



Roj: **SAN 2112/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2112**

Id Cendoj: **28079230062022100233**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/05/2022**

Nº de Recurso: **340/2017**

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:0000340 /2017

Tipo de Recurso:PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:02789/2017

Demandante:ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT SA

Procurador:D. MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL

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 340/17, interpuesto por el procurador Don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de la mercantil **Ultramar Express Transport, S.A.** (en adelante "Ultramar") 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. Anule íntegramente la Resolución por ser disconforme a Derecho;

2. Subsidiariamente, anule la Resolución en la medida en que declara la comisión por parte de Ultramar de (a) una infracción del art. 1 LDC por su participación en un cártel de licitaciones de transporte escolar y (b) una infracción del art. 1 LDC por la celebración de determinados acuerdos de colaboración de transporte.

3. Subsidiariamente, anule (o en su defecto reduzca) las dos sanciones impuestas a Ultramar por dichas infracciones."

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 2 de marzo del año en curso.

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

QUINTO: En cumplimiento del trámite conferido, la representación procesal de la parte recurrente presentó escrito de alegaciones el 25 de marzo siguiente, haciendo lo propio el Abogado del Estado el 28 de marzo siguiente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

Dicha resolución acuerda:

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

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

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

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

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

36. ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, S.A.U., por su participación en una infracción única y continuada constitutiva del cártel del transporte escolar en las Illes Balears al menos desde octubre de 2004, estando aún vigentes los efectos de dicho cártel, pues los contratos derivados de la licitación de 2013 se mantienen hasta el curso escolar 2016/2017. También, por los siguientes acuerdos: (i) con AUTOCARES LEVANTE entre el 1 de mayo



de 2015 y el 30 de abril de 2016 para repartirse los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por los clientes en determinadas zonas del noreste de la isla de Mallorca; (ii) con TRANSACOB0 desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos hasta 2021, 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; (iii) con ROIG BUS desde el 1 de febrero de 2009 hasta el 30 de abril de 2016 para repartirse determinados servicios de transporte discrecional de viajeros en la zona del Sur-Este de la isla de Mallorca (entre Colonia San Jordi y Cala D'Or); (iv) con AUTOCARES PUJOL PALMER de abril a octubre de 2014 para repartirse los servicios de transporte discrecional en la zona de la Cala D'Or en la isla de Mallorca; (v) con TRANSUNIÓN, a través de VIAJES SAN FRANCISCO, para repartirse los servicios de transporte discrecional desde o hasta el aeropuerto de Mallorca (shuttle), entre abril de 2011 y abril 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:

(...)

34. ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, S.A.U., 150.000 euros.

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

7. ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, S.A.U., 3.170.820 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:

" 39. ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT, S.L.U. (ULTRAMAR) tiene su domicilio en Lluçmajor Palma de Mallorca y dispone de delegaciones en Mallorca, Tenerife, Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria, Cádiz, Málaga y Alicante. Se dedica al transporte discrecional y dentro de éste, al transporte turístico (traslados y excursiones) y en menor medida al transporte escolar, siendo adjudicataria de contratos de licitación pública. Es desde su constitución en 1999 miembro de la Agrupación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros por Carretera de Baleares, ocupando el cargo de vocal¹²⁴. En 2010 ULTRAMAR contaba con una flota de 104 autobuses con casi 4.000 plazas disponibles, transportando cerca de 3 millones de viajeros en Mallorca¹²⁵. La cifra de negocios de ULTRAMAR en 2014 fue de 64.836.000€".

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.

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. Heraclio 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 resultados de los diversos requerimientos de información formulados por la DC, particularmente la información procedente de la Consejería de Educación Balear y la facilitada por la empresa solicitante de la exención del pago de la multa.

