



Roj: **SAN 2158/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2158**

Id Cendoj: **28079230062022100256**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/05/2022**

Nº de Recurso: **336/2017**

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: 0000336 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02772/2017

Demandante: Don Raimundo

Procurador: TRANSACOBOS.L.

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 336/17, interpuesto por el procurador Don Raimundo , en nombre y representación de la mercantil **TRANSACOBOS.L.**, 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:

"1. Se declare la nulidad el mismo por vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio prevista en el art. 18.2 de la constitución.

2. Se declare la inexistencia de infracción constitutiva de cártel 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; y, para el caso de que no se aprecie dicha inexistencia, se declare la no participación de mi principal en el mismo; y subsidiariamente se le aplique a mi representada la atenuante del art. 64.3.b).

3. Se declare la inexistencia de acuerdos para el reparto de mercado de transporte discrecional de Mallorca y, para el caso de que no se aprecie dicha inexistencia, se declare la no participación de mi principal en ellos.

4. Se declare la prescripción de cualquier infracción relativa al contrato con ULTRAMAR de 1 de abril de 2009; así como que la inclusión en el expediente del contrato entre TRANSACOBOS S.L. y ULTRAMAR EXPRESS de 21 de marzo de 2016 es nula de pleno derecho, y subsidiariamente anulable; con las consecuencias naturales a dicha declaración.

5. Se declare la nulidad de la determinación del importe de las sanciones, por vulneración de la reserva legal en materia sancionadora (art. 25 CE) e infracción del art. 64 de la LDC y del principio de proporcionalidad.

6. Se condene en costas a la Administración demandada".

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

TERCERO. - 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 20221, 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 25 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:

34. TRANSACOBO, S.L., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cartel del transporte escolar en las illes Balears al menos desde octubre de 2004, estando aún vigentes los efectos de dicho cartel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017. Además, por el acuerdo con ULTRAMAR para repartirse el transporte discrecional en las zonas de Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021 y por el acuerdo con TRANSUNION para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013.

TERCERO. - De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de dicha conducta infractora de la competencia a las siguientes entidades:

(...)

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

(...)

32. TRANSACOBO, S.L., 582.459 euros,

QUINTO. - Imponer a las autoras responsables de la tercera conducta infractora la siguiente multa: (...)

5. TRANSACOBO, S.L., 477.616 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, ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, S.L.U. (ULTRAMAR), señalando que:

"37. TRANSACOBO, S.L. (TRANSACOBO) tiene su domicilio en Son Castello, Palmade Mallorca. Se constituyó en 2003, como consecuencia del proceso de escisión y extinción de Autocares Comas, S.A.

Su objeto social es la compraventa, arrendamiento, explotación y cesión de autocares de turismo, autobuses, microbuses y cualquier otro vehículo móvil destinado al transporte de viajeros tanto de servicio público como privado. Las actividades principalmente desarrolladas por TRANSACOBO son el transporte discrecional (servicios de traslados a aeropuertos y hoteles, excursiones programadas), el transporte regular de uso especial (rutas escolares), siendo adjudicataria de varios contratos de la Consejería de Educación Balear, y el transporte regular (siendo titular de la concesión de la línea Puigpunyent-Palma IB28, tras la adquisición de AUTOCARES CARBONELL, S.A. el 23 de diciembre de 2004). Es miembro de la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros por carretera de Baleares desde el 17 de agosto de 1977 como Autocares Comas y desde el 1 de enero de 2004 como TRANSACOBO, ocupando su gerente el cargo de secretario de 2006 a 2010 y de Vicepresidente de 2010 a 2014. El importe de la cifra de negocios de TRANSACOBO en 2014 fue de 10.335.559€".

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: son transportes públicos aquéllos que se



llevan a cabo por cuenta ajena a cambio de una retribución económica. Recuerda 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.

TERCERO. - Respecto 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 discretionales, 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 concurso 142. 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 CALDENTHEY, 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, TRANSUNIÓN, ULTRAMAR y VORAMAR EL GAUCHO, y el empresario autónomo D. Héctor 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 TRANSUNIÓN 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 resultas 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 Héctor .

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.

CUARTO. - Disconforme con la resolución recurrida, la parte recurrente opone frente a la misma los siguientes motivos de impugnación:

- 1- Caducidad del expediente sancionador.
- 2- Vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio prevista en el art. 18.2 de la constitución.
- 3- Inexistencia del llamado cartel de transporte escolar en la licitación de 2005 y en la licitación de 2013
- 4- Los contratos de intermediación de servicios de transporte discrecional no son contrarios al art. 1 de la LDC.
- 5- Prescripción de la infracción relativa al contrato con ultramar de 1 de abril de 2009.
- 6- La inclusión en el expediente del contrato con Ultramar Express de 21 de marzo de 2016 es nula de pleno derecho
- 7- Vulneración de la reserva legal en materia sancionadora. Infracción del art. 64 de la LDC y del principio de proporcionalidad tanto respecto del al cártel del transporte escolar en las Islas Baleares como de la infracción referida al transporte discrecional porque es imposible saber por qué motivo se fija en el 3,30% y no en cualquier otra cifra la valoración global de la sanción correspondiente a esta presunta infracción, nos encontramos con los mismos defectos que hemos indicado al referirnos a la anterior infracción.

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación

QUINTO.- Expuestos, en apretada síntesis los términos del debate, la Sala, a la vista de las alegaciones efectuadas por las empresas sancionadas en el mismo cártel, recurrentes en los PO 324/2017, 343/2017, 352/2017 y 362/2017, que cuestionaban la definición geográfica del mercado afectado, acordó oír a las partes para que en el plazo común de 10 días efectuaran las alegaciones que tuvieran por conveniente 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.

En respuesta a dicho traslado la parte recurrente ha presentado reiterando las incongruencias acerca de la fijación del ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, cuando es obvio (por el propio reconocimiento de la Administración y la CNMC) que dicho ámbito no se utilizó en los concursos, "*dado que ningún transportista podría optar a su adjudicación*".

