"tiene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia"*.

Re cordaba la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento nº 17 y 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 *"la 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.

Asimismo, destacamos la STJ de 1 de julio de 2008, C-49/07, en cuanto que definió el mercado geográfico *"como 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)"*.

Y 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 *"análisis 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 "barreras 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 nº 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: En el mismo sentido, el artículo 62.4 de la LDC considera 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". Y la disposición adicional cuarta punto 2 de esta misma Ley añade 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".

Podemos así concluir, conjugando ambos preceptos, 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 pues 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, Adriática di Navigazione SpA c. Comisión señalaba que "un error en la atribución de responsabilidades puede tener origen en una definición insuficiente y confusa del mercado de referencia".

Como hemos visto, el análisis del mercado debe hacerse de manera pormenorizada y en cada caso concreto. En el supuesto que nos ocupa, la CNMC ha definido el mercado afectado como el de "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" que fue objeto de dos licitaciones por la Consejería en los años 2005 y 2013, y precisa que "el mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación abarca al conjunto de la 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 contradicción puesto que extiende el área geográfica al territorio de 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, como es el caso, puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción insular de cada territorio lo hace imposible; al menos, la resolución sancionadora no ha explicado ni motivado como puede incluirse en el mercado geográfico de las Illes Balears el servicio de transporte regular escolar prestado en cada una de las islas que forman las Illes Balears cuando 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 *"el 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"* y 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 y 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: En definitiva, sin necesidad de entrar a examinar los concretos motivos de impugnación aducidos en la demanda, esta Sala acuerda la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por AUTOCARES VIDAL dada la incorrecta definición que del mercado geográfico ha efectuado la CNMC que, sin más precisión, lo ha fijado en el de las Illes Balears. Esa incorrecta definición repercute en la conducta y en la participación de la entidad aquí recurrente toda vez que, resulta incontrovertido que la actora solo prestaba servicios en la isla de Menorca y ello determina que sea difícil considerarla como empresa competidora de las empresas de transporte escolar que realizan su actividad en otras islas en las que, dada la insularidad, no se comprende, o al menos, la CNMC no lo ha explicado así en la resolución impugnada, en qué medida pueden considerarse competidoras las empresas de transporte escolar que realizan exclusivamente rutas escolares en una de las islas como para poder calificar la conducta del reparto del mercado y de las rutas escolares de las Illes Balears como anticompetitiva y constitutiva de una infracción única y continuada que implica un plan global concertado entre empresarios que, en un principio, es difícil que puedan ser competidores dado que la actividad que desarrollan se realiza en lugares geográficos concretos lo que, dadas las peculiaridades del mercado geográfico afectado, era exigible a la CNMC una mayor explicación de la conexión entre todas las empresas incluidas en un mismo cártel.

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

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 la procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro en nombre y representación de **AUTOCARES VIDAL, S.L.** (en adelante, "VIDAL"), contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 9 de marzo de 2017, recaída en el expediente S/DC/0512/14, *Transporte Balear de Viajeros*, a efectos de anular la sanción impuesta a la recurrente por su participación en la infracción única y continuada en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares, con imposición de costas a la parte 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.