En concreto, se concluye que ha quedado acreditada una infracción única y continuada muy grave constitutiva de cártel, por el que determinadas empresas, con el conocimiento y participación de la FEBT, se repartieron las rutas escolares a través de los lotes ofertados en las licitaciones de 2005 y 2013 convocadas por la Consejería de Educación Balear para la prestación de servicios de transporte regular de uso especial (escolar) en las Illes Balears, así como fijaron precios mínimos del servicio de transporte escolar a centros públicos para el curso escolar 2004/2005, que se licitó por la Consejería de Educación mediante procedimiento negociado sin publicidad, vulnerando así el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC. Que ha quedado probado que las entidades participantes en el cártel defendieron sus intereses colectivos presionando incluso, mediante el boicot, a la Administración balear competente con no prestar el servicio público de transporte escolar y, tras haber conseguido la revisión de los precios máximos de licitación de 2005, acordaron el reparto de las rutas escolares ofertadas en tal licitación y la subsiguiente de 2013 y que las empresas participantes en este cártel acordaron participar en las licitaciones de tal forma que se facilitara la adjudicación de las licitaciones a las empresas previamente designadas por el cártel, generalmente a través de la técnica de no presentar ofertas las restante empresas o bien presentando ofertas intencionadamente más altas que la de la empresa acordada por el cártel como adjudicataria. Para ello contaron con la colaboración de la FEBT, de modo que las ofertas presentadas eran conocidas previamente por las entidades integrantes del cártel y la FEBT realizaba una labor de seguimiento y control del cumplimiento en cuanto a su contenido y que como se recogió en el apartado relativo a Hechos Acreditados, consta que la FEBT presentó ante la Consejería las ofertas (sobres nº 1 y/o sobres nº 2) de 19 empresas: AUTOCARES ESTELRICH, AUTOCARES PUERTO POLLENSA, BOHIGAS CARS, AUTOCARES CALDENTY, 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 Heraclio .

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

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



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

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

- 1- Nulidad de pleno derecho de la resolución por omisión absoluta de las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado.
- 2- Nulidad de la imputación del cártel de licitaciones de servicios de transporte escolar a ultramar.
- 3- Subsidiariamente, nulidad de la sanción impuesta a ultramar por el cártel de licitaciones de transporte escolar.
- 4- Nulidad de las órdenes y de la actividad material de inspección, así como de los posteriores actos de instrucción dirigidos a la obtención de información sobre contratos de colaboración de transporte, y consecuente nulidad de la imputación y de la sanción.
- 5- Ausencia de infracción del artículo 1 LDC por la celebración de contratos de colaboración de transporte. Falta de motivación por la ausencia de especificación respecto a si la infracción lo es por objeto o por efecto
- 6- Subsidiariamente, nulidad de la sanción impuesta a ultramar por la celebración de contratos de colaboración de transporte.

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación

CUARTO: 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.

Por lo que se refiere al mercado geográfico sostiene que no existe un solo mercado relevante (el archipiélago balear) sino varios, puesto que en cada isla existe un conjunto distinto de posibles oferentes de los servicios de transporte escolar convocados por la Consejería de Educación y que Ultramar únicamente presta servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca por lo que no cabe imputarles acuerdos relativos a otras islas.

Para terminar, manifiesta que la Resolución no motiva suficientemente la imputación a Ultramar de una infracción única consistente en el reparto de licitaciones de servicios de transporte escolar en la totalidad de las Islas Baleares. El hecho de que cada isla se configure como un mercado relevante distinto no es compatible con la imputación de una infracción única del artículo 1 LDC en el conjunto de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

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

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



La resolución impugnada cuando se refiere al mercado geográfico afectado lo condiciona al proceso de licitación al decir: *"Por lo que se refiere a la prestación del servicio de transporte público regular de uso especial, en concreto, el escolar prestado a centros públicos y sujetos a licitación pública convocada por la Consejería de Educación balear, son objeto de investigación en este expediente la prestación de dicho servicio en el curso escolar 2004/2005, que se licitó a través de un procedimiento negociado sin publicidad, así como las licitaciones públicas convocadas mediante concurso en 2005 y 2013 en la Comunidad Autónoma Balear.(...) En este caso, el mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación abarca al conjunto de las Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en concreto, el territorio de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera. (...) Por lo que se refiere al transporte regular de uso especial (escolar), en la licitación del Gobierno Balear para la prestación de este servicio a los centros escolares públicos para los cursos escolares 2013/14 a 2016/17, se adjudicaron 161 lotes a un total de 47 empresas, por las que facturaron 9.341.582€ en 2014, con la siguiente distribución territorial: 5.856.975 € en Mallorca a un total de 31 empresas; 2.397.593 € en Ibiza y Formentera a un total de 7 empresas y 1.087.015 € en Menorca a un total de 8 empresas...."*

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

No se discute que la recurrente, tiene su domicilio social en Lluçmajor Palma de Mallorca y dispone de delegaciones en Mallorca, Tenerife, Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria, Cádiz, Málaga y Alicante y que se dedica al transporte discrecional y dentro de éste, al transporte turístico (traslados y excursiones) y en menor medida al transporte escolar.