Añade que el concepto de infracción única exige que todas y cada una de las empresas sancionadas participen de ese "plan conjunto" al que se refiere el TJUE en la sentencia de 24 de junio de 2015 (TJCE 2015, 247) y que no se ha explicado por la CNMC cómo es posible que TRANSACOBO pueda concertarse con empresas con las que no solo no ha mantenido relación alguna, sino que, además, no podía tenerla dado el ámbito geográfico de actuación. Que no puede haber un plan global de reparto de un mercado en el que no actúa, pues nada ha tenido nunca que ver con la isla de Ibiza ni con la de Menorca, y menos todavía con la de Formentera (aunque solo sea porque allí no hay transporte escolar). Y que por todo ello no hay infracción única y continuada por lo que se refiere al transporte escolar de viajeros.

SEXTO. - Expuestos, en apretada síntesis los términos del debate, la Sala, a la vista de las alegaciones efectuadas por las empresas sancionadas en el mismo cártel, recurrentes en los PO 324/2017, 343/2017, 352/2017 y 362/2017, que cuestionaban la definición geográfica del mercado afectado, acordó oír a las partes para que en el plazo común de 10 días efectuaran las alegaciones que tuvieran por conveniente 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.

En respuesta a dicho traslado la parte recurrente reitera que no se dedica al transporte escolar y que presta servicios de transporte discrecional, y concretamente, de transporte turístico y que, por ello, su facturación en transporte escolar es nula en todo el periodo investigado.

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.

SÉPTIMO. - 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.

Por lo demás, no se discute que TRANSACOBLO SL. tiene su domicilio en Son Castello, Palma de Mallorca y que las actividades principalmente desarrolladas por ella son el transporte discrecional (servicios de traslados a aeropuertos y hoteles, excursiones programadas), el transporte regular de uso especial (rutas escolares).

OCTAVO. - 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 aíslan 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. [...]».

NOVENO.- 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.

De lo dicho se desprende que la incorrecta definición del mercado geográfico en el que se proyecta la infracción única y continuada imputada a la recurrente, en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares, 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 en relación con la citada infracción.

DÉCIMO. - Examinaremos, a continuación, la 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, por la que también ha sido sancionada la entidad recurrente y con carácter previo daremos respuesta a los motivos de impugnación que denuncian la caducidad del procedimiento sancionador y la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio con motivo de la inspección realizada en la sede de la recurrente.

Pues bien, por cuanto se refiere a la caducidad del expediente sancionador, recuerda la parte recurrente que el acuerdo de iniciación del expediente sancionador se dicta el 26 de agosto de 2015, disponiendo de un plazo de 18 meses para su resolución; que el 2 de febrero de 2017 se acordó la suspensión del plazo para resolver el expediente por plazo de quince días, por lo que el plazo para resolver, de acuerdo con las fechas expuestas, finalizaba el 13 de marzo de 2017, que la Resolución sancionadora está compuesta por el texto aprobado por mayoría del Consejo y por un voto particular, que se emite el 14 de marzo y se notifica el 15 de marzo, aunque se hizo llegar con anterioridad a los sancionados exclusivamente la parte aprobada por mayoría el mismo, y que no es hasta que, con registro de salida de 15 de marzo, se emite la notificación del voto particular que lleva firma del 14 de marzo.

Argumenta que los votos particulares forman por naturaleza jurídica un todo indisoluble con la resolución mayoritaria, y que la notificación de la resolución de un procedimiento no está completa si no está incorporada al texto de la misma el voto discrepante y que por ello, a su juicio, no se resuelve el expediente de autos, sino hasta que se produce la incorporación a la resolución mayoritaria del texto del voto particular.

Consecuentemente con cuanto antecede, concluye que, teniendo en cuenta la fecha de notificación de la resolución con el voto particular, debe apreciarse la caducidad del procedimiento sancionador.

No podemos, sin embargo, estimar este motivo de impugnación a la vista del tenor literal del artículo 36.1 de la Ley 15/2007, según el cual *"El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente"*.

Es decir, el dies ad que de dicho plazo es el de notificación de la resolución sancionadora, cuya validez y eficacia no se ve afectada por el contenido de los posibles votos particulares que se formulen a la misma. En modo alguno puede computarse a los efectos de duración del procedimiento sancionador, y con relevancia sobre su eventual caducidad, el lapso transcurrido para la elaboración e incorporación de los votos particulares anunciados en la resolución sancionadora. Admitir otra cosa no solo resulta claramente contrario al tenor literal del precepto transcrito, sino que supondría que la posibilidad de declarar la caducidad quedase permanentemente abierta a expensas de la redacción de votos particulares.

UNDÉCIMO.- Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, denuncia la actora que la orden de investigación se refiere a un mercado (el del transporte discrecional) que nada tiene que ver con el concreto ámbito al que se ceñían los indicios disponibles tras la solicitud de clemencia (las licitaciones públicas de servicios de transporte regular escolar) y que la consecuencia de lo anterior es la nulidad de la incautación de los contratos de colaboración de transporte en las inspecciones de Roig Bus y Transunion, y, a su vez, de todos los actos de instrucción posteriores relativos a los contratos de colaboración entre empresas de transporte.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación, conviene poner de manifiesto que el 23 diciembre de 2013 la Dirección de Competencia (DC) recibió una solicitud de exención de pago de multa de AUTOCARES ALCAS, S.L., o, en su caso, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa, que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en un cártel 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.

Como consecuencia de ello, 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 TRANSACOBO, S.L. (TRANSACOBO), TRANSUNIÓN MALLORCA, S.L. (TRANSUNIÓN) y ROIG BUS, S.A. (ROIG BUS).



Para llevar a cabo dichas inspecciones se dictó la correspondiente Orden de Investigación el 9 de abril de 2014, en la que se consignaba lo siguiente:

"Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado del transporte discrecional de viajeros, consistentes en posibles acuerdos y/o prácticas concertadas para el reparto de las adjudicaciones de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como de reparto de clientes y de fijación de precios en el territorio de las Islas Baleares.

(...)

La CNMC dispone de información según la cual diversas empresas del sector y la Federación Empresarial Balear de Transportes (FEBT) habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas al adoptar acuerdos y/o prácticas concertadas cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios en la prestación del servicio de transporte discrecional de viajeros en el territorio de las Islas Baleares.

A la vista de lo anterior, el objeto de la presente inspección es verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de precios, así como cualquier otra conducta que pudiera restringir la competencia en el mercado de la prestación del servicio de transporte discrecional de viajeros en el territorio de las Islas Baleares. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica. (...).

Por lo demás, se solicitó la pertinente autorización judicial para proceder a la entrada, que en el caso de la ahora recurrente fue concedida por Auto 136/14, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca de 11 de abril de 2014.

Dicho lo anterior, debemos recordar la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, recurso núm. 3997/2019, en la que se afirma literalmente, que, dictado el auto de autorización de entrada por el Juez de lo Contencioso Administrativo competente, "cabe concluir (...) que esta resolución judicial es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE, sin que pueda apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado". Así las cosas, esta Sala anticipa que la Orden de Investigación de 9 de abril de 2014, ahora impugnada no ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la CE por cuanto la investigación y el registro domiciliario en la sede de la recurrente ha contado con el respaldo de una autorización judicial.

Corresponde ahora analizar si la Orden de Investigación respeta, en su contenido y forma, las exigencias previstas en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. El debate implica, por tanto, determinar cuál debe ser el alcance de la información que debe recogerse en la Orden de Investigación para justificar la entrada y registro domiciliario y evitar así una actuación arbitraria, discriminatoria y caprichosa de la Administración en la búsqueda de pruebas inculpatorias.

Para determinar cuál debe ser el contenido de la Orden de Investigación acudiremos a la jurisprudencia comunitaria en cuanto que ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T-339/04, señala que:

"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección.

59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios".



Esta Sala siguiendo la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA) sostiene que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador, de aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, señalando dicha sentencia en su párrafo 60 que: *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas"*. En igual sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *"El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)"*.

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (recurso casación nº 1062/2017 en la que se dice: *"Así pues, cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción"*.

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que, la Orden de Investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario fue consecuencia de una solicitud de clemencia por la que la CNMC tuvo conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia y, precisamente, se ordena el registro para comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador. Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los*



locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE , tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".

Pues bien, teniendo en cuenta que la Orden de Investigación impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenido por la DC en esa fase previa, ello nos lleva a concluir que se matiza y se relativiza la exigencia de una mayor concreción de los indicios que se tenían. Y, en el caso analizado, concluimos que si se han expuesto los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada de entrada y de registro domiciliario que garantiza el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Y ello porque, frente al criterio de la parte actora, entendemos que, si se concretan las prácticas, la operativa de la actuación y el momento temporal al que se refieren. Concretamente, en la Orden de Investigación se dice que *"el objeto de la inspección es verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC , consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de precios, así como cualquier otra conducta que pudiera restringir la competencia en el mercado de la prestación del servicio de transporte discrecional de viajeros en el territorio de las Islas Baleares. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica. (...)."*

Además, la Orden de Investigación circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas. Con ello la DC, limita su actuación objetiva a ese tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia (art. 2 y 3) y ni siquiera se remite a todo el contenido del artículo 1.1 de la LDC , sino que se limita exclusivamente a *"acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible"*, dejando al margen de la inspección numerosas conductas también previstas en el art. 1 como la limitación de la producción o la distribución, el control o limitación del desarrollo técnico o las inversiones, el reparto de las fuentes de aprovisionamiento, la aplicación en las condiciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, etc.

Asimismo, la Orden de Investigación hace referencia a un segmento del mercado de transporte terrestre de viajeros, que es el mercado relevante delimitado posteriormente en la resolución sancionadora. Por esta razón, discrepamos de la recurrente cuando afirma que la inspección se extralimitó al abarcar conductas en un mercado -el del transporte escolar- no cubierto por la autorización judicial, por cuanto que, como acabamos de explicar, no existe un mercado autónomo e independiente de transporte escolar.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: *"si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]"*.

Insistimos, por otra parte, en la consideración de que en la Orden de Investigación analizada, no se acuerda por la Dirección de Competencia la entrada y el registro domiciliario de forma caprichosa, indeterminada e injustificada sino que, al contrario, especifica que tiene conocimiento de determinada información en relación con la actuación de las recurrentes en un mercado de producto concreto en el que actúan, especificando, además, unas actuaciones concretas contrarias al artículo 1 de la LDC.

Así las cosas, en este caso, la Orden de Investigación permitía identificar a los recurrentes los elementos esenciales de la investigación que exigía la entrada y registro en su sede pues su contenido les permitía conocer el objeto y la finalidad de la inspección al especificar cuál era el mercado afectado en el que actuaban las recurrentes así como el ámbito material de actuación de las recurrentes - acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, y acuerdo de fijación de precios.

Por ello concluimos que la Orden de Investigación que exigía la entrada en la sede de las mercantiles recurrentes no vulnera la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria por cuanto apreciamos razonabilidad y proporcionalidad en la decisión de entrada y registro domiciliario acordada por la CNMC que impide apreciar arbitrariedad en su conducta. Y tampoco apreciamos la vulneración del derecho de defensa también invocado por la recurrente en cuanto que la Orden de Investigación cumple en cuanto a su contenido las exigencias previstas en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia.



Es claro entonces que las pruebas recabadas en esa inspección han de considerarse válidas una vez admitida la validez y eficacia de la actuación administrativa en relación con la habilitación para la entrada y registro y justificado, como está, que la práctica de este se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

DUODÉCIMO.- Por lo demás, se afirma en la demanda que los contratos de intermediación de servicios de transporte discrecional no son contrarios al art. 1 de la LDC. Precisa la recurrente que la cuestión nuclear de este punto es determinar si la normativa de transportes permite la subcontratación entre empresas de transporte discrecional de viajeros, o si se prefiere utilizar la terminología de la CNMC, entre empresas competidoras, ya que no es posible subarrendar a una empresa que no sea "competidora". Así las cosas, concluye, que si la normativa vigente permite ese sistema de contratación entre empresas de transporte (o competidoras en terminología de la CNMC), ninguna reprobación se puede hacer a las empresas que así contratan.