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

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

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

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

Tampoco podemos olvidar la relevancia que la determinación del mercado geográfico tiene de cara a la sanción. Nos recuerdan las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 [CECA] (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, «Directrices de 1998») que disponen, en su punto 1, letra A, dedicado a la evaluación de la gravedad de la infracción *«[A]. Gravedad. A la hora de evaluar la gravedad de la infracción ha de tomarse en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar) y la dimensión del mercado geográfico afectado. [...]»*.

SEXTO: En el mismo sentido, el artículo 62.4 de la LDC considera que son infracciones muy graves *"a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales"*. Y la disposición adicional cuarta punto 2 de esta misma Ley añade que: *"A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones"*.

Podemos así concluir, conjugando ambos preceptos, como no podría ser de otro modo dentro del marco del Derecho de la UE, que para que estemos ante una infracción de competencia cometida a través de un cártel

que tenga como actividad ilícita el reparto de mercado, se requieren dos presupuestos inescindibles, el de competidor y el de mercado.

Este binomio requiere la previa y correcta definición del mercado en ambas dimensiones, producto y geográfico pues de ello depende la atribución de responsabilidad a una empresa por supuestos comportamientos anticompetitivos. En este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2003 del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-61/99, Adriática di Navigazione SpA c. Comisión señalaba que *"u n error en la atribución de responsabilidades puede tener origen en una definición insuficiente y confusa del mercado de referencia"*.

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

En la propia definición, la CNMC incurre en contradicción puesto que extiende el área geográfica al territorio de la Comunidad Autónoma, cuando por el tipo de servicio que se presta, por islas, no puede configurar un mercado global en los contornos de ese ente autonómico cuando los servicios y los competidores están circunscritos al marco territorial de cada isla. Difícilmente un transportista de la isla de Mallorca, como es el caso, puede competir en el mercado con otro de Menorca o Formentera cuando el aislamiento y circunscripción insular de cada territorio lo hace imposible; al menos, la resolución sancionadora no ha explicado ni motivado como puede incluirse en el mercado geográfico de las Illes Balears el servicio de transporte regular escolar prestado en cada una de las islas que forman las Illes Balears cuando las particularidades de la insularidad hacen inviable la competencia entre transportistas localizados en islas diferentes.

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

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

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

SÉPTIMO: De los anteriores fundamentos se desprende que la incorrecta definición del mercado geográfico en el que se proyecta la infracción única y continuada imputada a la recurrente, por la CNMC, 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.

OCTAVO: 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 .

Pues bien, opone la recurrente la nulidad de pleno derecho de la resolución por omisión absoluta de las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado. por cuanto que el original firmado de la Resolución, según consta en el expediente administrativo, aparece firmado por únicamente dos de los cinco consejeros de la Sala de Competencia, así como por el secretario del Consejo, incumpléndose la mayoría que exige el art. 16.1 LCNMC para la adopción de acuerdos.

El motivo no puede ser estimado por cuanto el hecho de que no aparezcan las firmas de los cinco consejeros estampadas en la resolución obrante en el expediente administrativo no proyecta las consecuencias pretendidas por la parte recurrente en orden a declarar la nulidad de aquella porque la resolución fue adoptada



con las mayorías exigidas por la Ley y prueba de ello es que uno de los vocales formulara contra la decisión mayoritaria un voto particular.

NOVENO: 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 Auto136/14, 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 inculpatórias.



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.

DÉCIMO: Por lo demás denuncia la ausencia de infracción del artículo 1 por la celebración de contratos de colaboración de transporte; la falta de motivación de la resolución recurrida por ausencia de especificación respecto a si la infracción lo es por objeto o por efecto y añade que, al menos en el caso de Ultramar, los hechos ponen de manifiesto no sólo que la subcontratación es una estrategia empresarial racional dadas las características de la demanda, sino que además se ha utilizado para cubrir picos de demanda, siguiendo por tanto el criterio de la CNMC y que todo ello conduce a apreciar la atipicidad de los contratos de colaboración de transporte a efectos del art. 1.1 LDC.