En esta línea de razonamiento defiende que la competencia sobre transporte terrestre, abarcado el discrecional de viajeros, en el ámbito de las Islas Baleares, de forma concurrente corresponde al Govern de les Illes Balears, que la ejerce a través de la Consejería de Territorio, Energía y Movilidad, y dentro de dicha Consejería por la Dirección General de Movilidad y Transportes.

Recuerda que la citada Dirección general de Movilidad y Transportes, a solicitud de Transacobo emitió certificación en la que consignó que:

" 1. Que la Ley 9/ 2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación, de los Transportes Terrestres, eliminó toda referencia a la colaboración entre transportistas para la realización de transportes públicos discretionales de viajeros, que regulaba el suprimido artículo 97 de la misma, para los supuestos de exceso de demanda de porte que sobrepase la capacidad de transporte de la empresa La única referencia a la colaboración en el transporte de viajeros se circunscribe al artículo 54.1 de dicha Ley, que se refiere a la misma únicamente en los supuestos contemplados en los artículos 76 y 89.2, relativos al transporte público regular de viajeros de uso general y especial, respectivamente.

Así, el artículo 99.1 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres determina que la autorización de transporte público de viajeros habilita tanto para realizar transporte de esta clase, en las condiciones señaladas en el artículo 54, como para intermediar en su contratación.

De ello, cabe deducir que desde el momento en que la empresa de transporte público discrecional de viajeros disponga de la correspondiente autorización, ésta le habilita para intermediar en la contratación de transporte, sin sujeción a limitaciones y sin necesidad de disponer de una autorización específica.

2. Que conforme a la redacción dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, a dicho artículo 99.1, esta Dirección General no ha podido tramitar expedientes sancionadores por realizar actividades de intermediación a las empresas de transporte público discrecional de viajeros, por cuanto dicho artículo les habilita expresamente para ello y, además, porque el artículo 22.2 in fine de la misma Ley determina que la intervención de agencias de viaje y otros intermediarios, excluidas las empresas titulares de autorización de transporte público discrecional de viajeros, en la contratación de cualesquiera modalidades de transporte de viajeros se regirá por la legislación específica de turismo.

En último lugar, porque dicha intermediación no se halla tipificada en la repetida Ley 9/2013 de 4 de julio".

Por lo expuesto concluye la mercantil recurrente que la intermediación que por la CNMC se considera contraria a Derecho, no solo no se encuentra tipificada como hecho sancionable, sino que los transportistas están perfectamente habilitados para ello.

Explica que la práctica de la subcontratación entre empresas de transporte público discrecional de viajeros es habitual y conocida en las Islas Baleares, no sólo por transportistas y turoperadores, sino también por las autoridades administrativas, por o que no es un proceso clandestino y siniestro, sino de notorio conocimiento como expresamente se reconoce por la Dirección General de Movilidad y Transportes, como en el resto de España como se explica en el informe del Ministerio de Fomento, de 8 de junio de 2015, emitido por el subdirector general de ordenación y normativa de transporte terrestre, a instancia de la CNMC obrante(Folios 10.771 y 10772 del expediente), a cuyo tenor.

" La reforma de la LOTT hasta la entrada en vigor de la ley 9/2013, de 4 de julio, (...) el artículo 99 de la ley 16/1987, de 30 de julio, regulaba la colaboración en el transporte público discrecional de mercancías o de viajeros cuando las empresas autorizadas recibieran de demandas de portes que excedieran coyunturalmente de su propia capacidad de transporte, atendíéndolas utilizando la colaboración de otros transportistas que dispusieran de los medios necesarios y cumpliendo unas reglas establecidas en este precepto."



(...) "Así las cosas, es el artículo 99.1 de la LOTT, modificado por la Ley 9/2013, el que juntamente con la actividad de transporte contempla la posibilidad de la "intermediación" en la contratación del transporte público de viajeros, estableciendo que "las autorizaciones de transporte público de viajeros habilitan para realizar transportes de esta clase, así como para intermediar"

De este modo, cualquier tipo de colaboración entre empresas de transporte para realizar transporte público discrecional de viajeros queda jurídicamente englobada en el concepto de "intermediación", en vez de en el de colaboración como ocurría anteriormente, permitiendo la Ley 9/2013, además, que cualquier empresa dedicada a esta actividad y que cuente para ello con la correspondiente autorización de transporte público discrecional de viajeros, pueda realizar cualquier actividad de intermediación sin sujeción a limitaciones y sin necesidad de disponer de una autorización específica de operador de transporte."

Añade que Ley 9/2013 de 4 de julio liberaliza la contratación en el transporte discrecional, hasta el punto de que el propio preámbulo así lo indica con claridad:

"En el ámbito mercantil, se consagran los principios de libertad de contratación y de explotación de las actividades de transporte a riesgo y ventura del empresario, salvo que se trate de servicios públicos de transporte de viajeros de titularidad de la Administración".

(...)

"Se reducen las barreras operativas, liberalizando plenamente la intermediación en la contratación de transportes de viajeros, sin perjuicio de la regulación de las agencias de viajes en el ámbito turístico".

Para terminar, recoge que artículo 99.1 de la LOTT clarísimamente explica que la autorización de transporte público de viajeros habilita también para "intermediar en su contratación", en consonancia con lo que exponía el preámbulo de la Ley: " liberalizando plenamente la intermediación en la contratación de transportes de viajeros".

Dicho lo anterior, denuncia que las opiniones sobre política comercial de la CNMC no están fundadas en la realidad del mercado de transporte discrecional de viajeros de Baleares. Recuerda que el mercado turístico de las Islas Baleares tiene una fuerte estacionalidad, por lo que durante unos seis meses al año la flota de autocares de todas las empresas está en los garajes. Y durante el verano las necesidades de transporte resultan muy variables. Por lo que una empresa que dimensionara su flota al máximo de lo que pudiera precisar en el mejor de los veranos, para no subcontratar a nadie, no sobreviviría al primer invierno.

Explica que es normal que en la subcontratación se conviniera, como en el contrato entre ULTRAMAR y TRANSACOBO que "Autocares Comas realizará todos los servicios de clientes de FIRST CHOICE que exceden la capacidad de la flota propia de UET" Y que las empresas subcontratistas precisan asegurarse un nivel de subcontratación para poder disponer de los autocares necesarios, cuyo precio es elevado, y cuya compra se debe hacer con meses de antelación y que por ello, en los acuerdos de subcontratación se asegure un determinado nivel de trabajo y encargos, pues de otro modo, las empresas subcontratadas no pueden efectuar inversiones y que no hay ningún reparto de clientes porque no se ceden los clientes, sino que lo que se subcontrata son los servicios que el cliente de la subcontratante encarga a ésta y que la subcontratante no puede comprometerse a servir sin hipotecar su viabilidad y que los clientes de las empresas que subcontratan siguen siendo clientes de la empresa que subcontrata y nunca tiene relación con la subcontratista.

En concreto afirma que ULTRAMAR no reparte sus clientes (o mejor dicho su único cliente: el grupo TUI) con TRANSACOBO. ULTRAMAR es la empresa de transportes del grupo TUI, siendo perfectamente legal que el grupo TUI tenga como único interlocutor para sus necesidades de transporte su filial ULTRAMAR, y que ésta subcontrate para sus excedentes a otras empresas.

Argumenta que actualmente, el proceso de concentración en el mercado turístico se está dando sobre todo en los turoperadores internacionales, existiendo dos hegemónicos en Baleares, Thomas Cook y Tui Group, con el beneplácito expreso de la Comisión Europea. Estos grupos, por razones de eficacia operativa, solamente se relacionan con un transportista respectivamente (TRANSUNIÓN y ULTRAMAR). Si a estos dos transportistas se les prohíbe subcontratar y se logra el propósito, en Baleares solo habría dos empresas transportistas (TRANSUNIÓN y ULTRAMAR), y que no se harían la competencia por su integración vertical, por lo que la tesis de la CNMC llevaría automáticamente al fin de la competencia en el transporte terrestre de Baleares por la desaparición del 99% de las empresas.

DÉCIMOTERCERO. - Para dar respuesta a las cuestiones suscitadas debemos recordar que, el artículo 4 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dispone que: "Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley".



Examinaremos, a continuación, como regula la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), la figura de la subcontratación o colaboración entre empresas en el transporte discrecional de viajeros.

Pues bien, la citada Ley, hasta la reforma operada por Ley de 9/2013, de 4 de julio, disponía en su artículo 97 lo siguiente:

"1. Cuando las empresas autorizadas para la realización de transportes públicos discrecionales de mercancías o de viajeros reciban demandas de porte que excedan coyunturalmente de su propia capacidad de transporte, podrán atenderlas utilizando la colaboración de otros transportistas que dispongan de los medios necesarios, debiendo sujetarse, al efecto, a las normas que se establecen en este artículo y a las que reglamentariamente se determinen".

Tras la reforma operada por Ley 9/2013, la LOTT establece en su artículo 54.1 que:

"1. Quienes contraten una operación de transporte como porteadores deberán llevarla a cabo a través de su propia organización empresarial.

Quedan exceptuados de la referida prescripción quienes intervengan en la contratación del transporte de que se trate en funciones de pura intermediación de conformidad con lo dispuesto en esta ley o utilicen la colaboración de otros transportistas en los supuestos regulados en los artículos 76 y 89.2".

El artículo 76 al que se remite el precepto, ubicado en la Sección primera ("Los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general" de del Capítulo II ("Los transportes públicos regulares de viajeros" del Título III de la LOTT), dispone que:

1. Para hacer frente a intensificaciones de tráfico que no puedan ser atendidas por los vehículos adscritos a la prestación del servicio podrán utilizarse otros, ya sean propios del contratista, o cedidos, con o sin conductor, por otros transportistas a través de cualquier fórmula jurídica válida.

Dichos vehículos deberán estar amparados por la autorización prevista en el artículo 42.

2. El servicio se considerará, en todo caso, tanto a efectos de las correspondientes relaciones jurídico-privadas, como de las obligaciones y responsabilidades de carácter administrativo, prestado por la empresa concesionaria del servicio regular, considerándose los vehículos cedidos por otros transportistas integrados en su organización".

Por su parte, el artículo 89.2 de la LOTT, ubicado en la Sección segunda ("Transportes públicos regulares temporales y de uso especial" de del Capítulo II ("Los transportes públicos regulares de viajeros" del Título III de la LOTT referido los transportes regulares de viajeros de uso especial, reza así:

"2. Los transportes a los que se refiere este artículo podrán realizarse, cuando resulten insuficientes los vehículos propios, utilizando los de otros transportistas que cuenten con la autorización de transporte público de viajeros regulada en el artículo 42, de conformidad con lo que reglamentariamente se establezca".

DÉCIMOCUARTO.- Recordemos que en la resolución impugnada en este procedimiento se sanciona a la recurrente por una práctica 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, constitutiva de una infracción única y continuada muy grave basada en los siguientes acuerdos bilaterales alcanzados entre determinadas empresas de servicios de transporte discrecional de pasajeros en la isla de Mallorca:

- Acuerdo con ULTRAMAR para repartirse el transporte discrecional en las zonas de Bahía de Palma (sur) y Alcudia (norte) de la isla de Mallorca, solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021 y,
- Acuerdo con TRANSUNION para repartirse los servicios de transporte discrecional demandados por determinados clientes en la zona norte y de Son Servera de la isla de Mallorca, desde abril de 2011 hasta mayo de 2013.

DECIMOQUINTO. - Denuncia la recurrente la prescripción de la infracción relativa al contrato con Ultramar de 1 de abril de 2009. Argumenta que pese a que en fecha 1 de abril de 2009 se acordó una duración del contrato de cinco años, únicamente se cumplió dicho contrato durante la propia temporada 2009, que finalizó el 30 de octubre de dicho año, negándose por ULTRAMAR la continuación del contrato a partir de la temporada 2010, lo que motivó que Transacobo interpusiera demanda de procedimiento ordinario nº 807/15, seguida ante el Juzgado de Primera Instancia 17 de los de Palma, solicitando indemnización de daños y perjuicios por el fin anticipado del contrato. Continúa explicando que, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el



artículo su art. 68 LDC término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado, habiendo cesado en el caso ahora examinado, la infracción el 30 de octubre de 2009, y habiéndose incoado el expediente sancionador el 26 de agosto de 2015, ha de concluirse que ha transcurrido holgadamente el plazo máximo de prescripción para las faltas muy graves, lo que obligaría a recalcular todas las sumas derivadas de dicho contrato que hayan podido haberse tenido en cuenta en la resolución sancionadora.