A estos efectos aporta informe pericial en el que se sientan las siguientes conclusiones:

" Primera. Los acuerdos de Ultramar sancionados por la CNMC en su Resolución no tuvieron como objeto ni efecto la restricción o la eliminación de la competencia ya que, en contra de lo que asume la CNMC, Ultramar y los operadores con los que suscribió los acuerdos no son competidores directos. Así, el análisis realizado muestra que Ultramar forma parte de un grupo turístico verticalmente integrado cuyo negocio principal es la venta de paquetes de viajes, dentro de los cuales el transporte en autobús es solo una pequeña parte. Ultramar se centra por tanto en autoabastecer las necesidades del grupo turístico al que pertenece, y no en suministrar el mercado en general en competencia con los otros operadores. El peso del Grupo TUI sobre el negocio de Ultramar fue mayoritario durante el periodo en que la CNMC sitúa la infracción, situándose en todos los casos por encima del 80%, y llegando a superar el 90% en función del año considerado.

Segunda. Los acuerdos suscritos por Ultramar no responden a la lógica anticompetitiva de un acuerdo de reparto de mercado que la CNMC les atribuye. Así, la lógica de un acuerdo de reparto de mercado consiste en que los operadores que los suscriben dejan de competir para obtener ganancias supra-competitivas. A este respecto, el hecho de que Ultramar no compita de forma directa con los operadores con los que suscribe los acuerdos resulta suficiente para descartar la posibilidad de que dichos acuerdos tengan como objeto repartirse el mercado y dejar de competir. Por otra parte, Ultramar no obtiene el tipo de ganancia que es típica de los acuerdos anticompetitivos de reparto de mercado, sino más bien lo contrario. En concreto, los acuerdos tienen por objeto la subcontratación por parte de Ultramar de los servicios de los operadores con los que los suscribe. Los acuerdos no son en cambio recíprocos, es decir, los operadores que los suscriben no tienen que subcontratar a cambio los servicios de Ultramar. El hecho de que los acuerdos supongan la cesión por parte de Ultramar de una parte de su demanda (que es cautiva al provenir mayoritariamente del Grupo TUI), sin que además exista contraprestación por parte de los restantes operadores, muestra claramente que los acuerdos suscritos por Ultramar y estos operadores no son acuerdos de reparto de mercado ni tenían por objeto la obtención de una ganancia anticompetitiva para Ultramar.

Tercera. El objeto fundamental de los acuerdos de Ultramar sancionados por la CNMC era cubrir picos de demanda que Ultramar no podía atender con medios propios. La CNMC asume que este no era el caso sin analizar ningún dato sobre el uso efectivo de los acuerdos por parte de Ultramar. Así, la evidencia muestra



que el número de pasajeros transportados con medios subcontratados se concentra en los meses, días de la semana y franjas horarias de mayor demanda. Esto quedaba claro en el propio texto de algunos de los acuerdos suscritos por Ultramar, que contemplaban la prestación de servicios que excedieran de la propia capacidad de Ultramar, o limitaban su vigencia a la temporada del año donde se concentra la demanda. La evidencia confirma adicionalmente que para Ultramar resulta más eficiente recurrir a la subcontratación que ampliar la flota para hacer frente a los picos de demanda con medios propios. Así, Ultramar dispone ya de algunos vehículos que están infrautilizados incluso en los meses de mayor demanda. Lo anterior implica que la incorporación de nuevos vehículos a la flota de Ultramar no resultaría eficiente ni incrementalmente rentable, ya que supondría engrosar la lista de vehículos que no generan ingresos suficientes para cubrir los costes".

UNDÉCIMO: 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" del Capítulo II ("Los transportes públicos regulares de viajeros" del Título III de la LOTT), dispone que:

"Artículo 76.

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 jurídicas 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".

DUODÉCIMO: 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.