Para resolver este motivo de impugnación, una vez afirmado que nos encontramos ante una infracción única y continuada, resulta inevitable analizar la jurisprudencial que, sobre este tipo de infracciones ha elaborado el TJUE. Esta cuestión tiene que ver, esencialmente con el periodo de participación de la empresa o del sujeto en la práctica colusoria, y recordemos que no solo se ha de probar la existencia del cartel sino también su duración, STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95 T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T104/95, Rec. p. II491, (apartado 2802).

El carácter clandestino y oculto de mayor parte de este tipo de actividades, conlleva una dificultad probatoria a la que no ha sido ajeno el TJUE, dificultad que no solo se extiende a la participación sino a la duración de la conducta, por ello *«[s]i no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas [...]»*, STJCE de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T43 /92, Rec. p. II441 (apartado 79), y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T12 0/04, Rec. p. II4441, (apartado 51).

La calificación de una infracción del artículo 101 del TFUE como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que una empresa que haya participado en una infracción de este tipo, mediante comportamientos propios, calificables de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendía contribuir a la realización de la infracción en su conjunto, es también responsable, durante todo el tiempo que dure su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, STJUE Comisión/Anic Participazioni, (apartado 83).

Además, permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto, STG 17 de mayo de 2013, T147/09 y T14 8/09 Trelleborg, (apartado 61). Con la infracción única y continuada se presume que, a pesar de periodos de aparente inactividad o donde no es posible desplegar toda la carga probatoria, la infracción continúe permitiendo la imputación de la responsabilidad por todo ese periodo de latencia.

La falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un periodo concreto, *«[n]o impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua [...]»*, STJUE 11 de enero de 2008, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 260), y STG Trelleborg, (apartado 59).

Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Las consecuencias son muy relevantes. (i) Permite que la infracción o la participación de una empresa en ella, no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, siempre apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.



No obstante, para permitir imputar este periodo intermedio de aparente inactividad, de actividad más reducida, o cuando estamos ante actos separados en el tiempo, no basta para poder sancionar la mera «referencia genérica a la distorsión de la competencia [...]» se requiere de indicios objetivos y concordantes de una eventual voluntad persistente de las demandantes de reactivar el cartel o de adherirse a sus objetivos para presumir válidamente una participación continua, aun pasiva, por parte de las empresas, STG Trelleborg, (apartados 61 y 62).

El principal problema que se plantea en estos casos es el de determinar cuánto tiempo se considera razonable como para considerar interrumpido el carácter «continuo» del cártel. En el caso abordado por la STG Trelleborg se valora un tiempo aproximado a los dos años «*[...]a Comisión no dispone de ninguna prueba de la implicación de las demandantes en esos contactos multilaterales durante el período intermedio, que duró más de dos años, o de que hubieran participado en las reuniones que tuvieron lugar con objeto de reactivar el cartel, ni siquiera que hubieran tenido conocimiento de ellas [...]*» (apartado 66), periodo durante el que no existieron «indicios objetivos y concordantes que permitan apreciar la implicación de las demandantes en los contactos mantenidos durante el período de crisis del cartel» (apartado 68). No obstante, este periodo de tiempo tiene un valor o meramente indicativo, por lo casuístico de las situaciones a tratar, por no lo obliga a valorar en cada caso concreto la circunstancia concurrente ante la ausencia de un pronunciamiento público y expreso de apartamiento del cartel, STJUE Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 50).

La interrupción o inactividad de las conductas de las empresas en las prácticas conlleva significa que la infracción no puede ser calificada como «continua», lo que no significa que cuando afloren, se detecten o aparezcan de nuevo, se siga hablando de una infracción «continuada».

En síntesis y de la doctrina del Tribunal podemos concluir los siguientes extremos:

- 1.- La actividad probatoria por parte de quien sanciona, se extiende a la acreditación de los actos o practicas colusorias como al tiempo durante al que se han extendido.
- 2.- La infracción del artículo 101 del TFUE y del artículo 1 de la LDC puede manifestarse en uno o varios actos relacionados entre sí, a lo largo de un periodo de tiempo. En este último caso, podemos estar ante una la infracción única y continuada, cuando se participa en prácticas colusorias que se fraguan y revelan la existencia de un plan global con un objetivo común, del que la empresa tuviera conocimiento o debiera tenerlo, así como de las acciones o comportamientos de los copartícipes, plan en el que habría contribuido.
- 3.- El carácter único de infracción, supone la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas; en la identidad de los productos y servicios afectados; la identidad de sus formas de ejecución.
- 4.- La infracción única y compleja se caracteriza por una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando cualquiera de esos actos o comportamientos también puedan constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción.
- 5.- La naturaleza de la infracción única además puede continuada lo que tiene especial relevancia en varios aspectos. (i) De cara a la participación, permite que cualquiera de los partícipes en el plan conjunto también sea considerados responsables de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el periodo de su participación en esa infracción. Sin embargo, es necesario que el órgano sancionador demuestre que esa empresa conocía las actividades contrarias a la competencia o estaba en disposición de conocerlas. Esto hace posible la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes. (ii) En cuanto al tiempo, permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas durante algunos periodos específicos, siempre que las acciones que resulten acreditadas formen parte del plan conjunto en que consiste la infracción. (iii) Los largos periodos de interrupción pueden romper el nexo temporal y con ello la continuidad de la infracción. Se trata de una cuestión a valorar en cada caso, en función del tipo de actividad, los actos, el mercado, la necesidad de los contactos más estrechos o laxos en el tiempo, o la eficiencia temporal de las decisiones tomadas, entre otros criterios. (iv) El cómputo del plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción, reiniciándose tras la comisión del último acto infractor. Ello sin perjuicio que, acreditados periodos relevantes de interrupción en los que no exista constancia de la infracción o de los comportamientos, se pueda romper el nexo de la continuidad de la infracción. Ante la imposibilidad de establecer un plazo fijo, y cuando no conste el apartamiento público de la conducta colusoria, deben valorarse en cada caso las circunstancias concretas que revelen o no la participación latente. (v) El Tribunal de Justicia no ha fijado un plazo concreto sobre este particular, solo se pronuncia sobre la interrupción respecto de la infracción continua, pero no en la continuada; no obstante, sí reconoce que esta calificación obliga a la autoridad sancionadora a ser especialmente cauta para no incurrir en abusos, por la relevancia que tiene en el instituto prescriptivo.



6.- La infracción única puede ser continua o no continua. En estos casos los periodos de inactividad en una infracción única y continuada pueden resultar intrascendentes a la hora de apreciar la participación de una empresa, siempre que concurren el resto de los elementos descritos. Es decir, es posible que una empresa no dé muestras de una participación durante cierto tiempo y, sin embargo, siga inmersa en la práctica colusoria constitutiva de la infracción. Estos periodos no excluyen su responsabilidad ni la existencia de la infracción única y continuada, sin embargo, a los efectos de la cuantificación de la sanción, el órgano sancionador debe descontar o no tener en cuenta esos periodos de desconexión o inactividad. Estamos ante una infracción que sigue siendo única y continuada, pero no es continua a los efectos de la cuantificación de la sanción que se les imponga a los partícipes por el tiempo de inactividad en la conducta. La apreciación de los periodos de latencia o inactividad de la empresa es una cuestión que valorar según cada supuesto. El Tribunal de Justicia lo consideró roto el carácter continuo por el transcurso aproximado de dos años de inactividad, sin embargo, este plazo tiene un valor meramente orientativo.

DÉCIMOSEXTO.-To ca comprobar cómo se ajustan los hechos a la calificación de infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC por la que ha sido sancionada la actora.

Pues bien, consta acreditado en el expediente administrativo que en verano de 2008 TRANSACOBO y ULTRAMAR suscribieron un acuerdo de colaboración para la temporada 2008, entre junio y octubre de 2008, como se constata en los correos electrónicos intercambiados el 20 de junio de 2008 entre el Director de ULTRAMAR y TRANSACOBO (antes AUTOCARES COMAS), aceptando la propuesta de colaboración realizada por esta última, en cuya virtud, ULTRAMAR realizó todos los servicios de la operadora de cruceros FIRST CHOICE, tanto traslados como excursiones, mientras que TRANSACOBO recibió en compensación los servicios demandados por todos los tour-operadores y clientes de ULTRAMAR que excediesen su capacidad en determinadas zonas de la isla de Mallorca, como la zona norte (Alcudia) y la Bahía de Palma, así como determinados porcentajes de los servicios a ella demandados por los clientes de los operadores de cruceros INTERCRUISES y THOMSON. Dicho acuerdo de colaboración entre TRANSACOBO (antes AUTOCARES COMAS) y ULTRAMAR fue objeto de renovación el 1 de abril de 2009 con una vigencia hasta el 10 de noviembre de 2009, y así en los años posteriores hasta 2013, por el mismo periodo temporal de abril a noviembre cada año. Ha quedado también probado que el 21 de marzo de 2016 TRANSACOBO y ULTRAMAR suscribieron un nuevo contrato de colaboración de transporte para las zonas de Bahía de Palma (sur de la isla de Mallorca desde Hotel Delta a Peguera, ambos inclusive), de Alcudia (zona norte de la isla de Mallorca desde Puerto Pollensa hasta Can Picafort, ambos inclusive) y zona sureste de la isla (desde Porto Cristo hasta Cala Mesquida, ambos inclusive), por un periodo de cinco anualidades.

La propia recurrente explica que el contrato de colaboración con ULTRAMAR de 21 de marzo de 2016 de colaboración de transporte para determinadas zonas, por cinco anualidades con una garantía de facturación mínima anual tuvo como finalidad poner fin al proceso judicial entablado con Ultramar, en reclamación de los daños y perjuicios, como consecuencia del incumplimiento por parte de esta de los pactos de exclusividad establecidos en el acuerdo de fecha 14 de mayo de 2009, que se documentan en las actas notariales aportadas con la demanda.

Por lo expuesto, en la resolución recurrida se recoge que ha quedado acreditado que, desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021, TRANSACOBO y ULTRAMAR adoptaron acuerdos para repartirse determinados servicios de transporte discrecional de viajeros en determinadas zonas de la isla de Mallorca y/o solicitados por determinados clientes y operadoras de cruceros, lo que es contrario al artículo 1 de la LDC.

Pues bien, el incumplimiento por parte de ULTRAMAR de los pactos de exclusividad convenidos en el Acuerdo de 14 de mayo de 2009 no fue absoluto por cuanto que, como reconoce la propia recurrente, continuó utilizando algún vehículo de Transacobo. Al margen de no haber quedado acreditado que ello respondiera a la necesidad de ULTRAMAR de atender de forma residual servicios que le excedían, por lo que ahora interesa, cumple manifestar que de lo dicho, no cabe concluir que el citado incumplimiento de los pactos de exclusividad llevara aparejado una completa inactividad de respecto de los acuerdos relacionados que pudiera romper el nexo temporal y con ello la continuidad de la infracción por la que finalmente ha sido sancionado Transacobo.

Así las cosas, computándose el plazo de prescripción desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado, en el caso que examinamos, la fecha de cesación de la conducta sancionada para tener en cuenta no puede ser la de octubre de 2009, como pretende la recurrente.

Por lo demás, hemos de convenir con la recurrente en que la infracción que examinamos no puede comprender el contrato suscrito con Ultramar Express el 21 de marzo de 2016 por ser posterior a la fecha de iniciación



de expediente sancionador, -26 de agosto de 2015-, con las consecuencias que ello deba proyectar en orden a la sanción que deba imponerse a Transacabo.