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:

(i) Con AUTOCARES LEVANTE entre el 1 de mayo de 2015 y el 30 de abril de 2016 para repartirse los servicios de transporte discrecional de viajeros demandados por los clientes en determinadas zonas del noreste de la isla de Mallorca;

(ii) Con TRANSACOBO desde junio 2008 hasta marzo de 2016, con efectos previstos hasta 2021, 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;

(iii) Con ROIG BUS desde el 1 de febrero de 2009 hasta el 30 de abril de 2016 para repartirse determinados servicios de transporte discrecional de viajeros en la zona del Sureste de la isla de Mallorca (entre Colonia San Jordi y Cala D'Or);

(iv) Con AUTOCARES PUJOL PALMER de abril a octubre de 2014 para repartirse los servicios de transporte discrecional en la zona de la Cala D'Or en la isla de Mallorca;

(v) Con TRANSUNIÓN, a través de VIAJES SAN FRANCISCO, para repartirse los servicios de transporte discrecional desde o hasta el aeropuerto de Mallorca (shuttle), entre abril de 2011 y abril de 2013.

Pues bien, en el Acuerdo de reparto entre ULTRAMAR y AUTOCARES LEVANTE de 1 de mayo de 2015 por el que AUTOCARES LEVANTE prestaría servicios a ULTRAMAR por un período delimitado y entre determinadas localidades de la zona del noreste de la isla de Mallorca, de acuerdo con los precios y condiciones que se detallaban en el anexo adjunto a dicho contrato, se pactó una vigencia desde el 1 de mayo de 2015 hasta el 30 de abril de 2016.

Por lo que se refiere a los Acuerdos entre ULTRAMAR y TRANSACOBO, constan acreditados los siguientes:

1- Acuerdo de reparto de 2008 para la temporada 2008, desde el 16 de junio a 31 de octubre 2008, 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. Este 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 período temporal de abril a noviembre cada año. El acuerdo de 1 de abril de 2009 incluía asimismo una cláusula "Rappel Especial" por la que TRANSACOBO concedía a ULTRAMAR un descuento especial de entre el 0 y 5% a toda la facturación que excedía de una determinada cantidad de euros durante el periodo de 1 de abril a 10 de noviembre.

Las condiciones de colaboración entre ambas empresas fueron ampliadas con respecto a las acordadas en 2008, incluyendo un reparto de los servicios de transporte discrecional ofertados a tour-operadores y clientes recibidos de un determinado tour-operador, excepcionando la zona este de la isla de Mallorca (desde Colonia de Sant Jordi hasta Cala Ratjada).

2- Acuerdo de colaboración de 21 de marzo de 2016 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. Dicho contrato contaba con una cláusula por la que ULTRAMAR garantizaba a TRANSACOBO una facturación mínima anual durante cada una de las cinco anualidades y a cuenta de dicha facturación mínima, ULTRAMAR anticipaba a TRANSACOBO una cantidad anual a pagar en el primer trimestre del ejercicio 2022.

Constan también probados los siguientes acuerdos entre ULTRAMAR y ROIG BUS:

1- Con vigencia de 1 de febrero de 2009 a 30 de septiembre de 2010 ROIG BUS y ULTRAMAR adoptaron un acuerdo de colaboración con respecto a los servicios de transporte discrecional demandados por el IMSERSO, estableciendo las tarifas por los traslados al aeropuerto desde los hoteles de la zona sur de la isla de Mallorca y algunas excursiones discretionales desde la bahía de Palma de Mallorca, habiendo aportado ROIG BUS este contrato en contestación al requerimiento de información realizado en relación con los contratos suscritos con ULTRAMAR.

2- Acuerdo de reparto con ULTRAMAR, por el cual se otorga la exclusividad a ROIG BUS de sus servicios en la zona de Colonia, así como la exclusividad para subcontratar con otra empresa que quiera prestar los servicios de ULTRAMAR en dicha zona.

3- Contrato de transporte suscrito por ROIG BUS el 1 de marzo de 2010 con ULTRAMAR un" para "los períodos que van entre el 15 de abril de 2010 y el 31 de octubre de 2010, de 2011, de 2012, de 2013 y 2014", para la realización en exclusiva por parte de ROIG BUS de todos los servicios de transporte en el sureste de la isla de Mallorca (Colonia San Jordi- Punta de la Reina- sede de ROIG BUS) correspondientes a ULTRAMAR durante los citados años. En dicho contrato también se especifica las obligaciones a asumir por parte de ROIG BUS, la posibilidad de ROIG BUS de subcontratar dichas rutas con otras empresas de transporte, y la concesión por parte de ROIG BUS a ULTRAMAR de un rappel de un determinado porcentaje sobre la producción realizada cada temporada (de 15 de abril a 31 de octubre) a partir de una facturación concreta.

4- Contrato de colaboración el 1 de abril de 2014 en virtud del cual ROIG BUS prestaría la colaboración suficiente para la realización de "TODOS" los servicios de transporte en exclusiva de una determinada zona de la isla de Mallorca encargados por clientes a ULTRAMAR.

5- Contrato suscrito por dichas partes con fecha 15 de abril de 2015 con vigencia hasta el 31 de octubre de 2015, con vigencia hasta el 30 de abril de 2016, en virtud del cual ROIG BUS prestaría los servicios de transporte de viajeros encargados a ULTRAMAR en una determinada zona de la isla de Mallorca.

Y, para terminar, aparecen documentado el contrato de colaboración suscrito el 1 de abril de 2014 entre ULTRAMAR y AUTOCARES PUJOL PALMER mediante el que ésta última prestaría la colaboración para la realización de todos los servicios de transporte discrecional en exclusiva de la zona de Cala D'Or en la isla de Mallorca en el periodo entre abril y octubre 2014289.

DÉCIMOTERCERO: Pues bien, a la vista del objeto de los citados acuerdos y de sus cláusulas, 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. Además, los periodos de vigencia previstos en los acuerdos y en sus prórrogas, casi automáticas, que se extiende a varios meses, llegando a casi el año en muchos casos, e incluso, en alguno de ellos a cinco anualidades, avalan que no responden a demandas de porte que excedieran coyunturalmente de su propia capacidad de transporte.

En los posteriores, descartada su posible cobertura en los supuestos de colaboración de otros transportistas regulados en los artículos 76 y 89.2, por venir referidos exclusivamente al transporte de viajeros regular permanente o temporal y de uso general o especial, respectivamente, nada se recoge en ellos, que permita entender acreditado que las empresas hayan intervenido en la suscripción de dichos acuerdos 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.

DECIMOCUARTO: Por lo que se refiere a la calificación de la práctica sancionada como infracción por el objeto o por los efectos, cumple manifestar que, como ya hemos referido, la conducta por la que ha sido sancionada la recurrente, que estamos examinando, se integra en la prohibición del artículo 1 de la LDC lo cual implica



que se califique como infracción por el objeto y no por sus efectos. Así las cosas, debemos recordar que la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Y en el caso analizado la naturaleza de la conducta imputada permite concluir que estamos ante una infracción por el objeto y no por sus efectos.

No es ocioso recordar en este punto la doctrina contenida en la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (EDJ 2009/91757) T-Mobile, que reitera la doctrina anterior, y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).

30. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".

DÉCIMOQUINTO: Para terminar, y por lo que se refiere a la sanción impuesta por la infracción que examinamos, denuncia la mercantil recurrente la infracción del principio de responsabilidad personal por hechos propios. Expone que la Resolución califica de infracción única y continuada los contratos de colaboración de transporte, al tiempo que afirma que se trata de una infracción autónoma imputable a cada par de empresas parte de dichos contratos y que, sin embargo, en abierta contradicción con lo anterior, en el apdo. 6.4.1 del FºDº Sexto, el cálculo de las sanciones subsiguiente está basado en una valoración agregada de la facturación de las ocho empresas imputadas por estos acuerdos a lo largo de un periodo único e igual para todas ellas, es decir, en una valoración global de infracciones que la propia CNMC configura como autónomas.

Denuncia, además, la infracción del principio de culpabilidad y la falta de motivación en la aplicación del ajuste de proporcionalidad. A estos efectos argumenta ya que si bien tiene en cuenta que su volumen de negocios en las Islas Baleares representa apenas un 16% de su facturación total en España, a renglón considera que no es necesario realizar tal ajuste en este caso porque, el límite que por razones de proporcionalidad podría establecerse a la sanción de Ultramar es de 6,8 millones de euros, el cual está muy por encima de la multa impuesta, sin incluir una mínima motivación de dicho límite de proporcionalidad, aportando una justificación genérica, que se repite habitualmente en resoluciones recientes de la CMMC, en la que se alude a la posibilidad de estimarse en cada caso un "beneficio ilícito potencial" basándose en determinados datos estadísticos y en estimaciones de la doctrina económica.