DÉCIMOSEPTIMO- Dicho lo anterior, analizaremos si los acuerdos suscritos por la recurrente con otras empresas de transportes encuentran cobertura en la LOTT a los efectos del artículo 4 de la LDC.

Pues bien, a la vista del objeto de los citados acuerdos y de sus prorrogas, debemos concluir que no encuentran cobertura en la LOTT a los efectos del artículo 4LDC por las razones que pasamos a exponer.

Los de fecha anterior al 5 de julio de 2013 no recogen de forma clara y terminante que hayan sido suscritos para atender a las demandas de porte que excedieran coyunturalmente de su propia capacidad de transporte. A estos efectos no es suficiente la simple referencia a "*los servicios demandados por todos los tour-operadores y clientes de ULTRAMAR que excediesen su capacidad en determinadas zonas de la isla de Mallorca*", con carácter general y sin una concreta especificación. A lo dicho cabe añadir que los periodos de vigencia previstos en los acuerdos y en sus prórrogas, avalan que no responden a demandas de porte que excedieran coyunturalmente de su propia capacidad de transporte.

Los de fecha posterior no pueden estar amparados por el artículo 76 ni por el 89.2, ambos ya que ambos preceptos, dada su ubicación sistemática en la LOTT aparecen exclusivamente al transporte regular permanente de uso general y de uso especial, respectivamente, pero no a los discrecionales como los que son objeto de los contratos que examinamos.

Por lo demás, nada se recoge en los acuerdos que permita dar por acreditado que las empresas hayan intervenido en la contratación del transporte en funciones de pura intermediación de conformidad con lo dispuesto en la LOTT.

Así las cosas, del contenido de los acuerdos referidos se desprende que tenían por objeto el reparto entre las empresas firmantes de las rutas y clientes, en muchas ocasiones "en exclusiva", mediante la planificación de los servicios a prestar y la reducción de costes, lo que supuso de hecho la eliminación de la competencia en la prestación del servicio de transporte discrecional de turistas y viajeros en excursiones en la Isla de Mallorca, durante largos periodos de tiempo, a veces plurianual y estableciendo una compensación económica por la diferencia de producción entre ellos.

Por todo lo expuesto, nos encontramos ante una práctica prohibida 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, constitutiva de una muy grave del artículo 62.4. a) de la LDC.

La conclusión que sostenemos no resulta desvirtuada por el informe pericial presentado por la recurrente por cuanto se limita a afirmar que "*el número de pasajeros transportados con medios subcontratados se concentra en los meses, días de la semana y franjas horarias de mayor demanda*", lo que, como ya hemos dicho, no se compadece con los periodos de vigencia pactados en ellos, en los que ninguna referencia aparece a días y franjas horarias concretas.

Tampoco resulta contradicho por el informe emitido la Dirección general de Movilidad y Transportes que se cita en la demanda por cuanto que, por las razones que hemos expuesto, los acuerdos examinados integran una práctica 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 una infracción muy grave del artículo 62.4. a) de la LD.

A lo dicho cabe añadir que, como se recoge en la Propuesta de Resolución, consultada por la CNMC la citada Dirección General del Gobierno balear, ha confirmado que no existe normativa balear específica que regule dicho tipo de contrato de colaboración o intermediación del transporte discrecional de viajeros ni antes ni después de 2013 y que dicha Dirección General no ha conocido, aprobado o impulsado ese tipo de contratos de transporte entre empresas en la citada Comunidad Autónoma.

DECIMOCTAVO .- Para terminar, y por lo que se refiere a la sanción impuesta por la infracción que examinamos, denuncia la mercantil recurrente la vulneración de la reserva legal en materia sancionadora; la infracción del art. 64 de la LDC y del principio de proporcionalidad tanto respecto del al cártel del transporte escolar en las Islas Baleares como de la infracción referida al transporte discrecional porque es imposible saber por qué motivo se fija en el 3,30% y no en cualquier otra cifra la valoración global de la sanción correspondiente a esta presunta infracción, nos encontramos con los mismos defectos que hemos indicado al referirnos a la anterior infracción. Añade que se ignoran los parámetros que han determinado la estimación del beneficio ilícito de acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, sin que aparezca en la resolución nada al respecto, lo que impide la menor opinión crítica y desactiva la posibilidad de defensa por esta parte.



Opone, además, la infracción del art. 25.1 de la Constitución. A estos efectos argumenta que la CNMC utiliza las palabras propuestas como método de cálculo por parte el Tribunal Supremo, pero sin llevar a cabo los cálculos consecuencia de las mismas de forma transparente. Lo cual sitúa en completa indefensión a la parte sancionada. Resultando absolutamente imposible para una empresa conocer a priori cuál es la repercusión sancionadora de la conducta infractora, incumplándose la exigencia constitucional, resultando las circunstancias del cálculo de la misma un profundo arcano, solo conocido por los miembros de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC como se recoge en el voto particular del Sr. Pascual .

Pues bien, sin entra a resolver los concretos motivos de impugnación opuestos por la recurrente respecto de la sanción impuesta por la infracción que examinamos, cumple manifestar que habiendo estimado que el periodo temporal de la referida infracción no puede extenderse más allá de la fecha de la incoación del expediente sancionador, y dado que ello afectará a la gravedad de la conducta imputada, lo que deberá implicar que la CNMC efectúe un nuevo cálculo en la cuantía de la sanción de multa.

DÉCIMONOVENO.- Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la estimación en parte del presente recurso, a los efectos de: 1- 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 y, 2- Anular la sanción impuesta por la 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, que deberá calcularse de nuevo por la CNMC atendiendo a un nuevo parámetro de gravedad de la conducta imputada, (duración de la conducta). sin hacer pronunciamiento sobre el pago de costas procesales.

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

FALLO

1.-Estimar en parte el recurso interpuesto por el procurador Don Raimundo „ en nombre y representación de la mercantil en nombre y representación de la mercantil **TRANSACOBO S.L.**, 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*. a los efectos de: 1- 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 y,

2- Anular la sanción impuesta por la infracción 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, que deberá calcularse de nuevo por la CNMC atendiendo a un nuevo parámetro de gravedad de la conducta imputada, (duración de la conducta).

3.- Sin costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder, 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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.