Para dar respuesta a este motivo de impugnación y ciñéndonos a la infracción única y continuada consistente en el reparto entre las empresas de las rutas y clientes para la prestación de los servicios de transporte discrecional, - ha de decirse que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013. , en la que consigna que el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Pues bien, siguiendo el criterio establecido por la sentencia citada, la resolución recurrida razona que la infracción analizada se califica como muy grave (art. 62. 4.a.) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2016, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1 .c)., cifrándose el de la aquí recurrente en 73.740.000 euros.

Continúa explicando que en teniendo en consideración estas cifras, aportadas por las empresas, ¡el porcentaje sancionador que aplicar en esta infracción debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo. A estos efectos, se recoge que el mercado afectado por la conducta colusoria es el mercado de servicios de transporte discrecional en la isla de Mallorca.

Añade que, por lo que se refiere al alcance de la conducta, reitera que los acuerdos bilaterales de reparto de servicios de transporte discrecional se realizaron por las principales empresas de transporte discrecional de viajeros en la isla de Mallorca y que, de acuerdo con las estimaciones realizadas por la DC, TRANSUNION cuenta aproximadamente con un 32% de cuota de mercado, ULTRAMAR con un 20%, TRANSACOBOS y ROIG BUS con un 8%, y AUTOCARES LEVANTE y PUJOL PALMER con un 2%. , por lo que concluye que la cuota de mercado relevante afectado por la infracción es muy significativa . Y teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, el alcance y ámbito geográfico de la conducta, las características del mercado afectado, efectos y otras circunstancias de la conducta, concreta, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la infracción, fijando el tipo sancionador global en esta infracción, con carácter general, en el 3,30%, sin perjuicio de los ajustes que corresponde hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

Tras ello, para individualizar la conducta de cada empresa atiende al volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de las infractoras en esos mercados.

Explica que los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta demuestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64.1. a y d).

En el caso de ULTRAMAR, el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción se cifra en 101.919.822 euros, asignándosele una cuota de participación en el volumen de negocios total afectado por la infracción del 28,6, imponiéndole un tipo sancionador del 4,30%.

A continuación, considera que para ninguna de las empresas es necesario hacer un ajuste a la baja de las sanciones por motivo de proporcionalidad. A estos efectos explica que todas las empresas responsables de la tercera infracción tienen carácter monoproducción, a excepción de ULTRAMAR EXPRESS y que, en el caso de esta empresa, su volumen de negocios medio en el mercado afectado representa algo más del 16% de su volumen de negocios total en 2016, por lo que solo una cantidad relativamente pequeña del volumen de negocios de esta empresa corresponde al mercado afectado por esta tercera conducta. Pero que también para esta empresa, el límite de proporcionalidad estimado -en el entorno de 6.800.000 euros- es muy superior a la multa de 3.170.820 euros que se deriva de aplicar el tipo sancionador que le corresponde (4,3%) a su volumen de negocios total en 2016.

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones recogidas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/1. P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han



permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

En consecuencia, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante. Tampoco se ha vulnerado el principio de responsabilidad por hechos propios por cuanto que no ha quedado acreditado la participación de la recurrente en la infracción por la que ha sido sancionada así como su responsabilidad en ella.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que la resolución no ha incurrido ni en la falta de motivación ni en la desproporción que denuncia la parte recurrente.

DECIMOSEXTO: Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la estimación en parte del presente recurso, a los solos efectos de anular la sanción impuesta a la recurrente por su participación en la infracción única y continuada en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares, sin hacer imposición de costas procesales.

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

FALLO

Estimar en parte el recurso interpuesto por el procurador Don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de la mercantil **Ultramar Express Transport, S.A.** (en adelante "Ultramar", 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 solos efectos de anular la sanción impuesta a la recurrente por su participación en la infracción única y continuada en relación con el transporte escolar de viajeros en las Islas Baleares, sin hacer imposición de costas procesales.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.